

IWONA KARASEK-WOJCIECHOWICZ*

NIEDOZWOLONE POSTANOWIENIA UMOWNE POWODUJĄCE BRAK ZWIĄZANIA UMOWĄ ORAZ PRZESŁANKI ICH ZASTĄPIENIA

1. WSTĘP

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹ miał często ostatnimi laty okazję wypowiadać się w sprawie interpretacji przepisów dyrektywy 93/13 o niedozwolonych postanowieniach umownych² w odniesieniu do konsekwencji ich niedozwolonego charakteru i mechanizmu sankcji abuzywności. Jednak wciąż wiele kwestii pozostaje bez odpowiedzi, a i same orzeczenia wydawane przez TSUE wymagają interpretacji. Jesteśmy zatem wciąż w okresie kształtowania kluczowych zasad mechanizmu sankcjonowania abuzywności postanowienia umownego, dokonywanej kolejnymi orzeczeniami TSUE i uzupełniająco — orzeczeniami sądów krajowych, w zakresie, w jakim można uznać daną kwestię za pozostającą poza unijną harmonizacją. Wszystko to wymaga także odpowiedniej weryfikacji dotychczasowych stanowisk polskiej doktryny i orzecznictwa określających konsekwencje niedozwolonego charakteru postanowień umownych na tle prawa polskiego.

Ponieważ wykształcanie się tej materii linii orzeczniczej TSUE i sądów polskich ma miejsce często na tle sporów związanych z kredytami denominowanymi lub indeksowanymi do waluty obcej (kredytami „frankowymi”), dlatego także w niniejszym artykule problematykę teoretyczną ukazano na tym praktycznym tle.

* Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorem habilitowanym nauk prawnych.

¹ Dalej: TSUE.

² Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich; dalej: dyrektywa 93/13.

W niniejszym artykule skupiono się na kwestiach należących do najbardziej kontrowersyjnych w doktrynie i orzecznictwie polskim. Do kwestii tych należy, po pierwsze, określenie kryteriów wyodrębnienia tych klauzul abuzywnych, bez których nie jest możliwe dalsze związanie stron umową. Po drugie, twierdzenie istnienia takiej sytuacji otwiera drogę, zgodnie z regułą *Kásler*³, albo do uzupełnienia miejsca po klauzuli abuzywnej, albo do stwierdzenia nieważności całej umowy. Zatem w drugiej części artykułu zostaną rozważone wymogi, jakie musi spełniać postanowienie, aby mogło ono zastąpić klauzulę abuzywną, ratując umowę przed upadkiem.

Szeroko analizowane w artykule orzecznictwo TSUE jest konsekwencją obowiązku wykładni przepisów prawa państw członkowskich w kierunku zapewnienia ich zgodności z prawem unijnym, którego z kolei interpretację ustala wiążąco TSUE⁴.

2. GRANICE MOŻLIWOŚCI ZWIĄZANIA STRON CAŁĄ UMOWĄ W RAZIE NIEDOZWOLONEGO CHARAKTERU JEDNEGO Z JEJ POSTANOWIEŃ

2.1. Pierwszym etapem analizy związanej z ochroną konsumenta przed niedozwolonymi postanowieniami umownymi jest ustalenie, że po pierwsze: doszło do skutecznej inkorporacji określonej klauzuli do treści stosunku prawnego, po drugie: dana klauzula jest zdatna do takiej kontroli, oraz po trzecie: mamy do czynienia z abuzywnością klauzuli. Ten etap badania nie jest objęty niniejszym artykułem. Przyjmuję, że te przesłanki zostały już przesądzone pozytywnie, to jest mamy do czynienia z postanowieniem niedozwolonym zdatnym do jego kontroli (w tym postanowieniem określającym główne świadczenia stron, zgodnie z art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c.). Po ustaleniu tego, kolejną kwestią, którą należy rozstrzygnąć, aby określić prawną sytuację konsumenta, jest ustalenie, czy „możliwe” jest, aby umowa wiązała strony z wyłączeniem klauzuli abuzywnej. Wynika to z art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy 93/13, zgodnie z którym „państwa członkowskie stanowią, że na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców 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”.

³ Wyrok TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, C-26/13, EU:C:2014:282.

⁴ Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem TSUE „podczas stosowania przepisów prawa wewnętrznego 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 celem” (wyrok *OSA*, C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 44); zob. także szerzej A. Sołtys: *Obowiązek wykładni zgodnej w kontekście wykładni prawa UE przez sądy polskie* (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019, s. 483–517.

Końcowe zastrzeżenie zawarte w powołanym przepisie („jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków”) nie zostało powtórzone w art. 385¹ § 2 k.c. („jeżeli postanowienie umowy zgodnie z § 1 nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie”). Nie ma jednak wątpliwości, i pozostaje to niesporne, że z nakazu prounijnej wykładni przepisów prawa polskiego (w zakresie, w jakim transponują one do polskiego porządku prawnego postanowienia dyrektyw) wynika, że także na tle art. 385¹ § 2 k.c. umowa — po wyeliminowaniu postanowień abuzywnych — może nadal wiązać strony, o ile jest to „możliwe”⁵. To, jak należy interpretować ową „możliwość”, wynika również z wykładni art. 6 dyrektywy 93/13 dokonanej przez TSUE. Zostanie ona przedstawiona szczegółowo poniżej, po uprzednim nakreśleniu znaczenia tego zagadnienia dla umów kredytu indeksowanego lub denominowanego do waluty obcej, w których stwierdzono abuzywność klauzuli kursowej⁶.

2.2. Na tle umów kredytu frankowego powtarza się kluczowe pytanie, czy na skutek wyłączenia związania klauzulą kursową możliwe jest, by strony pozostały związane umową kredytu złotowego, z wykluczeniem jego indeksacji lub — odpowiednio — denominacji, ale przy jednoczesnym utrzymaniu jego oprocentowania stopą właściwą dla oprocentowania na rynku międzybankowym pożyczek udzielanych w walucie obcej. Rozwiązanie prowadzące do takiego efektu potocznie określa się „odfrankowaniem” kredytu. Jest ono częstym żądaniem pozwów kredytobiorców, dążących nie tylko do usunięcia abuzywności narzucanych nieuczciwie przez bank spreadów walutowych, lecz także do usunięcia całkowitego ryzyka walutowego kredytu dla kredytobiorcy: do spłacania w ustalonym kilkudziesięcioletnim okresie kredytowania kredytu wyrażonego PLN, nieindeksowanego do waluty obcej, przy utrzymaniu jednak stopy LIBOR. Wskaźnik LIBOR, właściwy dla określania kosztów pożyczki waluty obcej na międzynarodowym rynku międzybankowym, pozostawał i pozostaje znacznie niższy niż WIBOR, będąc od wielu lat nawet na poziomie zerowym lub ujemnym. W rezultacie „odfrankowania” z umowy kredytu zostałyby wyeliminowane powiązania z walutą obcą wysokości kredytu (wysokości wyrażonego w walucie obcej roszczenia o jego wypłatę i wysokości roszczenia o jego zwrot), a pozostałoby wiążące uzależnienie wysokości wynagrodzenia za korzystanie z kapitału od wysokości stóp procentowanych oparte na wskaźniku LIBOR. Ewentualnie wedle mniejszościowego poglądu usunięcie klauzuli

⁵ R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013, s. 628–633; M. Romanowski: *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe* (w:) *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, pod red. M. Romanowskiego, Warszawa 2017, s. 18–32; I. Karasek-Wojciechowicz: *Wpływ niedozwolonego charakteru klauzuli na związanie stron umową*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2018, nr 2, s. 51–52.

⁶ Co do przesłanek dopuszczalności kontroli takiej klauzuli i jej abuzywnego charakteru zob. przykładowo A. Grebieniów, K. Osajda: *Kredyty walutowe. Węzłowe zagadnienia*, *Studia i Analizy Sądu Najwyższego* 2019, t. VII, s. 27–29 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

indeksacyjnej miałyby skutkować związaniem stron umową kredytu pozbawioną mechanizmu indeksacji do waluty obcej oraz wykluczeniem jakiegokolwiek oprocentowania (jak przyjęto przykładowo w wyroku SA w Warszawie z dnia 14 października 2019 r., VI ACa 264/19, niepubl.)⁷. Przy ujemnej od wielu lat stopie LIBOR oba rozwiązania prowadzą ekonomicznie do zbliżonego efektu.

2.3. Dla jasności dalszych wypowiedzi należy pokrótce przywołać tutaj dokonywany powszechnie podział kredytów frankowych na trzy ich typy⁸. Pierwszy z nich to kredyt określany jako walutowy (względnie „czysto” walutowy), w którym kwota kredytu jest wyrażana jedynie w walucie obcej i w takiej walucie kredytobiorca zobowiązany jest do jej zwrotu. Opcjonalnie pozostawiona kredytobiorcy możliwość żądania wypłaty takiego kredytu w walucie polskiej nie zmienia przy tym charakteru kredytu jako walutowego, skoro do jego wyboru pozostaje przysługujące mu roszczenie wyrażone w walucie obcej. Drugi typ kredytu jest określany mianem denominowanego w walucie obcej. W tym przypadku wysokość udzielanego kredytu jest wyrażona w umowie określoną kwotą w walucie obcej, z tym zastrzeżeniem, że jego wypłata i spłata winny następować tylko w walucie polskiej, po przeliczeniu kapitału kredytu określonego w walucie obcej na złote („klauzula denominacyjna”), dokonanych na podstawie klauzuli kursowej⁹. W końcu trzeci typ kredytu frankowego to kredyt określany jako indeksowany, w którym kwota kredytu wyrażona jest poprzez podanie kwoty w walucie polskiej z zastrzeżeniem jej indeksacji do waluty obcej (klauzula indeksacyjna). Klauzula indeksacyjna jest wykorzystywana do określenia kwoty do wypłaty, jak i spłaty kredytu. Wypłata oraz spłata następują w walucie polskiej w wysokości wynikającej z każdorazowego przeliczenia (waloryzacji, indeksacji) pierwotnej kwoty kredytu do waluty obcej (waluty indeksacyjnej).

⁷ Jest pierwszy prawomocny wyrok w sprawie frankowej po wyroku TSUE. Umowa odfrankowiona, ale nie unieważniona, *Gazetaprawna.pl* z 14 października 2019 r., <https://serwisy.gazetaprawna.pl/finanse-osobiste/artykuly/1434623,pierwszy-prawomocny-wyrokw-w-sprawie-frankowej-po-wyroku-tsue-14-pazdziernika.html> (dostęp: 20 listopada 2019 r.).

⁸ J.M. Kondek, W. Somerski: *Dopuszczalność ujemnego oprocentowania kredytów w świetle obecnej sytuacji gospodarczej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2015, nr 12, s. 14–15.

⁹ Kredyty denominowane nie są jednak kategorią jednolitą. Przyjęto nazywać tak wszystkie kredyty walutowe, które wypłacane były w PLN. Jednak trzeba wskazać, że w praktyce funkcjonują różne wzorce tych umów na rynku. Niektóre z nich od samego początku zastrzegały na rzecz klienta prawo wypłaty lub spłaty kredytu w walucie obcej lub PLN — według wyboru konsumenta. Zatem nie jest tak, by klient w każdym przypadku kredytu określanego jako denominowany był zobowiązany do rozliczeń w PLN albo że nie znał z góry kursu wymiany walut, który miał zastosowanie do rozliczeń, co pozwalało mu podjąć decyzję, czy chce spłacać swoje zobowiązanie poprzez zakup waluty w banku kredytującym czy też nabywać ją na tzw. rynku i rozliczać się bezpośrednio w walucie. Nie można więc zgodzić się z twierdzeniem A. Grebieniowa i K. Osajdy (w: *Kredyty walutowe...*, *op. cit.*, s. 15), by każdy kredyt denominowany w walucie obcej funkcjonalnie odpowiadał kredytowi indeksowanemu. Wymaga to zawsze dokonania weryfikacji, czy odmiennosc w pewnym zakresie ich konstrukcji prawnej nie determinuje odmiennych wniosków, pomimo podobnej funkcji tych instytucji. Niektóre spośród kredytów denominowanych są w istocie kredytami walutowymi, z zastrzeżeniem dla konsumenta uprawnieniem (a nie obowiązkiem) do wypłaty i spłaty kredytu w walucie polskiej.

Ekonomicznym celem wykorzystania mechanizmu indeksowania, a także denominowania, jest zabezpieczenie stabilności wartości świadczenia, bowiem z reguły takie kredyty indeksowane są do walut o stabilnym kursie (np. franków szwajcarskich, euro czy dolarów amerykańskich). Zabezpieczają one w czasie zwrot głównego świadczenia przez kredytobiorcę (kapitału kredytu) o takiej ekonomicznej wartości wyrażonej w walucie obcej, jaką kredytobiorca otrzymał, gdy jednocześnie bank, aby móc udzielić kredytu oprocentowanego stopą LIBOR, musiał sam pozyskać tę walutę albo zabezpieczyć wahania kursów tej waluty do waluty polskiej na cały czas trwania kredytu^{10, 11}.

Największe w praktyce kontrowersje odnoszące się do analizowanego w niniejszym artykule pytania o możliwość utrzymania w mocy umowy kredytu albo zastąpienia klauzuli waloryzacyjnej inną wzbudzają umowy kredytu indeksowanego. Spory dotyczą, po pierwsze, wyłonienia kryteriów dla określenia możliwości utrzymania tej umowy w mocy bez klauzuli kursowej, jak i tego, czy klauzula ta (współ)określa główny przedmiot świadczenia kredytu indeksowanego. W tym zakresie stanowisko zarówno piśmiennictwa, Sądu Najwyższego, jak i samego TSUE ewoluuje.

2.4. W orzecznictwie Sądu Najwyższego pochodzącym z okresu bezpośrednio poprzedzającego wydanie wyroku TSUE w sprawie *Dziubak*¹² szeroko reprezentowany jest pogląd, zgodnie z którym usunięcie abuzywnej klauzuli kursowej oraz ściśle związanej z nią klauzuli indeksacyjnej ma powodować możliwość utrzymania umowy kredytu indeksowanego w mocy jako umowy kredytu złotowego oprocentowanego stopą LIBOR.

W wyroku z dnia 14 maja 2015 r. (II CSK 768/141) Sąd Najwyższy wskazał, że eliminacja danej klauzuli umownej stanowiąca konsekwencję jej abuzywności nie może prowadzić do sytuacji, w której następowalaby **zmiana prawnego charakteru stosunku obligacyjnego** łączącego twórcę wzorca i kontrahenta¹³. Jako zamianę prawnego charakteru stosunku prawnego Sąd Najwyższy zakwalifikował w powołanym orzeczeniu utrzymanie umowy kredytu pierwotnie oprocentowa-

¹⁰ A. Grebieniow, K. Osajda: *Kredyty walutowe...*, *op. cit.*, s. 16.

¹¹ Denominowanie lub indeksowanie wysokości świadczenia do innego wskaźnika nie jest charakterystyczne jedynie dla wynagrodzenia za korzystanie z kapitału. Ukazując na prostym przykładzie ten sam mechanizm, cena zakupu samochodu może być określona jako bądź (i) „10.000 CHF po przeliczeniu na walutę polską według średniego kursu NBP z dnia dokonania zapłaty; płatna w PLN” — odpowiadałoby to cenie denominowanej w CHF, (ii) bądź cena może wynosić „40.000 PLN z dnia zawarcia umowy, waloryzowane wskaźnikiem zmiany kursu PLN/CHF, z dnia dokonania płatności; płatne w PLN” — to jest cena indeksowana do CHF. W przypadku kredytu mamy świadczenie pieniężne zarówno w przypadku wypłaty kredytu, jak i jego spłaty, więc przeliczenia odbywają się przy obu tych świadczeniach.

¹² Wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r., C-260/18, EU:C:2019:819.

¹³ Zgodnie z powołanym wyrokiem „eliminacja danej klauzuli umownej jako konsekwencja tej abuzywności nie może prowadzić do sytuacji, w której następowalaby zmiana prawnego charakteru stosunku obligacyjnego łączącego twórcę wzorca i kontrahenta”.

nego (zgodnie z wzorcem) stopą zmienną jako umowy o stopie stałej, a to na skutek usunięcia klauzul oprocentowania zmiennego¹⁴. Udzielenie w ten sposób przez Sąd Najwyższy „ochrony” konsumentom, poprzez przekształcenie kredytów oprocentowanych stopą zmienną na stopę stałą, spowodowało, że w niedługi czas później, gdy na skutek epidemii Covid-19 oprocentowanie kredytów opartych na stopie zmiennej spadło niemalże do zera, to jedynymi kredytobiorcami, na których banki zarabiała, byli ci, którym Sąd Najwyższy udzielił wcześniej ochrony w powyżej opisany sposób. Płacili oni bowiem nadal oprocentowanie oparte na tej samej — stosunkowo wówczas wysokiej — stopie. Pokazuje to, jak ryzykownym dla konsumenta narzędziem ochronnym jest przekształcanie przez sądy głównych świadczeń umów, dokonywane wedle oceny ekonomicznej świadczeń, którą sąd formułuje przecież na dzień wydania wyroku. Sąd nakłada na konsumenta ryzyka (stopy stałej), których konsument nie akceptował, ostatecznie przysparzając konsumentom większych szkód niż te, które miałyby miejsce, gdyby sąd nie interweniował.

Już w kolejnym orzeczeniu Sąd Najwyższy zmodyfikował swój pogląd na temat granic utrzymania umowy w mocy, znacznie wężiej interpretując użyte wcześniej przez siebie pojęcie „charakter stosunku prawnego”, utożsamiając je tym razem z **„naturą stosunku prawnego” w rozumieniu art. 353¹ k.c.** Mianowicie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2019 r. (III CSK 159/17, Legalis nr 1892834), zapadłym na tle sprawy, w której stwierdzono abuzywność klauzuli indeksacyjnej w umowie kredytu indeksowanego kursem CHF, Sąd Najwyższy przyjął, że: **„eliminacja klauzuli umownej uznanej za bezskuteczną nie może prowadzić do zmiany charakteru stosunku prawnego łączącego strony, tj. granicą, której przekroczenie uzasadnia interwencję sądu, jest sprzeczne z naturą stosunku (art. 353¹ k.c.) ukształtowanie umowy”** (np. wyrok SN z dnia 14 maja 2015 r., II CSK 768/14, OSNC 2015, nr 11, poz. 132). W konsekwencji SN uznał, że wartość kredytu powinna być bezpośrednio określona w złotych polskich, co było skutkiem wyeliminowania przez sąd z umowy wszelkich przeliczników na walutę obcą. Równocześnie SN stwierdził, że brak podstaw, by modyfikować określenie ceny kredytu, czyli stopę oprocentowania. W konsekwencji sąd uznał, że kredyt złotowy („odfrankowany”) powinien być oprocentowany stopą zmienną LIBOR.

Stanowisko powyższe powtórzono także w wyroku SN z dnia 9 maja 2019 r. (I CSK 242/18), w wyroku SN z dnia 29 października 2019 r.¹⁵, a także w wielu

¹⁴ Udzielenie w ten sposób przez Sąd Najwyższy „ochrony” konsumentowi, poprzez przekształcenie kredytów oprocentowanych stopą zmienną na stopę stałą, spowodowało, że wówczas gdy na skutek epidemii Covid-19, gdy stopy wszystkich kredytów oprocentowanych stopą zmienną spadły niemalże do zera, kredytobiorcy, którym Sąd Najwyższy udzielił ochrony w powyższy sposób, były jedynymi na rynku przynoszącymi znaczne zyski bankowi. Pokazuje to, jak ryzykowne jest przekształcanie przez sądy głównych świadczeń umów, dokonywane wedle oceny ekonomicznej świadczeń, którą sąd formułuje na dzień wydania wyroku. Sąd nakłada na konsumenta ryzyka (stopy stałej), na które konsument się nie godził.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18.

wydanych w 2019 r. wyrokach sądów powszechnych, poprzedzających jeszcze wydanie przez TSUE wyroku w sprawie *Dziubak*¹⁶.

W doktrynie dopuszczalność utrzymania umowy kredytu indeksowanego do CHF jako umowy kredytu złotowego oprocentowanego nadal stopą LIBOR spotkała się zarówno z akceptacją¹⁷, jak i krytyką¹⁸.

2.5. Odpowiedź na pytanie o możliwość utrzymania umowy w mocy po wyeliminowaniu klauzuli określającej główny przedmiot świadczenia zostanie udzielona najpierw na gruncie prawa polskiego, a później zostanie skonfrontowana z orzecznictwem TSUE i stanowiskiem prawa unijnego.

Aby zobrazować problem w najprostszej postaci, można go sprowadzić do następujących przykładowych pytań:

- 1) Gdy została określona w sposób niedozwolony cena w umowie sprzedaży — czy w konsekwencji umowa będzie wiązać nadal jako umowa darowizny?
- 2) Gdy określono w sposób niedozwolony wynagrodzenie za udzielenie pożyczki — czy w konsekwencji umowa będzie wiązać jako umowa pożyczki nieodpłatnej?

