

IWONA KARASEK-WOJCIECHOWICZ*

WPŁYW NIEDOZWOLONEGO CHARAKTERU KLAUZULI NA ZWIĄZANIE STRON UMOWĄ

1. ZARYS PROBLEMU

Coraz liczniejsze procesy, w których dochodzone są żądania dokonania rozliczeń będących konsekwencją abuzywności niektórych postanowień umownych, w szczególności zawartych w umowach kredytów „frankowych”, zintensyfikowały ostatnimi laty dyskusję o wpływie, jaki wywiera brak związania stron klauzulą abuzywną na związanie stron umową. W zapadających rozstrzygnięciach sądowych za abuzywne uznawane są często klauzule modyfikacyjne: określające zasady zmiany kursów walut służących do indeksacji (waloryzacji) wysokości kredytu złotowego do waluty obcej lub określające zasady zmiany oprocentowania kredytu o stopie zmiennej¹.

* *Dr hab., Uniwersytet Jagielloński.*

¹ Należy tu przypomnieć, że zgodnie z polskim prawem tego typu klauzule, nawet gdyby przyjąć w konkretnym przypadku, że określają one „główne świadczenia stron”, podlegają badaniu z punktu widzenia abuzywności, a w konsekwencji mogą być niewiążące, jeżeli są sformułowane w sposób niejednoznaczny (art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c.). O ile więc wykorzystywane w regulaminach bankowych klauzule modyfikacyjne zmiany oprocentowania lub waluty często zostały oparte na kryteriach niejednoznacznych, mogą zostać one zakwalifikowane jako postanowienia abuzywne (gdy spełnione są wszystkie ogólne przesłanki abuzywności — art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c.), a w konsekwencji niewiążące bez względu na to, czy jest to główne (czy inne) świadczenie. Należy uzupełniająco wskazać, że w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., C-26/13 *Kásler*, dotyczącym kredytu hipotecznego denominowanego w walucie obcej, TSUE przyjął, że używanego w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 pojęcia „głównego przedmiotu umowy” nie należy wyklądać rozszerzająco, bowiem powodowałyby to zawężenie zakresu ochrony konsumenta. Oceniając klauzule modyfikacyjne determinujące wysokość spłacanych rat kredytu, Trybunał przyjął, że: „Wyrażenie »określenie głównego przedmiotu umowy« obejmuje wprowadzony do zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem umowy kredytu denominowanego w walucie obcej warunek, który nie był przedmiotem indywidualnych negocjacji, taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, zgodnie z którym to warunkiem do celów obliczenia rat kredytu stosowany jest kurs sprzedaży wspomnianej waluty, jedynie pod warunkiem, że zostanie ustalone, iż wspomniany warunek określa podstawowe świadczenie w ramach danej umowy, które jako takie

W części postępowań, w których stwierdzana jest abuzywność niektórych postanowień umów kredytu, zapadają wyroki ustalające, że te postanowienia (najczęściej chodzi o klauzule modyfikacyjne dla stopy procentowej lub walut) nie wiążą konsumenta, zaś strony pozostają związane umową w pozostałym zakresie². W konsekwencji kredyt — w ocenie części sądów — staje się oparty na stopie stałej lub przestaje być kredytem indeksowanym do waluty (podlega spłacie w pierwotnej kwocie nominalnej wyrażonej w walucie albo wręcz w walucie polskiej³). Jednak wydawane są także orzeczenia stojące pod względem prezentowanych w nich konsekwencji prawnych abuzywności postanowień umownych na przeciwległym stanowisku, a mianowicie stwierdzające nieważność takich umów kredytu w całości⁴. Jest również trzecia linia orzecznicza, która uznaje te umowy kredytów za nadal wiążące i nadal oparte na zmiennych wskaźnikach (stopie procentowej lub także indeksacji), tyle że wadliwy umowny mechanizm zmian sądy zastępują wskaźnikami opartymi na zasadach słuszności. Reprezentantem tej ostatniej grupy orzeczeń jest znany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2015 r. w sprawie *mBanku* (II CSK 768/14)⁵. Sąd Najwyższy przyjął w nim, że wykluczenie z umowy abuzywnego postanowienia określającego mechanizm zmiany oprocentowania nie może

charakteryzuje tę umowę, przy czym ustalenia tego powinien dokonać sąd odsyłający, biorąc pod uwagę charakter, ogólną systematykę i postanowienia rozpatrywanej umowy, a także jej kontekst prawny i faktyczny”. Jeżeli więc wynagrodzenie banku zostanie określone poprzez wskazanie wynagrodzenia (oprocentowania), którego wysokość zależy od czynnika zmiennego, to będzie to z reguły klauzula określająca główne świadczenie dłużnika. W przypadku kredytów złotych tzw. indeksowanych do waluty, gdzie wysokość kredytu wyrażana jest pierwotnie w złotych, ale jest następnie waloryzowana do waluty — także należałoby przyjąć, że postanowienie o indeksacji wpływa na określenie ostatecznej głównego świadczenia, zaś jego wyjściowe określenie w złotych stanowi tylko jeden z elementów kalkulacji wysokości głównego świadczenia. Natomiast TSUE w powoływanym wyroku C-26/13 *Kásler*, pozostawiając wprawdzie ostateczną ocenę sądom krajowym, zdaje się kwalifikować klauzule indeksacyjne co do zasady jako postanowienia nieokreślające głównego świadczenia, ale stanowiące dodatkową transakcję wymiany walut. Kwalifikacja taka budzi wątpliwości, bowiem nie tylko (i nawet nie przede wszystkim) o wymianę walut chodzi w klauzulach indeksacyjnych/waloryzacyjnych, lecz o to, że kwota kredytu (a więc głównego świadczenia) jest określana poprzez indeksację waluty krajowej do wskazanego indeksu. Waluta krajowa nie określa wówczas wysokości głównego świadczenia, ale jest jedynie jednym z elementów służących do określenia wysokości głównego świadczenia. Kwestia ta nie będzie jednak szerzej analizowana, szczególnie że w praktyce orzeczniczej kontrolowane klauzule są oparte na niejednoznacznych kryteriach, zależnych od banku, zatem pozostają objęte kontrolą zapewnianą dla postanowień nieuczciwych.

² Przykładowo wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieście z dnia 29 kwietnia 2016 r., VI C 1713/15, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>.

³ Z ostatnich orzeczeń: wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli z dnia 11 września 2017 r., II C 2557/16, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>, uznający kredyt indeksowany za kredyt złotowy oprocentowany stopą LIBOR.

⁴ Przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 grudnia 2017 r., XXV C 961/17; wyrok tegoż sądu z dnia 24 listopada 2017 r., XXV C 1059/16; wyrok tegoż sądu z dnia 5 stycznia 2018 r., XXV C 1459/17; wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia z dnia 27 września 2016 r., XVIII C 4360/15; wyrok Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi z dnia 2 grudnia 2016 r., III C 75/16, wszystkie wyroki dostępne na: <http://orzeczenia.ms.gov.pl>.

⁵ Zob. krytycznie o powoływanym wyroku, z ostatnich publikacji, zamiast wielu K. Kurosz: *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, Przegląd Prawa Handlowego (dalej: PPH) 2017, nr 1, s. 23 i n.; natomiast aprobująco co do kierunku rozstrzygnięcia przyjętego w powołanym wyroku: M. Romanowski (w.): *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, pod red. M. Romanowskiego, Warszawa 2017, s. 56.

doprowadzi do zmiany charakteru umowy (z umowy kredytu oprocentowanego stop zmienną na kredyt oprocentowany stop sta). W konsekwencji kredyt musi pozosta oprocentowany stop zmienną, za niedozwolony umowny mechanizm zmiany oprocentowania nalezy zastpi wyliczeniem przez biegłego — ogólnie mówiąc — godziwej marzy i uczciwego zakresu zmian oprocentowania. Takie oprocentowanie miałyby zosta wyliczone, uwzględniając realne, zmieniające się w trakcie wykonywania umowy warunki rynkowe. Rozbieżnym stanowiskom sądów odpowiadają takze niezwykle zróżnicowane wypowiedzi doktryny, które zostaną przywołane poniżej.

Wskazane rozbieżne linie orzecznicze reprezentuj różne, teoretycznie możliwe do skonstruowania, zasadnicze sposoby okrelenia wpływu abuzywnej klauzuli na związanie stron pozostałymi postanowieniami umowy. Możliwe jest więc przyjcie **po pierwsze, że abuzywna klauzula nie wize, a jej miejsce nie moze być w żaden sposób uzupełniane**, strony zaś pozostają zobowiązane wykona umowę zgodnie z pozostałymi postanowieniami, choćby nawet całkowicie zmieniło to charakter umowy, zakłdany na początku rozkład obciążeń, ryzyk i zaspokajanych przez umowę interesów. **Po drugie, możliwe jest przyjcie, że abuzywność klauzuli i brak związania ni stron powoduje zarazem brak związania stron całą umow.** Strony mają sobie zwróci spełnione świadczenia (z uwzględnieniem przepisów o przedawnieniu) na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, dokonując ewentualnie potrącenia do kwoty roszczenia niższego. W końcu **po trzecie, możliwe jest przyjcie rozwiązania niejako pośredniego, zgodnie z którym klauzula abuzywna nie wize, ale jej miejsce w umowie jest uzupełniane bądź odpowiednim przepisem dyspozytywnym**, reguł zwyczajową albo zasadami współżycia społecznego (art. 56 k.c.), bądź postanowieniem „uczciwym” skonstruowanym przez sąd na potrzeby każdego indywidualnego przypadku. Niżejartykuł zmierza do ustalenia, które z powyższych rozwiazań przyjęto w prawie polskim.

Wpływ niedozwolonego charakteru klauzuli na związanie stron pozostałymi nieabuzywnymi postanowieniami określa art. 385¹ § 2 k.c.⁶ Zgodnie z tym przepisem jeżeli postanowienie niedozwolone nie wize konsumenta, strony są związane umow w pozostałym zakresie. *Prima faciae*, przepis ten zdaje się w kompleksowy sposób regulowa wpływ abuzywności postanowienia na związanie stron pozostałymi (nieabuzywnymi) postanowieniami, przyjmując zawsze ich utrzymanie w mocy. Aby ustali, czy ten wniosek stawiany *prima faciae* jest ostatecznie trafny, konieczne jest sięgnięcie do regulacji europejskiej, której implementację stanowi powołany przepis.

Artykuł 385¹ § 2 k.c. nie rozstrzyga ponadto jednoznacznie kolejnego istotnego pytania, o to, czy w miejsce niewizujących postanowień strony stają się związane

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.).

odpowiednim przepisem dyspozytywnym względnie ustalonym zwyczajem lub zasadami współżycia społecznego (art. 56 k.c.) albo ustalonym w inny sposób „postanowieniem zastępczym”, czy też miejsce pozostałe po eliminowanej klauzuli abuzywniej pozostaje niczym niewypełnione. Próbie rozstrzygnięcia tego dylematu jest poświęcona druga część artykułu (pkt 6).

2. ART. 385¹ § 2 K.C. A MINIMALNE POSTANOWIENIA UMOWNE

Związanie stron postanowieniami nieabuzywnymi, tak jak przewiduje to art. 385¹ § 2 k.c., będzie możliwe jedynie wówczas, gdy owe pozostałe postanowienia tworzą umowę (*consens*), a więc obejmują one co najmniej jej minimalne postanowienia. **Jeżeli postanowienia nieabuzywne nie określają minimalnych postanowień umowy, to nie można przyjąć, że w ogóle doszło do zawarcia umowy**⁷.

W doktrynie przyjmuje się, że minimalnymi postanowieniami umowy są te, które określają cechy konstytutywne dla danego typu czynności prawnej⁸, przykładowo postanowienie umowy wzajemnej zobowiązujące jedną ze stron do świadczenia wzajemnego⁹. „W przypadku gdy strony zamierzają utworzyć stosunek prawny określonego typu, zawierana przez nie umowa, by była ważna, musi zawierać treść normatywną odpowiadającą konstrukcji danego typu stosunku prawnego”¹⁰.

