



ZWIĄZEK BANKÓW POLSKICH

ul. Kruczkowskiego 8, 00-380 Warszawa, tel.: 022 48 68 180, 48 68 190, faks: 0 22 48 68 100, e-mail: info@zbp.pl, www.zbp.pl
NIP: 526 000 09 91, PKO Bank Polski SA XV Oddział Centrum 02 1020 1156 0000 7202 0008 6215

Warszawa, 31 marca 2020 r.

TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

STANOWISKO ZWIĄZKU BANKÓW POLSKICH

wobec wniosku Sądu Okręgowego w Gdańsku (Polska) z dnia 30 grudnia 2019 r. o
wydanie - na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej -
orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie o sygn. akt XV C 458/18 dotyczącej umowy
kredytu indeksowanego do waluty CHF,
które wpłynęło do Trybunału w dniu 16 stycznia 2020 r.

(Sprawa C-19/20)

Język postępowania: polski

Sąd odsyłający

Sąd Okręgowy w Gdańsku

Strony w postępowaniu głównym

Strona skarżąca: -----

Strona pozwana: Bank BPH SA

Adres do doręczeń:

Związek Banków Polskich

ul. L. Kruczkowskiego 8
00-380 Warszawa - POLSKA

Spis treści:

I.	WSTĘP	3
	I.1. Przedmiot sprawy i pytania prejudycjalne	3
	I.2. Otoczenie prawne i gospodarcze w latach 2002-2012	4
	I.3. Zmiana otoczenia gospodarczego po zawarciu umowy	7
	I.4. Żądania konsumentów	9
	I.5. Zagrożenie dla stabilności systemu finansowego w Polsce	11
	I.6. Sprzeczność sankcji nieważności z zasadą proporcjonalności, równości i pewności prawa	12
	I.7. Brak spełnienia przesłanek abuzywności	15
	I.8. Brak podstaw do unieważniania umów	17
	I.9. Odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd odsyłający	19
II.	PYTANIE PIERWSZE	21
	II.1. Uwagi wstępne	22
	II.2. Dopuszczalność stwierdzenia nieuczciwości warunków umowy zmienionych aneksem	22
	II.3. Istota pytania sądu odsyłającego	24
III.	PYTANIE DRUGIE	31
IV.	PYTANIE TRZECIE	36
	IV.1. Istota pytania trzeciego	36
	IV.2. Interes publiczny a skutki stwierdzenia abuzywności postanowienia umownego	37
	IV.3. Możliwość realizacji postulatu interesu publicznego poprzez wprowadzenie odpowiedniej regulacji na poziomie prawa krajowego	38
	IV.4. Czy polska regulacja ustawowa uniemożliwia przedsiębiorcom popełnianie podobnych naruszeń w przyszłości?	43
	IV.5. Odstraszający skutek rozliczenia umowy w oparciu o kurs średni NBP	43
V.	PYTANIE CZWARTE	45
	V.1. Istota pytania czwartego	45
	V.2. Materia prawa krajowego	46
	V.3. Konstytutywny charakter wyroku/bieg terminu przedawnienia roszczeń wynikających z braku obowiązywania umowy	47
VI.	PYTANIE PIĄTE	52
VII.	PROPOZYCJA ROZSTRZYGNIECIA	55

I. WSTĘP

[I.1. PRZEDMIOT SPRAWY I PYTANIA PREJUDYCJALNE]

1. Odesłanie prejudycjalne złożone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku – Polska do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”, „Trybunał”) dotyczy trzech głównych zagadnień:
 - a. czy stwierdzenie nieuczciwości warunku umownego może skutkować upadkiem całej umowy, pomimo że strony zawarły aneks, w którym wyeliminowały ten nieuczciwy warunek? (**Pytanie 1**)
 - b. czy sąd może stwierdzić nieuczciwość warunku dotyczącego marży banku (uznanego przez sąd za niejasny i jednostronny, a przez to nieuczciwy), a pozostawić w umowie pozostałe postanowienie odnoszące się do średniego kursu banku centralnego (Narodowego Banku Polskiego) (uznane przez sąd za uczciwe)? W szczególności, czy sąd może to zrobić w sytuacji, gdy ustawodawca krajowy wprowadził już środki zapobiegające stosowaniu nieuczciwych warunków umownych poprzez nałożenie na banki obowiązku szczegółowego określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut? (**Pytania 2 i 3**)
 - c. czy sankcja braku obowiązywania umowy, o której mowa w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13¹, może wynikać z konstytutywnego orzeczenia sądu wydanego na wyraźne żądanie konsumenta z konsekwencjami od momentu zawarcia umowy, tj. ex tunc i skutkować tym, że roszczenia restytucyjne konsumenta i przedsiębiorcy stają się wymagalne wraz z uprawomocnieniem się wyroku? Związane jest z tym również pytanie o to, czy sąd krajowy ma obowiązek informowania konsumenta, który zgłosił żądanie stwierdzenia nieważności umowy o potencjalnych skutkach prawnych takiego rozstrzygnięcia? (**Pytania 4 i 5**)
2. Odpowiedź TSUE na pytania sądu odsyłającego ma istotne znaczenie w sprawach wynikłych na tle sporów dotyczących tzw. umów kredytów frankowych, ale także w innych postępowaniach, w których podstawą roszczenia konsumenta jest powołanie się na abuzywny charakter postanowień umownych. Udzielając odpowiedzi na poszczególne

¹Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. U. L 95, s. 29); dalej jako „dyrektywa 93/13”.

pytania, należy wziąć pod uwagę szerszy kontekst problematyki kredytów walutowych w Polsce, który Związek Banków Polskich („ZBP”) poniżej przedstawi.

[1.2. OTOCZENIE PRAWNE I GOSPODARCZE W LATACH 2002-2012]

3. Całkowita liczba udzielonych w Polsce w latach 2002 – 2012 kredytów we franku szwajcarskim wyniosła 943,5 tys. sztuk kredytów². W okresie tym działające w Polsce banki uzyskały znacznie łatwiejszy niż wcześniej dostęp do zagranicznego finansowania. W efekcie **nastąpiło na rynku „spotkanie” dużego popytu na kredyty waloryzowane kursem franka szwajcarskiego z ich podażą, możliwą dzięki zaciąganiu przez polskie banki zagranicznych zobowiązań w tej walucie**. Zjawisko to dobrze ilustruje fakt, że w 2009 roku w strukturze zadłużenia z tytułu kredytów mieszkaniowych prawie dwie trzecie stanowiły kredyty waloryzowane do walut obcych, a 61% całości kredyty waloryzowane kursem franka szwajcarskiego. O skali tego zjawiska dla polskiej gospodarki świadczy fakt, że w tym czasie stanowiły one równowartość 10% polskiego PKB.
4. Kredyty indeksowane do walut obcych i wyrażone w tych walutach (denominowane) udzielane były – co istotne z perspektywy **zasady pewności prawa** - w otoczeniu prawnym i gospodarczym, w którym nie tylko nie kwestionowano ważności i walutowego charakteru tych kredytów, ale także oczekiwano od banków ich udzielania. W opracowaniu Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, wskazano, że *„(...) większość banków prowadziła konserwatywną politykę w zakresie kredytów walutowych dla gospodarstw domowych (część z nich w ogóle nie udzielała tych kredytów i opowiadała się za ich wyeliminowaniem). Jednocześnie w latach 2005-2008 na KNB/KNF³ oraz banki była wywierana silna presja, w celu zwiększenia kredytowania gospodarstw domowych w walutach obcych, jak też zniesienia wszelkich ograniczeń w tym zakresie”⁴*.
5. W dniu 1 lipca 2006 r. m.in. z inicjatywy ZBP i przy współpracy banków wprowadzono obostrzenia, polegające na ograniczeniu dostępu do kredytów walutowych. Wprowadzono bardziej rygorystyczne zasady liczenia zdolności kredytowej dla kredytów walutowych⁵.

² Źródło: Dane AMRON-SARFiN.

³ Komisja Nadzoru Bankowego („KNB”) została zniesiona w dniu 31 grudnia 2007 r., a jej zadania od 1 stycznia 2008 przejęła na podstawie art. 66 i art. 67 ust. 2 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. z 2006 r. Nr 157, poz. 1119, z późn. zm.) Komisja Nadzoru Finansowego („KNF”).

⁴ Zob. Urząd Komisji Nadzoru Finansowego (Warszawa, 2013 r.) [w:] Ocena wpływu na sytuację sektora bankowego i polskiej gospodarki propozycji przewalutowania kredytów mieszkaniowych udzielonych w CHF na PLN według kursu z dnia udzielenia kredytu, s. 4. https://www.knf.gov.pl/?articleId=56126&p_id=18.

⁵ Od dnia 1 lipca 2006 r. obowiązywała Rekomendacja S dotycząca dobrych praktyk w zakresie ekspozycji kredytowych zabezpieczonych hipotecznie - bank w przypadku udzielania kredytów w walutach obcych

Banki współpracowały przy wprowadzeniu Rekomendacji S oraz ją popierały, podczas gdy otoczenie żądało natychmiastowego jej wycofania⁶. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w oficjalnym piśmie podkreślił, że „**wprowadzenie ograniczeń w udzielaniu kredytów walutowych jest rozwiązaniem zbyt daleko idącym, a ostateczna decyzja, jaki rodzaj kredytu wybrać zawsze powinna należeć do konsumenta**”⁷.

6. Umowy kredytowe zawierane w latach 2004-2009, zarówno w formule kredytów indeksowanych, jak i denominowanych, na ogół przewidywały, że wypłata i spłata kredytu następuje lub może nastąpić w złotych, przy zastosowaniu kursów kupna bądź sprzedaży walut ogłaszanych codziennie przez poszczególne banki, w tzw. tabelach kursowych. Było to rozwiązanie powszechne. Co więcej, zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo bankowe, banki były i są zobowiązane ogłaszać w miejscu wykonywania czynności, w sposób ogólnie dostępny stosowane kursy walutowe.
7. **Jak słusznie zauważa sąd odsyłający, w tamtym okresie takie postanowienia nie były uznawane za niedozwolone⁸.** Możliwość ustalania przez banki kursów walutowych na potrzeby transakcji wymiany walut (i stosowania przez banki spreadów walutowych) była istotnym i akceptowanym elementem umów kredytowych. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w opublikowanym w 2009 r. „Raporcie dotyczącym spreadów”, wskazywał że: „*bank wypłacając nam [konsumentom] w złotych kwotę kredytu indeksowanego nie może stosować jako przelicznika średniego kursu NBP (...), gdyż po takim kursie nie sprzeda waluty na rynku (a musi ją sprzedać, żeby wypłacić nam złotówki). Nie chcąc stracić, musi od kursu walutowego odjąć tzw. spread sprzedażowy, czyli różnicę między*

analizował zdolność kredytową klienta przy założeniu, że stopa procentowa dla kredytu walutowego jest równa co najmniej stopie procentowej dla kredytu złotowego, a kapitał kredytu jest większy o 20%. Oznacza to, że dla uzyskania kredytu indeksowanego do waluty obcej lub denominowanego w walucie obcej konieczne było posiadanie nie niższej zdolności kredytowej niż dla kredytu w złotych.

⁶ Zob. Związek Banków Polskich, „Biała księga kredytów frankowych w Polsce”, Warszawa, marzec 2015 r., https://zbp.pl/public/repozytorium/wydarzenia/images/marzec_2015/BIAA_OST_2_4_marca_2015_small.pdf; Komisja Nadzoru Finansowego, „Przypomnienie publicznej dyskusji o kredytach walutowych”, 10 marca 2015 r., https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf_130218_przypomnienie_publicznej_dyskusji_CHF_40728.pdf

⁷ Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Odpowiedź z dnia 2 sierpnia 2006 r. na pismo Redaktora Naczelnego money.pl (DDK-076-251/06/KB), s. 1, https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwijt4DPyc_XAhUmJJoKHeD8BfsQFggTMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.money.pl%2Fu%2Ffile.php%3Fid%3D3477&usg=AOvVaw1qj0KODYLCwCK0qNKoS1yi

⁸ Zob. pkt 15 odesłania prejudycjalnego: „W latach 2006 — 2008, kiedy to zawierano najczęściej umów kredytów indeksowanych (denominowanych) do franka szwajcarskiego, konsumenci nie kwestionowali przed sądami ani ich ważności, ani też nie wskazywali na nieuczciwość zawartych w nich klauzul, choć niekiedy klauzule umów kredytowych podlegały kontroli abstrakcyjnej Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”.

kursem po jakim inne banki kupują od niego walutę a kursem średnim NBP. Wtedy wyjdzie „na czysto”. (...) Podobnie przy przyjmowaniu miesięcznych spłat kredytu od klienta, bank musi wyliczyć kwotę w złotych z uwzględnieniem kursu, po jakim jest w stanie walutę kupić na rynku międzybankowym”⁹.

8. Niezależnie od tego, w dniu 26 sierpnia 2011 r. weszła w życie nowelizacja ustawy – Prawo bankowe dokonana *ustawą z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. Nr 165, poz. 984; druk sejmowy nr 4413 Sejmu RP VI kadencji¹⁰; dalej jako „ustawa z 29 lipca 2011 roku”), która wprowadziła do polskiego porządku prawnego przepis art. 69 ust. 2 pkt 4a oraz art. 69 ust. 3 ustawy – Prawo bankowe. Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 4a Prawa bankowego umowa o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska powinna określać szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu. **Z kolei w art. 69 ust. 3 ustawy – Prawo bankowe przyznano kredytobiorcom prawo do spłaty rat kapitałowo-odsetkowych oraz spłaty przedterminowej pełnej lub częściowej kwoty kredytu bezpośrednio w tej walucie. Zmiana ta oznacza umożliwienie kredytobiorcom z mocy prawa dokonywanie spłaty kredytu bezpośrednio w walucie¹¹, a tym samym uniknięcie kursu walutowego stosowanego przez banki.**
9. Powyższa regulacja obowiązywała już wcześniej w wydawanych - na podstawie art. 137 pkt 5 Prawa bankowego - przez Komisję Nadzoru Finansowego wytycznych dotyczących dobrych praktyk w zakresie ekspozycji kredytowych zabezpieczonych hipotecznie, znanej jako Rekomendacja S (II). Rekomendacja S (II) szczegółowo opisała obowiązki banków dotyczące udzielania kredytów walutowych. **Szczególnie istotna w kontekście odesłania prejudycjalnego jest rekomendacja 5.2.4, która obowiązywała od 1 lipca 2009 r. do 25 lipca 2011 r. Umożliwiła ona klientowi (na jego wniosek) spłatę rat w walucie indeksacyjnej przy kredycie indeksowanym kursem waluty obcej¹².** Oznacza to, że

⁹ Zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, „Raport dotyczący spreadów”, Warszawa, wrzesień 2009, s. 10, <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=6492>

¹⁰ Druk sejmowy nr 4413 Sejmu RP VI kadencji; <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/4413.htm>

¹¹ Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo bankowe. Druk sejmowy nr 4413 Sejmu RP VI kadencji; <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/4413.htm>

¹² Zgodnie z Rekomendacją S (II) Komisji Nadzoru Finansowego (rekomendacja 5.2.4.): „Na wniosek klienta bank powinien dokonać zmiany sposobu spłaty kredytu indeksowanego do waluty w taki sposób, aby spłata następowała w walucie indeksacyjnej. Zmiana sposobu spłaty powinna dotyczyć wszystkich rat od daty zmiany

banki jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji ustawy – Prawo bankowe z 2011 r.¹³ umożliwiały kredytobiorcy spłaty oraz wypłaty kredytu walutowego w sposób tożsamy z zasadami, które wprowadziła ustawa z dnia 29 lipca 2011 roku. Kredytobiorcy mieli więc faktyczną możliwość wykonywania umowy bez kursu tabelowego stosowanego przez bank oraz nabywania waluty u dowolnie wybranego przez siebie podmiotu na rynku (np. kantory internetowe).

[I.3. ZMIANA OTOCZENIA GOSPODARCZEGO PO ZAWARCIU UMOWY]

10. Sytuacja uległa zasadniczej zmianie po upadku Lehman Brothers i „rozlaniu się” kryzysu finansowego, czego skutkiem było między innymi **znaczące osłabienie kursów walut krajów takich jak Polska**. Kurs franka szwajcarskiego w stosunku złotego zwiększył się z 1,97 PLN/CHF w lipcu 2008 roku do 2,77 PLN/CHF na koniec 2009 roku, a więc **o ponad 40%**. Kurs EURO w stosunku do złotego wzrósł w tym czasie o 28% (z 3,217 do 4,108). Dodatkowo, w styczniu 2015 roku, Szwajcarski Bank Narodowy podjął decyzję o rezygnacji z obrony kursu franka szwajcarskiego względem euro, a tym samym uwolnieniu kursu franka¹⁴. Spowodowało to dalszy wzrost kursu franka szwajcarskiego w stosunku do złotego i wzrost przeliczonych na złote miesięcznych rat kapitałowo-odsetkowych (amortyzowany w istotnej części wyraźnym spadkiem stóp procentowych właściwych dla EURO i franka, tj. EURIBOR i LIBOR), a zwłaszcza przeliczonego na złote kapitału kredytu pozostającego do spłaty.
11. Ta **zmiana warunków ekonomicznych, po latach od podpisania umów, zainspirowała część kredytobiorców i wspomagających ich prawników, do poszukiwania sposobów uchylenia się od ponoszenia ryzyka walutowego, na przykład poprzez unieważnienie całej umowy kredytu i uniknięcie obowiązku zwrotu całości lub części kapitału**. Kredytobiorcy podejmują obecnie takie działania, pomimo, że w momencie podpisywania umowy od 2006 r. składali pisemne oświadczenia potwierdzające świadomość ryzyka kursowego¹⁵.

umowy. Bank nie może ograniczać w umowie kredytu możliwości pozyskania przez klienta waluty przeznaczonej na spłatę kredytu do zakresu usług oferowanych przez bank”.

¹³ Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. (tzw. ustawa antyspreadowa) weszła w życie 26 sierpnia 2011 r.