Do udzielania odpowiedzi pozytywnej na powyższe pytania skłania między innymi stanowisko Prezesa UOKiK¹⁹. Nie przywiązuje on wagi do zakresu zmian umowy, o ile tylko to, co pozostało, nie było sprzeczne z prawem. Podobny wniosek byłby uzasadniony również na tle jednego z wyżej przedstawionych stanowisk Sądu Najwyższego (pochodzącego z okresu bezpośrednio poprzedzającego wydanie wyroku TSUE *Dziubak*), gdzie przyjęto, że na skutek eliminacji klauzuli nieuczciwej wprowadzić nie jest dopuszczalna zmiana charakteru stosunku prawnego łączącego strony, ale ów „charakter stosunku prawnego” należy interpretować bardzo wąsko, jako jedynie sprzeczność z naturą stosunku prawnego: „granica, której przekrocze-

¹⁶ Zob. przykładowo wyrok SA w Białymstoku z dnia 8 sierpnia 2019 r., I ACa 126/19, Legalis nr 2239045; wyrok SO w Olsztynie z dnia 30 lipca 2019 r., IX Ca 357/19, Legalis nr 2238938; wyrok SO w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2019 r., II C 459/18, Legalis nr 2240364; wyrok SO w Warszawie z dnia 31 maja 2019 r., XXV C 2763/18, Legalis nr 2242626; wyrok SO w Warszawie z dnia 4 czerwca 2019 r., II C 325/17, Legalis nr 2242255; wyrok SO w Warszawie z dnia 6 czerwca 2019 r., II C 136/17, Legalis nr 2125548; wyrok SO w Warszawie z dnia 13 czerwca 2019 r., XXV C 494/18, Legalis nr 2244163; wyrok SA z dnia 18 czerwca 2019 r., I ACa 537/18, Legalis nr 2240567; wyrok SO w Warszawie z dnia 19 czerwca 2019 r., XXV C 763/19, Legalis nr 2244000; wyrok SO z dnia 25 czerwca 2019 r., XXV C 3142/18, Legalis nr 2242830; wyrok SO w Warszawie z dnia 26 lipca 2019 r., XXV C 931/19, Legalis nr 2244127; wyrok SO w Olsztynie z dnia 30 lipca 2019 r., IX Ca 357/19, Legalis nr 2238938; wyrok SO w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2019 r., II C 459/18, Legalis nr 2240364; wyrok SO w Warszawie z dnia 5 września 2019 r., II C 332/17, Legalis nr 2243809; wyrok SO w Warszawie z dnia 27 września 2019 r., II C 1142/17, Legalis nr 2242376.

¹⁷ Przykładowo K. Kurosz: *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, Przegląd Prawa Handlowego 2017, nr 1, s. 23–24; A. Grebieniow, K. Osajda: *Kredyty walutowe...*, *op. cit.*, s. 55–56, s. 68–69.

¹⁸ Przykładowo R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności...*, *op. cit.*, s. 628–633.

¹⁹ Stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 16 grudnia 2019 r. dotyczące wyroku TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18 (*Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG*) i jego skutków dla umów zawieranych w obrocie konsumenckim, nr wewnętrzny pisma DOZIK–5.025.1.2019.

nie uzasadnia interwencję sądu, jest sprzeczne z naturą stosunku (art. 353¹ k.c.) ukształtowanie umowy”. Oba wskazane stanowiska są ze sobą zbieżne, prowadząc się do konieczności badania jedynie tego, czy to, co pozostało po usunięciu postanowienia niedozwolonego, mieści się w granicach prawa, bez względu na to, jak daleko przekształca istotę świadczeń określonych w pierwotnym (częściowo abuzywnym) brzmieniu umowy. Jeżeli tylko nowe ukształtowanie stosunku prawnego jest zgodne z prawem, to umowa nadal wiąże.

2.6. Należy najpierw przeanalizować dopuszczalność zabiegu dokonywanego przez Prezesa UOKiK i Sąd Najwyższy (w orzeczeniach z 2019 r. poprzedzających wydanie wyroku TSUE *Dziubak*), a prowadzącego się do usunięcia z treści stosunku prawnego nie tylko abuzywnej klauzuli kursowej, lecz także „związanej z nim” klauzuli indeksacyjnej, zgodnie z którą wysokość zadłużenia kredytobiorcy z tytułu kredytu ma być wynikiem indeksacji kwoty wskazanej w złotych w umowie kredytu do waluty indeksacyjnej według kursu z dnia wypłaty kredytu. Prezes UOKiK twierdzi bowiem, że na skutek usunięcia całej klauzuli indeksacyjnej umowa może być utrzymana w mocy bez żadnych jej uzupełnień — tyle że po usunięciu klauzuli indeksacyjnej już jako umowa kredytu „odfrankowanego”, oprocentowanego LIBOR²⁰.

Konsekwentnie więc, gdy w umowie sprzedaży cena zostaje określona abuzywnie, to aby umożliwić wykonanie umowy, eliminuje się — zgodnie z powyższym stanowiskiem — nie tylko cenę (której wysokości nie można ostatecznie wyliczyć), lecz także całe postanowienie, którego sensem jest to, że przeniesienie własności następuje odpłatnie; w umowie świadczenia usług usunięcia postanowienia określającego wynagrodzenie będzie oznaczało, że eliminujemy także normę umowną, zgodnie z którą usługi mają być świadczone odpłatnie. Otrzymujemy wówczas zamiast umowy sprzedaży — umowę darowizny, zamiast umowy odpłatnego świadczenia usług — umowę nieodpłatnego świadczenia usług. Konsekwentnie, jeżeli oprocentowanie obligacji sprzedawanych konsumentowi jest niejasno określone, to stosunek prawny może utrzymać się tylko jako obligacje nieoprocentowane. Jeżeli przedmiot sprzedaży jest określony abuzywnie, to umowa utrzymuje się jako darowizna sumy pieniężnej konsumenta na rzecz przedsiębiorcy.

Zabieg polegający na usunięciu z treści stosunku prawnego całej nieabuzywnej zasady indeksowalności (istoty kredytu indeksowanego) jest jednak w powyższych przypadkach niedopuszczalny. Abuzywne określenie ceny w umowie sprzedaży nie czyni zeń darowizny (rozciągając usunięcie na przyjętą w umowie samą zasadę odpłatności), lecz powoduje niemożliwość wykonania takiej umowy sprzedaży. **Artykuł 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie daje podstaw do usuwania z umowy dowolnych klauzul nieabuzywnych, związanych z usuniętą klauzulą abuzywną,**

²⁰ Stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 16 grudnia 2019 r., s. 3–4.

i „okrajania” z nich umowy aż do momentu osiągnięcia spójności i wykonalności oraz jej zgodności z prawem. Niedozwolony charakter postanowienia określającego kurs przeliczenia walut nie daje podstaw do usunięcia nieabuzywnej przecież zasady indeksowalności kwoty kredytu. Prezes UOKiK szeroko zaś usuwa z umowy nieabuzywne postanowienia (np. właśnie postanowienie, zgodnie z którym zawarta umowa jest umową o kredyt „indeksowany”), tylko po to, aby po dostatecznie dużej liczbie takich cięć uczynić umowę w końcu wykonalną co do jakichś fragmentów świadczeń. Na tak szeroki zabieg usuwania nie pozwala jednak ani dyrektywa 93/13, ani orzecznictwo TSUE. Brak możliwości obowiązywania lub wykonania umowy bez usuniętej klauzuli (np. brak możliwości ustalenia wysokości zadłużenia) uprawnia jedynie do wniosku, że umowa nie może być utrzymana jako całość, chyba że miejsce po klauzuli abuzywnej zostanie uzupełnione normą dyspozytywną. Istnieje zasadnicza rozbieżność pomiędzy — z jednej strony — przedstawionym stanowiskiem Prezesa UOKiK i niektórymi wypowiedziami SN, które nie dostrzegają w analizowanym przypadku braku możliwości związania umową (nie sięgając też po normę dyspozytywną), a — z drugiej strony — stanowiskiem TSUE podkreślającym, że po usunięciu klauzuli kursowej dalsze utrzymanie umowy w mocy nie wydaje się możliwe wobec zmiany głównego przedmiotu umowy i głównego ryzyka²¹.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE zakazana jest zmiana treści postanowienia nieuczciwego na inne. Tym bardziej **zakazana jest też zmiana, w tym usunięcie, nieabuzywnych postanowień** (które stały się niemożliwe do dalszego stosowania przez strony po usunięciu postanowienia niedozwolonego) **tylko po to, aby utrzymać umowę i ukształtować ją jako wykonalną**. Taki zabieg stosuje zaś zarówno SN w niektórych orzeczeniach, jak i akceptuje go Prezes UOKiK, przyjmując, że w umowach kredytów frankowych poza postanowieniem określającym w sposób niedozwolony kurs waluty należy także usuwać postanowienie określające samą zasadę indeksowalności kwoty kredytu.

2.7. Istotą powoływanej wyżej koncepcji (popieranej przez Prezesa UOKiK, jak i w wielu podobnych wypowiedziach) jest twierdzenie, że utrzymaniu w mocy umów kredytu indeksowanego, kształtowanych na nowo przez sądy jako umowy kredytu złotowego opartego na LIBOR-ze, nie stoją na przeszkodzie obowiązujące w Polsce przepisy prawa. Jednakże teza ta wymaga zweryfikowania. Nie wydaje się ona trafna z kilku niezależnych od siebie przyczyn.

Zgodnie z art. 6 dyrektywy 93/13 **przesłanką dla istnienia możliwości związania całą umową po wyłączeniu klauzuli nieuczciwej jest nie to, by tak ukształtowana umowa była ważna, ale to, by związanie tak na nowo ukształtowaną umową nie naruszało prawa**. Ustalając, kiedy związanie stron byłoby możliwe,

²¹ Na przykład w wyroku *Dziubak*, pkt 44.

należy brać pod uwagę nie tylko te prawne zakazy ukształtowania określonej treści czynności, które są sankcjonowane nieważnością czynności, lecz także te wszystkie prawne zakazy ukształtowania w określony sposób treści czynności, które są sankcjonowane jakąkolwiek inną sankcją, w tym publicznoprawną. Gdyby banki dobrowolnie „odfrankowały” kredyty, pozostawiając je oprocentowane stopą LIBOR, generując ryzyka systemowe, sankcje na nie za taki krok nałożyłby nadzór finansowy²². **Sądy nie mają uprawnienia, by kreować takie zobowiązania, których zaciągnięcie byłoby zakazane dla samych banków** z tego powodu, że dane ukształtowanie stosunków prawnych łamałoby reguły ostrożnościowe i stabilnościowe obowiązujące banki²³. Sądy nie powinny nakazywać zachowań, które są zakazane normami publicznoprawnymi, choćby tylko kierowanymi do banków i choćby nawet niesankcjonowanymi bezwzględną nieważnością umowy, ale „tylko” publicznoprawnymi sankcjami nadzorczymi. Ustawodawca dąży do zapobiegania powstania im ze względu na zagrożenie interesu publicznego. Również sądy nie powinny więc ich kreować, generując te ryzyka publiczne (zagrożające nie tylko interesom stron danego stosunku prawnego), którym normy te miały zapobiec.

2.8. Niezależnie od powyższych uwag należy wskazać, że ani art. 385¹ § 2 k.c., ani art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie dają podstaw do tego, by zbindzić strony jakimś innym stosunkiem prawnym, niemieszczącym się w granicach pierwotnej woli stron. Strony, zawierając umowę, dążą do powołania do życia stosunku prawnego o dookreślonej treści (art. 60 k.c.)²⁴. Nie da się przypisywać stronom woli powołania do życia „jakiegokolwiek” stosunku prawnego²⁵. Wola strony zawsze jest odniesiona do jakiegoś skonkretyzowanego stosunku prawnego (skonkretyzowanego w poszczególnych przypadkach w różnym stopniu). Jedyną możliwą konsekwencją sankcji abuzywności może być usunięcie z treści stosunku prawnego niektórych z norm postępowania, o ile to, co pozostało, nie jest na skutek usunięcia tak znacznie przekształcone, że dochodzi do zmiany istoty stosunku określonego wolą stron. Nawet w przypadkach, gdy do zawarcia umowy dochodzi z wykorzystaniem wzor-

²² Zob. np. „art. 25n (1.) Jeżeli jest to uzasadnione potrzebą ostrożnego i stabilnego zarządzania bankiem krajowym, z uwagi na ocenę sytuacji finansowej podmiotu, w tym założyciela banku krajowego, który uzyskał bezpośrednio lub pośrednio prawo wykonywania głosu na walnym zgromadzeniu [...] albo stał się bezpośrednio lub pośrednio podmiotem dominującym banku krajowego, lub z uwagi na możliwy wpływ tego podmiotu na bank, a w szczególności w przypadku stwierdzenia, że podmiot ten nie dochowuje zobowiązań, o których mowa w art. 25h ust. 3 [zobowiązania podmiotu dotyczące banku krajowego lub ostrożnego i stabilnego nim zarządzania] lub zobowiązań, o których mowa w art. 30 ust. 1b [zobowiązania założycieli dotyczące tworzonego banku lub ostrożnego i stabilnego nim zarządzania], Komisja Nadzoru Finansowego może, w drodze decyzji, zakazać wykonywania prawa głosu z akcji banku krajowego posiadanych przez ten podmiot lub wykonywania uprawnień podmiotu dominującego przysługujących temu podmiotowi. [...] (4.) W przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust. 1, Komisja Nadzoru Finansowego może, w drodze decyzji, nakazać zbycie akcji w wyznaczonym terminie.

²³ Nie wyklucza to jednocześnie przyznania na ogólnych zasadach ochrony odszkodowawczej poszczególnym poszkodowanym stronom takich umów, gdyby ponieśli oni szkody spowodowane zastosowaniem abuzywnej klauzuli.

²⁴ P. Machnikowski: *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 145–148.

²⁵ *Ibidem*, s. 146–147.

ca, to z reguły można taką wolę zrekonstruować choćby w zakresie głównych świadczeń i rozkładu głównych ryzyk.

Celem oceny granic możliwości dalszego związania stron umową już niewadliwą (to jest po wyeliminowaniu z niej klauzuli abuzywnej) należy odwołać się na gruncie prawa polskiego do instytucji konwersji. Z reguły konwersja jest rozważana w doktrynie w kontekście możliwości utrzymania w mocy związania stron taką czynnością prawną, która jest w swym pierwotnym kształcie nieważna lub bezskuteczna²⁶. Jednak reguły i granice dopuszczalności jej stosowania mogą być zastosowane także do przekształcenia stosunku prawnego na skutek zastosowania sankcji abuzywności (niezależnie od tego, czy zostanie ona zakwalifikowana jako rodzaj nieważności, bezskuteczności czy jeszcze inny rodzaj sankcji²⁷). **Konwersja określa granice możliwości dalszego utrzymania umowy w mocy już bez pominiętych klauzul nieuczciwych.** We wszystkich tych przypadkach funkcjonalnie bowiem chodzi o to samo: określenie granic możliwości utrzymania związania stron czynnością prawną po eliminacji elementu powodującego jej wadliwość. Stwierdzenie przekroczenia granic dopuszczalności utrzymania umowy w drodze konwersji powoduje, że tożsamy wniosek należy przyjąć na gruncie art. 385¹ § 2 k.c., odpowiadając na pytanie, czy jest „możliwe” utrzymanie umowy w mocy po eliminacji klauzuli abuzywnej. Wyznaczenie granic dopuszczalności konwersji sprowadza się do pytania — gdzie są granice związania niewadliwą (przekształconą) czynnością prawną²⁸. Przyjmuje się, że **dopuszczalna jest konwersja nieważnej czynności prawnej, w wyniku której zostanie ona uznana za niewadliwą czynność prawną, nawet innego typu lub nietypową, jeżeli nie naruszy to pierwotnego (zaplanowanego przez strony w wadliwej czynności) rozkładu korzyści, ciężarów i ryzyka**²⁹. Innymi słowy, granicą utrzymania umowy w mocy jest zachowanie przez nią istoty głównych świadczeń (w tym głównych ryzyk) oraz jej celu społeczno-gospodarczego, określonych uprzednio w wadliwej czynności³⁰.

Odnosząc te zasady do umów kredytu frankowego, w razie przekształcenia kredytu indeksowanego w kredyt złotowy (w szczególności: oprocentowany stopą

²⁶ M. Bławat: *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, Legalis 2019, rozdział V, § 2, pkt II.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ P. Machnikowski: *Swoboda umów...*, *op. cit.*, s. 147; P. Machnikowski (w.): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2013, s. 507–508, nb 9, a także Z. Radwański (w.): *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, A. Olejniczaka, Warszawa 2008, s. 436 i n.; M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 402, oraz odmienne co do konstrukcji konwersji, lecz podobne we wnioskach wypowiedzi K. Gandora: *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, *Studia Cywilistyczne* 1963, t. IV; J. Preussner-Zamorskiej: *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983, s. 155 i n.; B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej (w.): *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, pod red. W. Czachórskiego, S. Grzybowski, Wrocław–Warszawa 1985, s. 709 i n.; A. Szpunara: *O konwersji nieważnej czynności prawnej* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, pod red. M. Bączyka, Toruń 1997, oraz P. Księżaka (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, P. Księżaka, Warszawa 2014, s. 581 i n.

³⁰ M. Bławat: *Konwersja...*, *op. cit.*, rozdział V, § 3, pkt V.

LIBOR) dochodzi do zmiany głównego świadczenia i ryzyka umownego. Zatem zgodne z prawem krajowym nie jest możliwe utrzymanie w mocy, na podstawie art. 385¹ § 2 k.c., „odfrankowanej” umowy kredytu po usunięciu z niej klauzuli kursowej i klauzuli indeksacyjnej³¹.

2.9. Powyższe wnioski wymagają jedynie uzupełnienia przez wskazanie, że nie jest właściwym kryterium rozstrzygającym o możliwości utrzymania umowy w mocy po eliminacji klauzuli abuzywnej zakwalifikowanie nowo ukształtowanej umowy do tego samego typu umowy, co umowa w pierwotnym kształcie obejmującym klauzule abuzywne.

Nie ma więc znaczenia dla możliwości utrzymania umowy kredytu frankowego, jako kredytu złotowego oprocentowanego stopą LIBOR, to, że usunięcie klauzuli indeksacyjnej i kursowej z takiej umowy powodowałoby utrzymanie się pozostałej umowy nadal w ramach tego samego typu (czyli jako umowy kredytu). Pozostawanie pozostałej części umowy nadal w ramach tego samego typu miałyby rzekomo wykazywać, że klauzula kursowa i indeksacyjna nie były ani charakterystycznym, ani minimalnym elementem zawartej przez strony umowy, a więc nie określały głównych świadczeń w tym stosunku, w konsekwencji czego umowa mogłaby być utrzymana w mocy bez nich.

Zakwalifikowanie umowy kredytu indeksowanego oraz kredytu złotowego do tego samego typu wynika z ich podobieństwa w zakresie pewnych (niektórych) cech (takich jak np. odpłatność, obowiązek wykorzystania kwoty kredytu na cel oznaczony, obowiązek udostępniania kwoty kredytu do korzystania ze strony banku przez czas oznaczony, terminy wypowiedzenia). Te liczne podobieństwa przesądziły, że z punktu widzenia techniki regulacyjnej te wszystkie podtypy umów uregulowano w ramach jednego typu: umowy kredytu. Podobnie umowę pożyczki odpłatnej i nieodpłatnej ustawodawca uregulował w ramach jednego typu, gdyż uznał, że jest wystarczająca liczba podobieństw. Lecz już na przykład umowę sprzedaży i umowę darowizny, różniące się w zakresie głównych świadczeń „jedynie” odpłatnością (podobnie jak pożyczka odpłatna i nieodpłatna) — ustawodawca ujął w tym przypadku w ramach dwóch odrębnych typów umów: umowy sprzedaży i darowizny. Ustawodawca grupuje pewne stosunki w jeden typ, a inne stosunki w dwa odrębne — często w zależności od czytelności regulacji i liczby kwestii nadającej się do wspólnej regulacji dla różnych umów. Kredyt złotowy oraz kredyt indeksowany niewątpliwie mają wiele cech wspólnych na poziomie głównych praw i obowiązków, i w pewnych aspektach nie różnią się; wiele kwestii dla nich może być uregulowanych wspólnie. Dlatego są one powszechnie ujmowane w jeden typ. Objęcie tych umów jedynym „typem” umowy kredytu nie może jednak przesłaniać tego, że dzieli je istotna różnica dotycząca jednego elementu

³¹ I. Karasek-Wojciechowicz: *Wpływ niedozwolonego...*, *op. cit.*, s. 49, przyp. 11.

kształtującego główne świadczenia stron i rozkładu głównych ryzyk, a mianowicie określenie wysokości głównych świadczeń poprzez odniesienie do waluty indeksacyjnej i do powiązanej z nią stopy oprocentowania. Ta istotna różnica dotycząca ukształtowania świadczenia głównego pomiędzy umowami objętymi jednym typem nie może być pomijana przy rozstrzyganiu o utrzymaniu umowy kredytu przekształconej w inny podtyp tylko z tego — najmniej funkcjonalnie istotnego — względu, że są one regulacyjnie zaliczane do tego samego typu umowy kredytu. Skoro abuzywność dotyka elementu głównego świadczenia i rozkładu głównych ryzyk, różnicującego umowę kredytu złotowego i indeksowanego, to usunięcie tego elementu z umowy kredytu indeksowanego nie pozwala utrzymać jej jako umowy kredytu złotowego na tej tylko podstawie, że obie te umowy należą do tego samego typu umowy (umowy kredytu).