⁷ R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013, s. 318.

⁸ Jak wskazuje P. Machnikowski (w.): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Lętowskiej, Warszawa 2013, s. 507, nb 8: „Strony przeważnie zmiernają nie do nawiązania jakiegokolwiek zobowiązania, ale zobowiązania należące do określonego typu. W tych przypadkach, gdy okoliczności wskazują, że wolą stron było utworzenie zobowiązania o określonym kształcie, ocena skuteczności umowy nie polega na prostym badaniu, czy zawiera ona wszystkie elementy normy postępowania. Konieczne jest wówczas ustalenie wzorcowej, wyznaczonej w ustawie konstrukcji zobowiązania danego typu (można tu mówić o ustalaniu konstrukcji abstrakcyjnego stosunku prawnego) i porównanie regulacji dokonanej przez strony z tą konstrukcją ustawową. Tę wzorcową strukturę zobowiązania typowego wskazują przepisy określające tzw. *essentialia negotii* — cechy konstytutywne danego typu czynności prawnej, a w istocie także danego typu zobowiązania”. Elementy minimalne są oczywiście znacznie trudniejsze do uchwycenia w umowach pozostających poza typami umów „nazwanych” — zarówno tymi, które należą do typów empirycznie wykształconych w praktyce obrotu, jak i w szczególności w umowach, które nie dają się do nich zakwalifikować, pozostając poza jakimkolwiek wykształconymi dotąd typami umów.

⁹ P. Machnikowski (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2016, s. 140.

¹⁰ Odmienne A. Wiewiórowska-Domagalska: *Bułgarski standard*, *Dziennik — Gazeta Prawna* z 21 sierpnia 2015 r., która krytykując orzeczenie SN II CSK 768/14, opowiada się kategorycznie za tezą, że wyłączenie abuzywnych postanowień może doprowadzić do tego, że strony staną się związane jakąkolwiek inną czynnością prawną, którą teoretycznie mogą tworzyć nieabuzywne postanowienia zawieranej umowy. Autorka pomija jednak zarówno problematykę minimalnych elementów czynności prawnych, jak i głębszą analizę zawartego w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 ograniczenia zasady związania stron postanowieniami nieabuzywnymi, zgodnie z którym umowa w pozostałej części nadal ma obowiązywać strony, o ile jest to „możliwe”. Do zagadnienia tego przyjdzie powrócić w dalszej części artykułu.

W moim przekonaniu, określając zakres koniecznych minimalnych postanowień, którymi związanie pozwala utrzymać umowę w mocy po wyłączeniu postanowień abuzywnych, nie należy brać pod uwagę minimalnych postanowień dla jakiegokolwiek czynności prawnej, którą mogłyby tworzyć pozostałe nieabuzywne postanowienia stron, ale jedynie elementy minimalne tej czynności prawnej, do której dokonania strony zmierzały. Wskazując przykładowo, gdy strony zmierzają do zawarcia umowy sprzedaży i porozumiały się już wiążąco co do jej przedmiotu, to brak jeszcze określonych wszystkich postanowień minimalnych dla dokonywanej przez strony czynności i nie dochodzi do jej zawarcia, mimo że to, co strony już ustaliły, teoretycznie wyczerpywałoby już postanowienia minimalne dla umowy darowizny. Aby doszło do zawarcia umowy sprzedaży, strony zmierzające do zawarcia umowy sprzedaży muszą skutecznie uzgodnić minimalne postanowienia umowy sprzedaży. Aby strony pozostały związane umow

Umotywnienie zawartej umowy jako umowy (czynności prawnej) innego typu niż ten, do którego strony dążyły, byłoby dopuszczalne jedynie, gdyby owa ważna czynność prawna nie naruszała zaplanowanego przez strony rozkładu głównych korzyści, ciężarów i ryzyka¹¹ wyznaczanego przez minimalne postanowienia typu umowy, do której zawarcia strony dążyły.

Opisany tu przypadek odbiega zatem od kategorycznie ujętej dyspozycji art. 385¹ § 2 k.c., zgodnie z którą umowa nadal miałaby wiążąc strony po uznaniu niektórych jej postanowień za abuzywne. Innymi słowy, dyspozycję art. 385¹ § 2 k.c. można zastosować tylko wówczas, o ile stwierdzimy, że zostają utrzymane w mocy postanowienia tworzące *consens*, prowadząc do zawarcia umowy, do której strony zmierzały. Ocenę dojścia do *consensu* stron należy dokonywać wyłącznie przez pryzmat zamiaru stron, a nie jakiegokolwiek czynności prawnej, którą postanowienia nieabuzywne mogłyby teoretycznie kreować.

¹¹ P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego...*, op. cit., t. 5, s. 507, nb 9, stwierdza, że „możliwa jest konwersja nieważnej czynności prawnej, w wyniku której zostanie ona uznana za ważną czynność prawną innego typu lub nietypową, jeżeli nie naruszy to zaplanowanego przez strony rozkładu korzyści, ciężarów i ryzyka”. Uwaga ta wprawdzie dotyczyła konwersji, ale jest odpowiednia także w odniesieniu do art. 385¹ § 2 k.c. Utrzymanie w mocy umów jako typów czynności całkowicie odbiegających od woli stron od założonego przez nie rozkładu zasadniczych korzyści, ciężarów i ryzyka doprowadziłoby do wiązania stron umowami znacznie odbiegającymi od tych, do których dokonania strony dążyły. W dalszej części artykułu będzie przeprowadzona analiza tego rozwiązania z punktu widzenia jego zgodności z prawem unijnym.

3. STOSUNEK ART. 385¹ § 2 K.C. DO ART. 58 § 1–2 K.C.

Abuzywność niektórych postanowień może prowadzić także i do takiej sytuacji, w której pozostałe jej nieabuzywne postanowienia utworzyłyby czynność prawną sprzeczną z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Usunięcie z umowy postanowienia abuzywnego nie może jednak prowadzić do skutecznego powstania i związania stron stosunkiem prawnym o treści zakazanej przez prawo, gdy ustawodawca wiąże z określonym ukształtowaniem czynności prawnej rygor bezwzględnej nieważności¹². Tą sankcją są obarczone najbardziej poważne naruszenia, które bezwzględnie (w szczególności bez względu na wolę którejkolwiek ze stron) nie są przez ustawodawcę uznawane ze względu na istotne chronione wartości. Ochrona konsumentów nie może być posunięta tak daleko, aby w jej rezultacie mogły powstawać stosunki prawne, których kreacji ustawodawca bezwzględnie zakazuje. Eliminacja związania konsumenta postanowieniami nieuczciwymi jest jednym z elementów ochrony konsumenta, ale to, co po tej eliminacji pozostaje, a więc stosunek prawny tworzony w oparciu o postanowienia nieabuzywne, podlega ocenie na podstawie norm danego prawa krajowego pod tym kątem, czy może on zostać utrzymany (czy nie jest zakazany).

Zatem pomimo tego, że art. 385¹ § 2 k.c. stanowi *lex specialis* oraz *lex posteriori* w stosunku do art. 58 § 1–2 k.c., to jednak art. 385¹ § 2 k.c. nie uchyla zastosowania art. 58 § 1–2 k.c. w odniesieniu do możliwości utrzymania związania stron postanowieniami nieabuzywnymi. Jeżeli na skutek eliminacji klauzul nieuczciwych pozostałe postanowienia tworzyłyby stosunek prawny o treści lub celu zakazanym pod rygorem nieważności, należy wyciągnąć z tego faktu wszystkie konsekwencje, a więc w szczególności zastosować art. 58 § 1–2 k.c. i ocenić całą umowę jako bezwzględnie nieważną, o ile inne przepisy nie przewidują innego skutku określonej wadliwości owych pozostałych nieabuzywnych postanowień¹³.

¹² Funkcją art. 58 k.c. jest to, by zapobiegać powstawaniu stosunków prawnych przez system prawny zakazanych — Z. Radwański (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 233.

¹³ Można przykładowo rozważać zastosowanie powyższej tezy do umów kredytu, z których wyeliminowano abuzywne postanowienia określające wysokość wynagrodzenia banku za udzielenie kredytu. Gdyby odrzucić (bronioną wyżej) tezę, że sytuacja ta prowadzi do braku zawarcia umowy kredytu z powodu niedookreślenia minimalnych jej postanowień (chyba że w danym krajowym systemie prawnym byłyby podstawy do uzupełnienia tego elementu umowy w oparciu o inne źródła, np. przepisy dyspozytywne), to powstaje pytanie, czy w rezultacie tej eliminacji strony mogą być związane umową kredytu darmowego (tj. ze stałym zerowym oprocentowaniem) lub umową darmowej pożyczki po ewentualnej konwersji tej umowy w umowę pożyczki (o ile uznać zasadność takiej konwersji). Powstaje pytanie, czy udzielenie przez bank, w znacznej skali, darmowych pożyczek mogłoby prowadzić li tylko do ewentualnej (o ile w ogóle) „odpowiedzialności korporacyjnej” zarządu banku przed wspólnikami banku, a o ile wpłynęłoby to na niedochowanie wymogów kapitałowych — mogłoby stanowić dodatkowo podstawę dla uruchomienia sankcji publicznoprawnych wobec banku, czy jednak zawierane przez bank umowy darmowego kredytu lub darmowej pożyczki byłyby sprzeczne z prawem i jako takie nieważne. Z wyjątkiem wyraźnie przewidzianych wyjątków w zakresie działalności banków nie mieści się bowiem udzielanie kredytów i pożyczek nieodpłatnych, gdyż obciążają ryzykiem środków nie własne, lecz cudze, a biorąc pod uwagę efekt skali, taka działalność zagraża bezpieczeństwu depozytariuszy, a w dalszej kolejności całego rynku finansowego. Po-

4. UNIJNA REGULACJA GRANIC ZWIĄZANIA UMOWĄ W RAZIE ABUZYWNOŚCI NIEKTÓRYCH POSTANOWIEŃ — ART. 6 UST. 1 DYREKTYWY 93/13

Ponieważ wskazany przepis stanowi implementację do prawa polskiego art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13¹⁴, zatem należy interpretować go w taki sposób, aby zapewnić, tak dalece jak to możliwe, zgodność regulacji polskiej i unijnej. Należy więc w dalszej kolejności dokonać weryfikacji, czy powyżej zaprezentowana interpretacja, zawężająca zakres zastosowania dyspozycji art. 385¹ § 2 k.c., jest zgodna z prawem unijnym.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 państwa członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, **jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków**. Zatem w świetle dyrektywy 93/13 ochrona konsumenta może sięgać tylko tak daleko, by utrzymywać umowę w pozostałym zakresie w mocy, o ile jest to „możliwe”. Literalne brzmienie art. 385¹ § 2 k.c. nie przewiduje takiego ograniczenia dalszego związania stron umową. Pomimo tego jednak nie mamy zatem do czynienia z wadliwą (niepełną) implementacją dyrektywy 93/13. Wniosku takiego można bowiem uniknąć, gdy zaakceptuje się, że kategorię dyspozycji art. 385¹ § 2 k.c. nie znajdzie zastosowania w przypadkach wyjątkowych, w których dalsze związanie umową nie jest „możliwe”. Język dyrektywy 93/13 nie jest tu precyzyjny, a ustalenie desygnatów pojęcia „niemożliwości” związania umową budzi wątpliwości interpretacyjne co do możliwości zakwalifikowania określonych regulacji/institucji prawa krajowego jako podpadających pod zakres zastosowania owego wyjątku.

wstaje na tym tle pytanie, czy utrzymanie postanowień nieabuzywnych jako umowy darmowego kredytu czy darmowej pożyczki narusza przepisy chroniące depozytariuszy i stabilność systemu bankowego, a w konsekwencji, czy ich naruszenie jest sankcjonowane bezwzględną nieważnością czynności, chyba że inny przepis wyraźnie przewiduje inną sankcję, przykładowo w postaci sankcji darmowego kredytu konsumenckiego. Powszechnie przyjęte jest (zob. przykładowo Z. Radwański (w:) *System prawa prywatnego...*, *op. cit.*, t. 2, s. 233), że zakaz dokonywania czynności prawnej (w rozumieniu art. 58 § 1 k.c.) niekoniecznie musi być w przepisie prawnym wyrażony. Może bowiem wynikać z interpretacji określonego ich zespołu. O sankcji kredytu darmowego zob. K. Włodarska-Dziurzyńska: *Sankcje w prawie konsumenckim na przykładzie wybranych umów*, Warszawa 2009. Kwestia ta dalej nie będzie tu analizowana, gdyż nie jest konieczna dla sformułowania abstrakcyjnych norm, których ustalenie jest głównym celem niniejszego artykułu. Należy zaznaczyć, że w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 21 grudnia 2016 r. w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, uznał, że dokonane przez sąd ograniczenie w czasie skutków prawnych stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunku narusza dyrektywę 93/13, nie dokonywał jednak oceny tego, czy „moga” być utrzymane w mocy umowy kredytu z wyeliminowaną klauzulą „dolnego progu”, w których to zastrzeżone dla banku wynagrodzenie nie zapewniałoby mu środków na pokrycie kosztów realizacji umowy. Tej oceny dokonał natomiast hiszpański Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) w postępowaniach głównych, na podstawie przepisów prawa krajowego, stwierdzając, że umowy kredytu we wskazanym kształcie są nadal ważne.