¹⁴ Zob. Szwajcarski Bank Narodowy (Szwajcaria, 15 stycznia 2015 r.). Press release: Swiss National Bank discontinues minimum exchange rate and lowers interest rate to -0.75%.

https://www.snb.ch/en/mmr/reference/pre_20150115/source/pre_20150115.en.pdf

¹⁵ Udzielenie kredytu w walucie obcej wiązało się z szeregiem obowiązków informacyjnych po stronie kredytodawców. Komisja Nadzoru Bankowego w Rekomendacji S z 2006 r., a później Komisja Nadzoru Finansowego w Rekomendacji S (II) z 2008 r. rekomendowała, aby banki w pierwszej kolejności oferowały

12. Powyższe okoliczności trafnie dostrzega również sąd odsyłający w pkt 15 odesłania prejudycjalnego, wskazując, że dopiero wzrost kursu franka szwajcarskiego (w tym szczególnie wysokie notowania tej waluty w tzw. czarny czwartek w styczniu 2015 r.), pociągający za sobą istotny wzrost wyrażonych w złotych rat kredytu, stał się przyczyną „poszukiwania środków dla zaradzenia trudnej sytuacji wielu konsumentów. Konsumentci zraszają się w stowarzyszeniach, stanowiąc silną grupę nacisku”. Jak zaznacza dalej sąd odsyłający, spory dotyczące tzw. kredytów frankowych stanowią istotny segment rynku usług prawniczych¹⁶. Na dynamiczny wzrost liczby spraw sądowych w polskich sądach z pewnością ma wpływ aktywnie prowadzona kampania reklamowa przez kancelarie i firmy specjalizujące się w dochodzeniu roszczeń z umów kredytowych, które poprzez hasła „unieważnij twój kredyt” lub „odfrankuj swój kredyt”, zachęcają polskich kredytobiorców do złożenia powództwa, nie przedstawiając im przy tym pełnej informacji o istniejących bądź możliwych do przewidzenia skutkach upadku umowy.
13. Zdaniem ZBP instytucja klauzul abuzywnych obecnie, w sytuacji obiektywnej, rynkowej zmiany kursu waluty, wykorzystywana jest instrumentalnie jako sposób uwolnienia się od zobowiązania kredytowego, czy uzyskania nadzwyczajnych korzyści przez konsumentów (co zostanie opisanej poniżej). Tymczasem wahania kursowe (ich wzrost, jak i spadek) są okolicznością obiektywną, niezależną od woli stron umowy kredytowej, w tym zwłaszcza niezależną od woli i działań samych banków. Warto zauważyć, że sytuacja prawna i faktyczna konsumenta w chwili rozstrzygnięcia sporu, może kształtować się odmiennie od sytuacji, w której konsument znajdował się w chwili zawarcia umowy. Ma to szczególne znaczenie w przypadku umów długoterminowych (20-30 letnich), jakimi są umowy kredytu hipotecznego. W sposób oczywisty na sytuację konsumenta w danym momencie wpływają różne czynniki, nie zaś tylko warunki umowne, których nieuczciwy charakter stwierdzono. Częstokroć są to zdarzenia ekonomiczne i gospodarcze, czy osobiste konsumenta, czyli całkowicie niezależne od kredytodawcy lub dotyczące go w podobnym stopniu. Stanowisko konsumentów wyrażone w toku procesów może być więc

klientom kredyty, pożyczki lub inne produkty w złotych. Ponadto możliwość banku do złożenia klientowi oferty kredytu, pożyczki lub innego produktu w walucie obcej lub indeksowanego do waluty obcej uzależniona została od uprzedniego uzyskania od klienta banku pisemnego oświadczenia, potwierdzającego, że dokonał on wyboru oferty w walucie obcej lub indeksowanej do waluty obcej, mając pełną świadomość ryzyka związanego z kredytami, pożyczkami i innymi produktami zaciąganyymi w walucie obcej lub indeksowanymi do waluty obcej.

¹⁶ Zob. pkt 15 odesłania prejudycjalnego: „Reprezentacja klientów w sporach dotyczących tzw. kredytów frankowych stanowi istotny segment rynku usług prawniczych. Na rynku funkcjonują podmioty, które reklamują swoją działalność polegającą na reprezentacji konsumentów w sporach z bankami, akcentując duże szanse wygrania sprawy i otrzymania przez konsumenta zwrotu chociażby części wpłaconych rat kredytu”.

podyktowane wystąpieniem po pierwsze czynników ekonomicznych niezależnych od banków, po drugie może zmieniać się w zależności od wystąpienia tych czynników.

14. Z tego względu, zdaniem Związku Banków Polskich należy wyraźnie rozgraniczyć dwa typy sytuacji: (i): te, które można łączyć z nieuczciwym charakterem warunku umownego oraz (ii) te, wynikające ze zmiany otoczenia gospodarczego po zawarciu umowy. W ocenie Związku Banków Polskich zmiany notowań kursów walut jako okoliczność obiektywna i niezależna od każdej ze stron umowy (w tym banku) nie może stanowić podstawy do kwestionowania warunków umownych jako potencjalnie abuzywnych, czy w konsekwencji stwierdzania ich nieważności po wielu latach wykonywania.

[I.4. ŻĄDANIA KONSUMENTÓW]

15. Obecnie przed sądami w Polsce toczy się kilkanaście tysięcy postępowań sądowych (ok. 18,5 tys., przy czym ponad 2 tys. spraw sądowych zostało wniesionych w samym 2020 roku¹⁷), w których wyspecjalizowane kancelarie frankowe i firmy odszkodowawcze, a za nimi kredytobiorcy – powołują się na brak w umowach kredytu precyzyjnych zasad ustalania kursów walut przez banki (w tym sposobu obliczania marży banku), twierdząc że są to klauzule abuzywne.

16. Kredytobiorcy dążą do uznania umów kredytu indeksowanych kursem CHF lub wyrażonych w CHF za nieważne, względnie uznania indeksacji za nieskuteczną albo przekształcenia kredytów denominowanych w kredyty złotowe przy zastosowaniu historycznych kursów wymiany walut.

17. Żądając ustalenia nieważności, kredytobiorcy wskazują, że:

- a. zwrotowi podlegałyby co najwyżej udostępniony im kapitał, ale w PLN. Innymi słowy, całkowicie pomijają indeksacją/denominację. **W chwili zawierania umów kredytowych kurs CHF wynosił w większości przypadków ok. 2-2,2 PLN za 1 CHF (obecnie ten kurs wynosi ok. 4-4,3 PLN).** Korzyść konsumenta (i strata banku) jest w takim przypadku oczywista. Konsument, który zawarł umowę o kredyt indeksowany/denominowany, na skutek unieważnienia umowy uzyskuje darmowy kapitał w PLN. Tymczasem bank, aby udzielić kredytu musiał pozyskać finansowanie w walucie CHF (zaciągał zatem zobowiązania w tej walucie). W wypadku unieważnienia umowy, skutkującego zniesieniem po stronie kredytobiorcy obowiązku rozliczenia się z bankiem ze zobowiązania

¹⁷ Źródło: Dane Związku Banków Polskich w stanie na dzień 29 lutego 2020 r.

wyrażonego w walucie CHF według aktualnej wartości tej waluty, bank nadal musi wykonać zobowiązania zaciągnięte w walucie CHF wobec swoich kontrahentów (według aktualnej wartości waluty CHF), od których pozyskał finansowanie w walucie CHF.

- b. co więcej, w przypadku uznania umowy kredytu za nieważną coraz więcej kredytobiorców żąda zwrotu dotychczas zapłaconych rat kapitałowo-odsetkowych i twierdzi, że w ogóle nie muszą zwracać bankowi nawet kapitału kredytu. Powyższe wynika z tego, że kredytobiorcy chcieliby, aby sądy potwierdziły, że bieg przedawnienia roszczeń banków o zwrot kapitału rozpoczyna się w dacie wypłaty kredytu. Ponieważ termin przedawnienia wynosi 3 lata, upłynąłby zanim ktokolwiek zaczął kwestionować umowy. Sporne umowy były zawierane w latach 2004-2009. Konsumenci zaczęli kwestionować niektóre postanowienia umowy w większości po 2015 r. W ten sposób **konsumenci dążą do tego, by zachować własność nieruchomości nabytej za środki banku, bez obowiązku zwrotu nawet kapitału kredytu.** Co ważne, ze względu na inny (dłuższy) termin przedawnienia roszczeń konsumentów, **sami domagają się od banków zwrotu zapłaconych rat kapitałowo - odsetkowych.**
18. W przypadku zaś utrzymania ważności umowy, ale wyeliminowania z niej mechanizmu indeksacji skutek jest zbliżony do nieważności. Kredytobiorca uzyskuje kredyt w PLN w kwocie, która została mu udostępniona, zachowuje zaś oprocentowanie właściwe dla CHF. Oznacza to spadek kapitału pozostałego do spłaty często o ponad połowę, nadpłatę w dotychczasowych ratach kredytu (spłacanych od kredytu indeksowanego/denominowanego). W wielu przypadkach nadpłata w ratach pozwoliłaby spłacić pozostałą część niespłaconego kapitału.
19. Po wyroku TSUE z dnia 3 października 2018 r. w sprawie C-260/18 zaobserwować można znaczny wzrost składanych w polskich sądach pozwów, w których kredytobiorcy domagają się unieważnienia umów właśnie, a także pewien nieuzasadniony automatyzm w stosowaniu przez sądy polskie sankcji nieważności, niezależnie od okoliczności konkretnego przypadku.
20. Należy mieć na uwadze, że w Polsce istnieje spór dotyczący konsekwencji nieważności umowy kredytu (tj. dotyczący zakresu wzajemnych roszczeń stron i przedawnienia).

Orzecznictwo nie zajęło do tej pory jednolitego stanowiska o zasadach rozliczeń w przypadku stwierdzenia nieważności umowy o kredyt indeksowany. Chaos związany z rozbieżnościami w orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego, a także polityka marketingowa kancelarii frankowych, sprawia, że **w świadomości polskich kredytobiorców unieważnienie umowy jawi się jako źródło uzyskania nadzwyczajnych korzyści.**

21. **Konsumenci domagają się ustalenia nieważności umowy (lub wyeliminowania indeksacji) i liczą, że skutkować to będzie nie tylko brakiem obowiązku zwrotu kapitału kredytu, ale także tym, że bank odda dotychczas zapłacone raty. Doprowadziłoby to do absurdalnego pod kątem prawnym i finansowym rozwiązania – nieuzasadnionego wzbogacenia konsumentów i przyznania im bardzo dużego świadczenia pieniężnego w gruncie rzeczy za darmo, bez wzajemnego świadczenia po stronie konsumentów. Zagraża to nie tylko pewności prawa oraz wprost godzi w zasadę proporcjonalności, ale także może negatywnie wpłynąć na stabilność systemu finansowego w Polsce.**

[I.5. ZAGROŻENIE DLA STABILNOŚCI SYSTEMU FINANSOWEGO W POLSCE]

22. W ocenie ZBP instytucja klauzuli abuzywnej nie powinna być traktowana jako sposób uwolnienia się konsumenta od wykonania zobowiązania lub zwolnienia go z obowiązku rozliczenia wzajemnych świadczeń stron w razie upadku umowy. W każdym razie instytucja ta nie może prowadzić do uzyskania przez kredytobiorców nadzwyczajnych korzyści.
23. ZBP stoi na stanowisku, że unieważnienie umowy kredytu indeksowanego do walut obcych lub denominowanego w walutach obcych (bądź uznanie takiej umowy za kredyt w PLN oprocentowany według stopy LIBOR CHF) **zagraża stabilności sektora finansowego w Polsce, a przez to także unijnego.**
24. Unieważnienie umowy (bądź zamiana kredytu waloryzowanego na kredyt złotowy według kursu z dnia zawarcia umowy) oznacza dla każdego z zaangażowanych banków poważną stratę. Prawomocny wyrok polskiego sądu może zmusić bank do spisania na straty znacznej części udzielonego kredytu. Nie daje jednak bankowi żadnego tytułu do domagania się od zagranicznego kontrahenta (z którym bank zawarł transakcję zabezpieczając swoją pozycję walutową lub, od którego bank pozyskał finansowanie na udzielenie kredytu) obniżenia z tego powodu istniejącego zobowiązania w walucie obcej. Bank będzie musiał je w całości

wykonać i dlatego poniesie ogromną stratę. Natomiast aktualna wielkość mieszkaniowych kredytów waloryzowanych wynosi ponad 120 mld złotych, co stanowi ekwiwalent około 6% polskiego PKB. Według wstępnych szacunków ZBP łączna strata zaangażowanych w te kredyty polskich banków wyniosłaby - przy założeniu powszechnego „odwalutowania” - **60 mld złotych, a zatem ok. 3% polskiego PKB. Przy czym kwoty te byłyby oczywiście wielokrotnie wyższe w przypadku unieważnienia umowy i przyjęcia, że kredytobiorcy w razie nieważności umowy nie musieliby zwracać bankom kapitału, a banki zobowiązane byłyby do zwrotu dotychczas zapłaconych rat.**

25. Uwzględnienie żądań konsumentów i unieważnianie umów kredytu zagroziłoby zatem stabilności systemu finansowego w Polsce, a także prowadziłoby do nieuzasadnionego i nadzwyczajnego wzbogacenia konsumentów.

[1.6. SPRZECZNOŚĆ SANKCJI NIEWAŻNOŚCI Z ZASADĄ PROPORCJONALNOŚCI, RÓWNOŚCI I PEWNOŚCI PRAWA]

26. Unijny i krajowy system ochrony konsumenta nie funkcjonuje w oderwaniu od podstawowych zasad porządku prawnego (zarówno unijnego, jak i krajowego), do których należy m.in. zasada pewności prawa, proporcjonalności oraz równości. Zasady te wyznaczają granice zasadzie skuteczności prawa unijnego.

27. Do naruszenia tych zasad prowadziłoby umożliwienie kredytobiorcom doprowadzenia do upadku umowy lub pozbawienie umowy mechanizmu indeksacji, z pozostawieniem oprocentowania opartego o stawkę LIBOR CHF (która obecnie ma wartość ujemną).

28. Do **zasady proporcjonalności** w odniesieniu do spraw o ochronę konsumenta Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odniósł się wprost w wyroku z dnia 9 listopada 2016 roku (C-42/15) wskazując, że: *„o ile wybór rzeczonych sankcji pozostaje w gestii państw członkowskich, o tyle sankcje te powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające”*. W wyroku tym TSUE wprost sprzeciwił się automatyzmowi w stosowaniu sankcji kredytu darmowego wskazując, że może ona znaleźć zastosowanie nie wtedy, gdy umowa nie zawiera prawidłowego wskazaniach wszystkich koniecznych elementów, lecz tylko wtedy, gdy brak określonej informacji w umowie podważał *„możliwość dokonania przez konsumenta oceny zakresu ciążącego na nim zobowiązania”*.

29. Przekładając to na grunt kredytów frankowych wskazać należy, że dziś na rzekomy brak świadomości zasad ustalania kursów powołują się wszyscy konsumenci (także osoby – o

ponadprzeciętnym doświadczeniu i wiedzy), a ich motywacja jest oczywista – domagają się ustalenia nieważności umowy (lub wyeliminowania indeksacji) i licząc, że skutkować to będzie nie tylko brakiem obowiązku zwrotu kapitału kredytu, ale także tym, że bank odda dotychczas zapłacone raty.

30. **W rezultacie – po wyroku w sprawie C-260/18 – zaobserwować można nieuzasadniony automatyzm zarówno w formułowaniu roszczeń kredytobiorców, jak i stosowaniu sankcji nieważności przez sądy polskie, niezależnie od okoliczności konkretnego przypadku i pomimo tego, że zgodnie z przepisami polskiego Kodeksu cywilnego (art. 385(1) k.c.), jeżeli nawet postanowienie uznane za niedozwolone nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie. Zagraża to pewności prawa oraz wprost godzi w zasadę proporcjonalności.**
31. Przepisy dyrektywy 93/13 i art. 385(1) k.c. nie mogą być interpretowane i stosowane w sposób, który prowadziłby do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego.
32. Należy zauważyć, że stosowanie sankcji nieproporcjonalnych byłoby wprost sprzeczne z art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13. W powyższym przepisie wskazano, że Państwa Członkowskie zapewnią „*stosowne i skuteczne środki*” mające na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków „*zarówno w interesie konsumentów, jak i konkurentów*”. Jeśli środek ochrony w przeświadczeniu indywidualnej jednostki jest dla niej korzystny (a jednocześnie – nieproporcjonalny), natomiast jest sprzeczny z interesem ogółu „*konsumentów i konkurentów*” (tutaj: ogółu konsumentów, w tym kredytobiorców złotych oraz banków – jako konkurentów) jego zastosowanie powinno być uznane za sprzeczne z dyrektywą 93/13. **Innymi słowy, nie może być uznany za stosowny i skuteczny środek, który realizuje interes jednostki, natomiast jest sprzeczny z interesem ogółu konsumentów i konkurentów.**
33. Nadzwyczajne uprzywilejowanie konsumenta, jako sankcja rzekomej abuzywności, prowadziłyby do naruszenia **zasady równości** w relacji konsument – przedsiębiorca, jak i w relacji konsument (kredytobiorca frankowy) oraz inny konsument, który zaciągnął kredyt w złotych polskich. Zasada równości jest także podstawową zasadą porządku unijnego, potwierdzoną w art. 2 i 3 Traktatu o Unii Europejskiej.
34. Kwestię dostrzegł Sąd Najwyższy wskazując w postanowieniu z dnia 18 września 2019 roku (V CSK 152/19): „**Powodowie dążą do wyeliminowania klauzuli indeksacyjnej i pozostawienie oprocentowania LIBOR, który nie przystaje do oprocentowania kredytów**

*złotówkowych i przez to wypacza sens oraz cel umowy kredytowej. Zawarte umowy kredytowe przewidują dla kredytobiorców uprawnienie do zgłoszenia wniosku o przekształcenie kredytu denominowanego (waloryzowanego) na kredyt złotowy (por. § 11 ust. 3 w zw. z § 16 ust. 1 pkt 2 ogólnych warunków kredytowania w zakresie udzielania kredytów na cele mieszkaniowe). (...) Postulowana przez kredytobiorców eliminacja klauzuli waloryzacyjnej i zastosowanie w istocie do kredytu złotówkowego oprocentowania LIBOR powodowałoby **nieuzasadnione nierówne traktowanie tych konsumentów, którzy zaciągnęli kredyty złotówkowe i płacą oprocentowanie WIBOR, które o czym była mowa jest znacząco wyższe od stawek LIBOR (k. 92/2 i n., 105). Eliminacja klauzuli abuzywnej nie może prowadzić do uprzywilejowania określonej grupy kredytobiorców - konsumentów**".*

35. Podstawową zasadą porządku prawnego w Unii Europejskiej i w Polsce jest także **zasada pewności prawa**. W wyroku z dnia 13 stycznia 2004 roku (C-453/00), Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że „*należy przypomnieć, że pewność prawa jest jedną z ogólnych zasad uznanych w prawie wspólnotowym*”. W Polsce jest ona wywodzona z art. 2 Konstytucji RP.
36. Uwzględnienie zarzutów konsumentów, którzy po kilkunastu latach od zawarcia umowy powołują się na to, że przy zawieraniu umowy doszło rzekomo do naruszenia dobrych obyczajów oraz rażącego naruszenie ich interesów, zasadę pewności prawa narusza. Uwzględnić bowiem należy, że obecne roszczenia konsumentów zgłaszane są w istotnie zmienionych warunkach rynkowych, które powodują, że dziś konsumenci nie uważają zawartych umów za korzystne z ekonomicznego punktu widzenia.
37. Jeżeli chodzi o zasadę pewności prawa to wskazać należy także, iż w okresie największej popularności kredytów frankowych ich zwolennikami byli politycy, urzędy, publicyści i ekonomiści, przede wszystkim jednak – sami kredytobiorcy¹⁸.
38. Nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami porządku prawnego byłaby sytuacja, w której konsument mógłby bez żadnego ograniczenia czasowego domagać się ustalenia nieważności (wylimitowania indeksacji), uznając, że leży to w jego interesie (ocenianym z perspektywy ekonomicznej) w dacie podejmowania decyzji o skorzystaniu z tej sankcji. Eliminacja niedozwolonego postanowienia umownego z umowy nie służy stworzeniu

¹⁸ Biała księga kredytów frankowych w Polsce, ZBP, Warszawa, marzec 2015 r. (dostępne online www.zbp.pl).

konsumentowi okazji do wzbogacenia się na niedozwolonym postanowieniu umownym, lecz doprowadzeniu do tego, aby umowa odpowiadała zasadzie słuszności kontraktowej respektującej interesy obu stron w zgodzie z dobrymi obyczajami.