Formalne kryterium dalszego pozostawiania umowy (po eliminacji klauzuli abuzywnej) nadal w ramach tego samego typu umowy nie może być właściwym kryterium, które powinno decydować o utrzymaniu umowy w mocy. Ponadto tego rodzaju kryterium byłoby zawodne w odniesieniu do umów nienazwanych. **Decydujące powinny być jedynie merytoryczne kryteria przyjęte dla określenia granic dopuszczalności konwersji, a więc to, czy zmiana ukształtowania stosunku prawnego nie naruszy zaplanowanego przez strony rozkładu korzyści, ciężarów i ryzyka** (innymi słowy: czy przekształcenie treści stosunku prawnego istotnie ingeruje w ukształtowanie głównego świadczenia lub głównego ryzyka umowy, którą strony zawarły).

W przypadku kredytów frankowych, skoro ryzyko walutowe kredytobiorcy związane z głównym świadczeniem (określeniem wysokości kredytu w walucie i jego zwrotem) miałyby być całkiem usunięte, przy jednoczesnym kreowaniu nowego ryzyka walutowego po stronie banku w zakresie otrzymywanego wynagrodzenia (oprocentowania), to oznacza, że usunięcie klauzuli kursowej lub indeksacyjnej zmienia w sposób istotny główne świadczenia i związane z nimi rozkład głównych ryzyk stron. Umowa jako taka nie może być więc utrzymana w mocy.

Powyższa ocena możliwości utrzymania związania stron umowy kredytu indeksowanego po usunięciu nieuczciwej klauzuli kursowej dokonana została wyłącznie na gruncie prawa polskiego. Należy w dalszej kolejności skonfrontować ją z prawem unijnym i stanowiskiem TSUE. Ich treść ostatecznie decyduje o interpretacji przepisów prawa polskiego stanowiących implementację dyrektyw unijnych.

2.10. Uzupełniając i uszczegóławiając katalog przypadków, w których umowa nie może — zgodnie z prawem polskim — zostać utrzymana w mocy po usunięciu z niej postanowienia niedozwolonego, należy wskazać także na sytuację, gdy w nowo ukształtowanej umowie brak byłoby elementów minimalnych. Nie byłoby przy tym wystarczające utrzymanie w mocy postanowień minimalnych dla jakiegokolwiek typu umowy, ale tylko tej umowy, do której zawarcia strony zmierza-

ły³². Przykładowo usunięcie niedozwolonego postanowienia określającego cenę nie mogłoby powodować utrzymania się umowy jako darowizny.

Przedstawiciele doktryny również trafnie na szerszy katalog przypadków, w których umowa nie może być utrzymana w mocy. W szczególności jako kryterium określające możliwość utrzymania umowy w mocy po wyłączeniu postanowienia niedozwolonego należy także uwzględniać kryterium czysto gospodarcze³³. Tak ogólna wskazówka jest jednak nieoperatywna. Przyjąłabym, że należy ją rozumieć w taki sposób, jak wyżej wskazano w odniesieniu do granic akceptacji konwersji czynności prawnej.

2.11. Po identyfikacji przypadków, w których umowa nie mogłaby nadal wiązać na skutek usunięcia z niej postanowień niedozwolonych, należy teraz przedstawić perspektywę prawa unijnego zarysowaną w pogłębiony sposób w orzeczeniach TSUE.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z jednej strony wskazuje, że o możliwości utrzymania umowy w mocy po wyeliminowaniu postanowień niedozwolonych decyduje prawo krajowe³⁴. Jednak z drugiej strony wyklucza możliwość utrzymania umowy w mocy w razie, gdy na skutek dokonanego usunięcia postanowienia niedozwolonego dojdzie do przekształcenia istoty świadczeń lub ryzyk umownych³⁵. Jest to omówione szerzej poniżej. Już tutaj można zatem wskazać, że prawo unijne nie jest całkowicie neutralne w kwestii możliwości utrzymania umowy w mocy.

Początkowo TSUE kwalifikował klauzulę kursową/indeksacyjną w umowach kredytu indeksowanego jako postanowienie dotyczące świadczeń ubocznych (wyrok

³² Szersze uzasadnienie: I. Karasek-Wojciechowicz: *Wpływ niedozwolonego...*, *op. cit.*, s. 48–49 oraz odmienne powołane tam poglądy, m.in. A. Wiewiórowska-Domagalska: *Bułgarski standard*, *Dziennik — Gazeta Prawna* z 21 sierpnia 2015 r., opowiadająca się za tezą, że wyłączenie abuzywnych postanowień może doprowadzić do tego, że strony staną się związane **jakąkolwiek inną czynnością prawną (w tym jakimkolwiek innym typem umowy)**, który będą tworzyć nieabuzywne postanowienia zawieranej umowy.

³³ E. Łętowska: *Teraz polskie sądy muszą pokazać, na co je stać*, *Rzeczpospolita* z 6 października 2019 r. „Sąd musi ocenić, czy po tej operacji umowa (**gospodarczo** i prawnie) może nadal obowiązywać. Jeżeli nie, jedyną możliwością stanie się unieważnienie umowy — ale jeśli konsument na to się godzi. Brak zgody oznacza trwanie przy tym, co jest”, <https://www.rp.pl/Opinie/310069951-Po-wyroku-TSUE-ws-kredytow-frankowych-Teraz-polskie-sady-musza-pokazac-na-co-je-stac---komentuje-prof-Ewa-Letowska.html>.

³⁴ Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2021 r., *Bank BPH*, C-19/20, ECLI:EU:C:2021:341, pkt 84: „art. 6 ust. 1 drugi człon zdania dyrektywy 93/13 sam w sobie nie określa kryteriów dotyczących możliwości dalszego obowiązywania umowy bez nieuczciwych warunków, lecz pozostawia ich ustalenie zgodnie z prawem Unii krajowemu porządkowi prawnemu”.

³⁵ Wyrok w sprawie *Bank BPH*, pkt 69–70: „(69.) W niniejszej sprawie sąd odsyłający wskazuje, że usunięcie elementu klauzuli indeksacyjnej kredytu hipotecznego będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym dotyczącego marży banku nie powoduje żadnej luki, która wymagałaby od niego aktywnej interwencji. Podkreśla on jednak, że **usunięcie to zmienia istotę klauzuli w jej pierwotnym brzmieniu**. (70.) Przepisy dyrektywy 93/13 stoją na przeszkodzie temu, żeby uznany za nieuczciwy warunek został częściowo utrzymany w mocy poprzez usunięcie elementów przesądzających o jego nieuczciwym charakterze, **w przypadku gdyby to usunięcie spowodowało się do mającej wpływ na istotę tych warunków zmiany ich treści** (wyrok z dnia 26 marca 2019 r., *Abanca Corporación Bancaria i Bankia*, C-70/17 i C-179/17, EU:C:2019:250, pkt 64)”.

z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*)³⁶. Następnie jednak TSUE zmodyfikował swój wcześniejszy pogląd.

Najpierw należy przytoczyć **opinię Rzecznika Generalnego w sprawie *Dziubak*, której w interesującym nas tu aspekcie Trybunał nie podzielił**. Rzecznik Generalny w sprawie *Dziubak* (pkt 41, 42, 54) wyraził stanowisko, zgodnie z którym prawo unijne jest w kwestii możliwości utrzymania w mocy umowy kredytu (po stwierdzeniu, że klauzula indeksacyjna jest niedozwolona) neutralne. Rzecznik uznał, że z prawa unijnego nie wynika ani nakaz, ani zakaz zachowania umowy jako wiążącej w pozostałym zakresie³⁷.

Zasada neutralności prawa unijnego co do oceny możliwości utrzymania w mocy pomimo wyeliminowania klauzul abuzywnych znajdowała potwierdzenie w orzecznictwie³⁸.

Jednak w samym wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* (pkt 42–44) **nie podzielono wyżej przedstawionych zapatrywań Rzecznika Generalnego w odniesieniu do całkowitej neutralności prawa unijnego w omawianym zakresie** i możliwości utrzymania w mocy umowy kredytu zawierającego klauzule ryzyka walutowego jako umowy kredytu pozbawionego ryzyka walutowego, lecz przy zachowaniu oprocentowania kredytu w oparciu o wskaźniki powiązane z walutą indeksacyjną³⁹. Z uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Dziubak* wynika bowiem, że wprawdzie oceny, czy umowa kredytowa powinna wiązać strony w pozostałym zakresie (mimo eliminacji klauzuli indeksacyjnej), dokonuje sąd na podstawie prawa krajowego, to jednak ocena ta powinna zmierzać w analizowanym przypadku do stwierdzenia, że umowa nie wiąże stron i jest w takim przypadku nieważna⁴⁰. Jest tak, ponieważ

³⁶ Krytyka tego poglądu — zob. I. Karasek-Wojciechowicz: *Wpływ niedozwolonego...*, *op. cit.*, s. 45–46, wskazując, że w przypadku kredytów złotych tzw. indeksowanych do waluty, gdzie wysokość kredytu wyrażana jest pierwotnie w złotych, ale jest następnie waloryzowana do waluty, postanowienie o indeksacji wpływa na określenie ostatecznej wysokości głównego świadczenia, zaś jego wyjściowe określenie w złotych stanowi tylko jeden z elementów kalkulacji wysokości głównego świadczenia. Waluta krajowa nie określa wówczas wysokości głównego świadczenia, ale jest jedynie jednym z elementów służących do określenia wysokości głównego świadczenia.

³⁷ „(41.) Gdy klauzula »różnicy kursowej« stanowi nieuczciwy warunek umowny, a zatem nie może być stosowana, skutkuje to przekształceniem umowy z umowy indeksowanej do franka szwajcarskiego ze stopą procentową właściwą dla tej waluty w umowę indeksowaną do złotych polskich, lecz nadal podlegającą niższej stopie procentowej odpowiedniej dla franka szwajcarskiego [tj. LIBOR — I.K.-W.]. (42.) Ocena możliwości dalszego obowiązywania umowy w pozostałej części między stronami, kiedy jest to prawnie możliwe, należy do sądu krajowego w oparciu o przepisy prawa krajowego. [...] (54.) **Artykuł 6 ust. 1 dyrektywy jest zatem neutralny w odniesieniu do możliwości upadku lub utrzymania w mocy umowy pozbawionej nieuczciwych warunków** i zarówno ocena kwalifikacji nieuczciwego warunku jako dotyczącego określenia przedmiotu umowy, jak i ocena w przedmiocie utrzymania — lub nie — pozbawionej nieuczciwych warunków umowy w mocy muszą zostać przeprowadzone przez sąd krajowy, **na podstawie prawa krajowego, zgodnie z ogólnymi kryteriami zaproponowanymi powyżej**”.

³⁸ Wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie *Pereničová*, C-453/10, pkt 35; wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Joros*, C-397/11, pkt 47–48; podobnie wyrok TSUE w sprawie *Bank BPH*, pkt 84.

³⁹ Co jest tym bardziej znaczące, gdyż Trybunał bardzo rzadko nie podziela opinii Rzecznika Generalnego.

⁴⁰ Należy tu zastrzec, że Trybunał poruszał się w granicach prawa polskiego znanego mu w takim zakresie, w jakim przedstawił je sąd zwracający się do Trybunału o wykładnię przepisów prawa unijnego; sąd ten nie wskazał zaś Trybunałowi szczegółowego przepisu dyspozycyjnego, którego zastosowanie mogłoby stanowić podstawę

zdaniem TSUE eliminacja klauzuli indeksacyjnej znosi nie tylko sam mechanizm indeksacji, lecz także — pośrednio — unicestwia ryzyko kursowe, które jest bezpośrednio związane z indeksacją kredytu, stanowiąc główny element zawartej przez strony umowy. Utrzymanie umowy pomimo wyeliminowania tego ryzyka całkowicie zniekształcałoby pierwotną wolę stron, co każe przyjąć, że nie jest to prawnie możliwe, a umowa jest nieważna⁴¹; ostatecznie jednak powinien ocenić to sąd krajowy na tle indywidualnej sprawy.

Stanowisko przyjęte w wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* jest zbieżne z zapastrywaniem wyrażonym w uzasadnieniu orzeczenia TSUE z dnia 14 marca 2019 r. (C-118/17) w sprawie *Dunai* (pkt 48–52). Trybunał stwierdził tam, że klauzula ryzyka walutowego określa główny cel umowy, a w takim zaś przypadku utrzymanie umowy nie wydaje się możliwe z prawnego punktu widzenia (co jednak powinien ocenić sąd odsyłający)⁴².

Zastrzeżenie dodawane na końcu powoływanych tez Trybunału, że jednak kwestie te „powinien ocenić sąd odsyłający”, nie oznacza, by sąd krajowy mógł pominąć wskazaną przez TSUE interpretację (zgodnie z którą, po pierwsze, o braku możliwości utrzymania umowy po wyłączeniu z niej postanowienia niedozwolonego decyduje (współ)określanie przez usuniętą klauzulę głównego przedmiotu świadczenia i zmiana głównych ryzyk umownych na skutek jej usunięcia, a po drugie: klauzula kursowa właśnie określa główny przedmiot/cel umowy). Dokonane zastrzeżenie, że oceny tej powinien ostatecznie dokonać sąd krajowy, wynika stąd, że TSUE wypowiada się jedynie o interpretacji przepisów prawa unijnego w kontekście opisanego przez sąd pytający zespołu faktów. Trybunał nie rozstrzyga wiążąco o dokonaniu subsumpcji konkretnego stanu faktycznego pod normy prawa krajowego rekonstruowane zgodnie z wytycznymi TSUE. Wypowiedź TSUE praktycznie jednak determinuje taką ocenę, jeżeli weźmie się pod uwagę ustaloną przez Trybunał interpretację, a zespół faktów w analizowanej sprawie w sądzie krajowym odpowiada co do istoty tym, co do których abstrakcyjnie wypowiadał się Trybunał

do utrzymania umowy w mocy, takiego jak przykładowo art. 385 k.c. TSUE w sprawie *Dziubak* poruszał się więc jedynie w granicach wyboru: unieważnienie umowy albo utrzymanie umowy w mocy bez klauzul kursowych, przy pozostawieniu oprocentowania w oparciu o stopę LIBOR — jak to zasugerował Rzecznik Generalny.

⁴¹ „(43.) Jeżeli sąd krajowy uzna, że zgodnie z odpowiednimi przepisami obowiązującego go prawa utrzymania w mocy umowy bez zawartych w niej nieuczciwych warunków nie jest możliwe, art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 zasadniczo nie stoi na przeszkodzie jej unieważnieniu. (44.) Jest tak zwłaszcza wówczas — jak w okolicznościach w postępowaniu głównym — gdy z informacji dostarczonych przez sąd odsyłający [...] wydaje się wynikać, że unieważnienie klauzul zakwestionowanych przez kredytobiorców doprowadziłoby nie tylko do zniesienia mechanizmu indeksacji oraz różnic kursów walutowych, ale również — pośrednio — do zaniknięcia ryzyka kursowego, które jest bezpośrednio związane z indeksacją przedmiotowego kredytu do waluty. Tymczasem Trybunał orzekł już, że klauzule dotyczące ryzyka wymiany określają główny przedmiot umowy kredytu, takiej jak ta w postępowaniu głównym, w związku z czym obiektywna możliwość utrzymania obowiązywania przedmiotowej umowy kredytu wydaje się w tych okolicznościach niepewna (zob. podobnie wyrok z dnia 14 marca 2019 r., *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, pkt 48, 52 i przytoczone tam orzecznictwo)”.

⁴² „(52.) Tymczasem w tej sprawie — jak już wspomniano w pkt 48 niniejszego wyroku — klauzula ryzyka walutowego określa główny cel umowy. W takim przypadku utrzymanie umowy nie wydaje się zatem możliwe z prawnego punktu widzenia, co jednak powinien ocenić sąd odsyłający”.

— co ostatecznie ocenia sąd odsyłający na tle faktów konkretnej sprawy. Gdyby sąd orzekający w określonej sprawie ustalił, że przykładowo klauzula kursowa nie dotyczyła głównego przedmiotu świadczenia (czyli w sprawach frankowych: nie służyłaby indeksacji kwoty kapitału kredytu), ale odnosiłaby się do waloryzacji opłat, kar umownych lub innych świadczeń ubocznych, to interpretacja dokonana przez TSUE mogłaby nie znaleźć zastosowania, a sąd krajowy nie byłby wówczas nią związany.

W kolejnym orzeczeniu *Bank BPH*, dotyczącym możliwości usunięcia klauzuli indeksacyjnej i utrzymania umowy w mocy⁴³, TSUE sformułował bardziej stanowczo swoją wcześniejszą tezę dotyczącą braku możliwości utrzymania umowy w mocy, gdy dochodzi do przekształcenia istoty świadczeń, nie czyniąc zastrzeżenia, by zależało to od oceny sądu krajowego: „(70). **Przepisy dyrektywy 93/13 stoją na przeszkodzie temu, żeby uznany za nieuczciwy warunek został częściowo utrzymany w mocy poprzez usunięcie elementów przesądzających o jego nieuczciwym charakterze, w przypadku gdyby to usunięcie sprowadzało się do mającej wpływ na istotę tych warunków zmiany ich treści**”⁴⁴. W takiej sytuacji, gdy sąd krajowy ustali, że usunięcie wpływa na istotę warunków umownych, jest zobowiązany przyjąć brak możliwości dalszego obowiązywania umowy.

2.12. Dla dopełnienia w tym miejscu problematyki utrzymania umowy w mocy należy tu wskazać jeszcze niebudzące sporów stanowisko, że możliwość utrzymania umowy w mocy powinna być oceniona z punktu widzenia kryteriów obiektywnych, a więc niezależnie od tego, czy okazuje się ona korzystna czy niekorzystna dla jednej ze stron, a także niezależnie od woli jednej ze stron (co oznacza m.in., że konsument nie może sprzeciwić się przyjętemu rozwiązaniu, jakkolwiek może wyrazić zgodę na stosowanie postanowienia abuzywnego, uniemożliwiając w ten sposób stwierdzenie nieważności)⁴⁵.

Biorąc wszystko powyższe pod uwagę, z prawa unijnego — w zakresie dopuszczalności zachowania umowy w mocy po usunięciu jako abuzywnej klauzuli indeksacyjnej — wynika zatem coś więcej niż tylko neutralność w odniesieniu do określenia wpływu, jaki wywiera na umowę stwierdzenie abuzywności postanowienia określającego główne świadczenia stron i cel umowy.

Najnowsze orzecznictwo TSUE wskazuje, że umowa kredytu indeksowanego kursem waluty obcej — po wyeliminowaniu klauzuli indeksacyjnej — traci swoje istotne główne cechy (rozkład ryzyka walutowego wynikający z określania wysokości głównego przedmiotu świadczenia przez odwołanie do klauzuli indeksacyjnej),

⁴³ Wyrok w sprawie *Bank BPH*, pkt 70.

⁴⁴ Wyrok z dnia 26 marca 2019 r., *Abanca Corporación Bancaria i Bankia*, C-70/17 i C-179/17, EU:C:2019:250, pkt 64.

⁴⁵ P. Mikłaszewicz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, wyd. 23, Legalis 2019, art. 385¹, uw. 46.

co uniemożliwia zachowanie jej w mocy. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za wiążące uznaje w tym przypadku kryterium obiektywne (niezależne od interesu konkretnych podmiotów zawierających umowę), które polega na analizie zmiany głównego ryzyka wiążącego się z zawarciem umowy w pierwotnym brzmieniu. Jeżeli podstawowe ryzyko dotyczące takiej umowy — po stwierdzeniu abuzywności jednego z jej postanowień — znika albo zostaje przekształcone, to umowa nie może być uznana za wiążącą pomiędzy stronami w całości. Jej utrzymanie nie jest „możliwe” w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13.

Kryterium określone przez TSUE dla braku możliwości związania stron, a którym jest (współ)kształtowanie przez klauzulę abuzywną głównego przedmiotu świadczenia, nie wyklucza tego, że sąd na podstawie przepisów prawa krajowego może i powinien wyłonić kolejne przypadki, w których zgodnie z prawem krajowym nie jest możliwe, by umowa nadal wiązała strony, w szczególności gdyby było to sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi normami. Sąd krajowy nie może jednak przyjąć, gdyż naruszałoby to prawo unijne, że umowa może nadal wiązać strony, jeżeli usunięta klauzula abuzywna kształtowała główny przedmiot świadczenia, cel umowy lub główne ryzyka, tak że usunięcie jej prowadzi do ich zmiany.

Podsumowując powyższe rozważania, **umowa nie może być utrzymana w mocy w rozumieniu art. 6 dyrektywy 93/13, jeżeli niedozwolone okaże się jedno z postanowień (współ)określających główny przedmiot świadczenia (jego przedmiot lub wysokość) lub postanowienie determinujące rozłożenie głównych ryzyk umownych, albo gdy zostanie istotnie naruszona jej funkcja społeczno-gospodarcza**. Klauzula kursowa w umowach kredytu indeksowanego określa główny przedmiot świadczenia, a w umowach kredytu denominowanego determinuje rozłożenie jednego z głównych ryzyk umowy.

2.13. Powyższy wniosek oznacza jednocześnie, że nie znajduje podstaw prawnych dotychczasowe dominujące stanowisko polskiego SN (wyżej już przywoływane), ograniczające zakres przypadków, w których nie jest możliwe dalsze związanie umową po usunięciu z niej klauzuli abuzywnej, jedynie do naruszenia natury stosunku prawnego. Jeżeli w konkretnym przypadku usunięcie postanowienia niedozwolonego miało prowadzić do powstania umowy naruszającej naturę stosunku prawnego, to umowa taka nie mogłaby się utrzymać w tym kształcie już na podstawie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. jako umowa bezwzględnie nieważna. Ukształtowanie umowy po wyłączeniu z niej klauzul abuzywnych nie mogłoby bowiem nigdy prowadzić do powstawania stosunków prawnych bezwzględnie nieważnych, w tym także sprzecznych z naturą stosunku prawnego. Tymczasem TSUE wskazuje, że granicą utrzymania umowy w mocy nie jest natura jakiegokolwiek (każdego) stosunku prawnego, tak jak to ujmuje art. 353¹ k.c., lecz przekształcenie głównego przedmiotu, celu albo ryzyka tej umowy, do której zawarcia strony zmierzają. Nie jest zatem wówczas konieczne badanie, czy główny przedmiot, cel albo

ryzyko danej umowy, obarczone abuzywnością, należały do elementów minimalnych konstruujących typ umowy, do której zawarcia strony zmierzały.