¹⁴ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z 21.04.1993 r., s. 29); dalej: dyrektywa 93/13.

W odniesieniu do regulacji prawa polskiego brak „możliwości” utrzymania związku stron umową w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy przyjąć wówczas gdy: 1) brak jest *consensu* tworzonego przez pozostałe nieabuzywne postanowienia albo 2) zachodzi sprzeczność pozostałych nieabuzywnych postanowień z prawem lub zasadami współżycia społecznego, a sankcją ich naruszenia jest bezwzględna nieważność czynności prawnej¹⁵. Powyższe przypadki braku „możliwości” związku stron umową powinny być więc uważane za regulację dopełniającą implementację art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 do prawa polskiego. Przeciwny wniosek oznaczałby, że art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy 93/13 nie został prawidłowo implementowany. Zarzutu braku pełnej implementacji art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy 93/13 nie można byłoby wówczas odeprzeć, powołując się na zapewnienie konsumentowi wyższego stopnia ochrony, niż wymaga tego dyrektywa 93/13, gdyż utrzymywanie przez prawo związku stosunkami prawnymi, w sytuacji gdy nie jest „możliwe”, aby one wiązały (w rozumieniu art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy 93/13), byłoby wymaganiem przez prawo od stron „niemożliwego”, a ponadto generalnie nie byłoby to korzystne ani dla przedsiębiorców, ani — globalnie — dla konsumentów (np. deponentów środków w bankach), niezależnie od tego, że w indywidualnej sprawie ta ocena mogłaby wypadać inaczej. Artykuł 58 § 1 k.c. (albo odpowiednio także inne przypadki bezwzględnej nieważności czynności prawnych) sankcjonuje powoływanie do życia stosunków prawnych przez prawo zakazanych, które naruszają najważniejsze wartości, godne — w ocenie ustawodawcy — najdalej idącej ochrony. Ochrona konsumenta nie może prowadzić do związania stron konsumenckim stosunkiem prawnym, którego prawo bezwzględnie zakazuje w każdym stosunkach.

5. STOSUNEK ART. 385¹ § 2 K.C. DO ART. 58 § 3 K.C.

W dalszej kolejności powstaje pytanie, czy na gruncie prawa polskiego brak związania stron całą umową może być konsekwencją abuzywności niektórych jej klauzul, gdy jednocześnie bez owych niewiążących klauzul obie strony lub jedna z nich (w szczególności konsument) nie zawarłaby umowy.

Według większościowo reprezentowanego w doktrynie i orzecznictwie poglądu art. 385¹ § 2 k.c. wyłącza stosowanie art. 58 § 3 k.c.¹⁶ Zgodnie z tym poglądem

¹⁵ Ze względu na sankcję przewidzianą w art. 387 § 1 k.c. można zaliczyć tu m.in. sytuację uprzedniej niemożliwości świadczenia (art. 387 k.c.). Szersza interpretacja tego pojęcia spowoduje możliwość eliminacji z obrotu takich umów, które wobec braku związania niektórymi postanowieniami abuzywnymi okażą się niewykonalne. Jednak trzeba w praktyce rozróżnić przypadki, w których na skutek eliminacji postanowienia nieuczciwego nie będzie możliwe sformułowanie kompletnej normy postępowania odnoszącej się do spełnienia świadczenia (a zakazane będzie jej uzupełnienie normami pochodzącymi z przepisu dyspozytywnego) od zobowiązania do świadczenia niemożliwego. Pierwsza sytuacja może podpadać pod brak minimalnych elementów czynności prawnej, podczas gdy druga pod bezwzględną nieważność czynności.

¹⁶ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2016, s. 169: „W odróżnieniu więc od nieważności części czynności prawnej uregulowanej w art. 58 § 3 k.c. — niedopuszczalne jest uznanie całej

ustalenie w danym stanie faktycznym, że którakolwiek ze stron nie zawarłaby umowy bez postanowień abuzywnych, nie prowadzi do nieważności umowy (lub szerzej: braku związania nią stron). Jako uzasadnienie wskazywane są zarówno wykładnia oparta na zasadzie *lex specialis derogat legi generali, lex posteriori derogat legi priori*, jak i odmienność sankcji bezwzględnej nieważności (art. 58 k.c.) od sankcji niezwiązania stron klauzulą abuzywną (art. 385¹ § 2 k.c.)¹⁷.

Ponieważ jednak kwestia ochrony konsumenta przed skutkami abuzywności klauzul stanowi implementację dyrektywy unijnej 93/13, zatem należy ustalić, czy dyrektywa nakazuje zapewnienie przez państwa członkowskie takiego skutku, aby eliminacja postanowienia nieuczciwego powodowała nieważność (brak związania stron) całą umową, na tej podstawie, że takie rozwiązanie odpowiada woli (interesowi) konsumenta.

O braku związania całą umową jako konsekwencji niedozwolonego charakteru niektórych jej postanowień wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10 *Pereničová*¹⁸. Trybunał Sprawiedliwości UE przyjął tam, że: „Jeśli chodzi o kryteria umożliwiające dokonanie oceny tego, czy dana umowa może rzeczywiście nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej owych nieuczciwych warunków, należy podnieść, że zarówno brzmienie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, jak i wymogi pewności prawa przy prowadzeniu działalności gospodarczej przemawiają za **przyjęciem przy wykładni tego przepisu podejścia obiektywnego**, w ramach którego [...] sytuacja jednej ze stron umowy, w niniejszym przypadku konsumenta, nie może zostać uznana za decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie tej umowy (pkt 32). **Wykładni art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie można zatem dokonywać w ten sposób, że**

umowy za bezskuteczną (nieważną) ze względu na to, że „z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana” — art. 58 § 3 k.c.; podobnie P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2016, s. 140; M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 335, 341; W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 1440. W tym kierunku wypowiedział się SN w wyroku, por. także wyrok SN z dnia 21 lutego 2013 r., I CSK 408/12, OSNC 2013, nr 11, poz. 127. Natomiast odmienne stanowisko SN zajął we wcześniejszym wyroku z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 83: „Mimo szczególnego uregulowania skutków istnienia w umowie niedozwolonych postanowień w art. 385¹ § 2 k.c. (uznania, że umowa wiąże strony z wyłączeniem tylko niedozwolonych postanowień), zastosowanie w tej sytuacji znajdzie również art. 58 § 3 k.c., który uprawnia do uznania, że strony nie są w ogóle związane umową (a nie tylko jej konkretnymi postanowieniami) w przypadku, gdy bez postanowień dotkniętych nieważnością w ogóle nie doszłoby do jej zawarcia”. Podobnie wyrok SO w Łodzi z dnia 19 maja 2015 r., III Ca 155/15, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_000155_2015_Uz_2015-05-19_001](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_000155_2015_Uz_2015-05-19_001) (dostęp: 31 stycznia 2018 r.), w którym sąd stwierdził że art. 385¹ § 2 k.c. oraz art. 53 § 3 k.c. uzupełniają się wzajemnie. Mniejszościowe głosy w doktrynie dopuszczają stosowanie art. 58 § 3 k.c. w przypadku, gdy niektóre klauzule okazują się abuzywne; tak M. Bławat, K. Pasko: *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2016, nr 3, s. 5 i n.; jak się wydaje w podobnym kierunku (choć bez uzasadnienia) K. Kurosz: *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, *PPH* 2017, nr 1, s. 23.

¹⁷ M. Skory: *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005, s. 196; M. Safjan (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 341.

¹⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-453/10 *Pereničová i Perenič*, ECLI:EU:C:2012:144.

przy ocenie kwestii, czy zawierająca jeden lub więcej nieuczciwych warunków umowa może nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej tych warunków, sąd rozpatrujący spór mógłby przyjąć jako podstawę rozstrzygnięcia jedynie to, iż unieważnienie owej umowy w całości byłoby ewentualnie bardziej korzystne dla konsumenta (pkt 33)”.

Zatem dyrektywa 93/13 nie nakazuje wprowadzić do prawa krajowego regulacji odpowiadającej art. 58 § 3 k.c. (tyle że stosowanemu jednostronnie na korzyść konsumenta) ani też nie upoważnia do interpretacji prawa krajowego w ten sposób, by w razie abuzywności niektórych postanowień zapewnić możliwość stwierdzenia nieważności (braku związania) całą umową tylko z tej przyczyny, że rozwiązanie takie bardziej odpowiadałoby konsumentowi niż dalsze związanie umową. Brak jest więc podstaw dla dopuszczenia kolejnego wyjątku od zasady statuowanej w art. 385¹ § 2 k.c., a zmierzającego do zapewnienia, aby umowa nie wiązała stron w całości, gdyby było to dla konsumenta bardziej korzystnym rozwiązaniem. **Stanowisko konsumenta, że preferuje on stwierdzenie nieważności umowy niż dalsze nią związanie, nie stanowi podstawy dla możliwości odejścia od zasady statuowanej w art. 385¹ § 2 k.c.** Do odmiennej wykładni ani nie zobowiązuje, ani też nie uprawnia interpretacja pronijna, gdyż — jak wyżej wskazano — prawo unijne pozostawia decyzję o wprowadzeniu tego typu ochrony w całości ustawodawcom krajowym, nie wymagając go¹⁹.

Wprawdzie dyrektywa 93/13 ma charakter wyłącznie minimalny, a więc jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości UE w dalszej części powoływanego wyroku C-453/10 *Pereničová* (pkt 34–35): „Dyrektywa 93/13 **nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie ustanowiło**, z poszanowaniem prawa Unii, **przepisy krajowe pozwalające na stwierdzenie nieważności całości umowy**, która została zawarta między przedsiębiorcą a konsumentem i zawiera jeden lub więcej nieuczciwych warunków, **jeśli takie rozwiązanie zapewnia konsumentowi lepszą ochronę**”²⁰. Zatem prawo polskie mogłoby wprowadzić takie rozwiązanie, o ile ustawodawca chciałby zapewnić tak daleką ochronę konsumenta. *De lege lata* art. 385¹ § 2 k.c. jako konsekwencję niedozwolonego charakteru postanowienia przewiduje wyłącznie utrzymanie związania umową²¹, nie dopuszczając do braku związania nią stron w całości tylko na tej podstawie, że rozwiązanie takie bardziej odpowiadałoby interesom konsumenta. Ochrona konsumenta ma także swoje maksymalne granice. **Nie jest zatem uprawnione pomijanie art. 385¹ § 2 k.c. i sięganie wprost do art. 58 § 3 k.c. na tej podstawie, że miałyby to służyć lepszemu ochronie konsumenta i realizacji dyrektywy 93/13, ponieważ dyrektywa 93/13**

¹⁹ W nieuprawniony zatem sposób M. Bławat oraz K. Pasko powołują się na tę interpretację jako podstawę dla tezy o dopuszczalności stosowania art. 58 § 3 k.c. mającego dookreślać skutki eliminacji klauzuli abuzywnej — M. Bławat, K. Pasko: *O zakresie...*, *op. cit.*, s. 8.