39. Umożliwienie polskiemu konsumentowi uzyskania wskazanych wyżej (nadzwyczajnych) korzyści, świadczyłoby o przyzwoleniu na jaskrawe nadużycie europejskiego systemu ochrony konsumenta. Co więcej stawiałoby konsumentów w krajach takich jak Polska w lepszej sytuacji, niż konsumentów w innych krajach europejskich (zwłaszcza tych, gdzie walutą krajową jest EUR, którego kurs jest zbliżony do kursu CHF). Bankom nie jest też znana inna jurysdykcja europejska, gdzie rozważano by skutek w postaci pozbawienia banków (ze względu na przedawnienie) prawa do żądania zwrotu nawet kapitału kredytu.

[I.7. BRAK SPEŁNIENIA PRZESŁANEK ABUZYWNOŚCI]

40. W ocenie Związku Banków Polskich element kwestionowanych przez kredytobiorców postanowień, który dla ustalenia konkretnej wartości kursu waluty odsyła do tabeli banku nie spełnia przesłanki rażącego naruszenia interesów konsumenta oraz dobrych obyczajów. Tym bardziej niezasadne jest uznawanie takich postanowień umownych za niedozwolone, że publikowanie kursów w tabelach jest obowiązkiem banków wynikającym z rodzimego ustawodawstwa (zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo bankowe, bank obowiązany jest ogłaszać w miejscu wykonywania czynności, w sposób ogólnie dostępny stosowane kursy walutowe). Warto też w tym miejscu wyjaśnić, iż kurs jest niczym innymi jak ceną, za jaką bank gotów jest kupować albo sprzedawać daną walutę. Trudno zatem zarzucać przedsiębiorcy, iż samodzielnie ustanawia ceny.
41. Twierdzenie co do tego, że banki ustalają kursy w sposób dowolny, w oderwaniu od rynkowych kursów wymiany walut jest niezgodne z prawdą. Krytycznie przy tym należy odnieść się do pomijania w procesach etapu analizy rynkowego charakteru stosowanych przez banki kursów, poprzestając na apriorycznej tezie, że do pokrzywdzenia konsumenta dochodzi już poprzez samo uprawnienie banku do ustalania kursu walut, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek analizy faktycznie stosowanych kursów.
42. Z uwagi na specyfikę funkcjonowania rynku walutowego, który jest rynkiem nieregulowanym, światowym oraz działającym nieustannie, w praktyce instytucji finansowych utrwalił się co do zasady jednolity sposób ustalania kursów publikowanych w tabelach. Podstawą ustalenia kursu w tabelach są średni kurs dostępny na tzw. rynku międzybankowym (rynku instytucji finansowych) jako punkt wyjścia oraz tzw. spread.

Spread walutowy, czyli różnica pomiędzy kursem sprzedaży waluty obcej a kursem kupna waluty obcej. Informacje o aktualnych kursach rynkowych (na tzw. rynku międzybankowym) dostarczają powszechnie w obrocie uznawane za obiektywne serwisy informacyjne (np. Reuters).

43. Banki, będąc jednymi z uczestników rynku walutowego, pełnią jednocześnie funkcję animatorów tego rynku, co przejawia się w oferowaniu cały czas gotowości do zawierania transakcji zakupu i sprzedaży waluty. Banki nie tworzą tabeli, do której odsyłają kwestionowane przez kredytobiorców walutowych postanowienia, po to, by dokonywać transakcji według kursu innego niż kurs rynkowy. Wręcz przeciwnie, to warunki rynkowe kształtują wartości podawane w tabeli, a na bankach, jak wskazano powyżej, ciąży prawny obowiązek jej prowadzenia i udostępniania (art. 111 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo bankowe). W tym zakresie bank jest zmuszony do dostosowania się do czynników umożliwiających konkurowanie z innymi podmiotami (uczestnikami) rynku finansowego i do odzwierciedlania w tabeli realnych tendencji rynkowych.
44. Należy też wskazać, iż nieprawdziwa jest prezentowana przez niektórych kredytobiorców teza, że banki osiągnęły korzyść w związku z wzrostem kursu walut obcych, w tym franka szwajcarskiego. Gdyby tak było należałoby uznać, że banki ponosiły straty w okresie przed kryzysem finansowym z roku 2008 w sytuacji wyraźnego paroletniego trendu obniżania się kursu walut i umacniania się waluty polskiej. Jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia działalności bankowej jest unikanie między innymi nadmiernego ryzyka walutowego. Posiadanie przez bank istotnie niezrównoważonej pozycji walutowej naraża bowiem sam bank, jego deponentów i akcjonariuszy, na ryzyko poniesienia znacznych strat w przypadku niekorzystnych zmian kursów walutowych. Z tego też względu banki utrzymują w miarę zrównoważone pozycje walutowe. W przypadku udzielania mieszkaniowych kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej, oznaczało to dla banków konieczność zrównoważenia aktywów zmieniających się zgodnie z kursem tej waluty poprzez zaciągnięcie zobowiązań w tej samej walucie. Te zobowiązania liczne polskie banki posiadają. Ich złotowa wartość zmieniała się stosownie do złotowej wartości kredytów waloryzowanych do tych walut. Fakt, że w bilansach banków znajdują się zobowiązania odpowiadające aktualnej wysokości waloryzowanych kredytów hipotecznych oznacza także, iż banki – wbrew formułowanym niekiedy obiegowym opiniom oraz odczuciom osób mniej obeznanych z praktyką bankową - nie osiągnęły żadnej korzyści w związku ze wzrostem kursu walut obcych, a franka szwajcarskiego w

szczególności, w związku z oferowanymi walutowymi kredytami hipotecznymi. Potwierdził to również nadzorca bankowy, wskazując, iż „*Wbrew pojawiającym się opiniom banki nie są beneficjentami osłabienia PLN względem CHF. Wynika to z tego, że wraz z osłabieniem złotego rosły nie tylko należności banków (z tytułu udzielonych kredytów CHF), ale równolegle rosły ich zobowiązania wobec deponentów i kontrahentów transakcji zawieranych w celu finansowania portfela kredytów CHF*”¹⁹.

45. W ocenie ZBP kontynuowanie dotychczasowego podejścia, polegającego na uznaniu za niedozwolone elementów klauzul, które w swojej treści odwołują się do tabel stosowanych przez bank może doprowadzić do jaskrawych wynaturzeń. Banki oferują swoje usługi, których często immanentną cechą jest dokonywanie przewalutowania, a publikowane kursy przez banki w tabelach mają uniwersalne zastosowanie do wszelkich innych niegotówkowych transakcji walutowych zawieranych przy udziale banku, np. transakcje dokonywane za granicą przy użyciu karty płatniczej (karta kredytowa, karta debetowa), operacje w walucie obcej dokonywane z rachunków prowadzonych w PLN, jak również bieżącej wymiany walutowej. Tym bardziej niezasadne jest uznawanie takich klauzul umownych za niedozwolone.

[I.8. BRAK PODSTAW DO UNIEWAŻNIANIA UMÓW]

46. W ocenie ZBP cel dyrektywy 93/13 i przyznana na jej mocy ochrona dla konsumenta realizuje się poprzez eliminowanie nieuczciwych warunków z tych umów (motyw siódmy). Analogicznie uznano w wyroku TSUE w sprawie C-118/17 „*Cel ten polega bowiem na przywróceniu równowagi między stronami umowy, co do zasady przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy umowy jako całości, a nie na wyeliminowaniu z obrotu wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki (zob. podobnie wyrok z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, pkt 31)*.” Innymi słowy, tak długo, jak istnieje sposób realizacji umowy bez elementów zakwestionowanych klauzul, to wykluczona powinna być możliwość jej unieważnienia.

47. Ustalenie kryteriów dotyczących możliwości dalszego obowiązywania umowy bez nieuczciwych warunków prawo Unii pozostawia natomiast krajowemu porządkowi prawnemu. Oznacza to, że w konkretnej sytuacji należy zbadać możliwość utrzymania w mocy umowy, której klauzule zostały unieważnione (por. wyrok TSUE w sprawie C-

¹⁹ Urząd Komisji Nadzoru Finansowego (Warszawa, 2013 r.). *Ocena wpływu na sytuację sektora bankowego i polskiej gospodarki propozycji przewalutowania kredytów mieszkaniowych udzielonych w CHF na PLN według kursu z dnia udzielenia kredytu*, s. 4. https://www.knf.gov.pl/?articleId=56126&p_id=18.

260/18, pkt 39-40).

48. W ocenie ZBP umowy kredytu indeksowanego oraz denominowanego mogą na gruncie polskiego porządku prawnego być dalej wykonywane po wyeliminowaniu z ich treści normy kursowej poprzez spłatę w walucie indeksacji lub w walucie, w której kredyt jest denominowany. Możliwość taką w wielu przypadkach umowy kredytu przewidywały od samego początku. Taką możliwość wprowadził również w 2011 r.²⁰ *ex lege* polski ustawodawca w art. 69 ust. 3 ustawy – Prawo bankowe, który stanowi, iż „*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.*” Ratio legis ustawy było „(...) umożliwienie z mocy prawa dokonywanie spłaty kredytu w walucie indeksacyjnej”. Ponadto zgodnie z intencją projektodawcy „*powyższe rozwiązanie zapewnia również wyrównanie sytuacji osób, które zawarły już umowy o walutowy kredyt zabezpieczony hipoteką i które decydują się na dokonywanie jego spłaty bezpośrednio w walucie indeksacyjnej*”²¹. W konsekwencji w 2011 r. do polskiego porządku prawnego został wprowadzony ustawowy mechanizm, na mocy którego - niezależnie od tego, czy umowa to przewiduje czy nie - kredytobiorca ma możliwość spłaty bezpośrednio w walucie obcej. Ustawa ta ma zastosowanie również do umów kredytowych zawartych przed jej wejściem w życie.
49. W ocenie ZBP na gruncie polskiego porządku prawnego, możliwe jest także wykonywanie umów kredytu indeksowanego w złotych. W takim przypadku należy stosować, po wyeliminowaniu klauzuli kursowej uznanej za abuzywną – w drodze wykładni umowy (na podstawie art. 65 Kodeksu cywilnego) - kurs średni Narodowego Banku Polskiego (NBP), który jako wyraz uczciwego rozłożenia praw i obowiązków stron został wprowadzony przez rodzimego ustawodawcę w dnia 24 stycznia 2009 r. do Kodeksu cywilnego. W ocenie ZBP średni kurs NBP możliwy jest do zastosowania także jako wynikający z przepisów dyspozytywnych (art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego).
50. Ogłaszanie kursów walut obcych przez Narodowy Bank Polski zostało wskazane jako obowiązkowy element polityki walutowej zgodnie z art. 24 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1810, z późn. zm.). Do kursu

²⁰ Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 165, poz. 984), zwana również „ustawą antyspreadową”.

²¹ Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo bankowe – druk nr 4413 Sejmu RP VI kadencji.

średniego walut obcych NBP odwołuje się nie tylko obowiązujący od 24 stycznia 2009 roku art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego. Odwołuje się do niego także szereg innych ustaw (np.: art. 30 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości. Według średniego kursu walut obcych ustalanego przez NBP zgodnie z ustawą z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych przelicza się przychody pracownika w walutach obcych na złote. Do średniego kursu NBP odwołuje się także - w kontekście przeliczenia walut obcych na EURO - art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. - Prawo dewizowe). Przykładów rozwiązań ustawowych przewidujących kurs średni NBP jest znacznie więcej.

51. Orzecznictwo Sądu Najwyższego potwierdza obowiązywanie zasady stosowania kursu średniego polskiego banku centralnego za normę obowiązującą również w relacjach z konsumentami (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2000 r., sygn. akt III CZP 39/00, w którym Sąd Najwyższy przyjął kurs średni NBP do przeliczeń na potrzeby egzekucji wyroków zasądzających kwoty w walucie obcej), a także w odniesieniu do abuzywności klauzul przeliczeniowych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt II CSK 803/16, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2019 roku, sygn. akt II CSK 19/18).

[I.9. ODPOWIEDZI NA PYTANIA PRZEDSTAWIONE PRZEZ SĄD ODSYLAJĄCY]

52. **W ocenie ZBP, tak długo, jak istnieje sposób realizacji umowy bez elementów zakwestionowanych klauzul, to wykluczona powinna być możliwość jej unieważnienia.** Jest to zgodne z celem dyrektywy 93/13, jak podkreślił TSUE w sprawie C-118/17: *„Cel ten polega bowiem na przywróceniu równowagi między stronami umowy, co do zasady przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy umowy jako całości, a nie na wyeliminowaniu z obrotu wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki (zob. podobnie wyrok z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, pkt 31)”*.

53. Nie budzi wątpliwości, że nadrzędnym celem przepisów dyrektywy 93/13 chroniących konsumentów jest przywrócenie równości stron w stosunkach cywilnoprawnych. Przede wszystkim niedopuszczalne byłoby kreowanie nierówności „odwrotnej”, która wzbogaca konsumentów kosztem profesjonalistów z naruszeniem zasady słuszności. Eliminacja niedozwolonego postanowienia umownego z umowy nie służy stworzeniu konsumentowi okazji do wzbogacenia się na niedozwolonym postanowieniu umownym, lecz doprowadzeniu do tego, aby umowa odpowiadała zasadzie słuszności kontraktowej, respektującej interesy obu stron w zgodzie z dobrymi obyczajami. Sąd krajowy ma

wykrywać oraz usuwać stan nierównowagi, korygując go tak, aby przywrócić stan prawidłowy. Sprawiedliwe orzeczenie sądowe musi przejść test odpowiadający pozytywnie na dwa pytania: (i) czy wyrok chroni konsumenta; (ii) czy wyrok odpowiada zasadzie słuszności kontraktowej (a więc czy nie faworyzuje żadnej ze stron – w tym konsumenta – w sposób, który byłby niesłuszny)²².

54. W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego istnieje możliwość dalszego obowiązywania umowy, bez zakwestionowanej klauzuli dotyczącej marży (spreadu) banku.
55. **Po pierwsze**, na co zwraca uwagę sąd odsyłający, umowa może dalej obowiązywać po usunięciu uznanego za nieuczciwe warunku dotyczącego marży. Umowa zawierała bowiem odesłanie do średniego kursu Narodowego Banku Polskiego („NBP”), na podstawie którego dokonywane było ustalenie kursów wymiany walut. Usunięcie warunku dotyczącego marży nie powoduje zatem konieczność dokonania jakichkolwiek innych zmian w umowie, a umowa może dalej obowiązywać.
56. Na marginesie, do kursu średniego walut obcych NBP odwołuje się także od 24 stycznia 2009 roku art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego, który pozwala na stosowanie średniego kursu NBP, w braku innego ustalenia w umowie. Kurs średni NBP stanowi zatem wyraz uczciwego rozłożenia praw oraz obowiązków stron i pozwala na wykonywanie umowy na gruncie prawa polskiego.
57. Marża (spread) stanowi ważny element umowy kredytu, a jej usunięcie będzie stanowiło dotkliwą sankcję dla banku, realizującą efekt odstraszący. Co więcej, ustawa z dnia 29 lipca 2011 roku nakazuje bankom określanie w umowach kredytów szczegółowych zasad ustalania kursów wymiany walut, co stanowi faktyczną przeszkodę przed stosowaniem przez przedsiębiorcę podobnych klauzul w przyszłości (**zob. pytania 2 i 3**).
58. **Po drugie**, warunek uznany przez sąd krajowy za nieuczciwy został już wyeliminowany przez strony w drodze zawarcia aneksu. Oczywistym jest, że po zawarciu aneksu umowa może być dalej wykonywana bez potrzeby zastosowania pierwotnych, wyeliminowanych klauzul. Oceny możliwości dalszego obowiązywania umowy należy dokonywać na moment orzekania, względnie zaistnienia sporu w sprawie (**zob. pytanie 1**).
59. Z kolei w sprawach, w których nie będzie możliwości dalszego obowiązywania umowy, po

²² Zob. Prof. dr hab. Michał Romanowski, „Upadek umowy kredytu to nie jest darmowy lunch”, Dziennik Gazeta Prawna, 27 lutego 2020 r., s. 5, <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/57208,26-lutego-2020/70218,Gazeta-Prawna/715008,Upadek-umowy-kredytu-to-nie-darmowy-lunch.html>

wyeliminowaniu zakwestionowanej klauzuli abuzywnej, **sankcja nieważności nie może prowadzić do pozbawienia banków roszczeń restytucyjnych, w tym o zwrot udzielonego kapitału.** Tego problemu dotyczy **pytanie 4.**

60. Choć charakter sankcji związanych ze stosowaniem w umowach zawartych z konsumentami nieuczciwych warunków stanowi materię zastrzeżoną dla prawa krajowego, to narusza zasady prawa unijnego stosowanie sankcji nieproporcjonalnych. Dlatego w żadnym przypadku nie można przyjąć, że klient nie byłby zobowiązany do zwrotu świadczenia banku i nie można przyjąć, że roszczenia banku są przedawnione. Takie rozumienie sankcji nieważności doprowadziłoby w praktyce do faktycznego przekształcenia umowy kredytu w umowę darowizny (skoro bank nie mógłby żądać zwrotu kapitału kredytu, a musiałby oddać otrzymane od konsumenta raty). Jest to nie tylko niezgodne z podstawowymi zasadami prawa, ale też zachwiałoby systemem finansowych w Polsce.
61. Z tego powodu, sankcja nieważności co do zasady nie powinna być stosowana przy tego typu umowach hipotecznego kredytu indeksowanego do walut obcych lub denominowanego w walutach obcych, a jeżeli już to tylko w wyjątkowych przypadkach, a wtedy powinna być rozumiana jako rezultat konstytutywnego orzeczeniu sądu wydanego na wyraźne żądanie konsumenta z konsekwencjami od momentu zawarcia umowy, tj. *ex tunc*, co powoduje, że restytucyjne roszczenia zarówno konsumenta, jak i przedsiębiorcy stają się wymagalne wraz z uprawomocnieniem się wyroku.
62. W tym kontekście, a także w świetle rosnącej fali pozwów o unieważnienie umowy, opartych często o błędne przeświadczenia co do skutków nieważności umowy, w ocenie ZBP sąd krajowy powinien ustalić „istniejące i możliwe do przewidzenia” skutki nieważności umowy, w tym możliwe roszczenia banku (nawet jeśli ich zasadność nie jest przesądzona), i poinformować o tym konsumenta, bez względu na to, czy konsument jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika (zob. **pytanie 5**).
63. Szczegółowe stanowisko co do poszczególnych pytań prejudycjalnych sądu odsyłającego, Związek Banków Polskich przedkłada poniżej.