2.14. W orzecznictwie i doktrynie polskiej dominowało do niedawna praktycznie jednolite stanowisko kwalifikujące klauzulę kursową i indeksacyjną za postanowienie o charakterze ubocznym⁴⁶, z czego z kolei wyciągano wniosek, że jej usunięcie, wraz z klauzulą indeksacyjną, nie zmienia charakteru stosunku prawnego, a więc umowa może zostać wykonana (kredyt może zostać udostępniony i zwrócony) w walucie polskiej.

Dopiero niedawno zaczęły pojawiać się pojedyncze wypowiedzi, zarówno w piśmiennictwie⁴⁷, jak i następnie w orzecznictwie⁴⁸, kwestionujące zasadność powyższego stanowiska. Sąd Najwyższy po raz pierwszy podzielił tę krytykę w 2019 r., odchodząc tym samym od wcześniej utrwalonej linii orzeczniczej kwalifikującej klauzulę kursową jako jedynie postanowienia o ubocznym charakterze, nieokreślającym głównego świadczenia stron⁴⁹. Do podobnej ewolucji, wyżej już przedstawionej, doszło niedawno w odniesieniu do stanowiska TSUE.

Klauzula waloryzacyjna (indeksacyjna) kwoty kredytu indeksowanego lub denominowanego nie jest postanowieniem określającym świadczenie uboczne. Nie ma przy tym żadnego znaczenia to, że w przypadku kredytu indeksowanego, wypłata i spłata kredytu mają mieć miejsce wyłącznie w walucie polskiej, a kwota w walucie obcej określać ma ich wysokość. Wysokość zobowiązań do wypłaty i spłaty kwot w polskiej walucie jest określona przez indeksację wyjściowej wartości określonej przez strony w umowie kredytu. Wysokość świadczenia w złotych polskich została tak określona, że jest ona wynikiem indeksacji. Usunięcie klauzuli kursowej nie pozwala przeprowadzić tego obliczenia. Nie można przyjąć, by zamkniętym i wyczerpującym określeniem kwoty kredytu indeksowanego była tylko określona w umowie kwota w walucie polskiej. Zgodnie z tymi umowami wysokość

⁴⁶ Zamiast wielu: A. Grebieniow, K. Osajda: *Kredyty walutowe...*, *op. cit.*, s. 18–23.

⁴⁷ I. Karasek-Wojciechowicz: *Wpływ niedozwolonego...*, *op. cit.*, s. 48–49.

⁴⁸ Postanowienie SN z dnia 18 września 2019 r., V CSK 152/19, odmawiające przyjęcia do rozpoznania kasacji od wyroku SA odmawiającego „odfrankowania” kredytu. Orzeczenie to zapadło nawet jeszcze przed wyrokiem TSUE *Dziubak*. SN uznał, że skarga kasacyjna nie spełnia przesłanki „oczywistej zasadności”. W opinii SN nie było „oczywiście słusznym poglądem” stwierdzenie, że usunięcie klauzul waloryzacyjnych z umowy prowadzi do obowiązywania umowy jako ważnej umowy kredytu z oprocentowaniem LIBOR, <https://www.parkiet.com/Banki/312059974-Wyrok-Sadu-Najwyzszego-nienajlepszy-dla-frankowiczow.html>.

⁴⁹ Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, oraz wyrok SN z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18: „Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym skargę kasacyjną nie podziela tego [wcześniejszego — I.K.-W.] stanowiska, a akceptuje alternatywny do niego pogląd wyrażony w wyr. SN z 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17. Nie powinno ulegać wątpliwości, że obowiązek zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu w oznaczonych terminach spłaty stanowi główne świadczenie kredytobiorców, co wynika również z przytoczonego stanowiska Sądu Apelacyjnego. Przyjmuje on trafnie, że klauzula waloryzacyjna wpływa na wysokość tego świadczenia. Nie przekonuje natomiast dokonane przez ten Sąd rozróżnienie między wpływaniem na wysokość świadczenia i jego określaniem w rozumieniu art. 385¹ § 1 zdanie 2 k.c. **Skoro z klauzuli waloryzacyjnej wynika, w jakiej wysokości świadczenie główne ma być spełnione, to należy przyjąć, że w ten sposób określa ona to świadczenie w rozumieniu wskazanego przepisu**”.

kwoty kredytu do wypłaty i spłaty ma być dopiero wynikiem indeksacji. Po usunięciu klauzuli kursowej nie jest możliwe określenie wysokości głównego świadczenia kredytobiorcy. Klauzula indeksacyjna nie (współ)określałaby głównego świadczenia wówczas, gdy służyłaby waloryzacji jedynie świadczeń ubocznych.

Ponadto, na co zwraca uwagę TSUE w powyżej powołanych wyrokach, **klauzula indeksacyjna jest postanowieniem, które nadaje umowie kredytu indeksowanego do waluty obcej szczególną właściwość wśród różnych podtypów umów kredytu, a polegającą na powstaniu po obu stronach tej umowy ryzyka kursowego**, poprzez uzależnienie wysokości jednego z głównych świadczeń umowy kredytu (wysokości kredytu i wysokości zobowiązania do zwrotu kredytu) od kursu waluty obcej. To z kolei jest powiązane z kolejnym ryzykiem walutowym (równoważącym w pewnym zakresie pierwsze wskazane ryzyko), a wynikającym z określenia wynagrodzenia w oparciu o stopę oprocentowania na rynku międzybankowym pożyczek udzielanych w walucie indeksacyjnej. Ryzyko walutowe dla banku wynika z tego, że pozyskiwane przez niego depozyty są w innej walucie niż waluta indeksacyjna; ryzyko walutowe dla kredytobiorcy wynika z tego, że jest on docelowo zainteresowany uzyskaniem na nabycie nieruchomości innej waluty niż waluta indeksacyjna, a także z tego, że osiąga on przychody na spłatę kredytu w innej walucie niż waluta indeksacyjna. Ryzyko walutowe związane z wysokością kapitału kredytu zostało zaś wprowadzone do tej umowy dlatego, że kredytobiorcy zależało na skorzystaniu z innego ryzyka, a mianowicie ryzyka niskiej stopy procentowej, jaką jest LIBOR, istotnie mniejszego niż w przypadku stopy WIBOR (kredytobiorca, chcąc uniknąć ryzyka, mógł alternatywnie wybrać kredyt nieobciążony ryzykiem walutowym, ale droższy — kredyt złotowy). Te wszystkie ryzyka walutowe są zatem podstawową cechą zawartej w ten sposób umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej. Wylimitowanie klauzuli indeksacyjnej — przy uznaniu umowy kredytu za wiążącą w pozostałym zakresie (jako zwykłej umowy kredytu nieindeksowanego, czyli złotowego) prowadziłoby do zmiany zarówno wysokości (niektórych) głównych świadczeń stron, jak i do zasadniczej zmiany rozkładu oraz rodzaju podstawowych ryzyk wiążących się z jej zawarciem. Jeśli na skutek uznania postanowienia za abuzywne i usunięcia go z treści stosunku obligacyjnego (bez jego zastąpienia inną normą) dochodzi do zmiany podstawowych cech tego stosunku, w tym określonego umową rozkładu ryzyk związanych ze świadczeniem głównym, to umowa musi zostać uznana za niewiążącą w całości. Przeciwny wniosek narzucały stronom obowiązek wykonywania umowy o całkowicie odmiennych świadczeniach i ryzykach głównych, do zawarcia której to umowy strony nigdy nie zmierzały, a co ostatecznie wyklucza wyżej powołane orzecznictwo TSUE.

Odnosząc zaś powyższe stanowisko do przykładu kredytów frankowych, „odfrankowanie” kredytu indeksowanego sprowadzające się do uznania go za kredyt złotowy oprocentowany stopą LIBOR, przy jednoczesnym usunięciu wiązania stron klauzulą indeksacyjną, byłoby niezgodne z prawem polskim i prawem unijnym. Nie

jest możliwe związanie umową kredytu indeksowanego po usunięciu klauzuli kursowej. W konsekwencji tych ustaleń pozostanie dalej rozstrzygnąć, czy umowa kredytu, której klauzula indeksacyjna nie może być usunięta, nie będzie wiązać stron w całości (z wszystkimi wynikającymi stąd dalszymi konsekwencjami w zakresie rozliczeń na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu), czy też może miejsce po abuzywnej klauzuli kursowej zostanie uzupełnione szczegółowym przepisem dyspozytywnym, takim jak art. 358 § 2 k.c.⁵⁰

2.15. W niektórych wydawanych wyrokach Sąd Najwyższy uzależniał rozstrzygnięcie o utrzymaniu umowy zawierającej klauzulę abuzywną w mocy od tego, czy unieważnienie umowy nie zniweczyłoby lub nie osłabiłoby działania efektu zniechęcającego, do którego to zapewnienia polski prawodawca jest zobowiązany zgodnie z art. 7 dyrektywy 93/13.

Przykładowo w wyroku SN z dnia 4 kwietnia 2019 r. (III CSK 159/17)⁵¹, zapadłym na tle sprawy, w której stwierdzono abuzywność klauzuli indeksacyjnej w umowie kredytu indeksowanego kursem CHF, przyjęto, że: „wartość świadczenia powinna być bezpośrednio określona w złotych polskich. Taki wniosek wynika bowiem z wyeliminowania z umowy wszelkich przeliczników na walutę obcą. Równocześnie brak podstaw, by modyfikować określenie ceny kredytu. [...] W realiach niniejszej sprawy w praktyce oznacza to, że [...] **sąd jest zobowiązany wyłącznie do niestosowania klauzuli abuzywnej i nie wolno przekształcać jej treści, ponieważ osłabiałoby to oddziaływanie prewencyjne sankcji**”.

Stanowisko to powtórzono także w wyroku SN z dnia 9 maja 2019 r. (I CSK 242/18)⁵², dokonującym „odfrankowania” umowy kredytu przy zachowaniu oprocentowania stopą LIBOR, dodając, że: „**Nie wydaje się przy tym, aby wyciągnięty tu wniosek o konieczności stosowania oprocentowania wyrażonego według stawek LIBOR stanowił zbyt surową sankcję dla Banku stosującego niedozwolone postanowienia umowne**”.

Stanowisko powyższe powtórzyły późniejsze wyroki sądów powszechnych z 2019 r.⁵³, a także wyrok SN z dnia 29 października 2019 r. (IV CSK 309/

⁵⁰ Zob. szerzej uwagi w dalszej części artykułu.

⁵¹ Legalis nr 1892834.

⁵² Legalis nr 1966950.

⁵³ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 8 sierpnia 2019 r., I ACa 126/19, Legalis nr 2239045; wyrok SO w Olsztynie z dnia 30 lipca 2019 r., IX Ca 357/19, Legalis nr 2238938; wyrok SO w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2019 r., II C 459/18, Legalis nr 2240364; wyrok SO w Warszawie z dnia 31 maja 2019 r., XXV C 2763/18, Legalis nr 2242626; wyrok SO w Warszawie z dnia 4 czerwca 2019 r., II C 325/17, Legalis nr 2242255; wyrok SO w Warszawie z dnia 6 czerwca 2019 r., II C 136/17, Legalis nr 2125548; wyrok SO w Warszawie z dnia 13 czerwca 2019 r., XXV C 494/18, Legalis nr 2244163; wyrok SA z dnia 18 czerwca 2019 r., I ACa 537/18, Legalis nr 2240567; wyrok SO w Warszawie z dnia 19 czerwca 2019 r., XXV C 763/19, Legalis nr 2244000; wyrok SO z dnia 25 czerwca 2019 r., XXV C 3142/18, Legalis nr 2242830; wyrok SO w Warszawie z dnia 26 lipca 2019 r., XXV C 931/19, Legalis nr 2244127; wyrok SO w Olsztynie z dnia 30 lipca 2019 r., IX Ca 357/19, Legalis nr 2238938; wyrok SO w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2019 r., II C 459/18, Legalis nr 2240364; wyrok SO w Warszawie z dnia 5 września 2019 r.,

18)⁵⁴, w którym w kontekście rozważań o utrzymaniu umowy w mocy wskazano: **„Działania sądu mają mieć charakter sankcyjny”**.

Ze stanowiska Sądu Najwyższego zdaje się zatem wynikać, że bez względu na to, iż nie istniałaby „możliwość” związania stron całą umową (w rozumieniu art. 6 dyrektywy), to jednak **powinna ona mimo to zostać uznana przez sąd za wiążącą, jeżeli uznanie umowy za niewiążącą mogłoby osłabić efekt zniechęcający**, a utrzymanie umowy w mocy nie stanowiłoby „zbyt surowej sankcji” dla przedsiębiorcy.

Przedstawione stanowisko Sądu Najwyższego narusza art. 6 dyrektywy 93/13. Umowa, co do której brak jest możliwości związania nią stron w rozumieniu art. 6 dyrektywy, nie może być jednak uznana za wiążącą tylko na tej podstawie, że uznanie jej za niewiążącą mogłoby osłabić efekt odstrasżający, a utrzymanie umowy w mocy nie stanowiłoby zbyt surowej sankcji dla przedsiębiorcy. Chęć ukarania lub odstraszenia przedsiębiorcy nie może być przecież podstawą do dalszego związania stron taką umową, która nie może wiązać. Taka podstawa nie może decydować w indywidualnych sprawach o utrzymaniu umowy kredytu indeksowanego w mocy jako umowy kredytu złotowego oprocentowanego LIBOR. Naruszałoby to art. 6 i art. 7 dyrektywy 93/13. Utrzymanie umowy w mocy (zgodnie z art. 6 dyrektywy 93/13) nie ma być bowiem karą nakładaną na przedsiębiorcę i nie zależy ono od tego, czy brak utrzymania umowy w mocy osłabiłby działanie efektu odstrasżającego konkretnego przedsiębiorcę do stałego stosowania klauzul abuzywnych. Zgodnie z art. 6 dyrektywy 93/13 po wyłączeniu klauzuli abuzywnej umowa ma w pozostałej części nadal wiązać strony, „jeżeli jest to możliwe”, a nie wówczas, jeżeli dalsze obowiązywanie umowy będzie dostatecznie surową karą dla przedsiębiorcy i będzie zniechęcało go do stosowania klauzul abuzywnych. W żadnym z orzeczeń TSUE nie uzależniał utrzymania umowy w mocy od tego, czy stanowiłoby to mniej lub bardziej dotkliwą karę zniechęcającą dla przedsiębiorcy. **Utrzymanie umowy w mocy (lub nieutrzymanie) nie powinno być stosowane przez sąd cywilny w sposób zbliżony do sankcji karnej.** Polski Sąd Najwyższy w sposób nieuprawniony łączy odrębne kryteria determinujące możliwość utrzymania umowy w mocy (art. 6 dyrektywy 93/13) ze spoczywającym na ustawodawcy obowiązkiem wprowadzenia i realizacji generalnych środków zniechęcających do stałego stosowania klauzul abuzywnych (art. 7 dyrektywy 93/13). Tymczasem w świetle orzecznictwa TSUE są one odrębne. Polski ustawodawca wprowadził środki wymagane art. 7 dyrektywy 93/13 w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁵. Zgodnie z art. 106 pkt 3a tej ustawy Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu

II C 332/17, Legalis nr 2243809; wyrok SO w Warszawie z dnia 27 września 2019 r., II C 1142/17, Legalis nr 2242376.

⁵⁴ Legalis nr 2237678.

⁵⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r., t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.

osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieумыślnie, stosował klauzule niedozwolone. Wielkość kary grożącej choćby za nieумыślnie stosowanie klauzul niedozwolonych jest tak znacząca, że banki już zaniechały stosowania kwestionowanej klauzuli, bez względu nawet na to, że w poprzednich latach sądy nie orzekały masowo „odfrankowania” umów kredytu indeksowanego⁵⁶. Nie zachęciło to jednak banków do powrotu do kwestionowanych klauzul⁵⁷. Obecnie toczy się wiele postępowań przed Prezesem UOKiK dotyczących naruszenia zakazu stosowania abuzywnych klauzul kursowych, jak i innych klauzul abuzywnych⁵⁸. Nie ma aktualnie podstaw faktycznych do tego, by przyjąć, że realne ryzyko zastosowania tak ogromnych dla każdego przedsiębiorcy kar sięgających 10% rocznych obrotów (nie: zysków) już nie wywarło na przedsiębiorców objętych postępowaniami UOKiK efektu zniechęcającego, a sytuacja ta miałaby ulec zmianie (to jest przedsiębiorcy powróciliby do stosowania postanowień niedozwolonych), gdyby sądy nie orzekały o „odfrankowaniu” umów kredytu. Wskazuje na to rzeczywiste zachowanie banków na rynku w odniesieniu do kwestionowanej abuzywnej klauzuli kursowej: banki już faktycznie klauzuli takiej dzisiaj nie zawierają w nowo zawieranych umowach i zaniechały stosowania nawet w umowach dotychczasowych, mimo że zgodnie z prawem są zobowiązane do jej stosowania⁵⁹ i mimo że sądy powszechne jeszcze nie orzekają masowo o „karnym” związaniu banków umowami, które w świetle przepisów prawa wiązać nie mogą. Jest to dowód wskazujący na to, że prawo polskie już zapewnia efekt zniechęcający

⁵⁶ Prezes UOKiK prowadzi postępowania o uznanie za niedozwolone niejasnych zasad ustalania kursów kupna i sprzedaży walut. Dotyczą one ośmiu banków, w tym GNB i RBI. Działania Prezesa UOKiK mogą się zakończyć nałożeniem kary finansowej do 10% obrotu banku; <https://www.rp.pl/Banki/311049978-UOKiK-kontra-banki-frankowe-nie-moga-zmieniac-warunkow.html>.

⁵⁷ **To dzisiaj Prezes UOKiK wydaje się paradoksalnie dążyć do tego, aby banki powróciły do stosowania klauzul abuzywnych, dopóki nie uzgodnią one z konsumentami ich zmiany.** Prezes UOKiK wskazuje, że od związania banków tymi klauzulami mógłby uwolnić wyrok sądu: „Przedsiębiorcy nie mogą jednak arbitralnie uszczegóławiać ani zmieniać — w trakcie wykonywania umowy — postanowień, które mają charakter abuzywny. — »Instytucjom finansowym przypominam, że każde nowe rozwiązanie powinno być wynikiem obustronnych uzgodnień. Powinny też one pamiętać o tym, że postanowień abuzywnych określających zasady ustalania kursów walut nie można dowolnie zmieniać. Trybunał Sprawiedliwości UE wielokrotnie się na ten temat wypowiedział« — mówi Tomasz Chróstny, wiceprezes UOKiK. [...] Zdaniem urzędu, **istotne warunki umów na czas oznaczony, przy których istnieje możliwość zadłużenia się konsumentów, mogą zostać zmienione tylko i wyłącznie na skutek dobrowolnego porozumienia banku i konsumenta. Jeżeli klient nie zgodziłby się na nie, to umowa powinna być wykonywana na dotychczasowych zasadach**” — https://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news_id=15915&print=1.

⁵⁸ „Urząd prowadzi postępowania o uznanie za niedozwolone niejasnych zasad ustalania kursów kupna i sprzedaży walut. Dotyczą one ośmiu banków, w tym GNB i RBI. Działania UOKiK mogą się zakończyć nałożeniem kary finansowej do 10 proc. obrotu banku” — <https://www.rp.pl/Banki/311049978-UOKiK-kontra-banki-frankowe-nie-moga-zmieniac-warunkow.html>.

⁵⁹ Do zaniechania stosowania przez banki analizowanych tu klauzul kursowych doszło we wszystkich umowach, nawet tych zawartych jeszcze kilkanaście lat temu. Banki jednostronnie wprowadziły klauzule kursowe odwołujące się wyłącznie do czynników obiektywnych, nawet mimo ostatniego, wyżej powołanego, stanowiska UOKiK wskazującego na to, że banki nie mogą jednostronnie wycofać się, bez skutecznej podstawy w klauzuli modyfikacyjnej, ze stosowania klauzuli abuzywnej, a powinny nadal ją stosować aż do indywidualnego wynegocjowania jej zmiany z poszczególnymi klientami, zob. przypis powyżej.

i nie ma ani potrzeby, ani podstaw prawnych do poszerzenia przez Sąd Najwyższy katalogu środków zniechęcających przez przyjęcie nowej podstawy związania umową, zgodnie z którą umowa miałaby wiązać, gdyby było to potrzebne do zapewnienia efektu zniechęcającego konkretnego przedsiębiorcę do stałego stosowania przez niego klauzul abuzywnych (art. 7 dyrektywy 93/13). W tym zakresie orzekanie przez SN o utrzymaniu umów w mocy jako sankcji „odstraszającej” przedsiębiorcę odbywa się w oparciu o wadliwą podstawę (art. 7 dyrektywy 93/13, zamiast regulującego tę kwestię art. 6 dyrektywy 93/13, odsyłającego co do zasady w tym zakresie do prawa krajowego).