²⁰ Teza ta została powtórzona także w późniejszych orzeczeniach, przykładowo w wyroku TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Erika Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, C-397/11, ECLI: EU:C:2013:340, pkt 47.

²¹ Z zastrzeżeniem wyżej wskazanych wyjątków.

tak daleko idącej ochrony konsumenta nie przewiduje i nie wymaga. Nie zapewnia jej także prawo polskie²². Gdyby polskie prawo miało pozwalać na stwierdzenie nieważności (lub unieważnienie) całej umowy tylko z tej przyczyny, że bardziej odpowiadałoby to interesowi konsumenta, to wówczas konieczna byłaby nowelizacja art. 385¹ § 2 k.c. *De lege lata* nie tylko przedsiębiorca, lecz także konsument nie mogą powołać się na art. 58 § 3 k.c.

Zastosowanie art. 58 § 3 k.c. jako konsekwencji abuzywności jest niedopuszczalne także z tego względu, że art. 385¹ § 2 k.c. jest inną sankcją ni nieważność (względna lub bezwzględna) czynności prawnej²³ i w konsekwencji wywołuje odmienne od nich skutki. Jakkolwiek ustawodawca posługuje się pojęciem bezskuteczności i nieważności w sposób niekonsekwentny w różnorodnych szczegółowych przypadkach²⁴, to tak ogólne stwierdzenie nie uprawnia do utożsamiania sankcji statuowanej w art. 58 k.c. (w tym art. 58 § 3 k.c.) z sankcją przewidzianą w art. 385¹ § 2 k.c. — bez względu jak nazwiemy tę ostatnią sankcję: czy bezskutecznośc postanowienia, czy brakiem związania nim czy jeszcze inaczej. Jest to różna sankcja od bezwzględnej nieważności. Terminu „bezskutecznośc” na jej określenie należałoby o tyle unikać, że może sugerować zaliczenie sankcji z art. 385¹ § 2 k.c. do jakiejś wykształconej już wcześniej w prawie sankcji bezskuteczności, a wobec jej niekonsekwentnego odróżniania w niektórych szczegółowych przypadkach od nieważności bezwzględnej mogłoby w końcu stanowić podstawę (niezasadnego) utożsamiania sankcji abuzywności z bezwzględną nieważnośc²⁵, mimo niewątpliwie niedających się pogodzić ich skutków, przykładowo w odniesieniu do uzależnienia związania stron postanowieniem nieuczciwym od woli jednej ze stron. Niezasadnośc utożsamiania sankcji abuzywności klauzuli z bezwzględną nieważnośc²⁶

²² Działając na podstawie art. 31d ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 798), UOKiK, zgłaszając swój istotny pogląd w kilku toczących się procesach dotyczących kredytów frankowych, wskazał, że sąd powinien stwierdzić nieważność umowy kredytowej tylko, o ile godzą się na to kredytobiorcy (zob. np. istotny pogląd UOKiK z dnia 13 grudnia 2016 r. zgłoszony w sprawie toczącej się przed SO w Warszawie, Warszawa-Praga Południe, III C 625/15, s. 16–17, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=19237>). Już wskazano, że abuzywność niektórych klauzul umownych nie upoważnia do sięgnięcia, z naruszeniem art. 385¹ § 2 k.c., do art. 58 § 3 k.c. Nie ma więc znaczenia, czy konsument podnosi, że bez abuzywnych postanowień nie zawarłby umowy i czy w związku z tym wnoszą o uznanie umowy za nieważną w całości. TSUE w wyroku z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10 *Pereničová i Perenič* wskazał, że: „Jeśli chodzi o kryteria umożliwiające dokonanie oceny tego, czy dana umowa może rzeczywiście nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej owych nieuczciwych warunków, należy podnieść, że zarówno brzmienie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, jak i wymogi pewności prawa przy prowadzeniu działalności gospodarczej przemawiają za przyjęciem przy wykładni tego przepisu podejścia obiektywnego, w ramach którego [...] sytuacja jednej ze stron umowy, w niniejszym przypadku konsumenta, nie może zostać uznana za decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie tej umowy (pkt 32)”.

²³ Tak przykładowo stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej działającej przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego: projekt z uzasadnieniem*, pod red. A. Flisek, Warszawa 2009, s. 109; J. Pisuliński: *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, pod red. M. Romanowskiego, Warszawa 2017, s. 98–102 oraz powołana tam literatura.

²⁴ Zob. np. M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnych*, Warszawa 2008, s. 46–51.

²⁵ Tezy tej broni M. Bławat, K. Pasko: *O zakresie...*, *op. cit.*, s. 10–11, wyprowadzając z niej wniosek o stosowaniu, w przypadku abuzywności klauzul, art. 58 § 3 k.c. wprost lub przynajmniej *per analogiam*.

²⁶ M. Skory: *Klauzule...*, *op. cit.*, s. 193.

podkreślił jeszcze wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w innych orzeczeniach, wskazując na odmienną charakterystykę sankcji wymaganej (minimalnie) przez dyrektywę 93/13, potwierdzający, że bezwzględna nieważność lub choćby bezskuteczność względem „tylko” wszystkich konsumentów zawierających umowę na podstawie tego samego wzorca stanowią inną sankcję, o skutkach dalej idących, niż wymaga tego dyrektywa 93/13, choć także zapewniającą realizację jej celu²⁷.

Dokonywana na podstawie art. 58 § 3 k.c. ocena związania stron umową stanowi konsekwencję ustalenia hipotetycznej woli, po pierwsze: obu stron czynności, po drugie: ich woli na chwilę dokonania czynności. Tymczasem poglądy przychyłające się do stosowania art. 58 § 3 k.c. w sytuacji abuzywności niektórych postanowień umowy wskazują, że podstawą taką miałyby być, po pierwsze: tylko wola (interes) konsumenta, nie zaś obu stron umowy, a po drugie: wola/interes konsumenta ustalany także na moment późniejszy od zawarcia umowy, z uwzględnieniem okoliczności istniejących i znanych w momencie oceny dokonywanej przez sąd²⁸. Artykuł 58 § 3 k.c. nie przewiduje jednak nieważności umowy wynikającej/uzasadnionej okolicznościami dotyczącymi tylko woli jednej ze stron, a ponadto okolicznościami późniejszymi w stosunku do zawarcia umowy. Brak związania umową z powodu abuzywności klauzuli jest natomiast wadliwością czynności prawnej powstającą *ex lege* i *ex tunc*²⁹. Artykuł 58 § 3 k.c. powoduje nieważność całej umowy, tylko wówczas, gdy uzasadniony jest wniosek, że bez postanowień dotkniętych wadliwością czynność nie zostałaby dokonana przez racjonalnie działających modelowych uczestników rynku, będących w tej samej sytuacji i charakteryzujących się tymi samymi cechami co strony czynności. Nie można brać pod uwagę aktualnego stanowiska stron, bowiem będzie ono zawsze zależne od tego, czy chcą one utrzymania umowy w mocy, biorąc pod uwagę sposób wykonywania umowy oraz zmianę okoliczności decydujących o opłacalności utrzymania umowy dla konsumenta na moment następujący już po zawarciu umowy (najczęściej na moment dokonywania przez sąd oceny). Na ich uwzględnienie art. 58 § 3 k.c. nie pozwala. Skoro konsument zawarł umowę z klauzulami nieuczciwymi, to po ich usunięciu z umowy — racjonalnie rzecz biorąc — nie będzie uzasadniony wniosek, że według oceny dokonywanej na chwilę dokonania czynności nie zawarłby on umowy z usunięciem klauzul nieuczciwych³⁰.

²⁷ Wyrok w sprawie C-453/10 *Pereničová*; wyrok z dnia 26 kwietnia 2012 r., C-472/10 w sprawie *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przeciwko Invitel Távközlési Zrt*, ECLI:EU:C:2012:242.

²⁸ M. Bławat, K. Pasko: *O zakresie...*, *op. cit.*, s. 23.

²⁹ J. Pisuliński: *Życie umowy konsumenckiej...*, *op. cit.*, s. 98–102 z powołaniem się w szczególności na wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 2016 r.; odmiennie M. Romanowski, *Życie umowy konsumenckiej...*, *op. cit.*, s. 47 oraz 123–145.

³⁰ Podobnie A. Kołodziej: *Charakterystyka cywilnoprawnej sankcji niedozwolonych postanowień w umowach z konsumentami*, Rejent 2008, nr 12, s. 80. Nie wydaje się przekonujące odmienne stanowisko M. Bławat, K. Pasko (*O zakresie...*, *op. cit.*, s. 24). Wskazują one na możliwość pojawienia się wyjątkowo w praktyce takiej sytuacji, gdy na skutek następczego ujawnienia abuzywnego charakteru niektórych klauzul umownych umowy nastąpi utrata zaufania konsumenta do przedsiębiorcy, co ma wówczas uzasadniać zastosowanie art. 58

Brak jest zatem podstaw dla budowania *de lege lata* w oparciu o art. 58 § 3 k.c. sankcji pozwalającej konsumentowi na żądanie stwierdzenia nieważnoŝci (niezwiązania) ca umow, gdy na skutek okolicznoŝci póżniejszych w stosunku do zawarcia umowy byłoby to dla konsumenta rozwiązanie korzystniejsze. Byłaby to w istocie sankcja odmienna niź przewidziana w art. 58 § 3 k.c. O ile art. 385¹ § 2 k.c., który jest skierowany na ochronę konsumenta, moźna wyklądać w kierunku sprzyjającym zabezpieczeniu interesów konsumenta, to juź nie dotyczy to stosowania art. 58 § 3 k.c. Brak jest podstaw do wykldni wszystkich przepisów w kierunku zgodnym z ochron konsumenta. Przyznanie konsumentowi uprawnienia do zniweczenia mocy wizajcej umowy tylko z tego powodu, że jakiegokolwiek postanowienie miało charakter abuzywny, byłoby rozwiązaniem nieproporcjonalnie uprzywilejowujcym konsumenta, o charakterze raczej penalizującym niź zapewniającym równowagę kontraktową.

Póżniejsza zmiana okolicznoŝci wpływowca na preferencje konsumenta mogłby stanowić jedynie podstawę wprowadzenia do prawa polskiego nowej odrębnego sankcji³¹. *De lege lata* brak jest w prawie polskim podstaw uzaleźnienia związania stron postanowieniami nieabuzywnymi od woli (interesu) konsumenta.

6. „UZUPEŁNIENIE” MIEJSCA PO KLAUZULI ABUZYWNEJ

Jeŝli w treŝci postanowień umownych została zastrzeźona klauzula abuzywna, a konsument nie sprzeciwi się wyciągnięciu konsekwencji z tego faktu, to strony pozostają co do zasady nadal, zgodnie z art. 385¹ § 2 k.c., związane nieabuzywnymi postanowieniami umowy. Wówczas kolejnym zagadnieniem, jakie się pojawia, a kórego powołany przepis nie rozstrzyga, jest pytanie o to, czy dopuszczalne jest wypełnienie powstałej w ten sposób w treŝci postanowień umownych „luki” po klauzuli abuzywnej. Udzielenie odpowiedzi pozytywnej powoduje w dalszej kolejnoŝci koniecznoŝć wskazania ŝródła normy lub postanowienia zastępczego, którym owa luka miałaby zostać wypełniona.

Również w tym przypadku niezbędnego jest wyjŝcie od przedstawienia przynajmniej pokrótce regulacji prawa unijnego³² oraz ustalających jego wykldnię wyro-

§ 3 k.c. Następcza utrata zaufania jest wówczas jednak okolicznoŝci póżniejsz w stosunku do zawarcia umowy. Przy ocenie zastosowania art. 58 § 3 k.c. uwzględniany poziom zaufania konsumenta do przedsiębiorcy musiałby być taki sam, jaki konsument miał przy zawieraniu z tym przedsiębiorc umowy, a badanie obejmowałoby pytanie, czy w tych samych okolicznoŝciach konsument ten zawarłby umowę, z kórej byłoby wyeliminowane postanowienia nieuczciwe. Skoro zawarł umowę z klauzulami nieuczciwymi, to tym bardziej zawarłby ją wówczas także w razie braku ich stosowania.

³¹ Propozycje zmiany w tym zakresie prawa polskiego są zawarte w szczegónoŝci w opracowaniu Komisji Kodyfikacyjnej działającej przy Ministrze Sprawiedliwoŝci, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego: projekt z uzasadnieniem*, *op. cit.*, s. 109–111.

³² Stan regulacji by juź szerzej przedstawiany w literaturze; z ostatnich publikacji np. K. Kurosz: *Nieważnoŝć umowy kredytu na skutek wadliwego okreŝlenia warunków zmiany oprocentowania*, PPH 2017, nr 1, s. 23 i n., oraz M. Romanowski (w): *Życie umowy konsumenckiej...*, *op. cit.*, s. 7–90.

ków Trybunału Sprawiedliwości UE. Trybunał Sprawiedliwości UE wielokrotnie w swej działalności przypomina utrwaloną w prawie unijnym zasadę, że podczas stosowania przepisów prawa krajowego sąd krajowy, który rozpoznaje spór zawisły wyłącznie pomiędzy jednostkami, jest zobowiązany uwzględnić całość przepisów prawa krajowego i interpretować je tak dalece, jak to możliwe, w świetle treści oraz zamierzeń danej dyrektywy, aby uzyskać rozstrzygnięcie zgodne z wyznaczonym w niej celem³³.

Kwestią dopuszczalności stosowania przepisów dyspozytywnych w miejsce warunku nieuczciwego (postanowienia niedozwolonego) Trybunał Sprawiedliwości UE zajął się w dwóch podstawowych dla tej problematyki wyrokach zapadłych w sprawach C-618/10 *Banco Español*³⁴ oraz C-26/13 *Kásler*³⁵, wielokrotnie przywoływanych przez Trybunał Sprawiedliwości UE w jego późniejszym orzecznictwie.

Zgodnie z wyrokiem w sprawie C-618/10 *Banco Español*: „[...] z brzmienia art. 6 ust. 1 wynika, że sądy krajowe są zobowiązane wyłącznie do zaniechania stosowania nieuczciwego warunku umownego, aby nie wywierał on obligatoryjnych skutków wobec konsumenta, przy czym nie są one uprawnione do zmiany jego treści. Umowa ta powinna bowiem w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego” (pkt 65). „W tym kontekście należy zatem stwierdzić [...], że **gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów [...], ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes rzeczonych przedsiębiorców” (pkt 69).**

Wskazuje się w doktrynie, że w powołanym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE brak jest jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, do których środków prawnych stosowanych przez sąd odnosi się powyższa interpretacja Trybunału Sprawiedliwości UE³⁶. Skoro środki ochrony konsumenta nie są przedmiotem regulacji dyrektywy 93/13 (reguluje ona bowiem cele i skutek, jaki ma zostać osiągn-

³³ W szczególności wyrok w sprawie *OSA*, C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 44; wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, pkt 6.4.

³⁴ Wyrok z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10 *Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino*, EU:C:2012:349.

³⁵ Wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, pkt 6.4.

³⁶ R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013, s. 623–624.

niety), a konstrukcja srodkow nalezy do decyzji państw czlonkowskich, to trzeba konsekwentnie przyjac, ze Trybunal Sprawiedliwosci UE nie wypowiedal sie o konkretnych srodkach prawnych, ale o jakichkolwiek srodkach prawnych przewidywanych w prawie państwa czlonkowskiego, ktorych celem bylyby zmierzanie do „uzupelnienia” miejsca po klauzuli abuzywnej. Slusnie Trybunal Sprawiedliwosci UE nie zawezil swej tezy do zadnego konkretnego srodka, bowiem jego teza odnosi sie do kazdego ze srodkow, niezaleznie od jego prawnej natury i konstrukcji. Z orzeczenia tego wynika zatem wniosek, ze dyrektywa nie zezwala na regulacje krajowa, zgodnie z ktora sad krajowy moglby byc uprawniony do uzupelnienia miejsca po klauzuli abuzywnej za pomoca jakiegokolwiek srodka. Chodzi tu wiecej przede wszystkim o proby wypeelniania miejsca po klauzuli abuzywnej postanowieniem dyspozytywnym. Jednak orzeczenie to nalezy odnosic do kazdego z mozliwych srodkow (sposobow) wypeelniania owego miejsca, jedynie przykladowo tu wymieniajac dokonywanie przez sad „uzupelnienia” umowy poprzez powierzenie bieglemu okreslenia warunkow umownych, ktore mialyby — jako warunki „sluszne” czy rynkowe — wiązac strony³⁷, okreslenia przez sam sad postanowienia uzupelniajacego na podstawie regul sluszności, uzupelnienia postanowien umowy postanowieniem zastepczym maksymalnie zbliżonym do woli stron, acz pozbawionym nieuczciwego komponentu, przy wykorzystaniu tzw. redukcji utrzymujacej skutecznosc lub wykladni uzupelniajacej³⁸. Zasade sformulowana w wyroku C-618/10 *Banco Español* nalezy odnosic takze do regulacji ustawowych, ktore zmierzalyby do dokonywanej z mocy prawa redukcji utrzymujacej skutecznosc, na gruncie ktorej dzialanie sadu ma charakter tylko deklaratoryjny. Przykladem takiego przepisu jest w prawie polskim art. 359 § 2² k.c. Przepis nie narusza dyrektywy 93/13, tylko gdy dokona sie wykladni ograniczajacej zakres jego hipotezy jedynie do stosunkow pozakonsumenckich. W stosunkach konsumenckich zastrzezenie przez proponenta odsetek kapitaLOWYCH wyzszych niz maksymalne powoduje w calosci bezskutecznosc klauzuli zastrzegajacej odsetki. Brak jest podstaw do uzupelnienia tego miejsca zredukowanym postanowieniem wynikajacym ze wskazanego przepisu. Przeciwna wykladnia art. 359 § 2² k.c. (to jest dopuszczajaca jego zastosowanie takze do stosunkow konsumenckich) prowadzilaby do wniosku o jego niezgodnosc z dyrektywa 93/13. Jezeli przedsioborca zastrzega odsetki kapitaLOWE wyzsze niz maksymalne, to konsument, aby zakwestionowac te klauzule, musialby dokonac weryfikacji

³⁷ Co uczynil Sad Najwyzszy w orzeczeniu w sprawie *mBanku*.

³⁸ W doktrynie polskiej sporne jest, na ile wykladnia uzupelniajaca jest dopuszczalna w prawie polskim. Z. Radwanski wskazuje, ze jest ona dopuszczalna na podstawie i w zakresie okreslonym w art. 56 k.c.; zob. Z. Radwanski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne. Czesc ogolna*, Warszawa 2008, nb 18–21, s. 45. Stanowisko o jej niedopuszczalnosci jednolicie prezentuje natomiast UOKiK w swych wystapieniach do sadow przedstawiajacych „istotny poglad” w kwestii skutkow abuzywnosci klauzul umownych zawartych w umowach kredytow frankowych — zob. przykladowo istotny poglad UOKiK z dnia 13 grudnia 2016 r. zgloszony w sprawie toczacej sie przed SO w Warszawie, Warszawa-Praga Poludnie, III C 625/15, s. 15–17, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=19237>.

umowy pod kątem jej zgodności z prawem. Określenie więc w umowie zobowiązań konsumenta nie byłoby w tej sytuacji jasne (transparentne). Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie C-191/15 *Amazon EU*, w sytuacji gdy skutki postanowienia są określone bezwzględnie wiążącymi przepisami, istotne jest, by przedsiębiorca poinformował konsumenta o tych przepisach (podobnie wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 26 kwietnia 2012 r. w sprawie C-472/10 *Invitel*). Dopuszczenie stosowania art. 359 § 2² k.c. do stosunków konsumenckich powodowałoby także osłabienie zniechęcającego efektu, jaki ma wywierać dyrektywa 93/13. Przedsiębiorca bowiem mógłby zastrzegać w umowach wyższe oprocentowanie niż dozwolone, nie ponosząc żadnych negatywnych konsekwencji tego stanu, skoro skuteczność tego postanowienia byłaby utrzymywana w mocy w granicach dopuszczonych przez art. 359 § 2² k.c. To, że przepis ten wyraża niewątpliwie idealny rozkład obciążeń pomiędzy stronami stosunku prawnego, nie ma tu żadnego znaczenia. Taką idealną równowagę praw i obowiązków odzwierciedlają także przepisy dyspozytywne, a mimo to nie mogą być podstawą redukcji utrzymującej skuteczność. Zarówno przepisy dyspozytywne, jak i art. 359 § 2² k.c. mogą natomiast znaleźć zastosowanie, gdyby było to konieczne dla utrzymania związania stron umową (zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-618/10 *Banco Español*).

Wszystkich wymienionych wyżej środków (oraz także niewymienionych, a zmierzających do uzupełnienia miejsca po klauzuli abuzywnej uczciwym postanowieniem zastępczym) dotyczy racja przemawiająca za ich niedopuszczalnością w świetle dyrektywy 93/13: zagrażają one bowiem realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Każde z tych środków/uprawnień przyczyniałoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania nieuczciwych warunków wobec konsumentów, ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy (czy to mocą przyznanych mu prawokształtujących uprawnień, czy uprawień o charakterze jedynie deklaratoryjnym, zmierzającym przykładowo do odpowiedniej wykładni umowy eliminującej z umowy postanowienia nieuczciwe), co gwarantowałoby w ten sposób zabezpieczenie interesu rzeczonych przedsiębiorców. Jeżeli przykładowo zostałyby zastrzeżona na rzecz przedsiębiorcy rażąco wygórowana kara umowna, to akceptacja dokonania jej redukcji do poziomu nierażącego — za pomocą jakichkolwiek środków i sposobów: czy to z mocy prawa, czy z mocy prawokształtującego orzeczenia sądu, skutecznego *ex tunc* lub *ex nunc* — zagrażałaby realizacji opisanego wyżej skutku zniechęcającego. Zastrzegając masowo takie klauzule, przedsiębiorcy ryzykowałiby, w płaszczyźnie prawa cywilnego, jedynie tym, że najwyższej niektórzy konsumenci zgłoszą zastrzeżenia co do nieuczciwej klauzuli, a wówczas przedsiębiorca zaakceptuje jej jednostkowe obniżenie wyłącznie w stosunkach z tymi kon-

sumentami zgłaszającymi zastrzeżenia, co umożliwi mu wyciąganie korzyści z klauzul niedozwolonych wobec konsumentów niezgłaszających zastrzeżenia. Nawet zaś gdyby wszyscy konsumenci zgłosili zastrzeżenia, to nadal interes przedsiębiorcy będzie chroniony przez sądy, choćby w mniejszym rozmiarze, co najmniej na poziomie zapewniającym mu „godziwy zysk”. Przy stosowaniu zatem wyżej wymienionych środków przedsiębiorca ryzykowałby tylko tym, że nie osiągnie nieuczciwych korzyści, ale nie ryzykuje tym, że ich w ogóle nie otrzyma lub nawet poniesie jedynie straty. Natomiast zakaz stosowania w systemach prawnych jakichkolwiek środków uzupełniających miejsce klauzuli abuzywnej spowoduje, że przedsiębiorca będzie musiał liczyć się z tym, że żadnego zysku nie osiągnie (choćby tylko zredukowanego do poziomu uczciwego) albo nawet poniesie straty. Przykładowo w przypadku zastrzeżenia rażąco wygórowanej kary umownej będzie musiał liczyć się z tym, że jej w ogóle nie otrzyma, a nie tylko z tym, że otrzyma ją zawsze co najmniej w wysokości „niewygórowanej”. W takiej sytuacji przedsiębiorca nie będzie skłonny albo będzie dużo mniej skłonny ryzykować zastrzeżenie klauzuli nieuczciwej, niż w sytuacji gdyby jego interes nadal był chroniony co najmniej na poziomie „uczciwym”.

Odnosząc się do generalnej tezy sformułowanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku C-618/10 *Banco Español* o konieczności zapewnienia efektu „zniechęcającego” poprzez zakaz uzupełniania miejsca po klauzuli abuzywnej za pomocą jakichkolwiek środków, należy zauważyć, że efekt ten nie jest w stanie powstać (nie jest w stanie wywierać efektywnego wpływu na unikanie zastrzegania przez przedsiębiorców klauzul nieuczciwych) w tej sytuacji, gdy w chwili zawierania umowy dana klauzula jest uznawana powszechnie przez orzecznictwo za dopuszczalną. Prawo chroniące konsumenta miało być proste i przejrzyste, a stało się jednym z najbardziej skomplikowanych obszarów prawa cywilnego, zaskakując przedsiębiorców co rusz nagłymi zwrotami regulacji i — jeszcze częściej — całkowicie nową, często odmienną oceną poszczególnych klauzul (także na skutek meandrów orzecznictwa TSUE). Dotkliwe tego konsekwencje ponoszą obie strony, szczególnie gdy konsumenckie stosunki prawne nawiązywane są na długie okresy. Należy rozważyć *de lege ferenda*, czy prawo europejskie nie powinno zezwolić wyjątkowego złagodzenia sankcji nakładanej na przedsiębiorców, gdy przedsiębiorca zamieszczał określoną klauzulę w umowie, działając w zaufaniu do zgodności przepisów prawa z dyrektywą 93/13 albo działając w zaufaniu do trafności bieżącego orzecznictwa akceptującego określoną klauzulę jako uczciwą. Zezwolenie w takich sytuacjach na zastępowanie klauzul abuzywnych wszelkimi środkami zmierzającymi do zapewnienia równowagi kontraktowej nie osłabia efektu zniechęcającego, bowiem przedsiębiorca działający w zaufaniu do przepisów prawa i orzecznictwa nie może i nie powinien być adresatem działań zniechęcających. Osiągnięty zostanie wówczas cel usunięcia stanu związania klauzulami abuzywnymi i przywrócenia równowagi kontraktowej, a brak podstaw i potrzeby, aby zniechęcać przedsiębiorcę do tego, by

nie stosował klauzuli powszechnie aprobowanej przez orzecznictwo lub wręcz przewidywanej przez przepisy prawa krajowego. Na przedsiębiorcy oczywiście powinien spoczywać wymóg, że określone orzecznictwo odnosiło się do klauzuli tożsamej z zastrzeżoną przez niego w umowach. Wówczas środki generalnie zakazane przez Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku C-618/10 *Banco Español* powinny być dopuszczalne, ponieważ po pierwsze, zmierzałyby one do przywrócenia zachwianej równowagi kontraktowej (co jest jednym z celów dyrektywy 93/13), a po drugie, jednocześnie nie zagrażałyby realizacji efektu odstraszającego (którego realizacja jest kolejnym celem dyrektywy 93/13). Być może doprowadziłyby to do wykształcenia się w systemach krajowych środków, które wręcz pozwalałyby przedsiębiorcy na dobrowolne poddanie konkretnego wzorca umowy kontroli *ex ante*, powodując zmniejszenie po jego stronie ryzyka oceny w przyszłości określonych klauzul umowy za niedozwolone. Ostatecznie celem dyrektywy 93/13 nie jest obciążenie przedsiębiorców jak największym ryzykiem stosowania wzorców, lecz możliwie najszerze wyeliminowanie praktyki zastrzegania klauzul nieuczciwych. W wielu przypadkach, gdy klauzule te pochodzą z wzorców, mogłyby zostać zapewnione przedsiębiorcom sądowe (ewentualnie administracyjne) środki kontroli klauzul *ex ante*, co z pewnością mogłoby się przyczynić z jednej strony do wyeliminowania nieuczciwych klauzul na możliwie najwcześniejszym etapie, a z drugiej strony, do ochrony uczciwych przedsiębiorców działających w zaufaniu do dokonywanej przez organy sądowe interpretacji prawa z chwili zawierania przez nich umowy.

Zakaz braku uzupełniania miejsca po klauzuli abuzywnej wyrażony w wyroku C-618/10 *Banco Español*, Trybunał Sprawiedliwości UE w istotnym zakresie ograniczył w późniejszej sprawie C-26/13 *Kásler*. W tym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził mianowicie, że z zasady sformułowanej w wyroku C-618/10 *Banco Español* (pkt 69) nie wynika, iż w sytuacji gdyby brak zastosowania przepisu dyspozytywnego zobowiązywał sąd do stwierdzenia nieważności danej umowy w całości, art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stałby na przeszkodzie temu, by sąd krajowy uchylił, zgodnie z zasadami prawa zobowiązań, nieuczciwy warunek poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym (pkt 80 powoływanego wyroku). „Przeciwnie, fakt zastąpienia nieuczciwego warunku tego rodzaju przepisem — w przypadku którego, jak wynika z motywu trzynastego dyrektywy 93/13, zakłada się, że nie zawiera nieuczciwych warunków — w zakresie, w jakim dostarcza on rozwiązania, dzięki któremu umowa może dalej obowiązywać mimo wykreślenia warunku [...] i wciąż wywoływać wiążące skutki względem stron, jest w pełni uzasadniony w świetle celu dyrektywy 93/13 (pkt 81). Zastąpienie nieuczciwego warunku przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym jest bowiem zgodne z celem art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis ten zmierza do zastąpienia ustanowionej w umowie równowagi formalnej między prawami i obowiązkami stron równowagą rzeczywistą, pozwalającą

na przywrócenie równoŝci tych stron bez koniecznoŝci unieważnienia wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki (pkt 82). Natomiast gdyby w sytuacji takiej jak omawiana w postępowaniu głównym zastąpienie nieuczciwego warunku przepisem o charakterze dyspozytywnym nie było dopuszczalne, co zobowiązywałoby sąd do unieważnienia danej umowy w całoŝci, konsument mógłby zostaó narażony na szczególnie niekorzystne konsekwencje, skutkiem czego osiągnięcie skutku odstraszającego wynikającego z unieważnienia umowy byłoby zagrożone (pkt 83). Takie unieważnienie bowiem wywiera co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalnoŝci, co może przekraczaó moŝliwoŝci finansowe konsumenta i z tego względu penalizuje raczej tego ostatniego niŝ kredytodawcę, który nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach (pkt 84)³⁷.

Rozwiązanie zaakceptowane przez Trybunał Sprawiedliwoŝci UE w wyroku C-26/13 *Kásler*, pomimo wprost w nim zawartych deklaracji, ŝe stanowi ono potwierdzenie koniecznoŝci utrzymania efektu odstraszającego, prowadzi w istocie do osłabienia realizacji tego celu okreŝlonego w art. 7 dyrektywy 93/13. Trybunał Sprawiedliwoŝci UE waŝył jednak w tym orzeczeniu dwie wartoŝci: na jednej szali utrzymanie szeroko zakreŝlonego efektu zniechęcającego (odstraszającego) realizującego cel okreŝlony w art. 7 dyrektywy 93/13, a na przeciwniej: uniknięcie masowego unieważnienia umów na rynku, w sytuacji gdy jednocześnie zgodnie z prawem krajowym moŝliwe byłoby utrzymanie ich w mocy po przywróceniu naruszonej równowagi stron przez zastosowanie odpowiedniego przepisu dyspozytywnego. Trybunał Sprawiedliwoŝci UE najwyraźniej ocenił, ŝe z dwóch kolidujących wartoŝci waŝniejsza jest ta ostatnia, bowiem efekt odstraszający nie powinien jednocześnie silniej penalizowaó konsumenta. Trybunał Sprawiedliwoŝci UE przyjął, ŝe w konkretnym rozwaŝanym przez niego przypadku umów kredytu utrzymanie umowy w mocy jest korzystniejsze dla konsumenta³⁹, bowiem unieważnienie całej umowy spowodowałoby natychmiastową wymagalnoŝó roszczenia o zwrot całego kredytu⁴⁰. Natomiast gdy umowie nie grozi upadek na skutek wyłączenia z niej klauzul abuzywnych, cała sankcja powinna ograniczaó sió do ich niestosowania, bez uzupełnienia umowy jakimkolwiek postanowieniem zastępczym.

Zgodnie z wykładni dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwoŝci UE dyrektywa 93/13 wymaga, aby prawo krajowe zapewniało, ŝe przepisy dyspozytywne co do

³⁹ O tym, ŝe nie zawsze jest to wniosek trafny, ŝwiadczy najdobitniej pojawiające sió w procesach „frankowych” ŝdania konsumentów uznania przez sąd umów kredytu za nieważne; to częŝto przedsiębiorcy walczą o utrzymanie tych umów w mocy. Nietrafnoŝó tego wniosku może wynikaó bdŝ z istniejących po zawarciu umowy okolicznoŝci dotyczących indywidualnego konsumenta, bdŝ z okolicznoŝci odnoszących sió do kaŝdego konsumenta, a wynikających przykładowo z przyjmowanych w poszczególnych krajowych systemach prawnych zasad rozliczeń stron w związku z bezpodstawnie spełnionymi ŝwiadczeniami.

⁴⁰ Skutek natychmiastowego zwrotu kredytu jest tylko wówczas dotkliwy dla konsumenta, gdy nie ma on moŝliwoŝci zapewnió sobie w tym czasie środków wystarczających na jego natychmiastową spłatę. Zaleŝy to od indywidualnej sytuacji kaŝdego z konsumentów. Ryzyko to nie pojawia sió takŝe wówczas, gdy konsument spłacił juŝ cały kredyt zgodnie z nieuczciwymi warunkami.

zasady nie będą stosowane w miejsce klauzuli abuzywnej, ale jednak powinny one zostać zastosowane (o ile przewiduje je prawo krajowe), **wówczas gdyby miało to zapobiec upadkowi całej umowy**. W wyroku C-26/13 *Kásler* Trybunał ograniczył więc zakres zastosowania sankcji mającej zniechęcać przedsiębiorców do stałego stosowania warunków nieuczciwych (art. 7 dyrektywy 93/13), stwierdzając, że nie może ona iść tak daleko, by jej stosowanie mogło stanąć na przeszkodzie zastosowaniu przepisu dyspozytywnego, o ile byłoby to konieczne dla utrzymania umowy w mocy. W pierwszej części artykułu wskazano już przypadki, w których abuzywność niektórych klauzul umownych pociągnęłaby za sobą brak związania stron całą umową. Tylko groźba nastąpienia tego skutku usprawiedliwia i uzasadnia zastosowanie przepisu dyspozytywnego w miejsce niewiążącego postanowienia niedozwolonego.

W odniesieniu do zakresu stosowania w miejsce klauzuli abuzywnej przepisu dyspozytywnego, w doktrynie polskiej został sformułowany pogląd, że przepis dyspozytywny można zastosować do danej umowy (o ile miałby on ratować przed jej upadkiem) tylko wówczas, gdyby nie był on odmienny (nie prowadziłby do skutków odmiennych) od woli stron wyrażonej w eliminowanych klauzulach abuzywnych⁴¹. Pogląd taki sprowadzałby jednak praktycznie do zera stosowanie przepisów dyspozytywnych w miejsce klauzul abuzywnych. Gdy postanowienie umowne jest tożsame z przepisem dyspozytywnym, nie będzie ono eliminowane z umowy, bowiem przyjmuje się, że nie może być abuzywne⁴². Natomiast uznane za nieuczciwe postanowienia umowne, odmienne od przepisów dyspozytywnych, nigdy nie będą tożsame z przepisami dyspozytywnymi. Postanowienia umowne z reguły odbiegają od przepisów dyspozytywnych, gdyż po to właśnie wprowadza się je do umowy. Jeżeli strony godziłyby się na regulację przepisu dyspozytywnego, to pomijają go w umowie⁴³, zaś postanowienie umowne zamieszczają właśnie wówczas, gdy w miejsce regulacji dyspozytywnej chcą wprowadzić regulację odmienną. Jeżeli ta odmienna regulacja umowna okaże się nieuczciwa, to nie można uzależnić stosowania w jej miejsce odpowiedniego przepisu dyspozytywnego od tego, czy jest on zbieżny z wolą stron wyrażoną w nieuczciwym postanowieniu. W ten sposób nigdy nie dojdzie do zastosowania przepisu dyspozytywnego, gdyż eliminowane nieuczciwe postanowienie będzie przewidywało zawsze regulację odmienną od

⁴¹ M. Romanowski (w.): *Życie umowy konsumenckiej...*, *op. cit.*, s. 79.

⁴² Zgodnie z motywem 13 dyrektywy 93/13: „Zakłada się, iż obowiązujące w Państwach Członkowskich przepisy ustawowe i wykonawcze, które bezpośrednio lub pośrednio ustalają warunki umów konsumenckich, nie zawierają nieuczciwych warunków; w związku z tym nie wydaje się konieczne rozpatrywanie warunków umowy, które są zgodne z obowiązującymi przepisami ustawowymi lub wykonawczymi oraz zgodne z zasadami lub postanowieniami konwencji międzynarodowych, których stronami są Państwa Członkowskie lub Wspólnota; użyte w art. 1 ust. 2 sformułowanie »obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze« obejmuje również zasady, które zgodnie z prawem będą stosowane między umawiającymi się stronami z zastrzeżeniem, że nie dokonano żadnych innych uzgodnień”.

⁴³ Poza stosunkowo rzadką praktyką kopiowania w postanowieniach umownych przepisów dyspozytywnych, co może mieć dla stron znaczenie bądź informacyjne, bądź może służyć ewentualnemu usunięciu wątpliwości co do zastosowania do umowy określonego przepisu dyspozytywnego.

przepisu dyspozytywnego. Orzeczenia i wypowiedzi doktryny, które są powoływane na poparcie krytykowanego tu poglądu⁴⁴, odnoszą się do całkiem innej sytuacji, a mianowicie niezasadności stosowania przepisów dyspozytywnych, gdy pozostaje wiążąca odmienna wola stron wyrażona w regulacji umownej. Natomiast gdy owa umowna regulacja okaże się nieuczciwa i nastąpi jej eliminacja ze stosunku prawnego, to owa wola stron niestosowania określonego przepisu dyspozytywnego nie wiąże stron. Wówczas odpowiedni przepis dyspozytywny może i powinien znaleźć zastosowanie, bez względu na to, że odbiega on od woli stron wyrażonej w nieuczciwych postanowieniach umownych. Autonomia woli stron wyrażona w postanowieniach nieuczciwych nie podlega ochronie w zakresie, w jakim jest to konieczne do usunięcia nieuczciwego komponentu danego postanowienia umownego.

W dalszej kolejności rozważenia wymaga także inne ważne pytanie, a mianowicie czy tezę sformułowaną przez Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku C-26/13 *Kásler* można i należy odnosić nie tylko do zastąpienia klauzuli abuzywnej normą wynikającą z przepisu dyspozytywnego, lecz także do zastąpienia jej postanowieniem zastępczym sformulowanym w oparciu o **jakikolwiek inny środek prawny**, generalnie akceptowany w danym systemie prawa krajowego, przykładowo wynikający ze stosowania wykładni uzupełniającej oświadczenia woli lub redukcji utrzymującej skuteczność (czy to stanowiącą rodzaj wykładni, czy wynikającą z norm prawnych, np. art. 359 § 2² k.c.). Środki te bowiem w takim samym zakresie mogą przywrócić słuszną równowagę kontraktową pomiędzy stronami, jak zastosowanie przepisów dyspozytywnych. Realizacja tego celu dyrektywy 93/13 byłaby więc zapewniona. Wątpliwości także nie budzi ograniczenie w tym przypadku, w razie zastosowania wskazanych środków, efektu „zniechęcającego” przedsiębiorców do stosowania nieuczciwych klauzul. Wyrok C-26/13 *Kásler* wyraźnie wskazuje na to, że gdyby na skutek eliminacji postanowienia nieuczciwego zagrożona upadkiem była cała umowa, realizacja efektu odstraszaającego powinna odejść na drugi plan, a liczy się wówczas utrzymanie związania stron umową, w której została już przywrócona równowaga kontraktowa dzięki zastosowaniu przepisu dyspozytywnego. Natomiast to, co może budzić wątpliwości w przypadku zastosowania innych niż przepis dyspozytywny środków prowadzących do sformułowania i zastosowania „postanowienia zastępczego”, to wymóg zapewnienia konsumentowi przejrzystości materialnej i formalnej umowy konsumenckiej (art. 385¹ § 1, art. 385 § 2 zd. 1 k.c. oraz odpowiednio art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy 93/13)⁴⁵. Odnosi się ona jednak tylko do

⁴⁴ Zob. np. uzasadnienie wyroku SN z dnia 3 listopada 2004 r., III CK 546/03, Legalis: „Jest oczywistym, że jeżeli źródłem zobowiązania jest umowa, to stosunek zobowiązaniowy dookreślają przepisy kodeksu cywilnego i innych ustaw (art. 56 k.c.), w tym także przepisy dyspozytywne, o ile nie zostały wyłączone przez odmienną wolę stron wyrażoną w umowie” — powoływane za: M. Romanowski (w): *Życie umowy konsumenckiej...*, op. cit., s. 79.

⁴⁵ Zob. wyrok TSUE z dnia 3 czerwca 2010 r., C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, ECLI: EU:C:2010:309; wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r. w połączonych sprawach C-154, C-307/15 i C-308/15; szersze omówienie tej zasady i jej rozumienia: M. Romanowski (w): *Życie umowy konsumenckiej...*, op. cit., s. 201–243.

postanowień umownych, nie zaś innych źródeł regulacji danego stosunku prawnego, przykładowo przepisów dyspozytywnych. Jak wyżej już wskazano, stosowanie przepisu dyspozytywnego w miejsce wyeliminowanej klauzuli umownej przeszło zaś pozytywnie weryfikację dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości UE. W przypadku zastosowania redukcji utrzymującej skuteczność na mocy odpowiedniego przepisu wprowadzającego redukcję dokonywaną *ex lege* (np. art. 359 § 2² k.c. — przepisu mającego charakter bezwzględnie obowiązujący) nie powstaje dla konsumenta większa nieprzejrzystość regulacji umownej niż zastosowanie jakiegokolwiek innego przepisu dyspozytywnego. Środek w postaci redukcji utrzymującej skuteczność stosowanej z mocy prawa należy uznać więc za dopuszczalne źródło „postanowienia zastępczego”⁴⁶. Jak się wydaje, wymogu przejrzystości materialnej nie można też odnosić do postanowień zastępczych formułowanych przez sąd z mocy przyznanych mu w danym systemie prawa uprawnień do wydawania wyroków prawokształtujących, w oparciu chociażby o zasadę słuszności. *De lege lata* prawo polskie nie przyznaje jednak sądowi takiego prawokształtującego uprawnienia⁴⁷.

Natomiast wydaje się, że inne potencjalne środki, które mogłyby prowadzić do sformułowania uczciwego postanowienia zastępującego klauzulę abuzywną, a oparte na wykładni oświadczeń woli stron, nie zapewniałyby standardu przejrzystości formalnej i materialnej umowy. Można tu przykładowo wskazać redukcję utrzymującą skuteczność opartą na wykładni oświadczeń woli stron, czy wykładnię uzupełniającą⁴⁸. Konsument nie byłby bowiem w stanie samodzielnie przeprowadzić tego procesu wykładni i ustalić, jaka ostatecznie jest treść jego praw i obowiązków; mógłby zostać zmuszony do korzystania z pomocy prawników (a nawet procesów sądowych) przy każdorazowej wątpliwości co do treści umowy.

Inną kwestią pojawiającą się w związku ze stosowaniem środka zastępującego klauzulę abuzywną jest pytanie, czy postanowienie zastępcze (bez względu na

⁴⁶ Wbrew odmiennemu stanowisku M. Bławat, K. Pasko (*O zakresie..., op. cit.*, s. 21) nie ma tu zastosowania zasada wypowiedziana przez TSUE w sprawie C-618/10 *Banco Español* (pkt 41–42), wykluczająca redukcję utrzymującą skuteczność, gdyż w nim TSUE uznał za niezgodne z dyrektywą 93/13 obowiązywanie takich przepisów ustawy, które upoważniają sąd do redukcji nadmiernych odsetek umownych **za opóźnienie** do wysokości odsetek prawnie dopuszczalnych. Wykładnia ustalona tym wyrokiem dotyczyła więc konsekwencji eliminacji nieuczciwych klauzul obejmujących dodatkowe umowne obowiązki. Ich eliminacja nie zagrażała upadkiem umowy, a przeto nie odnoszą się do tej sytuacji rozważania dotyczące dopuszczalności stosowania postanowień „zastępczych”, gdy bez wyeliminowanych klauzul abuzywnych nie byłoby możliwe związanie stron umową.

⁴⁷ M. Romanowski wskazuje, że na gruncie prawa polskiego sąd posiada w analizowanym przypadku uprawnienia prawotwórcze do określenia postanowienia zastępczego w oparciu o zasady słuszności, jednak jako podstawę dla tej kompetencji wskazuje art. 65 § 2 k.c. i art. 56 k.c., co należy zaliczyć do wcześniej omówionych środków opartych na wykładni oświadczenia woli; zob. M. Romanowski: *Życie umowy konsumenckiej..., op. cit.*, s. 86.

⁴⁸ Co do podstaw i zakresu dopuszczalności tej wykładni w prawie polskim, w oparciu o art. 56 k.c., zob. Z. Radwański (w.): *System prawa prywatnego..., op. cit.*, t. 2, nb 18–21, s. 45, a także R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013, s. 626 i n.; także stanowisko UOKiK w jego wystąpieniach do sądów przedstawiających „istotny pogląd” w kwestii skutków abuzywności klauzul umownych zawartych w umowach kredytów frankowych, zob. np. istotny pogląd UOKiK z dnia 13 grudnia 2016 r. zgłoszony w sprawie toczącej się przed SO w Warszawie, Warszawa-Praga Południe, III C 625/15, s. 15–17, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=19237>.

prawną naturę mechanizmu owego „zastąpienia”) należy stosować zawsze, gdy umowie grozi upadek w razie niezastosowania postanowienia zastępczego, czy też uzupełniający środek można i należy zastosować, jedynie wówczas gdy umowie grozi upadek, a ten byłby niekorzystny dla konsumenta. Innymi słowy, chodzi o rozstrzygnięcie, **czy konsument może wiążąco dla sądu sprzeciwić się zastosowaniu środka zastępczego, na skutek czego umowa nie będzie wiązać w całości.**

W wyroku C-26/13 *Kásler* nie rozstrzygnięto powyżej wskazanej wątpliwości. Wniosek co do tej kwestii można jednak wysnuć z innych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE, w szczególności z wyroku z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10 *Pereničová*. Rozważając sytuacje, w których nie jest „możliwe” dalsze związanie stron umową (w nawiązaniu do dyspozycji art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13), Trybunał Sprawiedliwości UE w powołanej sprawie wskazał, że „jeśli chodzi o kryteria umożliwiające dokonanie oceny tego, czy dana umowa może rzeczywiście nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej owych nieuczciwych warunków, należy podnieść, że zarówno brzmienie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, jak i wymogi pewności prawa przy prowadzeniu działalności gospodarczej przemawiają za przyjęciem przy wykładni tego przepisu podejścia obiektywnego, w ramach którego [...] sytuacja jednej ze stron umowy, w niniejszym przypadku konsumenta, nie może zostać uznana za decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie tej umowy (pkt 32)⁴⁹. Wydaje się wynikać z powyższego, że o utrzymaniu umowy w mocy nie decyduje interes (i odpowiadająca mu wola) konsumenta ustalona w konkretnej sprawie, ale decydujące znaczenie mają kryteria obiektywne, do których należy zaliczyć dostępne w danym systemie środki prawne pozwalające na uzupełnienie miejsca po klauzuli abuzywnej, których zastosowanie nie powinno być jednak zależne od interesu (i odpowiadającej mu woli) konsumenta.

W stanie faktycznym sprawy C-453/10 *Pereničová*, w której zostało skierowane zapytanie do Trybunału, powstała wątpliwość co do zależności od woli konsumenta (1) eliminacji związania stron klauzulą abuzywną oraz (2) dalszego związania stron umową po wyłączeniu z niej postanowień abuzywnych. Nie był zaś analizowany wpływ woli konsumenta na zastosowanie „postanowień zastępczych” oraz związanie umową uzupełnioną o te postanowienia. Niemniej zasadę ustaloną w tym wyroku co do dalszego związania stron umową po eliminacji z niej klauzuli abuzywnej należy odnieść także do związania stron umową uzupełnioną środkami zastępczymi, o ile są one dopuszczalne w świetle dyrektywy 93/13. Nie ma tu znacze-

⁴⁹ Jednocześnie jednak Trybunał Sprawiedliwości UE w powoływany wyrok zastrzegł, że „[...] w Dyrektywie 93/13 dokonano jedynie częściowej i minimalnej harmonizacji przepisów krajowych dotyczących nieuczciwych warunków umownych, przyznając jednocześnie państwom członkowskim możliwość zapewnienia konsumentom wyższego stopnia ochrony niż ten przewidziany w tej dyrektywie. [...] (pkt 32). **Dyrektywa 93/13 nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie ustanowiło, z poszanowaniem prawa Unii, przepisy krajowe pozwalające na stwierdzenie nieważności całości umowy, która została zawarta między przedsiębiorcą a konsumentem i zawiera jeden lub więcej nieuczciwych warunków, jeśli takie rozwiązanie zapewnia konsumentowi lepszą ochronę” (pkt 35).**

nia wola konsumenta stwierdzenia nieważności (unieważnienia) całej umowy, pomimo przywrócenia naruszonej równowagi przez zastosowanie odpowiednich środków zastępczych. W gestii konsumenta pozostaje, czy chce on, aby abuzywne postanowienie było wobec niego stosowane, czy nie⁵⁰. Jeżeli zakwestionuje on to postanowienie (albo nie wyrazi sprzeciwu wobec zakwestionowania tego postanowienia przez sąd), to ocena związania stron całą umową oraz jej ewentualnej nieważności musi być dokonywana niezależnie od stanowiska indywidualnego konsumenta. Trybunał Sprawiedliwości UE dokonał w tym zakresie generalnej oceny, że lepiej służy ochronie konsumentów utrzymanie umów w mocy po przywróceniu w nich naruszonej równowagi, gdy tylko jest to obiektywnie możliwe.

Stanowisko powyższe odpowiada wyrokowi Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-397/11 *Jőrös*⁵¹, zgodnie z którym „sąd krajowy powinien ponadto ocenić wpływ stwierdzenia nieuczciwego charakteru spornego warunku na ważność danej umowy i ustalić, czy rzeczona umowa może dalej istnieć bez tego warunku (zob. podobnie postanowienie z dnia 16 listopada 2010 r. w sprawie C-76/10 *Pohotovost*’, Zb. Orz. s. I-11557, pkt 61)” (pkt 44); „Art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 powinien być interpretowany w ten sposób, że sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter warunku umownego, ma obowiązek, po pierwsze, wyciągnięcia wszystkich konsekwencji wynikających na podstawie prawa krajowego z takiego stwierdzenia bez oczekiwania na wniosek konsumenta w tym zakresie w celu zapewnienia, iż konsument nie będzie związany takim warunkiem, oraz po drugie, oceny co do zasady na podstawie obiektywnych kryteriów, czy dana umowa może dalej istnieć bez takiego warunku” (pkt 48).

Trybunał Sprawiedliwości UE, przyjmując interpretację, zgodnie z którą sąd krajowy, stwierdzający nieuczciwy charakter warunku umownego, ma obowiązek wyciągnięcia wszystkich konsekwencji wynikających na podstawie prawa krajowego z takiego stwierdzenia, nie wskazał jednocześnie owych „wszelkich konsekwencji”, które mają wynikać ze stwierdzenia abuzywności postanowienia umowy. Do tych konsekwencji należy także stosowanie środków zastępczych w miejsce wyeliminowanej klauzuli abuzywnej. O prawnej naturze tych środków, ich dostępności oraz mechanizmie ich działania (np. skuteczności *ex lege* czy dopiero z mocy orzeczenia sądu) decyduje prawo krajowe. Teoretycznie mogą do nich należeć między innymi przepisy dyspozytywne i przepisy bezwzględnie obowiązujące i odpowiednia wykładnia oświadczeń woli dążąca do utrzymania ich skuteczności, o ile są w danym systemie prawnym akceptowane. Środki te powinny być jednak zgodne z dyrektywą 93/13.

⁵⁰ Wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-397/11 *Jőrös*, pkt 41; wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-243/08 *Pannon GSM*, ECLI:EU:C:2009:350, pkt 35.

⁵¹ Wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Erika Jőrös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340.

Wymóg oceny dokonywanej „na podstawie obiektywnych kryteriów”, tego czy umowa może istnieć bez postanowienia nieuczciwego, a w konsekwencji, czy staje się dopuszczalne i konieczne uzupełnienie miejsca po klauzuli abuzywnej postanowieniem zastępczym, oznacza obowiązek sądu zbadania, czy w sprawie występuje któryś z przypadków wskazanych na początku artykułu, w których zgodnie z prawem polskim strony nie mogą być związane umow. Dla stosowania art. 58 § 1 k.c., jak i ustalenia, czy w ogóle doszło do zawarcia umowy, wola i interes konsumenta w indywidualnej sprawie nie mają znaczenia — nie decydują o nieważności lub o (nie)zawarciu umowy. Są to przypadki, w których związanie stron jest „niemożliwe” (w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13), a zatem decyzja co do związania stron umow nie może być pozostawiona decyzji którejś ze stron, w tym także konsumenta. Sąd nie jest zatem uprawniony na żądanie konsumenta utrzymać w mocy związania stron nieabuzywnymi postanowieniami, gdy takie związanie nie jest obiektywnie możliwe. W tym zakresie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE odnoszące się do interpretacji art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy rozumieć ściśle. Trybunał wskazuje mianowicie w wyroku zapadłym w sprawie C-397/11 *Jőrös*, pkt 41, że **jeżeli sąd krajowy uzna dany warunek umowny za nieuczciwy, ma obowiązek jego niezastosowania, chyba że konsument, po poinformowaniu go przez rzeczonego sąd, sprzeciwi się temu**”. Prawa sprzeciwu konsumenta Trybunał Sprawiedliwości UE nie odnosi w żadnym ze swych wyroków do drugiego z obowiązków sądu, pojawiającego się w razie odmowy zastosowania postanowienia abuzywnego, a mianowicie do obowiązku oceny na podstawie obiektywnych kryteriów, czy dana umowa może dalej istnieć bez takiego warunku. Ocena ta powinna nastąpić na podstawie kryteriów obiektywnych, **niezależnie od woli konsumenta**, a ustalenie przez sąd, że umowa nie mogłaby istnieć bez nieuczciwego postanowienia, upoważnia do zastosowania wszelkich środków zastępczych (niezależnie od ich konstrukcji prawnej) dostępnych w systemie prawa krajowego, o ile jednak środki te spełniają, wyżej już wymienione, wymogi dyrektywy 93/13.

BIBLIOGRAFIA

- Bławat M., Pasko K.: *O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2016, nr 3, s. 5–28.
- Gutowski M.: *Nieważność czynności prawnych*, Warszawa 2008.
- Kołodziej A.: *Charakterystyka cywilnoprawnej sankcji niedozwolonych postanowień w umowach z konsumentami*, *Rejent* 2008, nr 12, s. 73–95.
- Komisja Kodyfikacyjna działająca przy Ministrze Sprawiedliwości: *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego: projekt z uzasadnieniem*, pod red. A. Flisek, Warszawa 2009.
- Kurosz K.: *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2017, nr 1, s. 17–25.

- Machnikowski P. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013, s. 120–186, 504–596.
- Machnikowski P. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2016 (wersja elektroniczna).
- Pisuliński J. (w:) *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, pod red. M. Romanowskiego, Warszawa 2017, s. 91–110.
- Popiołek W. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 1440.
- Radwański Z. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 2–114, 176–467.
- Radwański Z., Olejniczak A.: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2016.
- Romanowski M. (w:) *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, pod red. M. Romanowskiego, Warszawa 2017, s. 7–90, 111–146.
- Safjan M. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011.
- Skory M.: *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005.
- Trzaskowski R.: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.
- Wiewiórowska-Domagalska A.: *Bułgarski standard*, *Dziennik — Gazeta Prawna* z 21 sierpnia 2015 r.

Słowa kluczowe: niedozwolone postanowienia umowne, moc wiążąca umowy, ochrona konsumenta

IWONA KARASEK-WOJCIECHOWICZ

IMPACT OF UNFAIR CONTRACT TERM ON BINDING POWER OF THE CONTRACT

S u m m a r y

The paper address the problem of influence by the unfair contract provisions on binding power of the whole contract. The author first concludes that binding of the parties by a contract is possible only if the remaining (fair) provisions form a contract, and therefor if they include at least the minimal provisions that result in consensus. Secondly, the elimina-

tion of the contested unfair provision from the contract cannot results in creation and binding power of legal relationship which would be forbidden by/invalid under the law. Thirdly, since the unfair terms` statutory regulation is the implementation into the Polish law of the Article 6(1) of the Directive 93/13, therefore it should be interpreted in such a way, to ensure, as much as possible, the conformity of Polish regulation with EU legislation. The analysis of the case law of EU Tribunal of Justice and the Polish regulations result in the conclusion that the unfair term cannot be replaced by the dispositive statutory provisions, nor by any other substitutive/replacement means (e.g. constituent court judgments, mandatory statutory provisions, interpretative reduction of parties` statements) that could fill in the gap remaining after removal of the unfair clause. However such "substitutive measures" could and should be used (if provided by national law) only if when this could prevent the ineffectiveness/failure of the whole contract. This rule is applicable also to other "substitutive measures" than the dispositive statutory provisions, which in accordance with the national law would allow the effectiveness of the contract, following the restoration of the contractual balance, if such measures are in accordance with Directive 93/13. It was also accepted in the paper that the consumer cannot bind the court and contradict the use by the court of such a "substitutive measure" (e.g., the norm stemming out of the dispositive statutory provision) if its use could prevent the failure of the whole contract. The assessment, whether the contract can still be binding following the exclusion of unfair terms should be done by a court on the basis of objective criteria, independent for the will of an individual consumer.

Key words: unfair contract term, binding power of the contract, consumer protection