II. PYTANIE PIERWSZE

Czy art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 4 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 winien być rozumiany w ten sposób, że sąd krajowy ma obowiązek stwierdzenia nieuczciwości (w rozumieniu art. 3 ust 1 dyrektywy 93/13) warunku umowy zawartej z

konsumentem także wówczas, gdy w dacie orzekania na skutek dokonanej przez strony w formie aneksu zmiany treści umowy, warunek został zmieniony tak, że nie ma charakteru nieuczciwego, a stwierdzenie nieuczciwości warunku w jego pierwotnym brzmieniu może skutkować upadkiem (unieważnieniem) całej umowy?

[II.1. UWAGI WSTĘPNE]

64. W ocenie ZBP sąd odsyłający formułuje powyższe pytanie nieprecyzyjnie. Dosłowny sens pytania sprowadza się do próby ustalenia wpływu zawarcia przez strony aneksu do umowy kredytu z dnia 7 marca 2011 r. („Aneks”) na obowiązek sądu stwierdzenia nieuczciwości (abuzyjności) warunku. Pytanie to pomija jednak kontekst regulacyjny, w którym zawarto Aneks, w szczególności okoliczność, że po zawarciu Aneksu polski ustawodawca na mocy ustawy z dnia z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (tzw. „ustawa antyspreadowa”) wprowadził przepisy bezwzględnie wiążące, które m.in. umożliwiły kredytobiorcom niespłaconych jeszcze w całości kredytów walutowych oraz kredytów złotych indeksowanych do waluty obcej spłatę tych kredytów w walucie obcej.
65. Zadając powyższe pytanie sąd odsyłający zdaje się ponadto zakładać, że stwierdzenie nieuczciwości warunku w jego pierwotnym brzmieniu może skutkować upadkiem całej umowy, pomimo zawarcia Aneksu, w którym wyeliminowano nieuczciwe warunki („stwierdzenie nieuczciwości warunku w jego pierwotnym brzmieniu może skutkować upadkiem (unieważnieniem) całej umowy”). To założenie jest błędne, ponieważ zawarcie Aneksu ma niewątpliwie wpływ na to, czy sąd krajowy może przyjąć, że stwierdzenie nieuczciwości warunku powinno skutkować upadkiem całej umowy. To założenie powoduje zatem konieczność dokonania wykładni pytania sądu odsyłającego.

[II.2. DOPUSZCZALNOŚĆ STWIERDZENIA NIEUCZCIWOŚCI WARUNKÓW UMOWY ZMIENIONYCH ANEKSEM]

66. Jeśli chodzi o dosłowny sens pytania sądu odsyłającego, należy poczynić dwie uwagi.
67. **Po pierwsze**, z orzecznictwa TSUE wynika, że sąd ma obowiązek z urzędu stwierdzić nieuczciwy charakter warunku umownego, o ile spełnione są przesłanki określone w art. 3 dyrektywy 93/13 (por. wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie Pannon GSM Zrt., C-243/08, pkt 32; wyrok TSUE z dnia 20 września 2018 r., OTP Bank Nyrt., punkty 90-91). Nie widać przy tym powodów, dla których zaprzestanie stosowania klauzuli miałoby uniemożliwiać stwierdzenie jej abuzyjności. Wyjątkiem będzie sytuacja, której

konsument odstąpił od powoływania się na nieuczciwy charakter warunku umownego (zob. wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-243/08, pkt 33, 35; wyrok z dnia 3 października 2019 r., Dziubak, C-260/18, pkt 54; wyrok z dnia 14 kwietnia 2016 r., Sales Sinués i Drame Ba, C-381/14 i C-385/14, pkt 25).

68. Należy przy tym zgodzić się, że takiego zrzeczenia konsument może dokonać nie tylko przed sądem, ale również na mocy umowy, o ile zrzeczenie to wynika ze świadomej i wolnej następczej zgody (zob. opinia Rzecznika Generalnego Henrika Saugmandsaarda ØE z 30 stycznia 2020 r. w sprawie Ibercaja Banco SA, C-452/18, punkty 38-46). To czy, w warunkach przedmiotowej sprawy Aneks może zostać uznany za wyraz takiej zgody, należy do oceny sądu krajowego.
69. **Po drugie**, sąd odsyłający zastanawia się nad bytem prawnym umowy kredytu w związku z oceną, że Aneks zastąpił nieuczciwe warunki umowne – uczciwymi (w rozumieniu art. 3 dyrektywy 93/13). Tymczasem pierwotnym wobec tej oceny zagadnieniem jest to, czy i w jakim zakresie Aneks, w związku z uchwaleniem ustawy z dnia 29 lipca 2011 r., może w ogóle być rozpatrywany pod kątem uczciwości w świetle art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13. Pytanie to można ująć następująco: czy art. 1 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że zakres zastosowania tej dyrektywy nie obejmuje warunków odzwierciedlających obowiązujące przepisy prawa, wprowadzone po zawarciu umowy kredytu w celu umożliwienia konsumentowi spłaty kredytu w walucie waloryzacji lub denominacji. TSUE orzekł już, że wyłączony spod zakresu dyrektywy 93/13 jest warunek umowny odzwierciedlający bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawowe lub wykonawcze, przy czym zakres wyłączenia należy interpretować ściśle (zob. wyroki TSUE z dnia 20 września 2017 r. w sprawie Andriciuc i in., C-186/16, pkt 27-28, 31; wyrok z dnia 10 września 2014 r., Kušionová, C-34/13, pkt 77-78 oraz wyrok z dnia 20 września 2018 r. w sprawie OTP Bank Nyrt. i in., C-51/17, pkt 52, 54). W sprawie pod sygnaturą C-51/17 TSUE oceniał ustawę dotyczącą kredytów indeksowanych do CHF, na mocy której ustawodawca węgierski zastąpił „warunek dotyczący różnicy kursu wymiany warunkiem stanowiącym, że między stronami umowy znajduje zastosowanie obowiązujący w dniu zapadalności kurs wymiany ustalony przez narodowy bank węgierski”. W tym zakresie TSUE przyjął, że dyrektywa 93/13 nie znajdzie zastosowania, jednocześnie zastrzegł jednak, że ta ocena „nie oznacza, że inny warunek umowny, taki jak dotyczący ryzyka kursowego, jest w całości również wykluczony z zakresu stosowania

tej dyrektywy i nie może zatem być analizowany w jej świetle” (pkt 67-70; tak też TSUE w wyroku z dnia 14 marca 2019 r. w sprawie Dunai, C-119/17, pkt 48).

70. Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. dokonała bezpośredniej ingerencji w treść umów kredytu, uzupełniając, względnie potwierdzając istniejące już warunki umowne (tak jak to miało miejsce w badanej sprawie), które zapewniły kredytobiorcom możliwość spłaty kredytu w walucie obcej. Tym samym ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. potwierdziła uczciwość warunków wprowadzonych do umów kredytu na mocy tzw. aneksów antyspreadowych, takich jak Aneks, które umożliwiły konsumentom spłatę kredytu w walucie obcej.
71. Należy przy tym wyjaśnić, że w ustawie z dnia 29 lipca 2011 r. ustawodawca nie zamierzał przesądzić wszystkich kwestii dotyczących kredytów walutowych, takich jak ryzyko walutowe. Co więcej, zawarcie Aneksu, a następnie uchwalenie ustawy z dnia 29 lipca 2011 r., inaczej niż w powołanych wyżej sprawach węgierskich, nie wiązało się z przeliczeniem salda kredytu lub spłaconych już rat, a intencja ustawodawcy sprowadzała się do potwierdzenia prawnej dopuszczalności zawierania z konsumentami umów kredytu wyrażonych w walutach obcych lub do takich walut indeksowanych, oraz uregulowania sposobu jej wykonywania na przyszłość.
72. W świetle powyższych uwag warunki umowne pozwalające na spłatę kredytu w walucie indeksacji nie tylko nie mają nieuczciwego charakteru, ale w ogóle nie są objęte zakresem zastosowania dyrektywy 93/13. Powyższa konkluzja nie wyklucza jednak, wobec prospektywnego charakteru ustawy z dnia 29 lipca 2011 r., po pierwsze, podnoszenia roszczeń, które mogą przysługiwać konsumentom w związku z ewentualnym nieuczciwym charakterem warunków dotyczących spłaty kredytu, obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. lub odpowiednich aneksów, a po drugie – podnoszenia nieuczciwego charakteru tych warunków, które nie uzyskały rangi ustawowej i w związku z tym nie korzystają z domniemania uczciwości, a zatem nie korzystają z wyłączenia z zakresu zastosowania dyrektywy 93/13. Przy tym powołane warunki nie są przedmiotem pytań prejudycjalnych sądu odsyłającego.

[II.3. ISTOTA PYTANIA SĄDU ODSYŁAJĄCEGO]

73. W uzasadnieniu pytania prejudycjalnego sąd odsyłający dostrzega szereg negatywnych konsekwencji stwierdzenia upadku (nieważności) całej umowy ze skutkiem *ex tunc*, podnosząc, że „[t]o z kolei wydaje się sprzeczne z wyrażoną uprzednio wolą konsumenta i banku, którzy zawierając aneks zmieniający nieuczciwe postanowienie doprowadzili do

rzeczywistej równowagi stron. Tym samym wyrok sądu dotyczyłby umowy w innym brzmieniu niż wiążąca strony na dzień wyrokowania. Stwierdzenie upadku (unieważnienie) umowy skutkowałoby obowiązkiem zwrotu przez Bank nie tylko świadczeń wpłaconych przez konsumentów na podstawie nieuczciwych postanowień, lecz także tych, które zostały wpłacone w oparciu o zmienione aneksem postanowienia uczciwe”. Przedstawione wątpliwości skłaniają sąd odsyłający do poszukiwania rozwiązań, które mogłyby takiemu upadkowi zapobiec. Sąd odsyłający błędnie jednak koncentruje się w tym względzie na przesłankach nieuczciwości warunków umownych, a nie na poszukiwaniu właściwej sankcji prawnej, zakładając – jak się zdaje – że nieuczciwość warunków musi rodzić upadek umowy. Tymczasem to założenie jest błędne.

74. Należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem TSUE, zasadą jest to, że umowa, w której stwierdzono postanowienia abuzywne, powinna dalej obowiązywać bez zakwestionowanych postanowień. Upadek umowy jest możliwy jedynie wtedy, kiedy bez zakwestionowanych postanowień umowa nie może dalej obowiązywać. Zdaniem Trybunału *„umowa powinna w zasadzie dalej obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego”* (wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 roku w sprawie Banco Español de Crédito SA, C-618/10, pkt 65; podobnie wyrok z dnia 15 marca 2012 r., Pereničová i Perenič, C-453/10; wyrok TSUE z 26 marca 2019 r. w połączonych sprawach Abanca Corporación Bancaria i Bankia, C-70/17 i C-179/17, pkt 60). Jak wskazano w wyroku w sprawie C-260 Dziubak (pkt. 39) w odniesieniu do art. 6 dyrektywy 93/13: *„Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem celem tego przepisu, a w szczególności drugiego członu zdania, nie jest unieważnienie wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki, lecz zastąpienie formalnej równowagi, jaką umowa ustanawia między prawami i obowiązkami stron umowy, rzeczywistą równowagą pozwalającą na przywrócenie równości między nimi, przy czym uściślono, że dana umowa musi co do zasady nadal obowiązywać bez zmian innych niż wynikające ze zniesienia nieuczciwych warunków. O ile ten ostatni warunek jest spełniony, dana umowa może, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, zostać utrzymana w mocy, pod warunkiem że zgodnie z przepisami prawa krajowego takie utrzymanie w mocy umowy bez nieuczciwych postanowień jest prawnie możliwe, co musi zostać zweryfikowane przy zastosowaniu obiektywnego podejścia (zob. podobnie wyrok z dnia 14 marca 2019 r.,*

Dunai, C-118/17, EU:C:2019:207, pkt 40, 51; a także 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)”.

75. W orzecznictwie TSUE niewiele uwagi poświęca się przy tym wymogom prawa europejskiego w zakresie kryteriów oceny, czy bez zakwestionowanych warunków umowa może dalej obowiązywać. W szczególności nie jest jasne, czy oceny tej należy dokonywać na moment zawarcia umowy, czy też na moment orzekania w sprawie (względnie inny moment, np. zaistnienia sporu). Wydaje się, że o ile kwestia samej oceny jest materią prawa krajowego, to jednak prawo europejskie powinno formułować tu pewne ogólne wymogi, odnoszące się w szczególności do momentu dokonywania oceny.
76. Jak słusznie wskazuje sąd odsyłający, ocena abuzywności klauzuli umownej powinna być dokonywana na moment zawarcia umowy. Sąd odsyłający cytuje tu wyrok TSUE w sprawie Andriuc (C-186/16).
77. Sąd odsyłający przyjmuje jednak, że również ocena możliwości dalszego obowiązywania umowy powinna być dokonywana na moment zawarcia umowy. Powyższe podejście jest błędne. Oceny dalszej możliwości wykonywania umowy należy dokonać na moment orzekania, względnie zaistnienia sporu. Na ten moment umowa bez pierwotnych postanowień niewątpliwie mogłaby być dalej wykonywana, przez zastosowanie zmodyfikowanych postanowień. Za powyższym wnioskiem przemawiają następujące argumenty.
78. **Po pierwsze**, jak wskazał TSUE w sprawie Dziubak (C-260/18): „*skutki dla sytuacji konsumenta wynikające z unieważnienia całości umowy, takie jak te, o których mowa w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., Kásler i Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), należy oceniać w świetle okoliczności istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu*”. Co prawda TSUE odnosi się tu wprost jedynie do skutków unieważnienia, a nie skutków abuzywności (i to wybranych, a mianowicie możliwości dalszego wykonywania umowy), ale wyraża pewną ogólną zasadę, nakazującą przy ocenie zasadności unieważnienia, brać pod uwagę możliwie aktualny stan rzeczy. TSUE podkreśla tu konieczność wzięcia pod uwagę aktualnych, a nie historycznych interesów konsumenta. Nie widać żadnych powodów, dla których ocena tego, czy umowa bez zakwestionowanych postanowień może obowiązywać miałaby być dokonywana w oparciu o historyczny stan rzeczy. Za dokonywaniem tej oceny według aktualnego stanu rzeczy przemawiają te same argumenty.

79. **Po drugie**, powyższy pogląd znajduje wprost oparcie w poglądzie Rzecznika Generalnego Giovanniego Pitruzelliego, wyrażonej w sprawie Dziubak (C-260/18). Jak stwierdził Rzecznik Generalny: „59. Jednakże moim zdaniem, wobec braku dających się wywnioskować z prawa krajowego wyraźnych wskazówek w tym względzie, wydaje się, że istnieją dwa powody, dla których skutki stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunków, jak i konsekwencje ewentualnego stwierdzenia nieważności całej umowy – i ewentualnej możliwości uzupełnienia umowy przez sąd – muszą zostać ocenione w chwili rozstrzygnięcia sporu. 60. Po pierwsze, na płaszczyźnie systemowej, dla pełnego wdrożenia bezpośrednich celów dyrektywy, które, jak wskazano, obejmują przywrócenie zasadniczej równowagi między stronami, konieczne jest, aby skutki usunięcia nieuczciwych warunków były oceniane w odniesieniu do konkretnej i rzeczywistej sytuacji, to jest w odniesieniu do okoliczności istniejących w momencie, w którym sąd krajowy rozstrzyga spór. W rzeczywistości interesy stron mogą być inne w tym czasie niż w momencie zawarcia umowy. 61. Po drugie, ocena tych skutków w momencie rozstrzygnięcia sporu jest zgodna ze stanowiskiem Trybunału wyrażonym w sprawie Kásler (31). 62. W istocie Trybunał wyjaśnił, że sytuacja, w której umowa – podlegająca zgodnie z prawem krajowym unieważnieniu w następstwie usunięcia nieuczciwych warunków – może zostać uzupełniona przez sąd w drodze zastąpienia nieuczciwego warunku przepisem o charakterze dyspozytywnym, ma miejsce tylko wówczas, gdy stwierdzenie nieważności umowy okazuje się „szczególnie niekorzystne” (32) dla konsumenta. 63. Oznacza to, że interesy konsumenta, które sąd krajowy musi wziąć pod uwagę, to interesy istniejące w momencie wydawania wyroku, a nie te, które kierowały konsumentem w chwili zawierania umowy”.
80. **Po trzecie**, język używany przez TSUE w odniesieniu do możliwości dalszego obowiązywania umowy, wyraźnie wskazuje na to, że ocena ta dokonywana jest na przyszłość, a nie na przeszłość. W sprawie C-618/10 (Banco Español de Crédito) TSUE stwierdził, że: „Umowa ta powinna bowiem w zasadzie **nadal** obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie **dalsze** obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego”. Użycie określeń „nadal” i „dalsze”, wskazuje wyraźnie na przyszłościowy aspekt oceny.
81. **Po czwarte**, powyższy wniosek potwierdza również wyrok TSUE w sprawach połączonych C-70/17 i C-179/17 (Abanca Corporación Bancaria i Bankia, pkt 59), gdzie

TSUE nie widział przeszkód w zastosowaniu, dla utrzymania ważności umowy, przepisu, który wszedł w życie po jej zawarciu. Tym samym, TSUE potwierdził pośrednio, że dla oceny możliwości zastosowania danego przepisu istotny jest stan prawny w momencie dokonywania takiej oceny, a nie stan prawny istniejący w przeszłości.