Dodatkowo, analizowana tu praktyka nie wydaje się stanowić **proporcjonalnego** środka zniechęcającego (lecz raczej już środek *stricte* karny wymierzający dodatkową dolegliwość sprawcy w celu zaspokojenia społecznego poczucia sprawiedliwości), skoro banki już zostały efektywnie zniechęcone do stosowania abuzywnej klauzuli kursowej. Dalsze kreowanie przez SN środków odstraszających nie znajduje podstawy prawnej; nawet gdyby nakładanie sankcji w postaci związania umową było uzasadnione, to nie rozważono w orzeczeniu SN, czy dolegliwość ta nie przekraczałaby już granic proporcjonalności sankcji. Z przyczyn wskazanych szczegółowo powyżej nie jest prawdopodobne, by banki powróciły do stosowania kwestionowanych klauzul kursowych, gdyby sądy nie dokonywały „odfrankowania” kredytów. Artykuł 7 dyrektywy 93/13 nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzania środków zniechęcających, ale nie można przyjąć, by art. 7 dyrektywy 93/13 mógł stanowić podstawę nakładania przez sądy cywilne sankcji nieproporcjonalnych, a więc już zbędnych dla wywołania efektu zniechęcającego, mających jedynie charakter odpłaty za wyrządzone zło. Podstawą nakładania na przedsiębiorców takich środków karnych mogłyby być jedynie wprost przepisy prawa polskiego, które takiej podstawy związania umową nie przewidują.

3. UTRZYMANIE UMOWY W MOCY PRZEZ UZUPEŁNIENIE MIEJSCA PO KLAUZULI ABUZYWNEJ

3.1. Na wstępie należy zastrzec, że w poniższych rozważaniach nie jest analizowany sam mechanizm bezskuteczności całej umowy albo jej utrzymania w mocy. Chodzi tu w szczególności o pytanie, czy wyrok sądu ma w tym zakresie skutek deklaratoryjny, czy konstytutywny. Kwestia ta wymagała osobnego opracowania, które zostało już opublikowane⁶⁰. Należy w tym zakresie do niego odesłać. Poniższe rozważania dotyczą natomiast wyłącznie podstaw materialnoprawnych

⁶⁰ I. Karasek-Wojciechowicz: *Die Sanktionierung missbräuchlicher Vertragsklauseln sowie die Vertragsrückabwicklung am Beispiel Polens*, Osteuropa Recht 2020, vol. (66)/1, s. 129–162.

i przesłanek merytorycznych dla zastąpienia niedozwolonego postanowienia umownego normą dyspozytywną.

3.2. Najpowszechniej wyróżnia się, zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie, trzy źródła zrekonstruowania normy uzupełniającej miejsce po usuniętym postanowieniu niedozwolonym, bez której umowa nie może być wykonywana:

- (a) Koncepcja pierwsza: abuzywna klauzula jest zastępowana innym postanowieniem, które wynikałoby z dokonania **uzupełniającej (hipotetycznej) wykładni oświadczeń woli stron lub redukcji utrzymującej skuteczność**, aby osiągnąć ukształtowanie treści stosunku prawnego pozbawione elementu abuzywnego, ale jednocześnie najbardziej zbliżone do pierwotnego zamiaru stron.
- (b) Koncepcja druga: niedozwolone postanowienie zostaje zastąpione postanowieniem pozbawionym elementu abuzywności na podstawie przewidzianej w prawie krajowym **klauzuli generalnej odsyłającej do norm etycznych lub zwyczajowych**.
- (c) Koncepcja trzecia: abuzywna klauzula jest zastępowana normą wynikającą ze **szczegółowego przepisu dyspozytywnego** prawa krajowego.

A. ZASTĄPIENIE KLAUZULI KURSOWEJ LUB INDEKSACYJNEJ MECHANIZMEM UMOWNYM WYNIKAJĄCYM Z WYKŁADNI OŚWIADCZEŃ WOLI STRON

3.3. W piśmiennictwie i orzecznictwie szeroko reprezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym abuzywne klauzule należy zastąpić innymi postanowieniami zrekonstruowanymi w wyniku tzw. **uzupełniającej (hipotetycznej) wykładni woli stron**, a więc postanowieniami, które byłyby najbardziej zbliżone do pierwotnego zamiaru stron, a zarazem nienaruszające przyjętego i zaakceptowanego pierwotnie przez strony rozkładu ryzyk i interesów. Dokonuje się tego przez ustalenie, jakiej treści strony uzgodniłyby klauzulę, gdyby wiedziały o abuzywności klauzuli⁶¹. W podobnym kierunku wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 października 2019 r. (IV CSK 309/18)⁶². W sprawie tej w sposób niedozwolony określona była wysokość kredytu i mechanizm waloryzacyjny. Po pominięciu tych klauzul na podstawie art. 385¹ k.c., w braku możliwości określenia wysokości kredytu na podstawie treści umowy (wzorca), Sąd Najwyższy przyjął, że umowa ma za przedmiot kwotę kredytu w walucie polskiej w takiej wysokości, jaką bank faktycznie wypłacił.

⁶¹ Przykładowo: A. Grebieniow, K. Osajda: *Kredyty walutowe...*, *op. cit.*, s. 52 oraz powołana tam literatura.

⁶² Legalis nr 2237678.

W praktyce sporów frankowych powyższa koncepcja skutkowałaby bądź ustaleniem dalszego związania stron umową kredytu z zachowaniem mechanizmu indeksacji odwołującego się do średniego kursu rynkowego, bądź dalszym związaniem umową kredytu pozbawioną mechanizmu indeksacji, którego oprocentowanie wyznaczono by na podstawie stopy LIBOR — w zależności od tego, jak sąd zrekonstruowałby hipotetyczną wolę stron⁶³.

Powyższe zabiegi stanowiły w niektórych przypadkach klasyczny przypadek hipotetycznej wykładni woli stron, a w niektórych tzw. redukcję utrzymującą skuteczność (inaczej określaną także wykładnią bądź konwersją utrzymującą skuteczność). Jest to zabieg polegający na zredukowaniu klauzuli naruszającej porządek prawny do poziomu dopuszczalnego w ramach tego porządku, ale w możliwie największym stopniu odpowiadającej pierwotnym intencjom stron⁶⁴.

W literaturze polskiej wyklucza się⁶⁵ stosowanie redukcji utrzymującej skuteczność w przypadku kontroli klauzul narzuconych pod kątem abuzywności. Przemawiają za tym dwa argumenty. Pierwszy z nich to argument wyprowadzany z wymogu transparentności wzorca umownego. Redukcja postanowienia naruszałaby zaufanie konsumenta do postanowień sformułowanych przez profesjonalistę

⁶³ Przykładowo w wyroku z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, Sąd Najwyższy uznał za zasadny drugi ze wskazanych rezultatów wykładni, czyli przyjął, że gdyby wyłączyć klauzule abuzywne, to strony zawarłyby umowę kredytu złotowego oprocentowanego LIBOR, a więc tej treści umowa powinna wiązać strony. Niezależnie od niezgodności z prawem unijnym dokonanego w ten sposób zabiegu wykładni uzupełniającej oświadczenia woli stron, można mieć wątpliwości co do trafności dokonanej przez Sąd Najwyższy wykładni oświadczeń woli. Sąd Najwyższy nie powołał się w tym zakresie na żadną obowiązującą w prawie cywilnym zasadę wykładni oświadczeń woli: „Należy uznać, iż umowa kredytu hipotecznego zawarta między stronami była umową opiewającą na walutę polską z zamieszczoną w niej klauzulą waloryzacyjną. Sformułowanie umowy w taki sposób, że w pierwszym jej merytorycznym postanowieniu Bank kredytujący umieścił kwotę kredytu w CHF, wobec całej pozostałej treści umowy i jej załączników jest tylko niezastlującym na ochronę kamuflażem rzeczywistych intencji tego Banku”. Przypisując bankowi wolę zawarcia umowy kredytu złotowego, co pozwoliło usunąć abuzywną klauzulę kursową, Sąd Najwyższy stwierdził, rozważając walutę oprocentowania takiego kredytu, że „z całą pewnością żadna ze stron umowy kredytowej zawieranej w 2004 r. nie brała w ogóle pod uwagę takiego rodzaju oprocentowania [WIBOR — I.K.-W.], a nawet gdyby sama oceniała umowę za złotową denominowaną do CHF, to nie zawarłaby umowy z odsetkami według WIBOR, bo umowa taka byłaby pozbawiona racjonalności”. Z jednej zatem strony Sąd Najwyższy przypisał bankowi wolę zawarcia umowy kredytu złotowego, by z drugiej strony stwierdzić, że z całą pewnością żadna ze stron nie brała pod uwagę oprocentowania takiego kredytu (złotowego — jak uznał sąd) stopą WIBOR, mając wolę oprocentowania zawieranej umowy kredytu (złotowego) w oparciu o LIBOR. SN nie dostrzegł, że ostatecznie przypisuje bankowi, dokonując wykładni jego oświadczenia woli, składanie oświadczeń woli nieracjonalnych gospodarczo i sprzecznych z nałożonymi na bank wymogami zachowania stabilności kapitałowej. Niezależnie od tego, nie było też podstaw faktycznych do ustalenia, że zawieranie umowy kredytu denominowanego do waluty obcej, zawierającego klauzule denominacyjne, po otrzymanych przez kredytobiorcę pouczeniach o ryzykach walutowych, mogło być rozumiane przez przeciętnego rozsądnego kredytobiorcę jako udzielenie mu pozbawionego ryzyka walutowego kredytu złotowego, przy jednoczesnym oprocentowaniu go stopą zależną od wskaźnika LIBOR.

⁶⁴ Zob. F. Zoll: *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2000, nr 1–2, s. 12.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 13–15; E. Łętowska: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 343; M. Jagielska: *Niedozwolone klauzule umowne (w:) Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, pod red. E. Nowińskiej, P. Cybuli, Kraków 2005, s. 90; R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności...*, *op. cit.*, s. 608–528; M. Bednarek (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Legalis 2019, s. 821–822; P. Mikłaszewicz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, wyd. 23, Legalis 2019, art. 385¹, uw. 47–49.

(które powinny być jednoznaczne i zrozumiałe dla konsumenta). To profesjonalista powinien ponosić ryzyko wynikające z posługiwania się klauzulami niedozwolonymi. Drugi z argumentów to argument prewencyjny. Redukowanie postanowienia do poziomu odpowiadającego prawu pozbawiłoby regulację kontroli klauzul abuzywnych efektu zniechęcającego przedsiębiorców do dalszego korzystania z postanowień abuzywnych. To zaś naruszałoby funkcje tej regulacji i jej rzeczywistą skuteczność (*effet utile*).

Identyczne argumenty przemawiają za wykluczeniem dopuszczalności uzupełnienia miejsca po klauzuli abuzywnej tzw. hipotetyczną wykładnią stron⁶⁶. Należy więc przyjąć, że zgodnie z prawem polskim jest niedopuszczalne pominięcie w treści stosunku prawnego klauzul abuzywnych, a następnie ponowne ustalanie (uwzględniając wykluczenie klauzul abuzywnych) treści oświadczenia woli stron na podstawie art. 65 k.c., jak i dalsze ponowne ustalanie skutków tej czynności prawnej na podstawie art. 56 k.c.⁶⁷

Wnioski powyższe znajdują potwierdzenie w orzecznictwie TSUE. Wyrażono je w wyroku TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie *Banco Español de Crédito* (C-618/10), pkt 62–71⁶⁸. Podobnie stwierdzono w wyroku TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Asbeek Brusse* (C-488/11), pkt 56–60, oraz w wyroku TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler* (C-26/13), pkt 76–79.

Z tych przyczyn postanowienie, które jest abuzywne, musi tracić swoją moc w całości, a nie może zostać wyeliminowane jedynie w części, w jakiej nie narusza ono porządku prawnego. Dotyczy to także abuzywnej klauzuli kursowej i klauzuli indeksacyjnej w umowach kredytów frankowych.

⁶⁶ Pomijając tu nawet w ogóle podnoszoną niedopuszczalność tego rodzaju wykładni oświadczenia woli w zakresie całego polskiego prawa cywilnego, a w każdym razie jej znaczną kontrowersyjność nawet poza obrotem konsumenckim; zob. szerzej K. Mularski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, A. Olejniczaka, Warszawa 2019, s. 77–79, nb 22–25.

⁶⁷ Niezależnie od niezgodności z prawem unijnym dokonanego tam zabiegu wykładni uzupełniającej oświadczenia woli stron, wyżej już wskazano na zasadnicze wątpliwości co do trafności dokonanej przez Sąd Najwyższy wykładni oświadczeń woli składanych w związku z zawieraniem umów kredytu frankowego (których to strony rzekomo w rzeczywistości chciały zawrzeć umowę o kredyt złotowy, oprocentowany stopą LIBOR, nawet gdy alternatywnie oferowana przez bank opcja zawarcia umowy kredytu złotowego była odrzucana przez kredytobiorcę).

⁶⁸ „65. Z brzmienia ust. 1 rzeczonego art. 6 wynika zatem, 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 uchylenia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego. [...] 69. W tym kontekście należy zatem stwierdzić, jak podniósł rzecznik generalny w pkt 86–88 opinii, 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 (zob. podobnie ww. postanowienie w sprawie *Pohotovost*, pkt 41 oraz przytoczone tam orzecznictwo), 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”.

B. ZASTĄPIENIE KLAUZULI KURSOWEJ LUB INDEKSACYJNEJ MECHANIZMEM WYNIKAJĄCYM Z KLAUZULI GENERALNEJ ODSYŁAJĄCEJ DO NORM ETYCZNYCH LUB ZWYCZAJOWYCH

3.4. W polskiej praktyce orzeczniczej pojawiały się rozstrzygnięcia, zgodnie z którymi postanowienia niedozwolone mogłyby zostać zastąpione rozwiązaniami odpowiadającymi regułom sprawiedliwości kontraktowej, które można wywieść z zasad współżycia społecznego lub ustalonych zwyczajów zgodnie z art. 56 k.c. lub ewentualnie art. 354 § 1 k.c. Wątpliwość co do zgodności takiego rozwiązania z prawem unijnym powziął Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie *Dziubak p. Raiffeisen Bank International AG*, kierując zapytanie do TSUE. Trybunał rozstrzygnął te wątpliwości, przesądzając, że nie jest dopuszczalne uzupełnienie umowy na podstawie tego rodzaju przepisów, jak art. 56 k.c., odwołujących się ogólnie do zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów⁶⁹.

Prounijna wykładnia przepisów prawa polskiego nakazuje zatem przyjąć, że nie jest dopuszczalne zastąpienie uznanych za abuzywne (np. klauzuli kursowej) jakimikolwiek mechanizmami wywiedzionymi z art. 56 k.c. lub ewentualnie z art. 354 § 1. **Zakaz ten dotyczy generalnie wszelkich prób uzupełnienia treści umowy rozwiązaniami wynikającymi z uznania sędziowskiego.** Z uzasadnienia wyroku w sprawie *Dziubak* wynika bowiem (pkt 61), że **wykluczone jest uzupełniające stosowanie przepisów innych niż szczegółowe przepisy dyspozytywne, które stanowią wzorzec obejmujący rozkład praw i obowiązków stron, odzwierciedlający jednocześnie sposób, w jaki ustawodawca rozumie sprawiedliwość kontraktową i stanowiący wzorzec dla oceny, czy konkretne postanowienia — radykalnie odbiegające od tego wzorca — są abuzywne.** Tego rodzaju przepisy, zdaniem TSUE, cieszą się domniemaniem uczciwości. Tego samego nie można jednak powiedzieć o przepisach ogólnych, których treść ujawnia się dopiero na skutek ich zastosowania przez sąd w konkretnej sprawie, takich jak przykładowo art. 56 k.c.

⁶⁹ „61. Jednakże w niniejszej sprawie, nawet jeśli przepisy takie jak te, na które powołuje się sąd odsyłający, zważywszy na ich ogólny charakter i konieczność ich stosowania, mogłyby z pożytkiem zastąpić przedmiotowe nieuczciwe warunki w drodze przeprowadzanej przez sąd krajowy zwykłej operacji zastąpienia, to w każdym razie nie wydaje się, aby były one przedmiotem szczególnej analizy prawodawcy w celu określenia tej równowagi, a tym samym przepisy te nie korzystają z domniemania braku nieuczciwego charakteru, o którym mowa w pkt 59 niniejszego wyroku, co zasadniczo podkreślił również rzecznik generalny w pkt 73 swojej opinii”.
⁶² „62. W świetle powyższego na pytanie pierwsze trzeba udzielić odpowiedzi, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wypełnieniu luk w umowie, spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków, które się w niej znajdowały, wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, w przypadku gdy strony umowy wyrażą na to zgodę”.

C. ZASTĄPIENIE KLAUZULI KURSOWEJ LUB INDEKSACYJNEJ MECHANIZMEM WYNIKAJĄCYM Z DYSPOZYTYWNEGO PRZEPISU PRAWA

3.5. W wyroku TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler* generalnie przesądzone dopuszczalność uzupełnienia treści umowy — po usunięciu klauzuli abuzywnej — dyspozytywnymi przepisami prawa krajowego. Jest to zgodne z funkcją norm dyspozytywnych, które oddają sprawiedliwy — w ocenie ustawodawcy — rozkład praw i obowiązków pomiędzy stronami. Dzięki temu przepisy te cieszą się domniemaniem uczciwości („domniemaniem braku niedozwolonego charakteru”) i zastosowanie ich nie rodzi ryzyka wtórnej abuzywności, skutkując powstaniem stanu równowagi kontraktowej wyważonej z góry przez ustawodawcę, a wyrażonej w owych przepisach dyspozytywnych. Tak stwierdzono najpierw w wyroku TSUE z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler* (pkt 81–82), a następnie w wyroku TSUE z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie *Santos*⁷⁰ (pkt 56–57) oraz w wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* (pkt 59–60).

Na podstawie orzecznictwa TSUE należy zatem w dalszej części artykułu zrekonstruować przesłanki dopuszczalności, a pod pewnymi warunkami jednocześnie obowiązku, takiego zabiegu.

3.6. Pierwszą przesłanką zastosowania przepisu dyspozytywnego w miejsce postanowienia abuzywnego jest ustalenie, że na skutek eliminacji tego postanowienia umowa nie może zostać utrzymana w mocy (zgodnie z tym, co rozważano na początku artykułu). Zasadą jest bowiem, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, że nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony. Odstępstwo od tej zasady jest dopuszczalne, tylko jeżeli zachowanie umowy w mocy nie jest możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. Nie jest jednak jasne, czy jest to przesłanka jedyna.

3.7. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie dość klarownie wypowiada się o wyborze pomiędzy unieważnieniem umowy a zastosowaniem przepisu dyspozytywnego w sytuacji ustalenia przez sąd, że zachowanie umowy w mocy nie jest możliwe. W kontekście utrzymania umowy w mocy poprzez zastosowanie przepisu dyspozytywnego TSUE w niektórych wyrokach stwierdza, że to wówczas o tym, czy umowę unieważnić, czy uzupełnić szczegółowym przepisem dyspozytywnym (o ile taki obowiązuje), decyduje to, czy „stwierdzenie nieważności umowy

⁷⁰ Wyrok TSUE z dnia 26 marca 2019 r. w połączonych sprawach C-70/17 i C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250.

w całości narażałoby konsumenta na niekorzystne konsekwencje, tak że sankcja za posługiwanie się niedozwolonymi postanowieniami umownymi osiągnęłaby nie przedsiębiorcę, lecz konsumenta”. Nie jest jednak jasne, czy Trybunał tę okoliczność uważa za odrębną wymaganą przesłankę dla zastosowania przepisu dyspozytywnego, czy też jest to jedynie okoliczność uzasadniająca dopuszczenie przez TSUE zastąpienia postanowienia niedozwolonego normą dyspozytywną⁷¹.

Biorąc pod uwagę cele dyrektywy 93/13, wydaje się, że jeśli stwierdzenie nieważności umowy byłoby niekorzystne dla konsumenta, to sąd krajowy ma nie tylko możliwość, ale obowiązek zastosowania w miejsce klauzuli abuzywnej odpowiedniego przepisu dyspozytywnego ustawy krajowej. Nie można narażać konsumenta na niekorzystne skutki abuzywności niektórych klauzul, jeżeli możliwe jest — dzięki zastąpieniu ich przepisami dyspozytywnymi — uniknięcie tych skutków.

3.8. To, jak TSUE rozumie przesłankę „niekorzystnych konsekwencji”, jakie wywoływałyby unieważnienie umowy, zostało wyjaśnione w trzech kolejnych wyrokach TSUE (*Kásler, Santos, Dziubak*).

⁷¹ Wyrok TSUE z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie *Santos*, C-70/17 i C-179/17, pkt 56–58: „Jednakże Trybunał orzekł już, że [...] w sytuacji, w której umowa zawarta między przedsiębiorcą a konsumentem nie może dalej obowiązywać po usunięciu nieuczciwego warunku, art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stoi na przeszkodzie temu, by sąd krajowy w zastosowaniu zasad rządzących prawem zobowiązań usunął nieuczciwy warunek poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym w sytuacjach, w których unieważnienie nieuczciwego warunku zobowiązywałoby sąd do stwierdzenia nieważności danej umowy w całości, **narażając przez to konsumenta na szczególnie niekorzystne penalizujące go konsekwencje** (zob. podobnie wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., *Kásler*, pkt 80, 83, 84). [...] Natomiast **gdyby [...] zastąpienie nieuczciwego warunku przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym nie było dopuszczalne, co zobowiązywałoby sąd do unieważnienia danej umowy w całości, konsument mógłby zostać narażony na szczególnie niekorzystne konsekwencje**, skutkiem czego osiągnięcie skutku odstrasżającego wynikającego z unieważnienia umowy byłoby zagrożone. W przypadku umowy kredytu takie unieważnienie pociąga bowiem za sobą co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności, co może przekraczać możliwości finansowe konsumenta i z tego względu penalizuje raczej tego ostatniego niż kredytodawcę, który nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach (zob. podobnie wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., *Kásler*, pkt 83, 84)”. Wyrok TSUE w sprawie *Dziubak*, pkt 47–48: „Trybunał orzekł jednak, że rzeczony art. 6 ust. 1 nie stoi na przeszkodzie temu, by sąd krajowy miał możliwość zastąpienia nieuczciwego postanowienia umownego przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym albo przepisem mającym zastosowanie, gdy strony danej umowy wyrażą na to zgodę, przy czym możliwość ta jest ograniczona do przypadków, w których usunięcie nieuczciwego postanowienia umownego zobowiązywałoby sąd do unieważnienia umowy jako całości, **narażając tym samym konsumenta na szczególnie szkodliwe skutki, tak że ten ostatni zostałby tym ukarany** (zob. podobnie wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r., *Kásler i Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, pkt 80–84; z dnia 26 marca 2019 r., *Abanca Corporación Bancaria i Bankia*, C-70/17 i C-179/17, EU:C:2019:250, pkt 64). W odniesieniu, po pierwsze, do momentu, w którym należy dokonać oceny tych skutków, należy zauważyć, iż ta możliwość zastąpienia jest w pełni zgodna z celem art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, który, jak przypomniano w pkt 39 niniejszego wyroku, polega na ochronie konsumenta poprzez przywrócenie równości między nim a przedsiębiorcą (zob. podobnie wyrok z dnia 26 marca 2019 r., *Abanca Corporación Bancaria i Bankia*, C-70/17 i C-179/17, EU:C:2019:250, pkt 57). Tymczasem, zważywszy, że **taka możliwość zastąpienia służy zapewnieniu realizacji ochrony konsumenta poprzez zabezpieczenie jego interesów przed wszelkimi szkodliwymi konsekwencjami, które mogą wynikać z unieważnienia danej umowy w całości**, należy zauważyć, iż konsekwencje te należy koniecznie ocenić w świetle okoliczności istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu”.

W wyroku w sprawie *Kásler* stwierdzono wprost, że przykładem sytuacji, w której uznanie umowy za nieważną powoduje niekorzystne, a nawet — w ocenie Trybunału — szczególnie niekorzystne skutki dla konsumenta, jest postawienie całej sumy kredytu w stan natychmiastowej wymagalności (w wyniku stwierdzenia nieważności umowy kredytu)⁷².

Jak wynika z powyższego, **ocena TSUE jest w tym zakresie generalna i abstrakcyjna, nie zaś zindywidualizowana**. W ocenie TSUE konieczność natychmiastowej spłaty całej sumy kredytu jest szczególnie niekorzystna dla konsumenta, co każe zastosować odpowiedni przepis dyspozytywny ustawy w celu ich usunięcia. Dzięki temu bowiem umowa zostanie zachowana w mocy, a kredyt nie stanie się w całości natychmiast wymagalny.

3.9. W wyroku w sprawie *Santos* (pkt 61–62) zaprezentowano szerszą analizę niekorzystnych — w ocenie Trybunału — skutków stwierdzenia nieważności całej umowy. W sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym czynnikiem decydującym okazał się sposób dochodzenia przysługującego przedsiębiorcy (będącemu bankiem) roszczenia przeciwko konsumentowi. W świetle umowy roszczenie banku było zabezpieczone hipoteką. Dochodzenie takiego roszczenia — zgodnie z prawem węgierskim — odbywa się w szczególnym postępowaniu egzekucyjnym, które lepiej chroni dłużnika przed eksmisją. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że czynnik ten powinien zostać uwzględniony. Może on świadczyć o tym, że stwierdzenie nieważności umowy kredytu prowadziłoby do szczególnie niekorzystnych dla konsumenta konsekwencji (pozbawiając go pewnych uprawnień w postępowaniu egzekucyjnym), prowadząc do wniosku, że w miejsce klauzuli abuzywnej należy zastosować dyspozytywny przepis prawa. Ostatecznie jednak tylko sąd krajowy może dokonać wiążącej oceny, biorąc pod uwagę cały stan prawny wynikający z prawa krajowego⁷³.

⁷² Wyrok TSUE w sprawie *Kásler*, pkt 84: „Takie unieważnienie bowiem wywiera co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności, co może przekraczać możliwości finansowe konsumenta i z tego względu penalizuje raczej tego ostatniego niż kredytodawcę, który nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach”.

⁷³ Wyrok TSUE w sprawie *Santos*, pkt 61–62: „W takim przypadku, **to do sądów odsyłających będzie należało zbadanie, czy stwierdzenie nieważności rozpatrywanych w postępowaniach głównych umów kredytu hipotecznego naraża będących ich stronami konsumentów na szczególnie niekorzystne konsekwencje**. W tym względzie z postanowień odsyłających wynika, że takie stwierdzenie nieważności mogłoby w szczególności mieć wpływ na przewidziane w prawie krajowym przepisy proceduralne, na mocy których banki mogą odzyskać w majestacie prawa całą pozostałą kwotę kredytu należną od konsumentów. Tak więc w przypadku stwierdzenia nieważności umowy kredytu hipotecznego odzyskanie wierzytelności banków powinno nastąpić w trybie zwykłego postępowania egzekucyjnego, podczas gdy w sytuacji, gdy te umowy nadal obowiązują ze względu na zastąpienie nieuczciwego warunku przepisem art. 693 ust. 2 LEC w nowym brzmieniu, który umożliwia zażądanie natychmiastowej wymagalności przewidzianych w tych umowach spłat w sytuacji, gdy dłużnik jest w zwłoce ze spłatą przynajmniej trzech rat miesięcznych, będzie nadal mieć zastosowanie szczególny tryb postępowania w przedmiocie egzekucji wierzytelności zabezpieczonej hipoteką. Te dwa postępowania różnią się między sobą w szczególności ze względu na okoliczność, że szczególne postępowanie w przedmiocie egzekucji wierzytelności

Należy zwrócić uwagę na to, że rozstrzygnięcie w sprawie *Santos* zapadło jednak na tle stanu faktycznego, w którym przedsiębiorca (bank) mógł doprowadzić do natychmiastowej wymagalności całej sumy kredytu także w sytuacji, w której umowa kredytu pozostałaby w mocy po uzupełnieniu jej przez przepis dyspozytywny ustawy, a zatem natychmiastowa wymagalność, jako szczególnie niekorzystne następstwo stwierdzenia nieważności, nie mogła w tej sprawie zostać powołana (w przeciwieństwie do sprawy *Kásler*, gdzie kredyt nie był wymagalny). W stanie faktycznym sprawy *Santos* także zastosowanie przepisu dyspozytywnego nie usuwało skuteczności postawienia kredytu w stan natychmiastowej wymagalności. Zastosowanie przepisu dyspozytywnego powodowało natomiast, że wypowiedziana przez bank umowa była uważana za ważnie zawartą (a nie za umowę nieważną), co powodowało, że w takiej sytuacji egzekucja z majątku kredytobiorcy przebiegała w procedurze uruchamianej wypowiedzeniem ważnej umowy kredytu mieszkaniowego, w której to konsument (dłużnik) korzystał z lepszych gwarancji proceduralnych chroniących go przed eksmisją w porównaniu do innego trybu postępowania egzekucyjnego uruchamianego w sytuacji, gdyby kredytobiorca musiał zwrócić kredyt wypłacony mu bez ważnej umowy (jako nienależne świadczenie). Dokonując oceny korzyści dla konsumenta wynikających z zastosowania przepisu dyspozytywnego, TSUE mógł więc pominąć problematykę natychmiastowej wymagalności. Należy więc uznać, że reguła *Kásler*, zgodnie z którą postawienie całej sumy kredytu w stan natychmiastowej wymagalności na skutek stwierdzenia nieważności kredytu jest obiektywnie szczególnie niekorzystne dla konsumenta (przemawiając za zastosowaniem w miejsce klauzuli abuzywnej przepisu dyspozytywnego) — pozostaje aktualna i nie została w żaden sposób przełamana w wyroku w sprawie *Santos*.

3.10. Także w wyroku *Dziubak* TSUE nie odszedł od wspomnianej reguły. W wyroku tym stwierdzono (pkt 48–52) jedynie, że oceniając obciążające konsumenta konsekwencje uznania umowy za nieważną (zgodnie z formułą wyrażoną w wyrokach TSUE w sprawie *Kásler* i *Santos*), należy wziąć pod uwagę okoliczności istniejące lub możliwe do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu. Należy

zabezpieczonej hipoteką z lokalu będącego głównym miejscem zamieszkania charakteryzuje się istnieniem po stronie dłużnika uprawnienia do zwolnienia nieruchomości obciążonej hipoteką poprzez złożenie do depozytu należnych kwot, uzyskania częściowego zwolnienia z długu, a także zapewnienia, że ta obciążona hipoteką nieruchomość nie zostanie sprzedana po cenie niższej niż 75% wartości szacunkowej. Takie **pogorszenie pozycji procesowej biorących udział w postępowaniu konsumentów** ze względu na przeprowadzenie raczej zwykłego postępowania egzekucyjnego niż szczególnego postępowania w przedmiocie egzekucji wierzytelności zabezpieczonej hipoteką **jest zaś istotne dla oceny skutków stwierdzenia nieważności rozpatrywanych umów i [...] może zatem ono uzasadniać, jeśli naraża ono tych konsumentów na szczególnie niekorzystne konsekwencje, zastąpienie przez sądy odsyłające tych nieuczciwych warunków przepisem art. 693 ust. 2 LEC w wersji obowiązującej już po podpisaniu rozpatrywanych w postępowaniach głównych umów.** Ze względu na to jednak, że te postępowania egzekucyjne są uregulowane wyłącznie w prawie krajowym, wyłącznie sądy odsyłające mogą przeprowadzić niezbędne w tym zakresie weryfikacje i porównania”.

więc uwzględnić bieżące interesy konsumenta, a nie interesy, które miał on w chwili zawarcia umowy⁷⁴.

3.11. Jak wyżej wskazano, w części wypowiedzi TSUE zdaje się wskazywać na „**szczególnie niekorzystne**” skutki **unieważnienia umowy** jako przesłankę usprawiedliwiającą zastosowanie przepisu dyspozytywnego celem utrzymania umowy w mocy. Jednak nie jest jasne, czy wypowiedzi TSUE wskazujące na „szczególną” niekorzystność stwierdzenia nieważności umowy są fragmentem przesłanki, czy jedynie podkreśleniem przez Trybunał, że konsekwencje wskazane w sprawach, w których zadano pytania Trybunałowi, są szczególnie niekorzystne, a zastąpienie postanowienia niedozwolonego normą dyspozytywną byłoby usprawiedliwione już także wówczas, gdyby zastosowanie normy dyspozytywnej było „tylko” bardziej niekorzystne (a nie: szczególnie niekorzystne) niż utrzymanie umowy w mocy. Jako szczególnie niekorzystne TSUE uznał postawienie kredytu w stan natychmiastowej wymagalności (sprawa *Kásler*) oraz znacznie mniej korzystny dla konsumenta (w prawie węgierskim) zwykły tryb procesowy dochodzenia przez bank zwrotu spełnionego świadczenia z nieważnej umowy w porównaniu z trybem zaspokajania się banku z hipoteki (sprawa *Santos*). Z wyroków tych nie wynika więc wprost, czy byłoby dopuszczalne zastosowanie przepisu dyspozytywnego w miejsce klauzuli abuzywnej, gdy stwierdzenie nieważności nie byłoby szczególnie niekorzystne, lecz jedynie bardziej (ale nie szczególnie) niekorzystne od zastosowania przepisu dyspozytywnego. W wyroku *Dziubak* Trybunał stwierdza, że „możliwość zastąpienia służy zapewnieniu realizacji ochrony konsumenta poprzez zabezpieczenie jego interesów przed wszelkimi szkodliwymi konsekwencjami, które mogą wynikać z unieważnienia danej umowy w całości” (zob. pkt 48–51). Nie można dostrzec żadnych racji funkcjonalnych, które ograniczałyby zastosowanie przepisu dyspozytywnego tylko do sytuacji, w których unieważnienie umowy byłoby „szczególnie” niekorzystne dla konsumenta. Taka interpretacja ograniczałaby ochronę konsumenta, narzucając mu sankcję nieważności także w sytuacji, gdyby była ona dla konsumenta bardziej niekorzystna niż zastosowanie przepisu dyspozytywnego, choć nie

⁷⁴ Wyrok TSUE w sprawie *Dziubak*, pkt 48–52: „Zważywszy, że taka możliwość zastąpienia służy zapewnieniu realizacji ochrony konsumenta poprzez zabezpieczenie jego interesów przed wszelkimi szkodliwymi konsekwencjami, które mogą wynikać z unieważnienia danej umowy w całości, należy zauważyć, iż konsekwencje te należy koniecznie ocenić w świetle okoliczności istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu. Ochrona konsumenta może bowiem zostać zapewniona jedynie wtedy, gdy uwzględnione zostaną jego rzeczywiste i tym samym bieżące interesy, a nie interesy, jakie miał w okolicznościach istniejących w chwili zawarcia danej umowy [...]. Podobnie skutki, przed którymi interesy te powinny być chronione, to takie, które rzeczywiście powstałyby, w okolicznościach istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu, gdyby sąd krajowy unieważnił tę umowę, a nie skutki, które w dniu zawarcia tej umowy wynikałyby z jej unieważnienia. Stwierdzenia tego nie podważa fakt, na który zwrócił uwagę Raiffeisen Bank, że art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13 łączy ocenę nieuczciwego charakteru warunku umowy »w momencie zawarcia umowy« ze wszystkimi okolicznościami towarzyszącymi jej zawarciu, przy czym cel takiej oceny zasadniczo różni się od celu oceny skutków wynikających z unieważnienia umowy”.

szczególnie bardziej niekorzystna. Dlatego należy przyjąć, że jakkolwiek TSUE ocenił konsekwencje nieważności stwierdzone w rozpatrywanych sprawach jako szczególnie niekorzystne, a następnie wskazał, że w sytuacjach takich jak rozpatrywane (szczególnie niekorzystnych) należy dopuścić stosowanie przepisu dyspozytywnego, to nie wyklucza to również obowiązku zastosowania przez sąd przepisu dyspozytywnego, gdy unieważnienie umowy będzie bardziej niekorzystne dla konsumenta niż zastosowanie przepisu dyspozytywnego, choćby nie było zarazem szczególnie niekorzystne.

3.12. Podsumowując, wciąż pozostaje do wyjaśnienia przez TSUE, czy można uznać „spowodowanie niekorzystnych konsekwencji po stronie konsumenta na skutek unieważnienia umowy” za drugą konieczną przesłankę zastosowania przepisu dyspozytywnego, obok braku możliwości utrzymania umowy w mocy po wyłączeniu z niej postanowień niedozwolonych. W razie odpowiedzi pozytywnej, sąd krajowy powinien wówczas dokonywać porównania dwóch sytuacji konsumenta: tej, jaka miałaby miejsce, gdyby uznano umowę kredytu za nieważną, z tą, która miałaby miejsce, gdyby w miejsce abuzywnej klauzuli kursowej/indeksacyjnej znalazł zastosowanie szczegółowy dyspozytywny przepis ustawy należącej do polskiego porządku prawnego. Należy w tym względzie sformułować kilka wyprowadzonych z orzecznictwa TSUE wymogów dla dokonywania porównania tych sytuacji:

- a) kryterium decydującym o tym, która z sytuacji byłaby bardziej pożądana jako wynik orzeczenia, jest interes (korzyść) konsumenta, zaś z wyroku *Dziubak* wynika, że chodzi tu o interes bieżący (aktualny w chwili zawisnięcia sporu);
- b) w celu dokonania takiej oceny i zbadania interesów konsumenta — wzorem wyroku TSUE w sprawie *Santos* — sąd krajowy musi **uwzględnić wszelkie konsekwencje prawne**, które są skutkiem uznania umowy za nieważną; ocena sądu musi ostatecznie odnosić się co do zasady do wszelkich aspektów sytuacji prawnej konsumenta, ze szczególnym uwzględnieniem (co według Trybunału było decydujące w sprawie *Kásler*) kwestii wymagalności zobowiązania konsumenta, jak również przysługującej mu w obu badanych wariantach ochrony proceduralnej (co z kolei według Trybunału było decydujące w sprawie *Santos*);
- c) analizując wskazane wyżej obiektywne czynniki, sąd powinien je podsumować, tworząc całościowy **obraz sytuacji prawnej konsumenta związanej z konsekwencjami prawnymi**, jakie zrealizowałyby się na skutek stwierdzenia nieważności umowy, a następnie powinien porównać ten obraz z konsekwencjami prawnymi, które są skutkiem pozostawienia umowy w mocy z uzupełnieniem o badany przepis dyspozytywny;
- d) decyzja o tym, czy zastosować badany przepis dyspozytywny ustawy, powinna być pozytywna, jeżeli pełen obraz prawnej (nie: faktycznej) sytuacji konsumenta w razie jego zastosowania jest **korzystniejszy** od obrazu wyłaniającego się na skutek uznania umowy kredytu za nieważną;

- e) takiej oceny można dokonać jedynie *in concreto*, mając na uwadze sytuację prawną konkretnego konsumenta i całość obowiązującego porządku krajowego; ocena ta należy w pełni do sądu krajowego, ponieważ tylko on jest w stanie uwzględnić całość krajowego porządku prawnego; TSUE formułuje abstrakcyjne kryteria, które w toku tej oceny należy uwzględnić, ale nie rozstrzygnie on ostatecznie, czy są one spełnione w określonych typach stanów faktycznych, ponieważ wymagałoby to uwzględnienia wszystkich przepisów prawa krajowego, które miałyby zastosowanie w danej sprawie;
- f) spośród takich kryteriów aktualna i niewzruszona pozostaje jednak dyrektywa sformułowana w wyroku TSUE w sprawie *Kásler*, z której wynika, że **generalnie szczególnie niekorzystne dla konsumenta jest stwierdzenie nieważności umowy kredytu**, ponieważ prowadzi do postawienia w stan natychmiastowej wymagalności całej sumy kredytu;
- g) ocena dokonywana przez sąd krajowy musi być **obiektywna; ani nastawienie konsumenta do umowy z chwili jej zawarcia, ani obecna wola konsumenta — w zakresie oceny, czy umowa może zostać utrzymana w mocy przez zastosowanie przepisu dyspozytywnego — nie mają żadnego znaczenia** (tak: wyroki w sprawach *Perenicova* oraz *Kásler*);
- h) nie należy uwzględniać okoliczności faktycznych dotyczących konkretnego konsumenta (np. zamożności konsumenta, jego woli, zdolności kredytowej i możliwości zaciągnięcia innych kredytów na refinansowanie spłaty zadłużenia powstałego w wyniku stwierdzenia nieważności umowy kredytu), lecz przyjąć w tym zakresie generalne założenia co do tego, czy pewne rozwiązania prawne (np. natychmiastowa wymagalność całej sumy kredytu; wygaśnięcie hipoteki; obowiązek rozliczenia się na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu) w porównaniu z badaną w stanie faktycznym umową kredytu (uzupełnioną o analizowany przepis dyspozytywny) są dla przeciętnego konsumenta generalnie korzystne; ocena sądu musi uwzględniać aktualne w danej sprawie otoczenie prawne, ale co do jej założeń faktycznych — powinna być zgeneralizowana;
- i) **dla decyzji, czy zastosować przepis dyspozytywny i utrzymać umowę w mocy, czy unieważnić umowę, nie miałyby znaczenia porównanie łącznej wysokości zobowiązań konsumenta w razie utrzymania umowy w mocy i w razie jej unieważnienia**; skoro bowiem kredyty mieszkaniowe opierają się stopie zmiennej, a kredyty indeksowane dodatkowo także zawierają klauzule ryzyka walutowego, to nie jest możliwe obliczenie łącznej wysokości przyszłych zobowiązań konsumenta na wypadek utrzymania umowy w mocy; nie da się bowiem dzisiaj przewidzieć łącznej sumy zobowiązań ustalonej w oparciu o przyszłe zmienne wskaźniki, takie jak przykładowo stopa WIBOR, LIBOR lub kurs waluty; jest tak bez względu na to, czy wysokość tych wskaźników była ustalana — zgodnie z umową — swobodnie przez bank, czy też gdy ich wysokość miałyby być wyznaczona w sposób obiektywny i niezależny od

banku; TSUE w żadnej sprawie nie wskazywał ani nawet nie sugerował, by porównanie wysokości zobowiązań, które mogłyby powstać po stronie konsumenta w przypadku zastosowania każdej z wchodzących w grę sankcji abuzywności, mogło być kryterium rozstrzygającym przy ocenie tego, czy któraś z tych sankcji jest dla konsumenta (nie)korzystna; tego ekonomicznego kryterium — jak wyżej wskazano: niemożliwego do zastosowania — sąd nie powinien zatem brać pod uwagę.