82. **Po piąte**, za powyższym wnioskiem przemawiają również argumenty celowościowe. Celem wymogu, aby umowa mogła dalej obowiązywać jest zapewnienie możliwości jej dalszej realizacji przez strony. W okresie wcześniejszym umowa była wykonywana w oparciu o klauzule abuzywne. Czy takie wykonywanie byłoby możliwe w odnośnym czasie w razie ich wyeliminowania, jest pytaniem całkowicie hipotetycznym. Natomiast z punktu widzenia możliwości rzeczywistego dalszego wykonywania umowy, istotny jest stan rzeczy na moment dokonywania oceny.
83. **Po szóste**, powyższe konkluzje są szczególnie uzasadnione w związku z charakterem umowy badanej przez sąd odsyłający. Umowa kredytu hipotecznego kreuje bowiem stosunek ciągły, przewidziany na kilkadziesiąt lat (w badanej sprawie: 30 lat). W przypadku tego rodzaju umów nie sposób oceniać możliwość dalszego wykonywania umowy po eliminacji z niej klauzul abuzywnych, abstrahując od zmian w otoczeniu faktycznym i prawnym, które zaszły w trakcie kilkunastu lat jej wykonywania. Taka ocena ignorowałaby bowiem rzeczywisty, aktualny rozkład interesów stron.
84. Powyższe prowadzi do wniosku, że oceny możliwości dalszego obowiązywania umowy należy dokonywać na moment orzekania, względnie zaistnienia sporu w sprawie. Oznacza to, że na potrzeby oceny, czy umowa może dalej obowiązywać bez zakwestionowanych klauzul, sąd ma obowiązek wzięcia pod uwagę aktualnego stanu faktycznego i prawnego. Pociąga to za sobą konieczność uwzględnienia takich okoliczności jak zmiana ustawodawstwa czy zawarcie aneksu eliminującego zakwestionowane klauzule, względnie wykonanie umowy w całości. Okoliczności te mogą powodować, że umowa, która nie mogłaby być wykonywana bez zakwestionowanych klauzul w momencie jej zawarcia, będzie mogła być wykonywana bez tych klauzul w późniejszym momencie. Taka sytuacja ma miejsce w rozważanej przez sąd odsyłający sprawie. Przynajmniej, strony wyeliminowały klauzule abuzywne w drodze zawarcia Aneksu. Oczywistym jest, że po zawarciu aneksu umowa może być dalej wykonywana bez potrzeby zastosowania pierwotnych, wyeliminowanych klauzul. Niezależnie od powyższego, jak już wskazano powyżej, od 2011 r. obowiązuje tzw. ustawa antyspreadowa, która wprowadziła do treści ustawy – Prawo bankowe art. 69 ust. 3, który przewiduje możliwość spłaty kredytu

walutowego, zarówno denominowanego jak i indeksowanego, w walucie kredytu. Tym samym, klient posiada z mocy ustawy możliwość wykonywania umowy kredytu poprzez jego spłatę w walucie obcej, której to możliwości klient mógł nie posiadać w momencie zawarcia umowy. Spłata kredytu w walucie obcej pozwala na całkowite uwolnienie się klienta od kursu wyznaczanego przez bank, który to kurs i jego rzekomo dowolne ustalanie stanowi zasadniczy zarzut klientów wobec banków w sporach dotyczących kredytów walutowych.

85. Inną okolicznością, która będzie musiała być wzięta pod uwagę (a która nie występuje w sprawie rozważanej przez sąd odsyłający), jest np. wykonanie umowy w całości. W razie spłaty kredytu przez klienta, pytanie o możliwość dalszego wykonywania umowy jest pozbawione sensu. Umowa, która została wykonana, nie może być dalej wykonywana. Oznacza to, że w razie wykonania umowy, stwierdzenie jej nieważności nie będzie możliwe.
86. Powyższe wnioski nie podważają w żaden sposób możliwości i powinności sądu krajowego stwierdzenia nieuczciwego charakteru klauzul i wyciągnięcia z niej wszelkich konsekwencji przewidzianych prawem, poza nieważnością umowy w całości. Nieuczciwe klauzule zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, nie wiążą konsumenta. To niezwiązanie wywołuje skutek *ex tunc*, od momentu zawarcia umowy (por. pkt. 61 wyroku TSUE w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo). Konsument ma roszczenia finansowe związane z nieuczciwością klauzul. Jeżeli na podstawie zakwestionowanych klauzul pobrano od konsumenta środki, których wysokość byłaby inna (niższa) w braku zakwestionowanych klauzul, konsument posiada roszczenie o zwrot tych środków. Tym niemniej, abuzywność postanowień umownych nie będzie mogła prowadzić do nieważności całej umowy, lecz jedynie do powstania roszczeń finansowych.
87. W tym kontekście powstaje pytanie, czy dalszemu wykonywaniu umowy nie stoi na przeszkodzie to, że w wyniku zastosowania nieuczciwych klauzul w przeszłości, aktualne saldo umowy jest nieprawidłowo wyliczone. Tej wątpliwości daje wyraz sąd odsyłający, wskazując, że *„w oparciu o ów nieuczciwy warunek zostało wyliczone saldo kredytu oraz doszło do spłaty szeregu rat kapitałowo odsetkowych”*.
88. W przekonaniu ZBP, na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Nieprawidłowe saldo kredytu powoduje, że konsument ma roszczenie o jego

skorygowanie, względnie zwrot dokonanych nadpłat. Natomiast nie może to eliminować możliwości dalszego wykonywania umowy. To, że umowa bez zakwestionowanych klauzul ma być wykonywana bez żadnych zmian, należy rozumieć w ten sposób, że nie powinno dojść do żadnych zmian innych niż wynikające bezpośrednio z wyeliminowania zakwestionowanych klauzul. Tymczasem korekta salda kredytu jest zmianą wynikającą bezpośrednio z usunięcia zakwestionowanych klauzul umownych. Korekta salda kredytu jest czynnością techniczną, która może mieć miejsce w normalnym toku wykonywania umowy, np. w związku z popełnionymi błędami w zakresie zaliczenia wpłat. Sam fakt jej dokonania nie budzi żadnych wątpliwości co do obowiązywania czy ważności umowy. Konieczność dokonania korekty nie może budzić żadnych wątpliwości co do tego, czy umowa bez zakwestionowanych klauzul może być dalej wykonywana. Chodzi tu o czysto techniczną możliwość wykonywania umowy, która jest zapewniona poprzez wprowadzenie Aneksu, alternatywnie w wyniku zastosowania tzw. ustawy antyspreadowej.

89. Powyższa koncepcja usuwa wszystkie wątpliwości wskazane przez sąd odsyłający – dotyczące tego, że wyrok dotyczyłby umowy w innym brzmieniu niż na dzień wyrokowania i skutkował obowiązkiem zwrotu nie tylko świadczeń wpłaconych na podstawie nieuczciwych postanowień, ale również na podstawie Aneksu. W razie przyjęcia, że upadek całej umowy jest wykluczony, służące konsumentowi roszczenia finansowe mogą dotyczyć wyłącznie okresu stosowania nieuczciwych klauzul, przed zawarciem aneksu.
90. Tym samym, wydaje się, że TSUE powinien uznać, że rzeczywista treść pytania sądu odsyłającego zmierza do dokonania oceny, czy zawarcie aneksu, który eliminuje abuzywność postanowień umownych, wyklucza możliwość przyjęcia, że umowa taka bez zakwestionowanych klauzul nie może być dalej wykonywana i tym samym wyklucza możliwość przyjęcia upadku (unieważnienia) całej umowy.
91. W świetle powyższych rozważań, w przekonaniu ZBP, TSUE powinien udzielić następującej odpowiedzi na pytanie pierwsze:

„Art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 4 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 winien być rozumiany w ten sposób, że sąd krajowy może stwierdzić nieuczciwość (w rozumieniu art. 3 ust 1 dyrektywy 93/13) warunku umowy zawartej z konsumentem także wówczas, gdy w dacie orzekania na skutek dokonanej przez strony w formie aneksu

zmiany treści umowy, warunek został zmieniony tak, że nie ma charakteru nieuczciwego, z tym że w takiej sytuacji stwierdzenie nieuczciwości uprzednio obowiązującego warunku nie może doprowadzić do uznania, że bez tego warunku umowa nie mogłaby być dalej wykonywana i tym samym nie może prowadzić do upadku całości umowy. Oceny tego, czy umowa może być dalej wykonywana bez postanowień uznanych za nieuczciwe, należy dokonywać przy uwzględnieniu stanu faktycznego i prawnego obowiązującego w momencie orzekania.”

III. PYTANIE DRUGIE

Czy art. 6 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 zdanie 2 oraz art. 2 dyrektywy 93/13 winien być rozumiany w ten sposób, że zezwala sądowi krajowemu na stwierdzenie nieuczciwości tylko niektórych elementów warunku umownego dotyczącego ustalanego przez bank kursu wymiany waluty, do której indeksowany jest udzielany konsumentowi kredyt (tak jak w postępowaniu głównym), tj. przez eliminację zapisu dotyczącego ustalonej jednostronnie i w niejasny sposób marży banku będącej składową kursu wymiany a pozostawienie jednoznacznego postanowienia odnoszącego się do średniego kursu banku centralnego (Narodowego Banku Polskiego), co nie rodzi potrzeby zastąpienia wyeliminowanej treści jakimkolwiek przepisem prawa, a skutkować będzie przywróceniem rzeczywistej równowagi pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, choć zmieni istotę zapisu dotyczącego spełnienia świadczenia przez konsumenta z korzyścią dla niego?

92. Drugie pytanie zadane przez sąd odsyłający dotyczy możliwości stwierdzenia nieuczciwości tylko niektórych elementów warunków umownego, szczególnie, gdy eliminacja zapisu uznanego za niedozwolony nie rodzi potrzeby zastąpienia wyeliminowanej części przepisem prawa, a skutkować będzie przywróceniem rzeczywistej równowagi między konsumentem a przedsiębiorcą.
93. Mając na względzie zasadniczy cel dyrektywy 93/13 oraz orzecznictwo TSUE wypracowane na jej podstawie, nie powinno być wątpliwości, że sąd krajowy może uznać za nieuczciwy tylko jeden element postanowienia umownego, przy pozostawieniu w mocy pozostałych. Na podstawie art. 6 dyrektywy 93/13 ugruntowana została bowiem **zasada trwałości umowy konsumenckiej**. W wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* (C-260/18)²³ wskazane zostało: „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, celem tego przepisu, a w

²³ Wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie *Dziubak*, C-260/18.

szczególności drugiego członu zdania, nie jest unieważnienie wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki, lecz zastąpienie formalnej równowagi, jaką umowa ustanawia między prawami i obowiązkami stron umowy, rzeczywistą równowagą pozwalającą na przywrócenie równości między nimi, przy czym uściślono, że dana umowa musi co do zasady nadal obowiązywać bez zmian innych niż wynikające ze zniesienia nieuczciwych warunków. O ile ten ostatni warunek jest spełniony, **dana umowa może, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, zostać utrzymana w mocy, pod warunkiem że zgodnie z przepisami prawa krajowego takie utrzymanie w mocy umowy bez nieuczciwych postanowień jest prawnie możliwe, co musi zostać zweryfikowane przy zastosowaniu obiektywnego podejścia** (zob. podobnie wyrok z dnia 14 marca 2019 r., *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, pkt 40, 51; a także 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)” (nb 39 wyroku).

94. Z powyższego wynika, iż w świetle ugruntowanego już w tym zakresie orzecnictwa TSUE, konsument powinien zostać uwolniony jedynie od takiego warunku, który ma nieuczciwy charakter, przy pozostawieniu w mocy pozostałej części. Jak słusznie przy tym wyjaśnia opinia Rzecznika Generalnego TSUE wydana w dniu 13 lipca 2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 **osiągnięcie równowagi stron, do której zmierza dyrektywa 93/13, nie może oznaczać faworyzowania konsumenta**²⁴.
95. Mając na uwadze opisany powyżej naczelny cel przepisów o ochronie konsumenta, należy również rozważyć znaczenie stosowanego przez dyrektywę 93/13 określenia „warunku umownego”. **Komisja Europejska w swoich wytycznych potwierdziła, że pojedynczy ustęp/jednostka redakcyjna w umowie może zawierać więcej niż jeden warunek umowny w rozumieniu art. 3 dyrektywy 93/13**²⁵, a to, co wydaje się być jednym „warunkiem umowy”, w rzeczywistości może składać się z różnych warunków. Jak wyjaśnia Komisja, „*taki stan rzeczy może mieć miejsce w szczególności w przypadku, gdy warunek umowny zawiera (co najmniej) dwa postanowienia, które można oddzielić od siebie w taki sposób, że jedno z nich można wykreślić, natomiast pozostałe postanowienia są nadal jasne i zrozumiałe oraz mogą być poddane indywidualnej ocenie (...) dla*

²⁴ Opinia Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego przedstawiona wydana w dniu 13 lipca 2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 ECLI:EU:C:2016:552, pkt 73.

²⁵ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania Dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

*rozdzielności warunków umowy istotne znaczenie ma treść lub funkcja poszczególnych postanowień*²⁶.

96. W świetle wytycznych Komisji, w takiej sytuacji, **częściowe wykreślenie postanowienia jest możliwe**, o ile wykreślenie jednej części nie wpływa **na istotę pozostałej części warunku**. Zgodnie z wyrokiem w sprawach połączonych C-70/17 i C-179/17 (*Santos*), przepisy dyrektywy 93/13 stoją na przeszkodzie częściowemu utrzymaniu w mocy warunku umownego poprzez usunięcie elementów przesądających o jego nieuczciwym charakterze, ale tylko w wypadku, gdyby to usunięcie sprowadzało się do **mającej wpływ na istotę tych warunków zmiany ich treści**. Potwierdza to także orzeczenie w sprawach połączonych C-96/16 i C-94/17 (*Banco Santander Escobedo Cortes*), gdzie TSUE – rozróżniając odmienności funkcji odsetek umownych i odsetek ustawowych – przyjął, iż *„zachowują one swoją ważność nie tylko wówczas, gdy stopa odsetek za zwłokę została ustalona niezależnie od stopy odsetek zwykłych w odrębnym warunku, ale także wówczas, gdy stopa odsetek za zwłokę została ustalona poprzez powiększenie stopy odsetek zwykłych o określoną liczbę punktów procentowych. W tym ostatnim przypadku – przypadku nieuczciwego warunku polegającego na powiększeniu – dyrektywa 93/13 wymaga jedynie, aby owo powiększenie zostało unieważnione”*.

97. Wyżej wymieniona koncepcja zaprezentowana została także przez Rzecznika Generalnego (TSUE) Macieja Szpunara w opinii z dnia 13 września 2018 r., przedstawionej w sprawie C-70/17, zgodnie z którą: *„W 1981 r. Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) po raz pierwszy dopuścił „rozcłonkowanie/podzielenie” warunku umownego na kilka części, z których jedna (lub więcej) jest nieuczciwa, w celu „sanowania” pozostałej części warunku. Koncepcja ta polega na tym, że (i) część „skażona” może zostać wykreślona bez jakiegokolwiek innej zmiany, (ii) pozostałe w ten sposób sformułowanie zachowuje sens nawet bez usuniętych elementów, (iii) zachowany zostaje pierwotny cel pozostawionego sformułowania”* (doktryna „błękitnego ołówka”).

98. Jak wynika natomiast z odesłania prejudycjalnego w sprawie C-19/20, wyeliminowanie z umowy postanowień umownych dotyczących marży kursowej uznawanych przez sąd odsyłających za nieuczciwe, nie wyłącza możliwości dalszego wykonywania umowy – w dalszym ciągu kredyt będzie mógł być bowiem rozliczany według kursów średnich NBP, do których znajduje się bezpośrednie odwołanie w tej umowie. Klauzula podlegająca

²⁶ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania Dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

badaniu w postępowaniu głównym została sformułowana w ten sposób, że kurs kupna waluty określono jako wynik działania: średni kurs ogłoszony przez NBP „*minus marża kupna*”, zaś kurs sprzedaży waluty odpowiednio jako wynik działania: średni kurs ogłoszony przez NBP „*plus marża sprzedaży*”. Spełnia ona zatem wymogi dotychczas wyrażone przez TSUE co do możliwości jej podziału, albowiem: **(i)** możliwe jest wyodrębnienie w niej dwóch odrębnych warunków, tj. jednego dotyczącego zastosowania kursu średniego NBP, drugiego – zastosowania marży, **(ii)** usunięcie ewentualnie uznanej za „skażoną” części dotyczącej marży kupna/sprzedaży powoduje, że **pozostałe w ten sposób sformułowanie, tj. odwołanie do kursów średnich NBP zachowa sens bez potrzeby dokonywania jakichkolwiek zmian**. W wyroku TSUE w sprawie *Dziubak* (C-260/18) orzekł natomiast, że „*umowa pozostaje wiążąca dla stron na tych samych warunkach, jeżeli może dalej obowiązywać bez nieuczciwych postanowień*”²⁷.

99. Powyższe odpowiada również orzeczeniu TSUE w sprawie C-421/14 (*Banco Primus*), zgodnie z którym „*umowa ta powinna bowiem co do zasady dalej istnieć bez jakiegokolwiek zmiany innej niż ta wynikająca ze zniesienia wspomnianego warunku*”. Warunkiem, który przez sąd odsyłający jest rozważany jako ewentualnie nieuczciwy, jest zaś jedynie warunek dotyczący marży. **Możliwe jest zatem pozostawienie pozostałej treści postanowienia – odsyłającego do kursów średnich NBP - bez jakiegokolwiek dalszej interwencji (usunięcie marży nie wpływa bowiem w żaden sposób na kurs średni NBP)**. Na marginesie, kursy te usankcjonowane zostały przez polskiego ustawodawcę jako właściwy miernik przeliczeń w walutach obcych na mocy wprowadzonego w 2009 r. art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego. Sąd odsyłający potwierdził przy tym, że odesłanie do kursu średniego NBP nie jest nieuczciwe.

100. **Dokonana zmiana nie wpływa również na istotę warunku ani też na zmianę pozostałej treści postanowienia. Pozostała część warunku jest bowiem spójna logicznie i gramatycznie, precyzyjna i możliwa do dalszego samodzielnego stosowania**. Owe dwie części warunku nie są bowiem powiązane w ten sposób, że wykreślenie jednej z nich miałoby wpływ na istotę pozostałej części warunku. Usunięcie marży nie zmienia bowiem w żaden sposób istoty warunku, który uznaje kursy średnie NBP za właściwy miernik przeliczeń, a prowadzi jedynie do wyeliminowania z umowy „powiększenia”, o którym mowa w orzeczeniu TSUE w sprawach połączonych C-96/16 i C-94/17.

²⁷ Wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie *Dziubak*, C-260/18.

101. Z tego też punktu widzenia, dokonanie takiego podziału spełnia kryteria wyrażone w orzeczeniach TSUE C-96/16 i C 94/17 (*Banco Santander Escobedo Cortes*) i C-70/17 i C-179/17 (*Santos*). Sytuację tę odróżnić przy tym należy od sytuacji wskazywanej przez TSUE w wyroku C-488/11 (*Asbeek Brusse*), zgodnie z którą „art. 6 dyrektywy nie może być interpretowany jako zezwalający sądowi krajowemu, w przypadku, gdy stwierdzi on nieuczciwy charakter postanowienia dotyczącego kary umownej (...) na obniżenie kwoty kary umownej zamiast całkowitego niestosowania wobec niego danego postanowienia”. Zastosowanie wyżej wymienionego rozwiązania nie sprowadza się bowiem do obniżenia kursu kupna/sprzedaży, lecz do całkowitego niestosowania wobec konsumenta warunku umownego dotyczącego **marży** i jako takie należy uznać za zgodne z dotychczasowym orzecznictwem TSUE.