Podsumowując, przesłanka (jeżeli jako taką ją kwalifikować), zgodnie z którą przepis dyspozytywny miałby być zastosowany, o ile stwierdzenie nieważności powodowałoby niekorzystne konsekwencje dla konsumenta, sprowadzałaby się do zbadania, czy sytuacja konsumenta — na wypadek nieważności umowy kredytu — okaże się dla konsumenta mniej korzystna niż ta, która wynika z zachowania umowy w mocy przy zastąpieniu postanowienia abuzywnego dyspozytywnym przepisem prawa. Chodzi tu o ocenę oderwaną od sytuacji faktycznej (w tym majątkowej) konkretnego konsumenta, a dokonaną na podstawie aktualnych *in concreto* prawnych konsekwencji obu badanych wariantów. Zastosowanie przepisu dyspozytywnego nie może zatem generalnie pogarszać prawnej sytuacji konsumenta, w porównaniu ze skutkami, jakie wiązałyby się z uznaniem umowy kredytu za nieważną. Dla wyważenia rozważanych tu ocen decydujące znaczenie ma interpretacja dokonana przez Trybunał w sprawie *Kásler*, zgodnie z którą postawienie kredytu w stan natychmiastowej wymagalności należy uważać za okoliczność szczególnie niekorzystną dla konsumenta, co decyduje o dopuszczalności, a zarazem obligatoryjności utrzymania umowy w mocy przez zastosowanie przepisu dyspozytywnego. W takiej sytuacji unieważnianie umowy jest niedopuszczalne.

3.13. W wyroku w sprawie *Dziubak* (pkt 53–55) rozstrzygnięto także kwestię, jaki wpływ na ocenę skutków stwierdzenia nieważności umowy dla konsumenta ma wola wyrażona przez konsumenta.

W opinii Rzecznika Generalnego sformułowanej w sprawie *Dziubak* (pkt 67) znalazła się teza, według której: „W sytuacji, w której konsument, postawiony przez sąd przed wyborem pomiędzy upadkiem całej umowy w wyniku usunięcia nieuczciwych warunków a uzupełnieniem jej innym przepisem w celu utrzymania w mocy samej umowy, oświadcza, że preferuje wyeliminowanie całej umowy, drugi z warunków wymaganych w wyroku *Kásler* przestaje istnieć. Innymi słowy — sąd nie mógłby uznać, że upadek całej umowy jest szczególnie niekorzystny dla konsumenta wbrew świadomości i wielokrotnie wyrażonej woli samego konsumenta”.

Powyższa opinia nie została jednak podzielona przez TSUE. W uzasadnieniu wyroku stwierdzono jedynie, że konsument może zrezygnować z ochrony wynikającej z zakazu stosowania klauzul abuzywnych także w sytuacji, w której objęcie go tą ochroną prowadziłoby do stwierdzenia, że umowa jest nieważna. **Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej postrzega to uprawnienie konsumenta jako**

szczególną postać stwierdzanego wielokrotnie w orzecznictwie⁷⁵ uprawnienia konsumenta do wyrażenia świadomej zgody na stosowanie klauzuli abuzywnej z tym skutkiem, że umowa wiąże strony w całości, łącznie z postanowieniami zakazanymi⁷⁶.

Z wyroku w sprawie *Dziubak* nie wynika zatem, by konsument mógł dokonać wyboru pomiędzy zastosowaniem dyspozytywnego przepisu prawa w miejsce klauzuli abuzywnej bądź stwierdzeniem nieważności umowy w całości. Konsument ma prawo tylko sprzeciwienia się pominięcia przez sąd abuzywnej klauzuli, co oznacza sprzeciw na zastosowanie wszystkich związanych z tym sankcji: bądź to nieważności umowy, bądź to utrzymania jej w mocy przez zastosowanie przepisu dyspozytywnego. **W sytuacji gdy konsument takiego sprzeciwu nie zgłosi lub wręcz domaga się ochrony przed niedozwolonymi klauzulami, konsument nie decyduje już o tym, czy umowa w następstwie usunięcia klauzuli ma zostać uznana za nieważną, czy uzupełniona przepisem dyspozytywnym i utrzymana w mocy.** W wyroku *Dziubak* nie została więc przełamana dotychczasowa reguła, zgodnie z którą ocena dokonywana przez sąd krajowy dotycząca możliwości zachowania umowy w mocy musi być obiektywna.

Po wyroku *Dziubak* już pojawiły się rozstrzygnięcia sądowe zgodne z tym stanowiskiem⁷⁷: konsument domagał się orzeczenia, że jest związany umową kredytu złotowego z oprocentowaniem LIBOR, a sprzeciwiając się innemu rozstrzygnięciu. Sąd Apelacyjny, mimo przyznania, że klauzule były abuzywne, oddalił powództwo, utrzymując tym samym umowę kredytu w mocy w dotychczasowym stanie, wraz z klauzulami abuzywnymi.

Po wyroku *Dziubak* nie utraciła przeto aktualności reguła stosowana ogólnie przy ocenie możliwości utrzymania umowy w mocy, zgodnie z którą sytuacja jednej ze stron umowy, w niniejszym przypadku konsumenta, nie może zostać uznana za

⁷⁵ M.in. wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi*, C-243/08; wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie *Banif Plus Bank Zrt v. Csabie Csipaiowi, Viktorii Csipai*, C-472/11; wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Dirk Frederik Asbeek Brusse i Katarina de Man Garabito v. Jahani*, C-488/11; wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Erika Jörös v. Aegon Magyarorszag Hitel Zrt*, C-397/11.

⁷⁶ Wyrok TSUE w sprawie *Dziubak*, pkt 53–55: „Jeśli chodzi o znaczenie, jakie należy przypisać woli wyrażonej w tym względzie przez konsumenta, należy przypomnieć, że Trybunał uściślił, w odniesieniu do obowiązku sądu krajowego w zakresie pominięcia, w razie potrzeby z urzędu, nieuczciwych postanowień umownych zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, że **sąd ten nie ma obowiązku odstąpienia od stosowania danego warunku, jeżeli konsument, po powiadomieniu go przez rzeczony sąd, ma zamiar nie podnosić jego nieuczciwego i niewiążącego charakteru, wyrażając w ten sposób dobrowolną i świadomą zgodę na dany warunek** [...]. Tak więc dyrektywa 93/13 nie zmierza tak daleko, że ustanawia obowiązkowy system ochrony przed stosowaniem nieuczciwych warunków umowy przez przedsiębiorców, który wprowadziła na korzyść konsumentów. W konsekwencji w wypadku gdy konsument woli nie powoływać się na ten system ochrony, nie jest on stosowany. Analogicznie w zakresie, w jakim wspomniany system ochrony przed nieuczciwymi warunkami nie ma zastosowania, jeżeli konsument się sprzeciwia, konsument ten musi *a fortiori* mieć prawo do sprzeciwienia się objęciu ochroną, w ramach tego samego systemu, przed szkodliwymi skutkami spowodowanymi nieważnieniem umowy jako całości, jeżeli nie chce powoływać się na tę ochronę”.

⁷⁷ <https://www.rp.pl/Finanse/311249951-Pyrrusowe-wygrane-frankowiczow.html>.

decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie tej umowy. Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Pereničová*⁷⁸ ani nastawienie konsumenta do umowy z chwili jej zawarcia, ani obecna wola konsumenta — w zakresie oceny, czy umowa może zostać utrzymana w mocy przez zastosowanie przepisu dyspozytywnego — nie mają żadnego znaczenia⁷⁹. W wyroku *Dziubak* przypomniano już jedynie, że konsument może w każdej sytuacji zrezygnować z ochrony wynikającej z zakazu stosowania klauzul abuzywnych.

Przywołane tu uprawnienie konsumenta jest dobrze rozpoznane w orzecznictwie TSUE. Jak wskazano w orzecznictwie TSUE i w literaturze, zrzeczenie się przez konsumenta ochrony przed stosowaniem klauzuli abuzywnej powinno być traktowane jako indywidualna i świadoma zgoda konsumenta na stosowanie konkretnego postanowienia, która jest wyrażana następczo. Skuteczność takiego potwierdzenia wynika stąd, że badaniu pod kątem abuzywności podlegają tylko klauzule nienegocjowane indywidualnie (narzucone). Wyrażone przez konsumenta potwierdzenie stosowania klauzuli uchyla zatem tę jej cechę, jaką jest brak indywidualnego wynegocjowania, przez co postanowienie — uważane odtąd (następczo) za wynegocjowane indywidualnie — przestaje podlegać kontroli sądu⁸⁰. Uprawnienie konsumenta do wiążącego sąd potwierdzenia postanowienia abuzywnego zostało już wcześniej zaaprobowane w orzecznictwie TSUE⁸¹. W wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* (pkt 53) nawiązano do tej linii orzeczniczej przez odwołanie do wyroku TSUE w sprawie *Banif*. To z kolei dowodzi, że w wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* nie wykreowano żadnego nowego uprawnienia konsumenta, ale jedynie potwierdzono, że może on indywidualnie zaakceptować postanowienie, które jest niedozwolone, co ma taki skutek, że w mocy pozostaje cała umowa, łącznie z postanowieniem abuzywnym.

⁷⁸ Wyrok TSUE w sprawie *Pereničová*, C-453/10, pkt 32: „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, jak wskazała rzecznik generalna w pkt 66–68 jej opinii, sytuacja jednej ze stron umowy, w niniejszym przypadku konsumenta, nie może zostać uznana za decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie tej umowy”.

⁷⁹ Zob. także opinię Rzecznika Generalnego w sprawie *Pereničová*, pkt 66 (do której odesłano w wyroku TSUE zapadłym w tej sprawie, pkt 32): „można odstąpić od reguły wyrażonej w dyrektywie 93/13, zgodnie z którą umowa mimo występowania nieuczciwego warunku pozostaje w mocy, jedynie wtedy gdy dana umowa obiektywnie nie może pozostać w mocy bez nieuczciwego warunku umownego, nie zaś już wtedy, gdy z oceny *ex post* wynika, że jedna ze stron nie zawarłaby tej umowy w braku owego warunku umownego [...]. Z powyższych wywodów wynika, że subiektywne nastawienie konsumenta do pozostałej części umowy, której w tym zakresie nie można uznać za nieuczciwą, nie może zostać uznane za decydujące kryterium rozstrzygające o jej dalszym losie. W mojej ocenie rozstrzygające znaczenie mają raczej inne czynniki, jak na przykład oceniana na podstawie obiektywnych kryteriów, rzeczywista możliwość dalszej realizacji umowy”.

⁸⁰ R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności...*, *op. cit.*, s. 601.

⁸¹ Wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie *Pannon GSM*, C-243/08, pkt 33 i 35; wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie *Banif Bank Plus*, C-472/11, pkt 27 i 35; wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Jörös*, C-397/11, pkt 41; wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Brusse*, C-488/11, pkt 49.

3.14. W wyroku w sprawie *Dziubak* (pkt 53) podkreślono, że zgoda konsumenta na stosowanie postanowienia niedozwolonego musi być dobrowolna (co oczywiste) oraz „świadoma”. Aby wyjaśnić, co oznacza sformułowanie „świadoma”, trzeba odwołać się do wcześniejszego orzecznictwa TSUE, w którym zaaprobowano uprawnienie konsumenta do potwierdzenia stosowania klauzuli abuzywnej. „Świadomość” zgody zdefiniowano przede wszystkim w wyroku TSUE w sprawie *Banif* (pkt 31–36)⁸² oraz w wyroku TSUE w sprawie *Jörös* (pkt 48)⁸³.

Z powołanego orzecznictwa TSUE wynika kilka istotnych wniosków. Po pierwsze, sąd krajowy powinien poinformować obie strony sporu (zgodnie z zasadą kontradyktoryjności), czyli zarówno konsumenta, jak i przedsiębiorcę, że konkretne postanowienie ocenia on jako niedozwolone. Informacja ta ma zresztą skłonić strony do wzajemnego przedyskutowania tej okoliczności, co może być polem zawarcia ugody. Po takim poinformowaniu dokonany przez sąd konsument może — świadomy abuzywności postanowienia — wyrazić wolę jego dalszego związania tym postanowieniem. W takim przypadku sąd pozostanie związany wolą konsumenta i nie może pominąć stosowania klauzuli abuzywnej.

Po drugie, sąd nie jest zobowiązany do oczekiwania na zgodę konsumenta co do zastosowania systemu sankcji wynikających z abuzywności klauzuli. Jeżeli konsument, po poinformowaniu go przez sąd o abuzywności klauzuli, nie sprzeciwi się objęciu go ochroną (w postaci wyłączenia postanowienia abuzywnego), to sąd ma obowiązek wyciągnięcia z takiej abuzywności wszelkich konsekwencji w postaci bądź stwierdzenia braku związania stron klauzulą, bądź stwierdzenia stosowania przepisu dyspozytywnego i tym samym utrzymania umowy w mocy.

⁸² Wyrok TSUE w sprawie *Banif*, pkt 31–36: „W przypadku, gdy sąd krajowy po ustaleniu na podstawie posiadanych przez niego faktycznych i prawnych, lub na podstawie elementów faktycznych i prawnych przedstawionych mu w wyniku czynności postępowania podjętych z urzędu w tym celu, że dany warunek objęty jest zakresem zastosowania dyrektywy, stwierdza w trakcie oceny dokonywanej z urzędu, że warunek ten ma nieuczciwy charakter, **co do zasady ma on obowiązek poinformować o tym strony sporu i wezwać je do kontradyktoryjnego przedyskutowania tej okoliczności** w sposób przewidziany w tym celu przez krajowe prawo procesowe [...]. Przyznana konsumentowi możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii odpowiada również **obowiązkowi ciążącemu na sądzie krajowym [...] uwzględnienia w odpowiednim przypadku woli wyrażonej przez konsumenta, jeżeli mając świadomość o niewiążącym charakterze danego nieuczciwego warunku, wskaże on jednak, iż sprzeciwia się temu, aby warunek ten został wyłączony, udzielając w ten sposób wyraźnej i wolnej zgody na dany warunek**. W związku z tym [...] art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy powinny być interpretowane w ten sposób, iż sąd krajowy, który stwierdza z urzędu nieuczciwy charakter warunku umownego, nie ma obowiązku, by w celu wyciągnięcia skutków z tego stwierdzenia czekać na to, że konsument poinformowany o jego prawach złoży oświadczenie, wnosząc o stwierdzenie nieważności takiego warunku. Niemniej jednak zasada kontradyktoryjności nakłada co do zasady na sąd krajowy stwierdzający z urzędu nieuczciwy charakter warunku umownego obowiązek poinformowania o tym stron sporu i udzielenia im możliwości kontradyktoryjnego przedyskutowania tej okoliczności w sposób przewidziany w tym zakresie przez krajowe przepisy proceduralne”.

⁸³ Wyrok TSUE w sprawie *Jörös*, pkt 48: „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”.

Po trzecie, gdyby konsument wyraził swoją wolę we wskazanym zakresie jeszcze przed tym uzyskaniem informacji o abuzywności klauzuli, to jego oświadczenie nie byłoby jeszcze wiążące (ani dla niego samego, ani dla przedsiębiorcy, ani dla sądu). Sąd powinien zatem ocenić z urzędu, czy dane postanowienie jest abuzywne, a następnie poinformować strony o swojej ocenie, dając konsumentowi szansę na wyrażenie stanowiska co do zgody na stosowanie tego postanowienia, która w takim wypadku stawałaby się już zgodą „świadomą”, a dzięki temu wiążącą. Brak wyrażenia świadomej zgody konsumenta na związanie postanowieniem abuzywnym oznacza, że w myśl zasady ogólnej sąd powinien wyciągnąć z tej abuzywności wszystkie konsekwencje, co oznacza bądź zastosowanie przepisu dyspozytywnego, bądź unieważnienie umowy.

W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Bank BPH TSUE* wskazał, że obowiązek informacyjny sądu nie ogranicza się do wskazania, że w ocenie sądu badane postanowienie jest abuzywne. Obowiązek ten rozciąga się bowiem na wskazanie stronom „w ramach krajowych norm proceduralnych i w świetle zasady słuszności w postępowaniu cywilnym, **w sposób obiektywny i wyczerpujący, konsekwencji prawnych**, jakie **może** pociągnąć za sobą usunięcie nieuczciwego warunku”⁸⁴. Sąd powinien określić konsekwencje prawne, a więc na przykład wskazując na możliwość powstania określonych roszczeń restytucyjnych pomiędzy stronami, jednak nie może — i nie powinien — wyjaśniać, jakie mogą być tego dokładne konsekwencje finansowe dla samego konsumenta, przykładowo przez podanie konkretnych kwot roszczeń o rozliczenie nienależnego świadczenia (w szczególności, gdy nie są one dochodzone w tym samym postępowaniu, a więc sąd orzekający jedynie o skuteczności umowy nie ma podstaw ani uprawnienia do ich wiążącej oceny). Gdyby jednak wykształciła się tu w przyszłości interpretacja przeciwna (co zależy od dalszego doprecyzowania tego wymogu przez TSUE), to nieprawidłowo (w tym: niewyczerpująco) udzielona informacja będzie mogła stanowić podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej sądów.

3.15. Zgoda konsumenta na stosowanie postanowienia abuzywnego może zostać wyrażona, jak wskazano w orzecznictwie TSUE, „**w sposób przewidziany w tym zakresie przez krajowe przepisy proceduralne**”.

W konsekwencji, konsument sprzeciwi się stosowaniu klauzuli niedozwolonej najpóźniej do chwili zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.), w sposób odpowiadający wymogom przedstawienia stanowiska strony w polskim postępowaniu cywilnym (zatem np. w prawidłowo złożonym piśmie procesowym lub na rozprawie).

Zgodnie z krajowymi przepisami proceduralnymi (art. 205⁹, 208, 210 k.p.c.) sąd może zobowiązać konsumenta (bezpośrednio lub w ramach planu rozprawy) do przedstawienia swojego stanowiska co do związania postanowieniami abuzywnymi

⁸⁴ Wyrok TSUE w sprawie *Bank BPH*, C-19/20, pkt 97.

w określonym terminie lub w określony sposób. Wówczas zgoda konsumenta na związanie postanowieniem abuzywnym jest wiązająca, o ile konsument wyrazi ją zgodnie z wymogami przewidzianymi przez sąd. Gdyby przekroczył wyznaczony przez sąd termin na dokonanie tej czynności, może jednak wnioskować o jego przywrócenie (art. 168–169 k.p.c.). Termin wyznaczany przez sąd do złożenia tego oświadczenia woli wydaje się mieć znaczenie proceduralne, nie zaś materialnoprawne.

Skutek równoważny z taką poinformowaną zgodą konsumenta udzieloną w trakcie procesu ma także zawarta z nim przed procesem ugoda, w drodze której konsument odstępuje od dochodzenia roszczeń będących konsekwencją stwierdzenia niedozwolonego charakteru postanowienia, o ile odstąpienie to jest oparte na dobrowolnej i świadomej zgodzie⁸⁵, a nowe ukształtowanie postanowienia nie jest nieuczciwe⁸⁶.

3.16. Ostatnią — i oczywistą — przesłanką zastosowania przepisu dyspozytywnego w miejsce klauzuli abuzywnej jest obowiązywanie w krajowym porządku prawnym przepisu o odpowiedniej treści. W dodatku, musi to być przepis szczególony, nieposługujący się klauzulami generalnymi ani nieodwołujący się do innych postaci uznania sędziowskiego.

Domykając przeprowadzoną w niniejszym artykule analizę możliwości utrzymania umowy w mocy poprzez zastąpienie klauzuli abuzywnej właściwą normą dyspozytywną, odnosząc tę analizę do praktycznego przypadku abuzywnych klauzul kursowych, należy jeszcze na końcu wskazać, że takim stosownym przepisem dyspozytywnym jest art. 358 § 2 k.c. Jest to przedmiotem ostatniej części analizy.

D. ZASTĄPIENIE ABUZYWNEJ KLAUZULI KURSOWEJ DYSPOZYTYWNYM PRZEPISEM ART. 358 § 2 K.C.⁸⁷

3.17. Ani prawo unijne, ani krajowe nie sprzeciwia się stosowaniu klauzul indeksacyjnych w umowach kredytu. Z wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* ani innego orzecznictwa TSUE nie wynika, aby klauzule indeksacyjne były *per se* abuzywne. Także orzecznictwo sądów polskich sprzeciwia się uznawaniu umów kredytowych indeksowanych do waluty obcej za co do zasady niezgodne z prawem lub co do zasady abuzywne⁸⁸. Kwestionowane są natomiast klauzule kształtujące mierzony, na podstawie których określany jest kurs waluty wykorzystywany do indeksacji.

⁸⁵ Wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., *Ibercaja Banco*, C-452/18, EU:C:2020:536, pkt 28.

⁸⁶ Wyrok w sprawie *Bank BPH*, pkt 48.

⁸⁷ Możliwość stosowania tego przepisu dostrzegana jest już w doktrynie i orzecznictwie. Tak m.in. M. Romanowski: *Życie umowy konsumenckiej...*, *op. cit.*, rozdział VIII § 7; wyrok SN z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16.

⁸⁸ Por. M. Jaboński, K. Koźmiński: *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2018, rozdział 5.2. i 8.

Nie jest zatem konieczne poszukiwanie w prawie polskim przepisu dyspozytywnego wprowadzającego do umowy — w razie braku porozumienia stron — klauzulę indeksacyjną. Wystarczające jest natomiast obowiązywanie normy dyspozytywnej określającej zastrzeżone w umowie przeliczenie kursu walut (dokonywane w analizowanym tu przypadku na potrzeby klauzuli indeksacyjnej).