102. Odpowiedź na pytanie drugie zadane przez sąd odsyłający powinna mieć zatem na względzie, iż naczelnym celem wyroku w sprawach dotyczących niedozwolonych klauzul umownych jest przywrócenie równowagi kontraktowej stron, a nie rozwiązanie więzi prawnej łączącej strony. W orzecznictwie TSUE: „realizowany przez ustawodawcę unijnego w dyrektywie 93/13/EWG cel nie polega na wyeliminowaniu z obrotu wszelkich zawierających nieuczciwe warunki umów, lecz **na przywróceniu równowagi między stronami umowy, co do zasady przy jednoczesnym utrzymaniu umowy jako całości**”²⁸, a zatem **wyrok taki pełni funkcję kompensacyjną, a nie penalizacją**. ZBP stoi przy tym na stanowisku, iż przeliczenie umowy według kursów średnich NBP bądź to na podstawie wyeliminowania z umowy postanowień dotyczących marży kursowej (jak to ma miejsce w przypadku klauzuli BPH), bądź też na podstawie obowiązującego w polskim systemie prawnym przepisu dyspozytywnego (art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego) będzie stanowić urzeczywistnienie naczelnego celu dyrektywy 93/13. Z jednej strony kredyt konsumenta przeliczany będzie według kursu przyjętego zwyczajowo do stosowania w razie wątpliwości co do określenia wartości waluty obcej, niezawierających jakiegokolwiek marży, zaś z drugiej – banki narażone zostaną na znaczne konsekwencje finansowe, wynikające z utraty marży (spreadu). Kursy średnie publikowane przez NBP nie są kursami transakcyjnymi, których standardowo używa się w relacjach cywilnoprawnych.

103. W świetle powyższych rozważań, w przekonaniu ZBP, na pytanie drugie zasadne jest udzielenie odpowiedzi:

²⁸ Wyrok TSUE z dnia 15 marca 2012 r., C-453/10, Jana Pereničová i Vladislav Perenič przeciwko SOS financ, spol. s r. o., sprawa C-453/10.

„Art. 6 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 zdanie 2 oraz art. 2 dyrektywy 93/13 nie sprzeciwia się stwierdzeniu nieuczciwości tylko części zapisu (warunku) dotyczącego ustalanego przez bank kursu wymiany waluty, do której indeksowany jest kredyt udzielany konsumentowi, tj. przez eliminację zapisu dotyczącego marży banku będącej składową kursu wymiany a pozostawienie jednoznacznego zapisu odnoszącego się do średniego kursu NBP.”

IV. PYTANIE TRZECIE

Czy art. 6 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy rozumieć w ten sposób, że nawet w sytuacji wprowadzenia przez ustawodawcę krajowego środków zapobiegających zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków umownych, takich jak badany w postępowaniu głównym, poprzez wprowadzenie przepisów nakładających na banki obowiązek szczegółowego określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego wyliczana jest kwota kredytu, rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu, interes publiczny sprzeciwia się stwierdzeniu nieuczciwości tylko niektórych elementów warunku umownego w sposób opisany w pytaniu drugim?

[IV.1. ISTOTA PYTANIA TRZECIEGO]

104. W pytaniu trzecim sąd odsyłający pyta o to, czy interes publiczny (rozumiany jako postulat zniechęcenia przedsiębiorcy do dalszych naruszeń wywiedziony z art. 7 ust. 1 oraz motywu dziewiątego dyrektywy 93/13) stoi na przeszkodzie temu, by z badanej klauzuli kursu wymiany walut usunąć odniesienia do marży banku, jako elementu ustalanego jednostronnie przez bank, co pozwoliłoby na utrzymanie umowy w mocy w pozostałym zakresie (odnoszącej się do kursu NBP, co sąd odsyłający uznaje za uczciwe). W pytaniu tym sąd odsyłający podkreśla, że wprowadzenie w Polsce ustawy z dnia 29 lipca 2011 roku²⁹ zagwarantowało już zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków umownych - takich jak warunek badany w postępowaniu głównym - poprzez nałożenie na banki obowiązku szczegółowego określania sposobu i terminów ustalania kursów wymiany walut. Pytanie zatem sprowadza się do tego, czy pomimo faktycznego uniemożliwienia przez ustawodawcę bankowi dalszego stosowania nieuczciwego warunku, nadal konieczne jest uznanie, że interes publiczny sprzeciwia się stwierdzeniu nieuczciwości tylko niektórych elementów kwestionowanego warunku umownego (tu: marży banku) - co sąd

²⁹ Ustawa z 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 165, poz. 984).

odsyłający utożsamia z zastosowaniem tzw. redukcji utrzymującej skuteczność - czy jednak zasadne jest stwierdzenie nieważności całej umowy, tak by zniechęcić bank do dalszych naruszeń.

[IV.2. INTERES PUBLICZNY A SKUTKI STWIERDZENIA ABUZYWNOŚCI POSTANOWIENIA UMOWNEGO]

105. Definiując interes publiczny, sąd odsyłający odwołuje się do motywu dziewiątego dyrektywy 93/13, który mówi, że: „(...) *nabywcy towarów i usług powinni być chronieni przed nadużyciami ze strony sprzedawców lub dostawców (...)*”, art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13, nakładającego na Państwa Członkowskie obowiązek zapobiegania stałemu stosowaniu nieuczciwych klauzul oraz do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, w którym to Trybunał sprzeciwił się zastępowaniu nieuczciwych klauzul przez klauzule o innej treści w drodze orzeczenia sądowego, bądź w drodze zastosowania przepisu prawa. W szczególności sąd odsyłający przywołał tu wyrok w sprawie C-618/10 Banco Español de Credito SA³⁰ oraz wyroki w sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo³¹, które sąd odsyłający zinterpretował, jako zakazujące redukcji utrzymującej skuteczność oraz *de facto* optujące za unieważnianiem umów zawierających nieuczciwe warunki umowy po to, by wywołać skutek odstrasżający przedsiębiorcę od popełniania dalszych naruszeń³².

106. Pokreślić jednak należy, że wyroki przywołane przez sąd odsyłający bazują na innych okolicznościach faktycznych niż niniejsze postępowanie. W wyroku w sprawie C-618/10 Banco Español de Credito SA, pytanie prejudycjalne dotyczyło hiszpańskiego uregulowania, które zezwala sądowi krajowemu na zmianę treści nieuczciwego warunku poprzez zastąpienie go inną treścią (a nie eliminację jego nieuczciwych elementów)³³. Podobnie, w sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo Trybunał jedynie podtrzymał stanowisko wyrażone wcześniej w sprawie C-618/10 Banco Español de Credito SA, również wypowiadając się wyłącznie co do kwestii zmiany nieuczciwego warunku na inny, o treści samodzielnie ustalonej przez sąd krajowy³⁴.

³⁰ Z 14 czerwca 2012 r.

³¹ Z 21 grudnia 2016 r.

³² Pkt 44 odesłania prejudycjalnego.

³³ Pkt 58 wyroku z 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10 Banco Español de Credito SA.

³⁴ Pkt 57 wyroków z 21 grudnia 2016 r. w sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo.

107. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z przypadkiem zastępowania ewentualnie abuzywnej klauzuli postanowieniem o innej treści, ale wyłącznie z usunięciem elementu powodującego tę abuzywność³⁵. Dlatego też przywołane przez sąd odsyłający orzeczenia mają ograniczone znaczenie dla rozpatrywanego tu przypadku. Niemniej, nawet gdyby przyjąć, że usunięcie odesłania do marży w klauzulach banku stanowi *de facto* zmianę treści klauzuli spreadowej (z czym ZBP się nie zgadza), to z orzecznictwa Trybunału - w tym orzecznictwa przywołanego przez sąd odsyłający - nie wynika, jakoby inne przesłanki niż postulat interesu publicznego miały stać na przeszkodzie takiemu zabiegowi. Należy zatem przyjąć, że jeżeli postulat interesu publicznego będzie spełniony - nawet wówczas gdy dojdzie do tego w sposób inny, niż poprzez unieważnienie całej umowy - nie będzie on stał na przeszkodzie sanacji nieuczciwego warunku poprzez usunięcie elementu powodującego jego abuzywność.

108. Niezależnie zatem od tego czy zostanie przyjęte, że usunięcie odwołania do marży z badanej klauzuli umownej stanowi usunięcie nieuczciwego warunku, o którym mowa w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, czy też za zmianę nieuczciwego warunku rozważanego m.in. w wyrokach w sprawach C-618/10 Banco Español de Crédito SA, oraz C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo, zagwarantowanie wypełnienia postulatu interesu publicznego w inny sposób niż przez unieważnienie badanej umowy będzie skutkowało wyłączeniem konieczności badania spełnienia tego postulatu ponownie na etapie dobierania odpowiedniej sankcji za stosowanie nieuczciwego warunku. Innymi słowy, jeżeli Trybunał dojdzie do przekonania, że krajowe uregulowania zapewniają odpowiednie gwarancje w zakresie postulatu interesu publicznego, nie będzie konieczne podejmowanie dalej idących odstrasżających działań względem przedsiębiorcy, a w szczególności interes publiczny nie będzie mógł stanowić podstawy do unieważnienia umowy, jeżeli eliminacja abuzywnego warunku lub jego nieuczciwego elementu będzie skutkowałą wypełnieniem pozostałych postulatów i wymagań wynikających z dyrektywy 93/13, w tym tych związanych z realizacją zadań prewencyjnych.

[IV.3. MOŻLIWOŚĆ REALIZACJI POSTULATU INTERESU PUBLICZNEGO POPRZEZ WPROWADZENIE ODPOWIEDNIEJ REGULACJI NA POZIOMIE PRAWA KRAJOWEGO]

109. Podstawowym celem dyrektywy 93/13 jest przywrócenie równowagi między stronami umowy, co do zasady przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy umowy jako całości, zgodnie

³⁵ Więcej w stanowisku odnośnie pytania drugiego.

z jej art. 6 ust. 1, a nie na wyeliminowaniu z obrotu wszystkich umów zawierających nieuczciwe warunki.³⁶ Przepis art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 odnosi się do sytuacji, w których do naruszenia już doszło i wskazuje, jak przepisy krajowe mają takie sytuacje regulować. Postulat interesu publicznego wynikający z art. 7. ust 1 oraz motywu dziewiątego dyrektywy 93/13 uzupełnia ten cel o potrzebę zapewnienia, by po przywróceniu równowagi między stronami, nie dochodziło do kolejnych naruszeń tego typu w przyszłości.

110. Zapobieganie takim naruszeniom może być zapewnione poprzez zniechęcanie przedsiębiorców wskutek nakładania na nich przez sądy dotkliwych sankcji cywilnoprawnych, tak jak miało to miejsce w sprawie C-618/10 Banco Español de Credito SA (w której stwierdzenie nieważności umowy zostało uznane za odpowiednią sankcję), oraz w C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutierrez Naranjo (w których Trybunał uznał, że wyłączenie obowiązywania nieuczciwego warunku wiążące się z odpowiednim skutkiem restytucyjnym wywołuje odpowiedni skutek zniechęcający³⁷). Możliwe jest też systemowe zapewnienie efektu prewencyjnego poprzez wprowadzenie odpowiedniej regulacji na poziomie krajowym, tak jak miało to miejsce na Węgrzech. Nie pozostawia wątpliwości, że wprowadzenie rozwiązania w drodze ustawy powinno być oceniane jako lepsze, z uwagi na to, że nie odnosi skutku tylko w ramach jednej relacji konsument - przedsiębiorca, ale reguluje całość podobnych relacji na terytorium danego Państwa Członkowskiego. Rozwiązanie tego rodzaju było już przedmiotem rozważań Trybunału i zostało zaaprobowane m.in. w sprawie C-118/17 Dunai³⁸ po zweryfikowaniu przez Trybunał, że zapewnia ono odpowiednią ochronę, o jakiej mowa w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, przy jednoczesnym wypełnieniu postulatu interesu publicznego (tj. zapewnieniu, że standardy przewidziane taką regulacją będą miały zastosowanie do podobnych relacji kontraktowych w przyszłości, a ich pogwałcenie jest tą regulacją faktycznie uniemożliwione). Jak wskazano w uzasadnieniu tego wyroku:

„Chociaż art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie stanowi dla państw członkowskich przeszkody w zapobiegnięciu za pośrednictwem przepisów krajowych stosowania nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich zawieranych przez przedsiębiorcę, niemniej jednak faktem pozostaje, że prawodawca musi w tym kontekście spełnić wymogi wynikające

³⁶ Zob. podobnie wyrok z 15 marca 2012 r. C-453/10 Pereničová i Perenič, pkt 31.

³⁷ Pkt 62-63 wyroków z 21 grudnia 2016 r. w sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo.

³⁸ Wyrok z 14 marca 2019 r.

*z art. 6 ust. 1 tej dyrektywy. Fakt, że niektóre postanowienia umowne zostały uznane w drodze przepisów za nieuczciwe i nieważne oraz zastąpione nowymi postanowieniami w celu dalszego istnienia danej umowy, nie może bowiem prowadzić w konsekwencji do osłabienia ochrony gwarantowanej konsumentom, takiej jaką przypomniano w pkt 40 niniejszego wyroku*³⁹.

111. W tym kontekście rozważenia wymaga zatem, czy regulacje prawne przyjęte przez polskiego ustawodawcę poprzez nowelizację art. 69 ust. 3 Prawa bankowego (czyli tzw. ustawę antyspreadową⁴⁰) oraz zastosowanie art. 65 i 358 § 2 Kodeksu cywilnego mogą być interpretowane jako wywierające tożsamy skutek z regulacją prawa węgierskiego stanowiącą podstawę rozstrzygnięcia w sprawie Dunai. Test wywiedziony ze sprawy Dunai, który pozwala na zbadanie czy krajowe uregulowania są zgodne z celami dyrektywy 93/13, przedstawia się następująco⁴¹:

- 1) Czy celem krajowej regulacji jest przywrócenie równowagi kontraktowej stron poprzez możliwość eliminacji nieuczciwych klauzul przy jednoczesnym utrzymaniu ważności umowy? Innymi słowy, czy regulacja usuwa skutki abuzywnej klauzuli na przyszłość?
- 2) Czy krajowe regulacje zapewniają zwrot nienależnie otrzymanych przez profesjonalny podmiot korzyści w oparciu o nieuczciwy warunek? Innymi słowy, czy regulacja usuwa skutki abuzywnej klauzuli z przeszłości?
- 3) Czy w następstwie zastosowania takiej operacji, sytuacja prawna konsumenta będzie zbieżna z hipotetyczną sytuacją, w której od samego początku w umowie kredytu indeksowanego nie zostałyby zawarte nieuczciwe klauzule?

³⁹ Pkt 42-43 wyroku z 14 marca 2019 r. w sprawie C-118/17 Dunai

⁴⁰ Ustawa z 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 165, poz. 984).

⁴¹ Pkt 65 wyroku z 14 marca 2019 r. w sprawie C-118/17 Dunai: „(...) art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, iż:

– nie stoi on na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych, uniemożliwiających sądowi, do którego wniesiono sprawę, uwzględnienie żądania stwierdzenia nieważności umowy kredytu opartego na nieuczciwym charakterze warunku dotyczącego spreadów walutowych, takiego jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, pod warunkiem że stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku umożliwia przywrócenie sytuacji prawnej i faktycznej, w jakiej znajdowałby się konsument w przypadku braku istnienia tego nieuczciwego warunku; oraz

– stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, uniemożliwiającym, w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, sądowi, do którego wniesiono sprawę, uwzględnienie żądania stwierdzenia nieważności umowy kredytu opartego na nieuczciwym charakterze warunku dotyczącego ryzyka kursowego, jeżeli zostanie stwierdzone, że warunek ten jest nieuczciwy i że umowa bez tej klauzuli nie może dalej istnieć”.

112. W odpowiedzi na pytanie pierwsze testu, należy wskazać, że „[i]deą dokonania nowelizacji prawa bankowego ustawą z dnia 29 lipca 2011 r. było utrzymanie funkcjonujących na rynku kredytów denominowanych według nowych zasad”⁴². Zgodnie z ustawą antyspreadową, kredytobiorca zadłużony w walucie obcej może spłacać raty kredytu w walucie waloryzacji - walutą bezpośrednio kupioną np. w kantorze lub innym banku, gdzie może ona kosztować mniej. Dzięki temu z relacji pomiędzy kredytobiorcą a bankiem eliminuje się element pozwalający bankowi na jednostronne kształtowanie wartości spłacanego przez kredytobiorcę zobowiązania. Zabieg ten skutkuje przywróceniem równowagi kontraktowej stron od momentu wejścia w życie ustawy antyspreadowej (o ile kredytobiorca zechce z tej możliwości skorzystać) i umożliwia dalsze wykonywanie umowy na zasadach tam wskazanych, zgodnych z dyrektywą 93/13.

113. Odnosząc się do drugiego zagadnienia, wskazać należy, że obowiązujące w Polsce przepisy prawa pozwalają na rozliczenie nienależnie otrzymanych przez profesjonalny podmiot korzyści w oparciu o średni kurs NBP, w przypadku stwierdzenia niewiążącego charakteru klauzuli spreadowej odwołującej do kursu waluty ustalonej przez bank. Art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego w brzmieniu obowiązującym od 24 stycznia 2009 r. statuuje zasadę stosowania średniego kursu NBP do rozliczeń walutowych w Polsce. Zasada ta, przed nowelizacją art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego miała charakter powszechnie obowiązujący. W rezultacie, podążając za rozumowaniem Trybunału przedstawionym w wyroku w sprawie Dunai, należałoby przyjąć, że w przypadku klauzuli spreadowej badanej w niniejszym postępowaniu, zarówno usunięcie elementu odnoszącego do marży banku, jak i usunięcie całej klauzuli odniesie tożsamy skutek - rozliczenie umowy w oparciu o średni kurs NBP. Zatem omawiana regulacja pozwala na prawidłowe rozliczenia stron w ramach wykonywania umowy w przeszłości, *per analogiam* do wskazań Trybunału na gruncie sprawy Dunai, co również podkreślone zostało w wyroku Sądu Najwyższego z 19 marca 2015 r., sygn. akt IV CSK 362/14⁴³.

⁴² Wyrok z 1 marca 2017 r., sygn. akt IV CSK 285/16.

⁴³ „Zdaniem Sądu drugiej instancji ustalenie zasad spłaty kredytu w części niespłaconej może w sposób pośredni wywrzeć skutki w odniesieniu do spłaconych rat. Powodowie mogli bowiem dokonywać spłat w wyższej wysokości, niż ustalonej przy zastosowaniu rozwiązań przewidzianych nowelą, np. w związku z tzw. spreadem walutowym, co mogło doprowadzić do nadpłaty. W takiej sytuacji ich interes prawny może być w całości zaspokojony w drodze powództwa o świadczenie”.