W sprawie *Dziubak* TSUE podtrzymał swój wcześniejszy pogląd, zgodnie z którym uzupełnienie miejsca po klauzuli abuzywnej nie mogło nastąpić przez stosowanie przepisów o charakterze ogólnym, przewidującym, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, w przypadku gdy strony umowy wyrażą na to zgodę.

Odpowiadając na pytanie polskiego sądu, TSUE nie badał jednak, czy jakiś inny szczegółowy przepis prawa polskiego może być uznany za zdalny do zastosowania w miejscu klauzul niedozwolonych. Sąd odsyłający nie wskazał bowiem, by taki przepis obowiązywał. Wyrok *Dziubak* nie wykluczył więc zastąpienia abuzywnej klauzuli kursowej normą wynikającą z art. 358 § 2 k.c. Ocenę dopuszczalności jej zastosowania do umów kredytu indeksowanego należy dokonać w oparciu o przepisy dyrektywy 93/13 i wyroki TSUE określające warunki, jakie powinna spełniać norma, aby mogła wypełnić miejsce po klauzuli niedozwolonej.

Zgodnie z motywem 13 dyrektywy 93/13 zakłada się, że obowiązujące w państwach członkowskich **przepisy ustawowe i wykonawcze, które bezpośrednio lub pośrednio ustalają warunki umów** konsumenckich, nie zawierają nieuczciwych warunków; natomiast użyte w art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 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. Potwierdził to wyrok *Dziubak* (pkt 59–60)⁸⁹.

Powyżej wskazane abstrakcyjnie wymogi oznaczają, że dla oceny dopuszczalności zastosowania art. 358 § 2 k.c. należy ustalić, czy dany przepis znalazłby „bezpośrednio lub pośrednio” zastosowanie z mocy prawa do analizowanej umowy kredytu indeksowanego, a więc czy wiązałyby strony, kształtując ich prawa i obowiązki, gdyby strony nie zawarły w umowie abuzywnej klauzuli kursowej.

⁸⁹ „59. Możliwość zastąpienia, która stanowi wyjątek od ogólnej zasady, zgodnie z którą dana umowa pozostaje wiążąca dla stron tylko wtedy, gdy może ona nadal obowiązywać bez zawartych w niej nieuczciwych warunków, jest ograniczona do przepisów prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym lub mających zastosowanie, jeżeli strony wyrażą na to zgodę, i opiera się w szczególności na tym, że takie przepisy nie mają zawierać nieuczciwych warunków [...]. 60. Przepisy te mają bowiem odzwierciedlać równowagę, którą prawodawca krajowy starał się ustanowić między całością praw i obowiązków stron określonych umów na wypadek, gdyby strony albo nie odstąpiły od standardowej normy ustanowionej przez ustawodawcę krajowego dla danych umów, albo wyraźnie wybrały możliwość zastosowania normy wprowadzonej w tym celu przez ustawodawcę krajowego”.

3.18. Aby udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie, konieczne jest dokonanie wykładni art. 358 k.c. w celu określenia hipotezy normy wyprowadzanej z art. 358 k.c., a więc wskazania sytuacji, w których znajduje zastosowanie klauzula kursowa określona w art. 358 § 2 k.c. Ustalenie treści jakiegokolwiek normy prawnej nie może sprowadzać się jedynie do językowej analizy przepisu. Współczesna teoria wykładni prawa cywilnego zakłada stosowanie zintegrowanej koncepcji wykładni, co wymaga w każdym przypadku przeprowadzenia analizy funkcjonalnej przepisu, aby zweryfikować, czy nie zachodzi przypadek przełamania rezultatów wykładni używanej na etapie wykładni językowej⁹⁰.

Wartość waluty obcej określa się według kursu średniego ogłaszanego przez NBP, gdy — stosownie do art. 358 § 1 k.c. — „przedmiotem zobowiązania podlegającego wykonaniu na terytorium RP jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej”.

Powstaje pytanie w kontekście kredytów frankowych, **w jakiej sytuacji można przyjąć, że suma pieniężna określająca przedmiot świadczenia dłużnika jest „wyrażona w walucie obcej”**. Nie budzi wątpliwości, że jest tak w przypadku kredytów czysto walutowych, a więc niezawierających elementów ryzyka walutowego powiązanego z określeniem świadczenia głównego.

Także w przypadku kredytów denominowanych suma kredytu jest wyrażona w walucie obcej. Dłużnik jest zobowiązany lub uprawniony spłacać świadczenie określone w walucie obcej (tak określona jest suma kredytu), spłacając je w walucie polskiej, co właśnie jest przedmiotem regulacji art. 358 § 2 k.c. Zatem w braku określenia w umowie klauzuli kursowej kurs przeliczenia określi dyspozytywny przepis art. 358 § 2 k.c.⁹¹

W przypadku natomiast **kredytów indeksowanych suma kredytu zostaje określona jako iloczyn dwóch elementów: jednego wyrażonego w walucie polskiej (określona w umowie suma kredytu), drugiego zaś wyrażonego w walucie obcej kursu PLN/CHF z dnia wypłaty i spłat poszczególnych rat kredytu**⁹². Wyrażenie w umowie wielkości kredytu do spłaty (świadczenia kredytobiorcy) nie poprzez określenie jego oznaczonej wysokości w walucie obcej, ale przez określenie tej wysokości pośrednio: poprzez wskazanie walutowego miernika waloryzacyjnego (każdoczesna wysokość określonej kwoty w złotych, obliczona według kursu waluty) także jest objęte pojęciem „wyrażenia” przedmiotu świadczenia w walucie obcej w rozumieniu art. 358 § 1 k.c. Artykuł

⁹⁰ Zamiast wielu: Z. Radwański, M. Zieliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. M. Saffjana, Warszawa 2012, s. 529–531, nb 164–165.

⁹¹ Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, „dopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania w walucie obcej z równoczesnym zastrzeżeniem, że wypłata i spłata kredytu (pożyczki) będzie dokonywana w pieniądzu krajowym; zastrzeżenie takie dotyczy wyłącznie sposobu wykonania zobowiązania, przez co nie powoduje zmiany waluty wierzytelności”.

⁹² Sam TSUE wyraźnie wielokrotnie stwierdzał w powołanych już wcześniej wyrokach dotyczących kredytów frankowych, że element ryzyka walutowego jest w nich objęty zakresem świadczenia głównego.

358 § 1 k.c. obejmuje takie sytuacje, w których świadczenie jest wyrażone wyłącznie w walucie obcej, ale także takie, w których świadczenie jest wprawdzie wyrażone w walucie polskiej, lecz oznaczenie wysokości tej kwoty jest wynikiem działania matematycznego na kilku elementach (wartościach), z których co najmniej jeden jest wyrażony w walucie obcej (waluta waloryzacyjna/indeksacyjna).

Odesłanie przez ustawodawcę do średniego kursu NBP, jako kursu walut optymalnie równoważącego interesy obu stron, jest tak samo aktualne dla sytuacji, gdy wysokość świadczenia jest określona wyłącznie w walucie obcej, jak i gdy waluta obca współokreśla (jako kryterium waloryzacyjne) wysokość świadczenia, które powinno być spełnione efektywnie w walucie polskiej albo także takiego, które jest określone w walucie polskiej, ale umowa zezwala na jego spełnienie w walucie obcej. Nie ma podstaw do przyjęcia, że optymalny kurs przeliczenia walut powinien być różny we wszystkich tych sytuacjach i by norma wynikająca z art. 358 k.c. nie obejmowała ich wszystkich zakresem swojej hipotezy. Zobowiązaniem wyrażonym w walucie obcej w rozumieniu art. 358 k.c. jest więc każde zobowiązanie, którego wysokość jest określona w ten sposób, że generuje ryzyko walutowe. Zatem jest to więc także takie zobowiązanie, które ma być spełnione w walucie polskiej i jest w niej wyrażone, ale kwota wyznaczana do spłaty w tej walucie jest współokreślana przez walutę obcą. Świadczenia obu stron w umowie kredytu indeksowanego, choć wykonywane w walucie polskiej, nie tracą charakteru wierzytelności walutowych w rozumieniu art. 385 k.c., zawierając w sobie komponent składowy współokreślający wysokość świadczenia w postaci odwołania do waluty obcej. Zobowiązaniem walutowym w rozumieniu art. 385 k.c. nie jest więc tylko takie zobowiązanie, które jest określone i ma być spełnione w walucie obcej, lecz także takie zobowiązanie wyrażone w walucie polskiej, spłacane w walucie polskiej, którego wysokość współokreśla waluta obca, a więc takie zobowiązanie, którego wielkość generuje ryzyko kursowe. W przypadku kredytu indeksowanego waluta polska jest więc jedynie walutą „wykonawczą” (w której dłużnik może lub musi spełnić świadczenie), ale wysokość tego świadczenia zależy od kursu waluty obcej.

Trafność powyższej interpretacji potwierdza także art. 69 ust. 3 pr. bank. Kredytobiorca w ramach umowy kredytu indeksowanego uprawniony jest do świadczenia nie tylko określonej w umowie kwoty w walucie polskiej, lecz także kwoty określonej w walucie indeksacyjnej. Waluta indeksacyjna jest więc taką, która może określać wysokość rat do spłaty i w której można spełnić świadczenie. Zgodnie z art. 69 ust. 3 pr. bank.: „W przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, kredytobiorca może dokonywać spłaty rat kapitałowo-odsetkowych oraz dokonać przedterminowej spłaty pełnej lub częściowej kwoty kredytu bezpośrednio w tej walucie”. **Waluta obca w umowie kredytu indeksowanego nie jest więc tylko walutą indeksacyjną, lecz także walutą świad-**

czenia⁹³. Dłużnikowi przysługuje z mocy ustawy upoważnienie przemienne do spłaty kredytu i rat w jednej lub drugiej walucie, co oznacza, że świadczenie jest wyrażone w obu walutach. W razie braku uzgodnienia w umowie klauzuli kursowej albo jej niedozwolonego charakteru, zastosowanie znajduje art. 358 § 2 k.c.

Gdyby zatem strony umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej nie ustaliły w umowie kredytu treści klauzuli kursowej, to umowy nie należałoby uznać za niezawartą z braku ustalenia wszystkich elementów minimalnych, bez których taka umowa nie mogłaby być wykonywana, lecz istniałaby podstawa do stosowania w to miejsce mechanizmu kursowego określonego w art. 358 § 2 k.c.

Należy zastrzec, że art. 358 § 2 k.c., w brzmieniu zasadniczo zbieżnym z przedstawionym powyżej, wszedł w życie dnia 24 stycznia 2009 r. Było to więc już po zawarciu części umów kwestionowanych w procesach frankowych. Jednak okoliczność ta nie wyklucza jego zastosowania jako przepisu dyspozytywnego w miejsce usuniętej klauzuli kursowej z umów zawartych przed wejściem w życie tego przepisu. Problem ten rozstrzygnął TSUE w wyroku *Santos*, akceptując zastąpienie postanowienia niedozwolonego normą wynikającą z przepisu dyspozytywnego, który wszedł w życie po zawarciu umowy, do której miałby on zostać zastosowany⁹⁴.

W miejsce abuzywnej klauzuli kursowej kredytu indeksowanego powinien zatem wejść — na skutek wydania wyroku sądu — dyspozytywny mechanizm przeliczenia kursów wynikający z art. 358 § 2 k.c. Skutkiem tego rozwiązania nastąpi ustalanie wysokości kapitału kredytu indeksowanego oraz rat kapitałowo-odsetkowych, od samego początku trwania umowy, na podstawie każdego kursu średniego NBP dla waluty indeksacyjnej. Zastosowanie dyspozytywnego mechanizmu kursowego przewidzianego w art. 358 § 2 k.c. pozwala na utrzymanie w mocy umowy kredytu indeksowanego, bowiem umożliwia to wykonanie tej umowy kredytu (pozwalając ustalić kwotę kredytu do wypłaty i spłaty), jednocześnie wykluczając element abuzywny (dowolne spready walutowe). Kredyt indeksowany zachowa wówczas swój walutowy charakter włącznie z oprocentowaniem wynikającym z zastosowania stawki LIBOR. Konsument nabędzie natomiast prawo do żądania zwrotu świadczeń spełnionych na rzecz banku w wyniku wcześniejszego stosowania abuzywnej klauzuli kursowej, a więc uiszczonych przez niego bezpodstawnie należności wynikających z abuzywnie określonego spreadu walutowego.

⁹³ Wprawdzie art. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy — Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.), wprowadzający ust. 3 art. 69 pr. bank., nie wymienia tego ostatniego przepisu wśród zmian znajdujących zastosowanie do umów zawartych przed wejściem tej ustawy w życie, to jednak takie jej zastosowanie przyjęło orzecznictwo. SA w Białymstoku w wyroku z dnia 20 listopada 2012 r., I ACa 499/12, przyjął, że przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich umów zawartych i niewykonanych w dniu jej wejścia w życie.

⁹⁴ Wyrok TSUE z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie *Santos*, pkt 59: „Art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie można interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on temu, aby sąd krajowy, w celu uniknięcia unieważnienia tej umowy, zastąpił ten warunek umowny tym stanowiącym punkt odniesienia przepisem ustawowym w nowym brzmieniu przyjętym już po zawarciu umowy w sytuacji, gdy stwierdzenie nieważności umowy naraża konsumenta na szczególnie niekorzystne konsekwencje”.

PODSUMOWANIE

Umowa nie może być utrzymana w mocy w rozumieniu art. 6 dyrektywy 93/13, jeżeli usunięcie postanowienia niedozwolonego spowoduje istotne przekształcenie głównego przedmiotu świadczenia lub postanowienie determinujące głównego ryzyka umownego.

Granice „możliwości” utrzymania umowy w mocy na gruncie prawa polskiego wyznacza dopuszczalność konwersji wadliwej czynności prawnej. Sądy nie mogą i nie powinny utrzymywać umowy w mocy o takiej (nowej) treści, jaka nie mogłaby jej zostać nadana przez same strony, między innymi dlatego, że zawarcie tak ukształtowanej umowy byłoby zakazane dla jednej ze stron regulacjami publicznoprawnymi, na przykład wymogami ostrożnościowymi. Nie wolno ich byłoby naruszać bankom, a nie widać dostatecznych racji, dla których wolno byłoby je pomijać sądom, prowadząc do masowego kreowania stosunków prawnych naruszających wymogi ostrożnościowe, kapitałowe i przez to kreujących ryzyka systemowe.

Klauzula przeliczenia kursów walut stanowiąca część klauzuli indeksacyjnej odnoszącej się do kwoty kredytu współokreśla główny przedmiot świadczenia.

Jeżeli postanowieniem niedozwolonym w danej umowie jest takie, bez którego nie jest możliwe, aby umowa ta wiązała strony, to utrzymanie tej umowy w mocy nie staje się jednak możliwe na tej podstawie, że miałyby to stanowić stosowaną przez sąd cywilny sankcję odstraszącą (zniechęcającą) przedsiębiorcę do stosowania postanowień abuzywnych (art. 7 dyrektywy 93/13).

W orzecznictwie TSUE wciąż nie jest jasno dookreślone, czy przesłanką zastosowania przepisu dyspozytywnego jest już tylko brak możliwości utrzymania umowy w mocy i obowiązywanie takiego przepisu dyspozytywnego, czy też kolejną przesłankę stanowi także spowodowanie, ujmowanych obiektywnie, niekorzystnych prawnych skutków dla konsumenta w razie unieważnienia umowy, w porównaniu ze skutkami, jakie spowoduje zastosowanie normy dyspozytywnej. W razie przyjęcia, że ta ostatnia okoliczność jest dodatkową przesłanką stosowania normy dyspozytywnej, to w każdym razie TSUE kwalifikuje powstanie natychmiastowej wymagalności roszczenia o zwrot wypłaconego kredytodawcy świadczenia za okoliczność szczególnie dla niego niekorzystną, co determinuje wówczas zastosowanie normy dyspozytywnej, o ile jest dostępna, i utrzymanie w ten sposób umowy w mocy.

W miejsce abuzywnej klauzuli kursowej w kredycie indeksowanym powinien wejść dyspozytywny mechanizm przeliczenia kursów wynikający z art. 358 § 2 k.c. Skutkiem tego rozwiązania nastąpi ustalanie wysokości kapitału kredytu indeksowanego oraz rat kapitałowo-odsetkowych, od samego początku trwania umowy, na podstawie każdorazowego kursu średniego NBP dla waluty indeksacyjnej. Powstała nadpłata, wynikająca ze spreadów wyznaczanych przez bank w oparciu o abuzywną klauzulę kursową, powinna zostać przez bank zwrócona.

BIBLIOGRAFIA

- Bednarek M. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Legalis 2019.
- Bławat M.: *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, wydanie elektroniczne, Legalis 2019.
- Gandor K.: *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, *Studia Cywilistyczne* 1963, t. IV.
- Grebieniow A., Osajda K.: *Kredyty walutowe. Węzłowe zagadnienia*, *Studia i Analizy Sądu Najwyższego* 2019, t. VII.
- Gutowski M.: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.
- Jabłoński M., Koźmiński K.: *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2018.
- Jagielska M.: *Niedozwolone klauzule umowne (w:) Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, pod red. E. Nowińskiej, P. Cybuli, Kraków 2005.
- Karasek-Wojciechowicz I.: *Wpływ niedozwolonego charakteru klauzuli na związanie stron umow*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2018, nr 2.
- Karasek-Wojciechowicz I.: *Die Sanktionierung missbräuchlicher Vertragsklauseln sowie die Vertragsrückabwicklung am Beispiel Polens*, *Osteuropa Recht* 2020, vol. 1(66).
- Kondek J.M., Somerski W.: *Dopuszczalność ujemnego oprocentowania kredytów w świetle obecnej sytuacji gospodarczej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2015, nr 12.
- Kurosz K.: *Nieważność umowy kredytu na skutek wadliwego określenia warunków zmiany oprocentowania*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2017, nr 1.
- Lewaszkiwicz-Petrykowska B. (w:) *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, pod red. W. Czachórskiego, S. Grzybowskiego, Wrocław–Warszawa 1985.
- Łętowska E.: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002.
- Łętowska E.: *Teraz polskie sądy muszą pokazać, na co je stać*, *Rzeczpospolita* z 6 października 2019 r., <https://www.rp.pl/Opinie/310069951-Po-wyroku-TSUEws-kredytow-frankowych-Teraz-polskie-sady-musza-pokazac-na-co-je-stac---komentuje-prof-Ewa-Letowska.html> (dostęp: 20 grudnia 2019 r.).
- Machnikowski P.: *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Machnikowski P. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2013.
- Mikłaszewicz P. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Legalis 2019.
- Mularski K. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, A. Olejniczaka, Warszawa 2019.
- Preussner-Zamorska J.: *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983.

- Radwański Z., Zieliński M. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2012.
- Romanowski M.: *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe* (w:) *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, pod red. M. Romanowskiego, Warszawa 2017.
- Sołtys A.: *Obowiązek wykładni zgodnej w kontekście wykładni prawa UE przez sądy polskie* (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *Wykładnia prawa*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019.
- Szpunar A.: *O konwersji nieważnej czynności prawnej* (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, pod red. M. Bączyka, Toruń 1997.
- Trzaskowski R.: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013.
- Wiewiórowska-Domagalska A.: *Bułgarski standard*, *Dziennik — Gazeta Prawna* z 21 sierpnia 2015 r., <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/889585,bulgarski-standard.html> (dostęp: 20 grudnia 2019 r.).
- Zoll F.: *Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2000, nr 1–2.

Słowa kluczowe: postanowienie niedozwolone, umowa konsumencka, klauzula abuzywna, nieuczciwe warunki, eliminacja postanowienia niedozwolonego, utrzymanie umowy wiążącej, sankcje klauzuli abuzywnej, zdolność umowy do jej utrzymania po usunięciu nieuczciwych warunków, zastąpienie postanowienia niedozwolonego przepisem dyspozytywnym.

IWONA KARASEK-WOJCIECHOWICZ

UNFAIR CONTRACTUAL TERMS RESULTING
IN THE ENTIRE AGREEMENT BEING NOT BINDING
AND PREREQUISITES FOR THEIR REPLACEMENT

S u m m a r y

The article is devoted, firstly, to defining the criteria for identifying unfair clauses in a Polish law governed consumer contract without which such contract cannot be binding on the parties in its entirety. Secondly, the article indicates the permissible scope for eliminating the unfair clauses. Finally, the requirements for replacing an unfair clause with a supplementary provision of Polish law, which allow the contract to be maintained, are analyzed.

In the conclusions, the paper indicates that limits of the possibility of maintaining the contract in force are determined by the limits of conversion of defective contracts.

The contract cannot be upheld if the removal of the unfair clause will materially transform its main subject matter (essential elements) or main contractual risk.

A court cannot maintain an agreement by replacing it with a new content of rights and obligations which would not be foreseen by the parties due to public law regulations that apply to at least one of the parties (e.g. prudential requirements applicable to banks). Those public law requirements must not be violated by banks, and consequently, the courts shaping the contract anew do not have the power to violate those regulations as well. Such a practice would lead to the mass creation by courts of legal relationships generating systemic risks.

If, without a given unfair clause, the contract cannot be binding, it cannot be declared by a court binding on the sole ground that it would constitute a sanction imposed by a civil court which may discourage the entrepreneur from continued use of unfair clauses.

Keywords: unfair clause, unfair term, consumer contract, eliminating the unfair clause, maintaining the contract binding, sanction against unfair clauses, contract capability of continuing in existence without the unfair terms, replacing unfair term with a supplementary provision of national law.