114. Co do trzeciego elementu testu Dunai, zgodnie z orzecznictwem Trybunału (wyrok w sprawie Dunai⁴⁴) oraz orzecznictwem Sądu Najwyższego,⁴⁵ przyjmuje się, że klauzula różnic kursowych (spreadowa) nie ma charakteru postanowienia przedmiotowo istotnego. W rezultacie można sobie wyobrazić hipotetyczną sytuację, w której strony umowy kredytu indeksowanego, określając sam mechanizm indeksacji (klauzulę ryzyka walutowego), nie określają sposobu, w jaki ma ona być realizowana, pomijając w treści umowy klauzulę różnic kursowych. Tego typu umowa na gruncie prawa polskiego byłaby skutecznie zawarta i w pełni ważna, a jedynie pełna treść stosunku prawnego z niej wynikającego musiałaby zostać dookreślona poprzez zastosowanie art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego (ze skutkiem wstecznym *per analogiam* do wskazań Trybunału na gruncie sprawy C-70/17 Santos⁴⁶) bądź w drodze wykładni oświadczeń woli złożonych przez strony.
115. Wykładania umowy dokonana na podstawie art. 65 Kodeksu cywilnego w razie wyeliminowania z niej kwestionowanych klauzul różnic kursowych również prowadzi do wniosku, że umowa może być dalej wykonywana przez strony, jest bowiem w dalszym ciągu umową opierającą się na założeniu przeliczeń walutowych. Brak jest jedynie wskazania kursu, po którym takowe przeliczenia miałyby być dokonywane. Sposób dokonywania przeliczeń kwot wyrażonych w walucie obcej na walutę krajową poprzez odwołanie się do kursu średniego NBP nie budził wątpliwości w judykaturze także przed nowelizacją art. 358 § 2 Kodeksu cywilnego z 2009 r.⁴⁷ Co więcej, ustawodawca w szeregu aktów prawnych⁴⁸ odwoływał się do kursu średniego NBP jako nieskodyfikowanej zasady (normy) prawnej.
116. Podkreślić też należy, że wprowadzone regulacje nie wyłączają możliwości kwestionowania samej klauzuli ryzyka walutowego w oparciu o zarzuty dotyczące chociażby wprowadzenia kredytobiorcy w błąd na etapie zawierania umowy kredytowej⁴⁹.

⁴⁴ Pkt 42-43 wyroku z 14 marca 2019 r. w sprawie C-118/17 Dunai

⁴⁵ W szczególności wyrok z 1 marca 2017 r., sygn. akt IV CSK 285/16, jak też wyrok z 14 lipca 2017 r., sygn. akt II CSK 803/16.

⁴⁶ Wyrok z 26 marca 2019 r.

⁴⁷ Por. uchwała Sądu Najwyższego z 16 listopada 2000 r., sygn. akt III CZP 39/00, odsyłająca przy przeliczeniach kwot w walucie obcej w toku egzekucji komorniczej do kursu wskazanego w art. 8 Prawa dewizowego, jak również postanowienie Sądu Najwyższego z 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt V CZ 49/08, wskazujące kurs średni NBP jako miarodajny dla określenia wartości przedmiotu sporu w sprawie o roszczenie pieniężne wyrażone w walucie obcej.

⁴⁸ M.in. w (i) ustawie z 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2002 r. poz. 76, nr 694), (ii) ustawie z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U.2000.54.654), oraz (iii) ustawie z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 r., poz. 54, nr 535).

⁴⁹ Pkt 48-49 wyroku z 14 marca 2019 r. w sprawie C-118/17 Dunai.

117. W efekcie, polskie uregulowanie prawne, w tym przede wszystkim ustawa antyspreadowa, zapewniają odpowiednią ochronę konsumentów przed podobnymi warunkami umownymi, o której mowa w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13. Pozwala to zatem na przyjęcie, że owa regulacja ustawowa wypełnia także postulat interesu publicznego wynikający z art. 7. ust 1 oraz motywu dziewiątego dyrektywy 93/13, pod warunkiem zapewnienia, że standardy w niej przewidziane będą miały zastosowanie do podobnych relacji kontraktowych w przyszłości, a ich pogwałcenie jest tą regulacją faktycznie uniemożliwione, o czym poniżej.

[IV.4. CZY POLSKA REGULACJA USTAWOWA UNIEMOŻLIWIA PRZEDSIĘBIORCOM POPEŁNIANIE PODOBNYCH NARUSZEŃ W PRZYSZŁOŚCI?]

118. Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. wprowadziła obowiązek banków do szczegółowego określania sposobów i terminów ustalania kursów wymiany walut, na podstawie których w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu. W odniesieniu do umów kredytów lub pożyczek pieniężnych zaciągniętych przez kredytobiorcę lub pożyczkobiorcę przed dniem wejścia w życie ustawy antyspreadowej (co nastąpiło w dniu 26 sierpnia 2011 r.), które nie zostały całkowicie spłacone, bank dokonuje bezpłatnie stosownej zmiany umowy kredytowej lub umowy pożyczki. Ponadto, w przypadku wyrażenia takiej woli przez kredytobiorcę, może on spłacać kredyt bezpośrednio w walucie waloryzacji, a bank nie może odmówić przyjęcia takiego sposobu rozliczania umowy.

119. W konsekwencji, regulacja wprowadzona przez polskiego ustawodawcę stanowi faktyczną przeszkodę przed stosowaniem przez przedsiębiorcę podobnych klauzul w przyszłości.

[IV.5. ODSTRASZAJĄCY SKUTEK ROZLICZENIA UMOWY W OPARCIU O KURS ŚREDNI NBP]

120. Wskazać należy, że ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. stanowi wystarczający mechanizm zniechęcający przedsiębiorców do popełniania dalszych podobnych naruszeń. Wynika to z faktu, że zastosowanie do rozliczeń umowy średniego kursu NBP (tak jakby miało to miejsce w rozpatrywanej tu sprawie w przypadku usunięcia z klauzuli spreadowej odwołania do marży banku), również wypełniałoby postulat interesu publicznego.

121. Odwołanie się przy przeliczeniach kursowych dokonywanych na podstawie umowy kredytowej do kursu średniego NBP gwarantuje kredytobiorcy zwrot pobranych spreadów walutowych, a także generuje dodatkowe koszty dla banku, z uwagi na nietransakcyjny

charakter tego kursu. Należy bowiem pamiętać, że stosowanie przez banki i inne instytucje finansowe spreadu walutowego podyktowane jest obowiązkiem zabezpieczenia kosztów transakcyjnych ponoszonych przez tę instytucję, jak również ochrony przed stratami wynikającymi z zarządzania pozycją walutową (czyli stosunkiem należności do zobowiązań banku w danej walucie). Na gruncie rozpatrywanego przypadku, udzielenie kredytu walutowego wypłacanego w złotym oznacza wydłużenie pozycji banku w walucie obcej (czyli zwiększenie należności banku w danej walucie w stosunku do posiadanych zobowiązań). Taką sytuację należy zneutralizować poprzez sprzedaż waluty na rynku walutowym – sprzedaż nastąpi po cenie „bid” kontrahenta, a więc bank stosuje kurs kupna w sytuacji obliczania kapitału na początku życia kredytu. Spłata rat kredytu walutowego w złotych oznacza skrócenie pozycji walutowej banku w walucie obcej – bank musi odkupić tę walutę na rynku po cenie „offer” kontrahenta – replikując ten koszt wyznacza cenę sprzedaży walut dla klienta spłacającego kredyt. Stosowanie różnych kursów w zależności od strony transakcji replikuje rzeczywisty koszt banku związany z koniecznością nabycia waluty do obsługi danego kredytu. Wobec tego rozliczenie umowy po średnim kursie NBP i pozbawienie banku możliwości naliczania marży, stanowiłoby dla banku dotkliwą sankcję, bowiem wyłącznie bank będzie ponosił wszelkie koszty i ryzyka wynikające z realizacji umowy kredytu.

122. Tym samym, poprzez rozliczenie umowy w oparciu o kurs średni NBP (ze skutkiem od zawarcia umowy i na przyszłość), realizowane są odstraszające cele dyrektywy 93/13, z jednoczesnym zachowaniem proporcjonalności sankcji do rangi naruszenia. Za proporcjonalny środek zaradczy należy uznać pozbawienie przedsiębiorcy przychodu wynikającego ze stosowania warunków uznanych za nieuczciwe (takich jak warunek badany w postępowaniu głównym: marża banku związana ze stosowaniem kursu walutowego w rozliczaniu zobowiązań wynikających z umowy), a nie wyłączenie stosowania mechanizmu indeksacji jako takiego. Nadto, umożliwienie kredytobiorcy spłaty kredytu po kursie średnim NBP (w przypadku wyeliminowania odniesienia do marży banku), jest rozwiązaniem jeszcze korzystniejszym dla kredytobiorcy, a bardziej dotkliwym dla banku, niż rozwiązanie wprowadzone przez krajowego ustawodawcę ustawą z dnia 29 lipca 2011 roku. Kurs średni NBP będzie bowiem niższy, niż kurs kupna, po którym kredytobiorca będzie w stanie nabyć walutę na rynku walutowym w celu spłacania kredytu bezpośrednio w walucie indeksacji. Co znamienne, w wyrokach C-154/15, C-307/15 i C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo, Trybunał określił standard

proporcjonalności „sankcji”, w tego typu sprawach wprost wskazując, że zapewnienie skutku restytucyjnego w efekcie wyłączenia stosowania nieuczciwej klauzuli wywołuje odpowiedni skutek zniechęcający⁵⁰. Ponadto, takie rozwiązanie eliminuje ryzyka w zakresie tak zwanych *moral hazards*, wynikających z możliwości nadużywania przez konsumentów uprawnień wynikających dla nich z regulacji europejskich w celu postawienia się w sytuacji kontraktowej, w jakiej nie byłiby na gruncie obowiązującego ich prawa krajowego⁵¹.

123. W związku z powyższym, na pytanie trzecie należy udzielić następującej odpowiedzi:

„Art. 6 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy rozumieć w ten sposób, że w związku z wprowadzeniem przez ustawodawcę krajowego środków zapewniających zapobieganie stałemu stosowaniu warunków umownych, takich jak badany w postępowaniu głównym, które jednocześnie spełniają standardy ochrony wynikające z dyrektywy 93/13, interes publiczny nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu nieuczciwości tylko tych elementów warunku umownego, które powodują jego abuzywność i nie skutkuje koniecznością unieważnienia całej umowy”.

V. PYTANIE CZWARTE

*Czy brak obowiązywania umowy, o którym mowa w art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, stanowiący rezultat wyłączenia nieuczciwych warunków umownych, określonych w art. 2 lit. a) w zw. z art. 3 dyrektywy 93/13, należy rozumieć w ten sposób, że jest to sankcja, która może nastąpić jako rezultat konstytucyjnego orzeczenia sądu wydanego na wyraźne żądanie konsumenta z konsekwencjami od momentu zawarcia umowy tj. *ex tunc*, a roszczenia restytucyjne konsumenta i przedsiębiorcy stają się wymagalne wraz z uprawomocnieniem się wyroku?*

[V.1. ISTOTA PYTANIA CZWARTEGO]

124. Zgodnie z treścią pytania czwartego, sąd odsyłający dąży do ustalenia, jak należy rozumieć sankcję nieobowiązywania umowy w rezultacie wyłączenia nieuczciwych warunków umownych. W szczególności, sąd odsyłający chce uzyskać opinię Trybunału, czy sankcja braku obowiązywania umowy może nastąpić jako rezultat konstytucyjnego

⁵⁰ Z 21 grudnia 2016 r., pkt 62-63.

⁵¹ Zob. wyrok TSUE z 9 marca 1999 roku w sprawie C-212/97.

orzeczeniu sądu wydanego na wyraźne żądanie konsumenta z konsekwencjami od momentu zawarcia umowy tj. *ex tunc*, co powoduje, że restytucyjne roszczenia konsumenta i przedsiębiorcy stają się wymagalne nie wcześniej niż z uprawomocnieniem się wyroku.

125. Jak wskazujemy we Wstępie, w razie uznania niektórych postanowień umowy o kredyt indeksowany zawartej w pierwszej dekadzie XXI wieku na okres 20, 30 lat, za niedozwolone postanowienia umowne, zastosowanie sankcji nieważności prowadzić może do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego – w tym zwłaszcza zasady pewności prawa i proporcjonalności.

126. Jednakże, w związku z tym, że sąd odsyłający, pyta wprost o charakter wyroku – w razie uznania, że umowa nie może obowiązywać – poniżej przedstawiamy argumentację świadczącą o tym, że: (i) odpowiedź na pytanie sądu odsyłającego należy do materii prawa krajowego oraz do sądu krajowego; ale niezależnie od tego (ii) wyrok dotyczący braku obowiązywania umowy ma charakter konstytutywny, (iii) w konsekwencji bieg przedawnienia roszczeń stron wynikających z braku obowiązywania umowy nie może rozpocząć się wcześniej niż w momencie uprawomocnienia tego wyroku.

[V.2. MATERIA PRAWA KRAJOWEGO]

127. Pytanie sądu odsyłającego dotyczy kwestii stosowania prawa krajowego, a tym samym odpowiedź na nie należy do kompetencji sądu krajowego, a nie Trybunału.

128. Sankcje związane ze stosowaniem w umowach zawartych z konsumentami nieuczciwych warunków stanowią materię zastrzeżoną dla prawa krajowego. Trybunał potwierdził już kilkakrotnie, że kwestia badania, czy po wyłączeniu nieuczciwego warunku, umowa może nadal obowiązywać, leży w domenie prawa krajowego i ocena ta należy do sądu krajowego (zob. wyrok w sprawie C-453/10 *Pereničová, Perenič*, pkt 30 oraz wyrok w sprawie C-70/17 *Santos*, pkt 60). Trybunał sformułował jedynie wskazówkę, że dla oceny, czy umowa może dalej obowiązywać decydujące jest kryterium obiektywne, co oznacza, że sytuacja jednej ze stron nie może decydować o tym, czy zgodnie z prawem krajowym dalsze obowiązywanie umowy jest możliwe.

129. Tezy te zostały podtrzymane w jednym z najnowszych orzeczeń Trybunału w sprawie C-260/18 *Dziubak* (pkt 39-41). Dodatkowo, w wyroku w sprawie *Dziubak* Trybunał

wyjaśnił, że „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” (pkt 40).

130. Co najwyżej, z powyższego orzecznictwa Trybunału należy wnioskować, że decydując się na zastosowanie konkretnej sankcji prawa krajowego, sąd krajowy powinien kierować się kryterium obiektywnym, podobnie jak przy ocenie tego, czy umowa może w ogóle dalej obowiązywać. Z powyższego orzecznictwa wynika bowiem, że przepisów dyrektywy 93/13 nie należy interpretować w ten sposób, że nakazuje ona stosowanie alternatywnych rozwiązań prawa krajowego w zależności od tego, czy leżałoby to w interesie jednej ze stron stosunku prawnego, w tym konsumenta.

[V.3. KONSTITUTYWNY CHARAKTER WYROKU/BIEG TERMINU PRZEDAWNIEŃ ROSZCZEŃ WYNIKAJĄCYCH Z BRAKU OBOWIĄZYWANIA UMOWY]

131. Wydaje się w konsekwencji, że odpowiadając wprost na zadane przez sąd odsyłający pytanie, Trybunał wniknąłby w materię zastrzeżoną dla prawa krajowego. Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Trybunału wydaje się natomiast, że dopuszczalne byłoby pytanie o to, czy wskazane w treści pytania przepisy dyrektywy 93/13 **sprzeciwiają się** temu, aby sąd krajowy zastosował prezentowaną przez siebie sankcję znaną prawu krajowemu. Biorąc pod uwagę treść odesłania, możliwe jest, że właśnie taki sens należy nadać pytaniu sądu odsyłającego.

132. W uzasadnieniu do pytania czwartego sąd odsyłający sformułował swoje wątpliwości co do tego, czy ustawodawca krajowy w pełni implementował do porządku prawnego treść art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 w zakresie sankcji.

133. Polski ustawodawca nie określił bowiem sankcji cywilnoprawnej, która byłaby rezultatem stwierdzenia braku możliwości dalszego obowiązywania umowy w przypadku wyłączenia warunków uznanych za nieuczciwe. W ocenie ZBP, z zastrzeżeniem uwag przedstawionych w punkcie 125 powyżej oraz we Wstępie, odpowiednią sankcją jest w takim wypadku sankcja nieważności względnej, **do której zaistnienia konieczne są dwa elementy (i) wola uprawnionego oraz (ii) konstytutywne orzeczenia sądu (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2013 r., III CZP 13/13)**. Dopiero z chwilą uprawomocnienia wyroku możliwe jest powoływanie się na nieważność czynności prawnej i rozpoczyna bieg termin przedawnienia roszczeń restytucyjnych obu stron (przedsiębiorcy

i konsumenta). Wyrok taki niweczy jednak byt prawny umowy od chwili jej zawarcia (*ex tunc*), prowadząc do stworzenia takiej sytuacji, jakby umowa ta w ogóle nie została zawarta.

134. Sąd odsyłający tłumaczy, że w braku rozwiązania szczegółowego, w sprawach dotyczących kredytów indeksowanych lub denominowanych w walucie obcej, niektóre sądy polskie zaczęły prezentować stanowisko, zgodnie z którym należy stosować sankcję bezwzględnej nieważności określoną w art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego. Stanowisko to jest jednak błędne, **gdyż sankcja nieważności bezwzględnej nie wymaga powołania się na tę nieważność przez uprawnionego, co więcej sąd krajowy jest zobowiązany zastosować tę sankcję z urzędu (w razie zaistnienia przesłanek tej nieważności), nawet wbrew woli stron umowy (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05)**. W przypadku zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej wyrok ma charakter deklaratoryjny. Uznanie, że właściwą sankcją jest sankcja nieważności bezwzględnej potwierdzana deklaratoryjnym wyrokiem, rodzi wątpliwości co do tego, kiedy rozpoczyna bieg termin przedawnienia roszczeń restytucyjnych stron umowy.
135. Zdaniem banków, nawet przy przyjęciu deklaratoryjnego charakteru wyroku, termin przedawnienia roszczeń nie może rozpocząć biegu zanim uprawomocni się wyrok stwierdzający nieważność, a już z całą pewnością zanim konsument, należycie poinformowany o konsekwencjach, które mogą wynikać z unieważnienia umowy w całości (zob. pytanie nr 5), nie powoła się na niedozwolony charakter określonego postanowienia, tj. nie oświadczy, że nadal chce korzystać z ochrony jaką stwarzają mu dyrektywa 93/13 i implementujące ją przepisy krajowe. Dopiero bowiem z tym momentem bank miałby najwcześniej możliwość domagać się od konsumenta zwrotu kapitału kredytu oraz dochodzić pozostałych roszczeń wynikających z nieważności. Zgodnie natomiast z art. 120 § 1 polskiego Kodeksu cywilnego: „*bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony (tu bank) podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie*”.
136. Większość konsumentów i reprezentujących ich prawników chciałaby przyjąć, że termin przedawnienia roszczenia banku o zwrot kapitału kredytu oraz pozostałych roszczeń banku rozpoczyna bieg z chwilą wypłaty kredytu konsumentowi.
137. Niezależnie od tego, że bank nie może dochodzić roszczeń restytucyjnych zanim konsument należycie poinformowany o skutkach nieważności umowy nie oświadczy, że powołuje się niedozwolony charakter postanowienia umownego, to przyjęcie, że bieg terminu przedawnienia roszczeń banku rozpoczyna się z datą wypłaty kredytu

prowadziłyby do jaskrawego naruszenia zasady proporcjonalności oraz pewności prawa, które są podstawowymi zasadami unijnego porządku prawnego (tak w szczególności wyroki TSUE: z dnia 9 listopada 2016 roku (C-42/15) oraz z dnia 13 stycznia 2004 roku (C-453/00) i powołane tam wcześniejsze orzecznictwo Trybunału). Przeczyłoby także celowi dyrektywy 93/13, jakim jest przywrócenie równowagi kontraktowej stron. Powyższe wynika z tego, że:

- a. termin przedawnienia roszczeń banku wobec konsumenta wynosi tylko 3 lata. Zważywszy na to, że sporne kredyty były udzielane w większości w latach 2006-2008, roszczenia banków przedawniałyby się w latach 2009-2011, zanim konsument podniósł zarzut abuzywności. Konsument co do zasady zaczęli kwestionować umowy w latach 2015-2016.
- b. gdyby początek terminu przedawnienia liczyć od daty uruchomienia kredytu, konsument powołując się na abuzywność określonego postanowienia i domagając się ustalenia nieważności całej umowy, nie musiałby oddać nawet kapitału kredytu oraz zachowałby własność nieruchomości kupionej za środki z kredytu. Co więcej konsument mógłby domagać się zwrotu zapłaconych dotychczas rat. Termin przedawnienia roszczeń konsumentów jest bowiem dłuższy (w zależności od momentu powstania roszczenia wynosi 10 lub 6 lat) i liczyłby się odrębnie dla każdej raty, od momentu jej zapłaty.

138. W konsekwencji, zastosowanie sankcji bezwzględnej nieważności umowy, która nie może dalej obowiązywać w związku z niedozwolonym charakterem jej postanowień, byłoby błędne. W przypadku nieważności bezwzględnej kluczowe jest, że sąd krajowy jest zobowiązany zastosować tę sankcję, choćby żadna ze stron nie powoływała się na nieważność umowy. Tymczasem w **wyrokach TSUE wskazuje się, że zastosowanie ochrony wynikającej z przepisów o abuzywności nie następuje z mocy prawa, tylko w wypadku, gdy konsument powoła się na tę ochronę** (tak wyr. TSUE z 4.6.2009 r., Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, pkt 33 i 35 oraz wyr. TSUE z 21.2.2013 r., Baniff Bank Plus, C-472/11, EU:C:2013:88, pkt 27 i 35; zob. również wyr. TSUE z 30.5.2013 r., Jörös C-397/11, EU:C:2013:340, pkt 41; wyr. TSUE z 30.5.2013 r., Asbeek Brusse i de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, pkt 49; wyr. TSUE z 3.10.2019; C-260/18, pkt 56).

139. Sąd odsyłający słusznie zatem podnosi w uzasadnieniu pytania czwartego, że sankcja bezwzględnej nieważności nie jest zgodna z treścią i celem dyrektywy 93/13, w szczególności mając na uwadze dotychczasowe orzecznictwo Trybunału. Skoro wola

konsumenta jest w takiej sytuacji istotnym, a wręcz decydującym kryterium, nie może być mowy o nieważności **bezwzględnej** w rozumieniu polskiego prawa.

140. Sąd odsyłający, dokonując wnikliwej interpretacji orzecznictwa Trybunału, trafnie dochodzi do wniosku, że bardziej zasadna w takiej sytuacji byłaby sankcja nieobowiązania umowy, do której niezbędne byłoby konstytutywne orzeczenie sądu, która to sankcja również znana jest polskiemu prawu. Według tej sankcji, umowa byłaby uznawana za ważną, dopóki w orzeczeniu sądu krajowego nie zostałyby potwierdzone, że w związku z wyłączeniem na żądanie konsumenta nieuczciwych warunków, umowa nie może nadal obowiązywać. Sankcja ta zdecydowanie lepiej odpowiada celom i treści dyrektywy 93/13 w rozumieniu dotychczasowego orzecznictwa Trybunału. Ponadto, nie sposób nie zauważyć, że taka sankcja odpowiada postulatowi pewności prawa, zwłaszcza w przypadku umów długoterminowych, jakimi są umowy kredytowe. Jedynie konstytutywne orzeczenie sądu w przedmiocie unieważnienia lub dalszego obowiązywania umowy zawierającej nieuczciwe warunki pozwala na jednoznaczne określenie, czy i w jakim zakresie strony są związane umową.

141. Takie rozwiązanie nie narusza ponadto interesów konsumenta, bowiem konstytutywne orzeczenie sądu jest połączone ze skutkami o charakterze *ex tunc*, a zatem od początku obowiązywania umowy, co jest potwierdzone przez sąd odsyłający również w uzasadnieniu pytania czwartego. Nie ma zatem ryzyka, że uznanie sankcji konstytutywnego orzeczenia sądu za właściwą powoduje, że żądania konsumenta zostaną w jakiegokolwiek części niezaspokojone.

142. Jak wspomniano wyżej sankcje związane ze stosowaniem w umowach zawartych z konsumentami nieuczciwych warunków stanowią materię zastrzeżoną dla prawa krajowego. Z kolei z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynikają pewne cechy sankcji związanej z brakiem możliwości obowiązywania umowy po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków, przy czym sankcja taka niekoniecznie musi dokładnie odpowiadać znanym w krajowym porządku prawnym „modelowym” rodzajom sankcji. Z dotychczasowego orzecznictwa zdaje się wynikać, że Trybunał opowiada się za tym, iż choć to konsument (i tylko konsument) może powołać się na ochronę przewidzianą dyrektywą 93/13, jak też z tej ochrony może swobodnie zrezygnować, to jednak ostateczna decyzja w przedmiocie braku możliwości utrzymania umowy w mocy po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków należy zawsze do sądu krajowego. Działanie sądu krajowego jest niezbędne, aby umowa zawierająca nieuczciwe warunki została unieważniona.

143. I tak, przykładowo, Trybunał w jednym z nowszych wyroków w sprawie C-260/18 *Dziubak* wskazał, że „Z rozważań przedstawionych w pkt 40 i 41 niniejszego wyroku wynika jednak, że **jeżeli sąd krajowy uzna, że zgodnie z odpowiednimi przepisami obowiązującego go prawa utrzymanie 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**” (pkt 43). Cytowany fragment sugeruje konieczność podjęcia działania przez sąd krajowy.

144. Podobne wnioski, iż to dopiero sąd krajowy ma uruchomić sankcję wynikającą z zamieszczenia w umowie nieuczciwych warunków, można wyciągnąć również z wcześniejszych orzeczeń Trybunału (wyrok w sprawie C 472/11, pkt 27; wyrok w sprawie C 70/17 i C 179/17, pkt 52; wyrok w sprawie C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, pkt 41).

145. Reasumując, jeśli pytanie czwarte sformułowane przez sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy wskazane w treści pytania przepisy dyrektywy 93/13 **nie sprzeciwiają się** zastosowaniu przez ten sąd krajowy określonej w pytaniu sankcji, odpowiedź na tak postawione pytanie jest możliwa jako dotycząca treści prawa wspólnotowego. Przepisy te nie sprzeciwiają się rozwiązaniu przedstawionemu przez sąd odsyłający, a co więcej, są z tym rozwiązaniem jak najbardziej zbieżne. Sprzyjają one bowiem pewności obrotu. Po pierwsze, to sąd krajowy (i tylko sąd) posiada wystarczające kompetencje, aby rozstrzygnąć, czy w rezultacie wyłączenia nieuczciwych warunków umownych możliwe jest dalsze obowiązywanie umowy. Po drugie, dopiero wyrok sądu krajowego w przedmiocie unieważnienia umowy w sposób ostateczny pozbawia konsumenta możliwości rezygnacji z ochrony przewidzianej dyrektywą 93/13, jeżeli uzna on, że woli na ten system ochrony się nie powoływać.

146. Wobec powyższego na pytanie czwarte zasadne jest udzielenie odpowiedzi, iż:

„Art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie sprzeciwia się zastosowaniu przez sąd krajowy sankcji braku obowiązywania umowy, która może nastąpić jako rezultat konstytutywnego orzeczenia sądu wydanego na wyraźne żądanie konsumenta z konsekwencjami od momentu zawarcia umowy tj. *ex tunc*, a roszczenia restytucyjne konsumenta i przedsiębiorcy stają się wymagalne wraz z uprawomocnieniem się tego wyroku”.

VI. PYTANIE PIĄTE

Czy art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy rozumieć w ten sposób, że nakłada on na sąd krajowy obowiązek informowania konsumenta, który zgłosił żądanie stwierdzenia nieważności umowy w związku z eliminacją warunków nieuczciwych, o skutkach prawnych takiego rozstrzygnięcia, w tym także o możliwych roszczeniach restytucyjnych przedsiębiorcy (banku), nawet nie zgłoszonych w danym postępowaniu, a także takich, których zasadność nie jest jednoznacznie przesądzona, nawet w sytuacji, gdy konsument jest reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika?

147. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości potwierdza, że: (i) system ochrony konsumenta na gruncie dyrektywy 93/13 nie jest przymusowy oraz (ii) aby ochrona konsumenta była rzeczywista, powinien on dysponować wiarygodną informacją na temat konsekwencji zastosowania instrumentów tej ochrony (por. wyrok C-260/18, nb 48, 53-55).

148. Konsekwencje unieważnienia umowy kredytu na gruncie prawa polskiego są następujące:

- a. Bank – w razie braku obowiązywania umowy – będzie domagał się od kredytobiorcy rozliczenia wzajemnych świadczeń stron: (i) zwrotu kapitału kredytu (zapłaty różnicy między udostępnioną kwotą w walucie krajowej, a sumą zapłaconych przez kredytobiorcę rat kapitałowo – odsetkowych w walucie krajowej) wraz z (ii) kwotą odpowiadającą rynkowej wartości świadczenia banku polegającego na udostępnieniu kredytobiorcy tego kapitału w celu nabycia nieruchomości, za okres do dnia zwrotu tego kapitału w całości. Wartość świadczenia banku polegającego na udostępnieniu kredytobiorcy tego kapitału może być ustalona w szczególności jako odpowiadająca kwocie, którą zobowiązany byłby zapłacić konsument, gdyby pozyskał kapitał od razu w PLN. Kredytobiorca otrzymał bowiem od banku środki w walucie krajowej, za które nabył nieruchomość. Gdyby te środki pozyskał z innego źródła, poniósłby z tego tytułu określony koszt.
- b. Z kolei kredytobiorcy żądając ustalenia nieważności w większości wypadków domagają się jednocześnie zwrotu wszystkich zapłaconych przez nich na podstawie umowy rat kapitałowo-odsetkowych. Wynika to ze stanowiska kredytobiorców, że roszczenia banków uległy przedawnieniu (w związku z tym

kredytobiorca nie musi nawet zwrócić udostępnionej mu kwoty kredytu w PLN).
Szerszej na ten temat w stanowisku ZBP co do pytania czwartego.

149. W orzecznictwie krajowym kwestie te dotychczas nie zostały rozstrzygnięte.
150. W ocenie banków, sąd krajowy – przed wydaniem wyroku - powinien poinformować konsumenta o „*konsekwencjach, które mogą wynikać z unieważnienia danej umowy w całości*”, przy czym „*(...) konsekwencje te należy koniecznie ocenić w świetle okoliczności istniejących lub możliwych do przewidzenia w chwili zaistnienia sporu*”. Tylko uprzednie (przed wydaniem wyroku) wskazanie konsumentowi potencjalnych skutków ewentualnej nieważności, pozwala na prawidłowe zastosowanie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, w szczególności zaś na ocenę, czy orzeczenie o ewentualnej nieważności jest w ogóle dopuszczalne (tzn. nie jest niekorzystne dla klienta). Ustalenie skutków nieważności i oświadczenie konsumenta o ich akceptacji jest bowiem przesłanką prawidłowego zastosowania przepisów dotyczących abuzywności.
151. Jeżeli bowiem roszczenia banków są uzasadnione, skutki nieważności mogą być dla konsumenta niekorzystne, o czym konsument powinien wiedzieć składając stosowne oświadczenie i rozważyć te skutki przed podjęciem ostatecznej decyzji, czy nie sprzeciwia się unieważnieniu umowy.
152. Jeżeli zaś roszczenia banku byłyby przedawnione, zastosowanie sankcji nieważności naruszałoby wprost zasadę proporcjonalności i pewności prawa. Przepisy o ochronie konsumentów (w tym dyrektywa 93/13) nie mogą prowadzić do nadzwyczajnego uprzywilejowania konsumenta, ale do przywrócenia sytuacji, w jakiej byłby, gdyby nie zawarł umowy zawierającej nieuczciwe warunki. Z całą pewnością narusza zasadę proporcjonalności przyjęcie, że konsument jest właścicielem nieruchomości nabytej za środki banku, nie musi zwracać nawet kapitału kredytu (a ma prawo żądać zwrotu zapłaconych rat kapitałowo-odsetkowych). Zasadę tę narusza także sytuacja, w której konsument byłby zobowiązany wyłącznie do zwrotu kapitału. Kredytobiorcy frankowi zostaliby nadmiernie uprzywilejowani w ten sposób, że nie ponieśliby żadnych kosztów pozyskania kapitału na nabycie nieruchomości. Jedynie przyjęcie, że powinni zapłacić kredytobiorcy kwotę odpowiadającą temu co zaoszczędzili ze względu na to, że nabyli nieruchomość za środki w PLN bez konieczności zaciągania kredytu w PLN przywraca równowagę stron.

153. ZBP konsekwentnie podkreśla jednak, że nawet korzystne dla banków rozstrzygnięcie co do przysługujących bankom roszczeń restytucyjnych, nie zmienia faktu, że upadek umowy o kredyt indeksowany/denominowany sam w sobie jest sankcją nieproporcjonalną i godzi w zasadę pewności prawa, gdyż:

- a. upadek umowy skutkuje zakończeniem stosunku prawnego o charakterze ciągłym, który miał trwać 20-30 lat i stanowić dla banku źródło przychodu z tytułu odsetek w całym okresie kredytowania;
- b. aby udzielić kredytu bank musiał pozyskać finansowanie w walucie CHF (zaciągał zatem zobowiązania w tej walucie) – dlatego w wypadku unieważnienia umowy, skutkującego zniesieniem po stronie kredytobiorcy obowiązku rozliczenia się z bankiem ze zobowiązania wyrażonego w walucie CHF według aktualnej wartości tej waluty, bank nadal musi wykonać zobowiązania zaciągnięte w walucie CHF wobec swoich kontrahentów, od których pozyskał finansowanie w walucie CHF;
- c. unieważnienie umowy kredytu spowoduje upadek zabezpieczeń, w tym hipoteki, co w sposób oczywiście niekorzystny dla banku prowadzi do zwiększenia po jego stronie ryzyka finansowego, a w dalszej kolejności przekłada się na obowiązek zawiązywania i utrzymywania większych rezerw kapitałowych. To ogranicza jego zdolności prowadzenia akcji kredytowej i negatywnie odbija się na wyniku finansowym.

154. Wobec powyższego na pytanie piąte zasadne jest udzielenie odpowiedzi, iż:

„Art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że wymaga on, aby sąd krajowy, rozpoznając sprawę, w której konsument powołał się na upadek umowy, musiał ustalić „istniejące i możliwe do przewidzenia” skutki nieważności umowy, w tym możliwe roszczenia banku (nawet jeśli ich zasadność nie jest przesądzona) oraz poinformować o nich konsumenta, bez względu na to, czy konsument jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika”.

VII. PROPOZYCJA ROZSTRZYGNIECIA

155. W świetle powyższych uwag, ZBP proponuje Trybunałowi udzielenie następujących odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd odsyłający:

- 1) Art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 4 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 winien być rozumiany w ten sposób, że sąd krajowy może stwierdzić nieuczciwość (w rozumieniu art. 3 ust 1 dyrektywy 93/13) warunku umowy zawartej z konsumentem także wówczas, gdy w dacie orzekania na skutek dokonanej przez strony w formie aneksu zmiany treści umowy, warunek został zmieniony tak, że nie ma charakteru nieuczciwego, z tym że w takiej sytuacji stwierdzenie nieuczciwości uprzednio obowiązującego warunku nie może doprowadzić do uznania, że bez tego warunku umowa nie mogłaby być dalej wykonywana i tym samym nie może prowadzić do upadku całości umowy. Oceny tego, czy umowa może być dalej wykonywana bez postanowień uznanych za nieuczciwe, należy dokonywać przy uwzględnieniu stanu faktycznego i prawnego obowiązującego w momencie orzekania.
- 2) Art. 6 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 zdanie 2 oraz art. 2 dyrektywy 93/13 nie sprzeciwia się stwierdzeniu nieuczciwości tylko części zapisu (warunku) dotyczącego ustalanego przez bank kursu wymiany waluty, do której indeksowany jest kredyt udzielany konsumentowi, tj. przez eliminację zapisu dotyczącego marży banku będącej składową kursu wymiany a pozostawienie jednoznacznego zapisu odnoszącego się do średniego kursu NBP.
- 3) Art. 6 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy rozumieć w ten sposób, że w związku z wprowadzeniem przez ustawodawcę krajowego środków zapewniających zapobieganie stałemu stosowaniu warunków umownych, takich jak badany w postępowaniu głównym, które jednocześnie spełniają standardy ochrony wynikające z dyrektywy 93/13, interes publiczny nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu nieuczciwości tylko tych elementów warunku umownego, które powodują jego abuzywność i nie skutkuje koniecznością unieważnienia całej umowy.
- 4) Art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie sprzeciwia się zastosowaniu przez sąd krajowy sankcji braku obowiązywania umowy, która może nastąpić jako rezultat konstytutywnego orzeczenia sądu wydanego na wyraźne żądanie konsumenta z konsekwencjami od momentu zawarcia umowy tj. *ex tunc*, a roszczenia restytucyjne konsumenta i przedsiębiorcy stają się wymagalne wraz z uprawomocnieniem się tego wyroku.

- 5) Art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że wymaga on, aby sąd krajowy, rozpoznając sprawę, w której konsument powołał się na upadek umowy, musiał ustalić „istniejące i możliwe do przewidzenia” skutki nieważności umowy, w tym możliwe roszczenia banku (nawet jeśli ich zasadność nie jest przesądzona) oraz poinformować o nich konsumenta, bez względu na to, czy konsument jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika.