

Sygn. akt V ACa 1004/22

# WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 22 grudnia 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku, V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	SSA Teresa Karczyńska – Szumilas
----------------	----------------------------------

Protokolant : stażysta Anna Wojtalik

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2022 r. w G.

na rozprawie

sprawy z powództwa A. S. i J. S.

przeciwko (...) Bank S.A. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 13 czerwca 2022 r., sygn. akt XV C 795/20

I . zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I. (pierwszym) i II. (drugim) w ten sposób, że powództwo oddala, zaś w punkcie III.(trzecim) w ten sposób, że nie obciąża powodów kosztami postępowania;

II. nie obciąża powodów kosztami postępowania apelacyjnego.

SSA Teresa Karczyńska – Szumilas

Na oryginale właściwy podpis.

Sygn. akt ACa 1004/22

## UZASADNIENIE

Powodowie A. S. i J. S. domagali się zasądzenia solidarnie od pozwanego (...) Bank S.A. z siedzibą w W. kwoty 8.042, 29 CHF wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 9 marca 2020 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 45.696,73 CHF wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 11 marca 2020 r. do dnia zapłaty, wskazując, że postanowienia umowy kredytu łączącej strony są nieważne, jako sprzeczny z ustawą i niedozwolone, zgłaszając także żądania ewentualne oraz wnosząc o zasądzenie kosztów postępowania. W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania, zaprzeczając aby powodom przysługiwał status

konsumenta oraz kwestionując powództwo co do zasady i co do wysokości i podkreślając, że wskazywane przez powodów klauzule nie są klauzulami niedozwolonymi.

**Wyrokiem z 13 czerwca 2022 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku zasądził od pozwanego na rzecz powodów kwotę 8.042, 29 CHF wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 9 marca 2020 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 45.696,73 CHF wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 11 marca 2020 r. do dnia zapłaty oraz obciążył pozwanego kosztami postępowania.**

Sąd Okręgowy ustalił, że powodowie oraz poprzednik prawny pozwanego (...) Oddział w Ł. zawarli w dniach 5 lipca 2005 r. i 18 września 2008 r. umowy kredytu indeksowanego kursem CHF, wskazując na ich istotne postanowienia. Aneksiem z dnia 26 października 2011r. roku strony dokonały zmiany sposobu spłaty kredytu w taki sposób że od dnia wejścia w życie aneksu jego spłata następować miała w walucie CHF. Powodowie spłacali początkowo kredyty w złotych polskich, a następnie w CHF; Kredyt, którego dotyczyła umowa z dnia 5 lipca 2005 r. został przez powodów całkowicie spłacony; powodowie uiścili na rzecz pozwanego z tego tytułu kwotę 8.042,29 CHF i 52.445,29 zł. Z tytułu drugiej umowy kredytu powodowie uiścili na rzecz pozwanego łącznie 45.696,73 CHF oraz 67.708,05 zł. Pismami z 14 lutego 2020 r. i 27 lutego 2020 r. powodowie złożyli pozwanemu reklamację wraz z wezwaniem do zapłaty.

Z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy wynika także, że łączące strony umowy była umowami z konsumentami, zawartymi za pomocą wzorca umowy, zaś powodowie nie mieli żadnych możliwości negocjacji jej zasad. Powodowie nie mieli też świadomości, że ponoszą całą odpowiedzialność za nieograniczony wzrost kursu waluty, ani że przy wzroście raty wzrośnie saldo kredytu; nie została im udzielona informacja w tym zakresie. Stan faktyczny w sprawie Sąd Okręgowy ustalił na podstawie przesłuchania powodów oraz zeznań świadków, uznając dowód z opinii biegłego za zbędny dla rozstrzygnięcia.

Sąd I instancji stwierdził, że nie budzi wątpliwości dopuszczalność konstrukcji kredytu indeksowanego z perspektywy art. 69 ustawy Prawo bankowe; zawarte przez powodów i poprzednika prawnego pozwanego umowy nie są też sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Wskazując na przepis art. 385 1 § 1 k.c. Sąd Okręgowy zważył, że postanowienia umowne dotyczące klauzul waloryzacyjnych pozostają postanowieniami niedozwolonymi, albowiem kształtują praw i obowiązki konsumentów w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając interesy powodów, a nadto określają główne świadczenia stron w sposób niejednoznaczny. Kredytobiorcy nie zostali właściwie poinformowani o ryzyku kursowym; pozwany przedłożył oświadczenie kredytobiorców z 26 sierpnia 2008 r. o wyborze waluty, w którym to dokumencie powodowie wskazali, że po zapoznaniu się między innymi z występującym ryzykiem kursowym wnoszą o udzielenie kredytu w CHF, jednakże zarówno z przesłuchania powodów jak i zeznań świadków wynika, że kwestie te nie były powodom wyjaśnione, a bank skupił się głównie na przedstawieniu pozytywów formy kredytu indeksowanego do CHF. Niedostateczna informacja o ryzyku walutowym w zasadzie uniemożliwiła podjęcie racjonalnej decyzji dotyczącej zawarcia umowy, a klauzule indeksacyjne zawierające niejednoznaczne i niezrozumiałe dla konsumenta warunki ryzyka kursowego naruszały równowagę kontraktową stron. Postanowienie umowy wyrażające kwotę kredytu w walucie waloryzacji należy ocenić jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszające w sposób rażący interesy konsumenta z uwagi na przerzucenie na tego ostatniego w całości ryzyka wzrostu kursu waluty w sytuacji faktycznego niedoinformowania konsumenta, na etapie zawierania umowy, o skutkach ryzyka kursowego i jego wpływu na wartość zobowiązania kredytobiorcy. Sposób ustalania salda kredytowego nie pozwala w istocie na określenie wysokości świadczenia którego spłaty miała dokonać strona powodowa; niejednoznaczne są też postanowienia określające sposób rozliczania dokonywanych spłat, albowiem ich rozliczenie nie jest możliwe bez decyzji banku i pozostaje w jego wyłącznej gestii. Sposób ustalania kursu bazowego i wysokości spreadu walutowego, wykorzystywanych do rozliczania świadczeń, zależy tylko i wyłącznie od banku, a strona powodowa nie miała na niego żadnego wpływu; brak jest jakichkolwiek ram w jakich pozwany powinien poruszać przy ustalaniu kursu, nie ma również wskazanej metodologii jego wyznaczania, a potencjalna częstotliwość dokonywania przez pozwanego modyfikacji kursu jest dowolna. Takie nietransparentne postanowienia, które uprawniają pozwanego do jednostronnego ustalenia kursów walut pozostawiają pole do arbitralnego działania banku i w ten sposób obarczają kredytobiorcy nieprzewidywalnym ryzykiem oraz naruszają równorzędność stron. Oceny tego, czy postanowienie umowne jest niedozwolone dokonuje się według stanu w chwili zawarcia umowy, zatem nie ma w tym zakresie

znaczenia sam sposób późniejszego jej wykonywania, w tym fakt, że pozwany bank dawał kredytobiorcy możliwość spłaty rat kredytowych bezpośrednio w walucie obcej. Niezgodności klauzul indeksacyjnych z dobrymi obyczajami i interesem strony powodowej nie sanowała również tzw. ustawa antyspreadowa, stwarzając jedynie warunki do określenia na przyszłość sposobów i terminów ustalania kursów wymiany, zasad przeliczania waluty oraz zakładając możliwość spłaty kredytu bezpośrednio w walucie waloryzacji. Sąd I instancji stwierdził, że wobec powyższych okoliczności powodowie nie są związani klauzulami abuzywnymi, przy czym nie istnieje możliwość ich zastąpienia innymi postanowieniami ze względu na zachowanie odstraszającego celu Dyrektywy 93/13, ale również i z tego względu, że nie istnieją przepisy dyspozytywne, które mogłyby zastąpić powstałą luką (nie jest nim przepis art. 358 § 2 k.c.), a nie jest możliwe przekształcenie umów stron w umowy o kredyt złotowy z pozostawieniem oprocentowania według stawki LIBOR, albowiem taka ingerencja byłaby przekształceniem stosunku prawnego w niezgodny z wolą stron, podobnie jak wprowadzenie stawki WIBOR, a nadto takie instrumenty w ogóle nie występują na rynku. Po usunięciu z umów klauzul umownych których elementem jest ryzyko kursowe, umów kredytowych nie da się utrzymać w pozostałej części, albowiem klauzule te określają główne świadczenia stron, a ich eliminacja prowadzi do upadku kontraktów i umowy w całości muszą być uznane za nieważne, co powoduje konieczność rozliczenia wpłat dokonanych przez powodów, jako świadczeń nienależnych, przy zastosowaniu teorii dwóch kondycji.

Sąd Okręgowy podkreślił także, że pozwany nie wykazał, aby środki płacone przez stronę powodową z tytułu rat kredytowych zostały bezproduktywnie, świadczenie kredytobiorców nie powinno być traktowane jako czyniące zadość zasadom współżycia społecznego, a także, że pozwany nie może skutecznie bronić się przed roszczeniami powodów powołując się na artykuł 411 pkt 1 k.c., albowiem nie można uznać, aby spełniając świadczenie powodowi mieli pozytywną i pełną wiedzę, że wpłacane przez nich należności kredytowe są w całości lub w części nienależne, a nadto zachodzi wyjątek przewidziany w artykule 411 pkt 1 in fine k.c. Pozwany nie może także bronić się skutecznie przed roszczeniem powodów powołując się na art. 411 pkt.4 k.c., albowiem nie odnosi się on w ogóle do zobowiązania nieistniejącego (jak to miało miejsce w analizowanym przypadku).

Za niezasadny uznał Sąd Okręgowy zgłoszony przez pozwanego zarzut zatrzymania, stwierdzając, że umowa kredytu nie jest umową wzajemną, zaś zatrzymanie spełnia swoją funkcję tam gdzie świadczenia są różnorodnej. W ocenie Sądu Okręgowego nie jest również zasadny zarzut pozwanego oparty na artykule 5 k.c., albowiem nie można zarzucić stronie powodowej naruszenia zasad współżycia społecznego z tej przyczyny, że dochodzi roszczeń związanych ze stosowaniem przez bank nieuczciwych klauzul, a wręcz przeciwnie, to zachowanie pozwanego polegające na zastrzeżeniu we wzorcu umowy takiego postanowienia należy zakwalifikować jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. O odsetkach ustawowych za opóźnienie Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 471 k.c. w związku z art. 455 k.c., uznając je za uzasadnione zgodnie z żądaniem pozwu, gdyż z odpowiedzi pozwanego na reklamacje powodów z dnia 30 marca 2020 r. i 1 kwietnia 2020 r. wynika, że pozwany odebrał wezwania do zapłaty w dniu 2 marca 2020 r. i 4 marca 2020 r.

**Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku wywiódł pozwany** zaskarżając go w całości, zarzucając:

**1. nierozpoznanie istoty sprawy wobec:**

- braku dokonania kontroli incydentalnej wzorca umownego, lecz kontroli abstrakcyjnej, tj. w oderwaniu od faktu i okoliczności zawarcia konkretnej umowy, w tym pominięciu okoliczności towarzyszących zawarciu umowy z uwzględnieniem obyczajów i praktyk obowiązujących w dacie jej zawarcia umowy,
- braku zbadania kryteriów określania kursu wskazanych w §. 6 ust. 1 umowy oraz § 2 regulaminu i blankietowe stwierdzenie, że w umowie nie określono kryteriów wyznaczania kursu, podczas gdy kryteria te określone we określaniu wskazanych dokumentach są kompletne i wystarczające dla określenia kursu waluty,
- uznania bezskuteczności postanowień aneksu do umowy w części odnoszącej się do indeksacji, pomimo braku stwierdzenia spełnienia przez te postanowienia przesłanek abuzywności i arbitralne uznanie, że zmiana przez strony

spornego postanowienia nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, podczas gdy w przypadku zmiany przez strony postanowienia abuzywnego dopuszczalna jest restytucja jedynie za okres, w którym takie postanowienie było,

- braku zbadania możliwości utrzymania umowy w mocy, przy niezasadnym przyjęciu, że wola konsumenta co do stwierdzenia nieważności umowy wyłącza możliwość utrzymania umowy w mocy z pominięciem postanowień uznanych za niedozwolone na podstawie przepisów krajowych, przy jednoczesnym występowaniu w systemie prawa prymatu utrzymania umowy w mocy oraz konstytucyjnej ochrony stosunków cywilnych i w rezultacie orzeczenie sankcji skrajnie nieproporcjonalnej do zarzucanego naruszenia,

- braku dokonania wykładni treści umowy z pominięciem jedynie wyodrębnionego warunku uznanego za nieuczciwy (w zakresie „doliczania” przez bank do kursu obiektywnego marży kursowej), podczas gdy warunek umowny należy rozumieć w kategoriach normatywnych, a nie jako wyodrębnioną jednostkę redakcyjną, a więc nawet pominięcie warunku umownego umożliwiającego bankowi naliczanie marży kursowej pozostawia treść umowy nadającą się do wykonania i rozliczenia stron, tj. w postaci odwołania do kursu obiektywnego;

**2. naruszenie przepisów postępowania**, które miało istotny wpływ na wynik sprawy oraz jej rozstrzygnięcie, tj.:

a. **art. 3271 § 1 ust. 1 i 2 k.p.c.**, poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób uniemożliwiający prześledzenie toku rozumowania Sądu I instancji w tej części, w której uznano, że w umowie brak jest kryteriów określania kursu waluty w tabeli banku, przy pominięciu treści § 6 ust. 1 umowy;

b. **art. 227 k.p.c. oraz art. 2352 § 1 pkt. 2, 3 i 5 k.p.c. oraz art. 20512 § 2 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 zd. 2 k.p.c.** poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów i bankowości i samodzielne, dowolne oraz niczym nieuzasadnione ustalenie, że w umowie i regulaminie brak wskazania kryteriów określania kursu waluty, podczas gdy ustalenie tego wymagało wiedzy specjalnej z zakresu ekonomii;

c. **art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c.** poprzez danie wiary w całości przesłuchaniu powodów, podczas gdy byli oni zainteresowani wynikiem postępowania, co nakazuje dowód ten oceniać niezwykle ostrożnie, a nadto od zawarcia umowy upłynęło już dużo czasu, co mogło spowodować „zatarcie” w pamięci faktu informowania o ryzyku, wyjaśnienia strony powodowej co do braku wiedzy o ryzyku walutowym i mechanizmach indeksacji zawartych w umowie pozostają w sprzeczności z dowodami z dokumentów (w tym treścią umowy, gdzie znajduje się oświadczenie powodów, że są świadomi ryzyka oraz oświadczeniem o wyborze waluty obcej, ale również procedurą obowiązującą w tym zakresie w dacie zawierania umowy w banku, nakazującą informować kredytobiorców o ryzyku walutowym) oraz zasadami doświadczenia życiowego, z których wynika, że osoba która decyduje się na kredyt wyrażony w walucie obcej na dużą kwotę i na wiele lat poszukuje informacji co do ryzyka, analizuje szczegółowo przedstawione jej w tym zakresie oświadczenia i informację i nie pozostaje bierna, a twierdzenie powodów co do konsumenckiego celu umowy sprzeczne jest z materiałem dowodowym zebrany w sprawie, w tym z korespondencją e-mail z okresu zawarcia umowy z którego wynika, że środki z kredytu klientowi potrzebne są na nabycie nieruchomości komercyjnej;

d. **art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c.** poprzez uznanie, że strona powodowa udowodniła, że sporną umowę zawarła jako konsument, względnie, że aspekt „konsumpcyjny” umowy miał charakter dominujący, a aspekt komercyjny był marginalny, podczas gdy strona powodowa, będąc obciążona w tym zakresie ciężarem dowodu, poza własnymi lakonicznymi wyjaśnieniami, nie przedstawiła żadnych dowodów, z których powyższe by wynikało;

e. **art. 233 § 1 k.p.c.** poprzez dowolną, a nie wszechstronną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co wyrażało się w dokonaniu ustaleń sprzecznych z rzeczywistym stanem rzeczy i wskazanymi w treści zarzutu dowodami, co do faktów, że : - postanowienia umowy nie podlegały indywidualnym negocjacom, powodowie nie mieli wpływu na jej postanowienia poza kwotą kredytu i okresem kredytowania,

- umowa kredytu przewidywała dowolność w kształtowaniu tabeli kursowej, - powód nie był informowany o sposobie tworzenia tabel kursowych,

- powód nie był informowany o ryzyku walutowym, w tym nie zdawał sobie sprawy z potencjalnego wpływu ryzyka walutowego na zobowiązanie kredytowe, - powód zawarł umowę w celu zaspokojenia własnych potrzeb mieszkaniowych i bez związku z prowadzoną działalnością gospodarczą;

f. **art. 233 § 1 k.p.c.** poprzez dowolną, a nie wszechstronną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co wyrażało się w nieustaleniu faktów, które wynikały ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i miały znaczenie dla rozstrzygnięcia, że : - powodowie akceptowali wysokość stosowanych przez bank kursów walutowych dla uruchomienia kredytu, ponieważ wnioskowali o uruchomienie kredytu i nigdy przeliczenia kwoty kredytu (w tym kursu przeliczenia) nie kwestionowali, bowiem kursy te nie odbiegały od realiów rynkowych, - informacje przekazane powodom co do ryzyka umożliwiały im zrozumienie jego istoty i były prawidłowe, w tym zgodne z przepisami i wymaganiami stawianymi bankom w dacie zawierania umowy, - rzeczywistą przyczyną powództwa nie jest to, że w umowie kredytu inkorporowano niedozwolone postanowienia umowne, czy że jest ona nieuczciwa, ale to, że kurs franka szwajcarskiego obiektywnie wzrósł w warunkach bierności strony powodowej, zatem strona powodowa korzysta z instytucji prawa cywilnego przewidzianych dla ochrony konsumentów w sposób sprzeczny z ich przeznaczeniem, ponieważ traktuje je jako środek do zwolnienia się ze świadomie zaciągniętego długu oraz uniknięcia świadomie przyjętego ryzyka, zwłaszcza, że od wielu lat rozlicza się z bankiem z pominięciem spornych postanowień, - istnieje zwyczaj polegający na stosowaniu kursu średniego NBP dla przeliczeń walutowych;

### **3. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.**

a. **art. 221 k.c. w zw. z art. 3851 § 1 k.c.** poprzez nieuprawnione przyjęcie, że stronie powodowej przysługuje status konsumenta, podczas gdy szczególna ochrona konsumentka nie znajduje uzasadnienia w przypadku umowy zawartej dla celów prowadzenia działalności zawodowej lub gospodarczej, nawet jeśli działalność ta jest przewidziana w przyszłości,

b. **art. 455 k.c. i 481 k.c.** poprzez ich błędne zastosowanie w zakresie roszczenia odsetkowego, podczas gdy stwierdzona w wyroku nieważność umowy, jako skutek abuzywności części jej postanowień zależna jest od oceny sądu oraz decyzji konsumenta, w związku z czym dopiero prawomocny wyrok stwierdzający nieważność umowy usuwa niepewność co do związania stron umową, a ewentualne odsetki za opóźnienie winny być zasądzone co najwyżej od daty prawomocności wyroku;

c. **art. 111 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo bankowe** poprzez nieuprawnione przyjęcie, że sam fakt opierania rozliczeń ze stroną powodową na podstawie kursów tabelarycznych ogłaszanych przez bank stanowi o rażącym naruszeniu interesów strony powodowej oraz pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami, podczas gdy ustawodawca wymaga jedynie udostępnienia stosowanych kursów, do czego pozwany bank się stosował;

d. **art. 56 k.c., art. 65 § 1 i 2 k.c., art. 354 § 1 i § 2 k.c. w zw. z § 6 ust. 1, § 9 ust. 2 oraz § 10 ust. 3 umowy kredytu , § 2 regulaminu w zw. z par. 2 ust 2 w zw. z § 4 ust 2 umowy** poprzez dokonanie ich nieuprawnionej, dowolnej wykładni polegającej na przyjęciu, iż w postanowieniach tych nie zostały określone zasady podawania przez bank kursów walut na potrzeby rozliczeń z kredytobiorcami, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych postanowień prowadziła do wniosku, iż nie uprawniały one banku do dowolnego i arbitralnego kształtowania kursów walut;

e. **art. 56 k.c., art. 65 § 1 i 2 k.c. oraz art. 354 § 1 i 2 k.c. i art. 3851 § 2 k.c.** poprzez dokonanie dowolnej i nieuprawnionej wykładni treści wniosku kredytowego oraz pozostałych postanowień umowy kredytu, w tym regulaminu, po wyeliminowaniu z niej klauzul rzekomo niedozwolonych, prowadzącej do rezultatów sprzecznych z ich obiektywnym brzmieniem oraz intencjami stron, to jest że:

- strony chciały zawrzeć umowy kredytu indeksowanego kursem waluty frank szwajcarski i że takiej umowy nie zawarły,

- dla rezultatów wykładni pozostałych postanowień umowy kredytu nie mają znaczenia wskazywane w prawie polskim zwyczaje oraz zasady współżycia społecznego (jak np. stosowanie kursu średniego NBP dla przeliczania świadczeń walutowych), w konsekwencji że: w przypadku nieskuteczności postanowień umownych modyfikujących zwyczaj (tj. zastosowanie kursów z tabeli kursowej w miejsce kursu zwyczajowego - tj. średniego NBP), brak jest możliwości dalszego wykonywania umowy kredytu z uwzględnieniem jej pierwotnego sensu oraz z uwzględnieniem intencji stron, brak jest podstaw do zastosowania stawki oprocentowania opartej na WIBOR, podczas gdy w treści wiążącego strony § 13 regulaminu wyraźnie wskazano, że kredyty złotowe oprocentowane są stawką opartą na WIBOR, a prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, iż w przypadku nieskuteczności rzekomo abuzywnych postanowień umownych modyfikujących zwyczaj, strony są związane umową w pozostałym zakresie (art. 3851 § 2 k.c.), tj. że należy dokonać wykładni pozostałej części spornej umowy kredytu w zgodzie z przepisami prawa polskiego, a jej rezultatem jest ustalenie, że strony zobowiązane rozliczać się zgodnie z kursem zwyczajowym dla przeliczeń walutowych, tj. wg średniego kursu NBP dla franka szwajcarskiego, przy czym nie dochodzi tu do niedozwolonego zastępowania klauzuli niedozwolonej inną treścią, lecz do wykładni nadal obowiązującej części umowy, względnie, skoro skutkiem abuzywności postanowień o stosowaniu kursu z tabeli kursowej banku ma być upadek indeksacji w całości, to logiczną konsekwencją powyższego, przy dokonywaniu wykładni umowy z pominięciem postanowień umowy składających się na indeksowanie kredytu do waluty CHF, jest posłużenie się treścią regulaminu do wyznaczenia oprocentowania zmiennego właściwego dla kredytów nieindeksowanych, zwłaszcza, że strona powodowa twierdzi, że chciała zawrzeć kredyt złotowy, a bank takie kredyty złotowe oprocentowane stawką WIBOR miał w dacie umowy w swojej ofercie;

**f. art. 3851 § 1 i § 2 k.c. oraz art. 6 ust. 1 Dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich** poprzez „roziągnięcie” skutku abuzywności na postanowienia, których abuzywności Sąd I instancji nie stwierdził (m.in. w zakresie postanowienia aneksu, w którym strony uzgodniły rozliczenia z pominięciem tabeli kursowej banku), podczas gdy zgodnie z przepisami prawa, umowa w części nie objętej abuzywnością winna dalej obowiązywać, co w konsekwencji oznacza, że umowę, oceniając na datę wyrokowania, da się wykonać z pominięciem kwestionowanych postanowień i brak podstaw do stwierdzenia jej upadku;

**g. art. 3851 k.c. oraz 3852 k.c.** poprzez:

- uznanie abuzywności spornych postanowień, pomimo braku do tego przesłanek, w szczególności braku naruszenia dobrych obyczajów i braku rażącego naruszenia interesów strony powodowej,

- uznanie niejednoznaczności spornych postanowień, podczas gdy postanowienia te jednoznacznie wskazywały na sposób określania kursu w tabeli kursowej przez bank, czas obowiązywania kursu, a strona powodowa otrzymała wyczerpującą informację o ryzyku w formie dodatkowego formularza, obejmujące przykładową symulację wahań raty przy zmiennych warunkach rynkowych w znacznym zakresie (o prawie 50%), zgodne z obowiązującymi w tym zakresie wytycznymi organu nadzoru, praktykami, zwyczajami oraz dostępną wiedzą ekonomiczną i dostępnymi w dacie umowy prognozami ekonomicznymi, co oznacza, że w przypadku uznania spornych postanowień za dotyczące objętych terminem „świadczenie główne”, ich kontrola z uwagi na jednoznaczność warunku nie jest w ogóle dopuszczalna,

- nie dokonanie oceny przesłanki „jednoznaczności” na moment zawarcia umowy, tj. według zasad, wytycznych, praktyk i zwyczajów oraz stanu wiedzy i przewidywań (w tym co do ryzyka kursowego) dostępnych dla banku w dacie umowy

- nie dokonanie oceny skutków rzekomej abuzywności spornych postanowień umowy na moment złożenia pozwu, tj. z uwzględnieniem treści umowy i przepisów prawa obowiązujących strony w tej dacie (tj. z uwzględnieniem zmian spornych postanowień umowy aneksem), jak również bez uwzględnienia faktu bezkonfliktowego wykonywania umowy i braku jej kwestionowania przez powoda przez 10 lat jej wykonywania, w tym wynikającej z zawartego aneksu woli powoda do kontynuowania umowy, z wykorzystaniem uprawnienia do spłaty kredytu z pominięciem kwestionowanej tabeli kursowej banku;

**h. art. 385 § 2 zd. 1 k.c. w zw. z art. 5 zd. 2 Dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich** poprzez ich niezastosowanie, podczas gdy w przypadku stwierdzenia niejednoznaczności postanowień wzorca umownego pierwszeństwo przez dokonaniem kontroli tzw. incydentalnej wzorca umownego, ma zasada „in dubio contra proferentem”, co oznacza, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne należy rozstrzygnąć na korzyść konsumenta, a oczywistym wynikiem takiej wykładni będzie uznanie, że bank nie był uprawniony do dodawania pozaumownej marży do kursu międzybankowego, a jeżeli tak robił, to konsument jest uprawniony do zwrotu kwoty nadpłaconej w wyniku takiego dodania, z uwagi na nienależyte wykonanie umowy przez bank, a nie do powoływania się na abuzywność postanowień umowy lub ich nieważność;

**i. art. 385<sup>2</sup> k.c.** poprzez jego nieuprawnioną, zawężającą wykładnię, skutkującą przyjęciem, że do okoliczności zawarcia umowy kredytu nie należą narzucone ustawowo oraz przez regulatora - KNF wymogi co do sposobu finansowania akcji kredytowej przy udzielaniu kredytów indeksowanych kursem waluty obcej, faktyczny sposób sfinansowania spornej umowy kredytu przez bank, przyczyny określonego ukształtowania postanowień umowy kredytu np. w zakresie rozliczeń według kursu kupna i kursu sprzedaży, podczas gdy przy ocenie zarzutu inkorporowania w umowie niedozwolonych postanowień umownych badać należy wszystkie okoliczności zawarcia umowy;

**j. art. 358 § 1 i 2 k.c.** poprzez jego ewentualne niezastosowanie do określenia treści wzajemnych praw i obowiązków stron umowy kredytu w zakresie rozliczeń, chociaż przepis ten wszedł w życie w okresie, w którym sporna umowa kredytu obowiązywała, a nadto wysokość salda kredytu wyrażona bezpośrednio w walucie obcej wynikała z niekwestionowanych przez stronę powodową harmonogramów spłat i nie była sporna w sprawie;

**k. art. 24 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim** poprzez jego ewentualne niezastosowanie do rozliczenia stron, podczas gdy przepis ten obowiązywał w dacie zawarcia spornej umowy, a wynik wyliczenia kursu średniego był powszechnie dostępny, albowiem był ogłaszany w serwisach informacyjnych: Thomson Reuters, Bloomberg, na stronie internetowej NBP i w oddziałach NBP;

**l. art. 30 ust 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 2 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości** poprzez jego ewentualne niezastosowanie, podczas gdy uznanie za niewiążące uzgodnionych przez strony rozliczeń walutowych nakazuje do wyceny wzajemnych zobowiązań stron i rozliczeń księgowych zastosować przepisy o rachunkowości;

**m. art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c. w zw. z art. 385<sup>1</sup> k.c. poprzez ich błędne zastosowanie oraz art. 411 k.c.** poprzez jego niezastosowanie i zasądzenie na rzecz strony powodowej kwoty rat kapitałowo-odsetkowych dochodzonych pozwem, pomimo faktu, że nieważność umowy jako skutek abuzywności dotyczy okresu, w którym umowa obowiązuje, a więc konsument nie ma prawa domagać się nieważności umowy, która została wykonana (kredyt, którego dotyczyła umowa nr (...) został spłacony w całości już w 2015 r.), w szczególności nie można stwierdzić braku możliwości wykonania umowy już wykonanej, a wykonanie umowy przez konsumenta (w tym z uwagi na zasadę pewności obrotu) uznać należy za jej potwierdzenie przez konsumenta;

**n. art. 5 k.c.** poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której orzeczona sankcja jest skrajnie nieproporcjonalna do zarzucanego naruszenia i stanowi próbę rażącego nadużycia uprawnień przyznanych konsumentom, w tym narusza zasadę lojalności i uczciwości obrotu, lojalności kontraktowej, pacta sunt servanda i reguły venire contra factum proprium nemini licet, może doprowadzić do wypaczenia instytucji kredytu bankowego oraz uzyskania bezprecedensowych korzyści i rażącego wzbogacenia powodów kosztem banku, co jej nieproporcjonalną sankcją w stopniu wyższym, niż uznanie kredytu za złotowy oprocentowany stawką LIBOR.

Skarżący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie jego uchylenie, zniesienie postępowania w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Ponadto pozwany na podstawie art. 380 k.p.c. wniósł o rozpoznanie postanowienia Sądu Okręgowego w Gdańsku w zakresie oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów i bankowości, celem ustalenia okoliczności zawarcia umowy, występujących po stronie pozwanego, w tym ekonomicznych i prawnych oraz kryteriów określania kursu w tabeli kursowej banku zawartych w umowie i regulaminie, które Sąd I instancji ocenił z pominięciem koniecznej wiedzy specjalnej. W uzasadnieniu apelacji podniósł nadto m.in., że ryzyko kursowe nie było „jednokierunkowe” tj. w przypadku umocnienia się waluty PLN do CHF w toku trwania umowy konsument uzyskalby dodatkową korzyść w postaci zmniejszenia kosztów kredytu. Kredytobiorca, który zaciągnął kredyt złotowy w 2004 r., już w roku 2008 (z uwagi na wzrost WIBOR) płacił nawet ponad dwukrotnie wyższą ratę, zaś kredytobiorca kredytu indeksowanego, który umowę zawarł w 2004 r., nie odczuł do roku 2008 większych różnic w wysokości raty (kursu między rokiem 2004 a 2008 został zrekomensowany przez wzrost stawki LIBOR).

W dacie zawierania umowy brak było szczególnych przepisów co do zakresu wahań kursów walut, jakie należy konsumentowi przedstawić w symulacji, w przypadku wnioskowania o kredyt indeksowany do waluty obcej, zaś przedstawione w symulacji wahania wysokości rat w zależności od przyjętych założeń gospodarczych należy uznać za przekazane ponad obowiązek wynikający z ustawy, stanowiący realizację Rekomendacji KNB z 2006 r., która była bardziej rygorystyczna niż przepisy ustawy.

Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami w taki sam sposób nakazuje obecnie informować kredytobiorców o ryzyku kursowym jak ówczesna Rekomendacja S z 2006 r. Sąd I instancji pominął istniejące w dacie zawarcia umowy wypowiedzi publiczne zarówno organów ochrony konsumentów, jak i czołowych polityków sprzeciwiające się wprowadzeniu jakichkolwiek ograniczeń w udzielaniu kredytów w CHF.

Niewątpliwie intencją stron przy zawarciu aneksu było utrzymanie i dalsze wykonywanie umowy, ale z pominięciem obecnie kwestionowanego postanowienia, co strona powodowa przez wiele lat czyniła. W każdym przypadku stronie powodowej nie przysługują roszczenia restytucyjne za okres po zawarciu aneksu, a ewentualnej restytucji mogą podlegać jedynie rozliczenia dokonywane za okres poprzedzający zawarcie aneksu.

Ewentualne zastosowanie w rozliczeniach stron kursu średniego NBP nie stanowi uzupełnienia umowy wyłączenie klauzulami generalnymi, takimi jak zasady słuszności, stanowi uzupełnienie umowy normą wynikającą z przepisów dyspozytywnych, gdyż w polskim systemie prawa znajduje się wiele norm dyspozytywnych odwołujących się do kursu średniego NBP oraz realizuje wszystkie cele Dyrektywy 93/13, tj. przywraca równowagę pomiędzy stronami, zniechęca przedsiębiorcę do stosowania nieuczciwych warunków w przyszłości i nie wykracza poza to, co jest ściśle konieczne w celu przywrócenia równości stron.

Bezskuteczność postanowienia umownego w umowie zawartej z konsumentem nie może prowadzić do zmiany charakteru prawnego zobowiązania, ale nie oznacza również nieważności umowy.

Kursy waluty, w przypadku stwierdzenia abuzywności postanowień dotyczących określania ich wysokości, mogą zostać ustalone w oparciu o wykładnię postanowień tej części umowy kredytu, która nadal obowiązuje oraz z uwzględnieniem przepisów prawa polskiego i bezspornych intencji stron.

Ustalony w Polsce zwyczaj odwołuje się do kursu średniego Narodowego Banku Polskiego, a z punktu widzenia przepisów Dyrektywy 93/13 norma zwyczajowa nie różni się od normy ustawowej. Od 2009 r. zwyczaj ten zyskał rangę normatywną na podstawie art. 358 § 2 k.c., który ma zastosowanie do zobowiązań o charakterze ciągłym, które zostały zaciągnięte przed wejściem w życie tego przepisu, i które przed tym dniem nie wygasły.

Opisany zwyczaj rozliczania zobowiązań wyrażonych w walucie obcej z uwzględnieniem średniego kursu Banku Polskiego był od początku i jest nadal inkorporowany w treść spornej umowy kredytu, a został jedynie zmodyfikowany przez strony poprzez zastosowanie kursów kupna i sprzedaży oraz sformułowanie własnych zasad ich wyliczania. Gdyby modyfikacja ta okazała się nieskuteczna, to w spornej umowie kredytu nie powstałaby żadna luka, albowiem



strony byłyby związane są pierwotnym brzmieniem umowy kredytu, tym sprzed dokonanej modyfikacji w zakresie stosowanych kursów i zasad ich określania; wiążącym kursem byłby kurs średni NBP dla franka szwajcarskiego.

Skoro ustawodawca krajowy zdecydował się na wyważenie interesów kredytobiorców oraz banków w tzw. ustawie antyspreadowej, to sporne postanowienia w ogóle nie powinny podlegać ocenie, albowiem strony przepisy tej ustawy, poprzez zapewnienie powodom możliwości spłaty kredytu bezpośrednio w walucie wdrożyły, a nie podlegają ocenie pod kątem abuzywności postanowienia umowy odzwierciedlające obowiązujące przepisy prawa. Na wypadek stwierdzenia abuzywności spornych postanowień należy uznać, że strony zawarły kredyt złotowy nieindeksowany do waluty obcej, oprocentowany stawką zmienną wynikającą z regulaminu wiążącego strony dla takiego rodzaju kredytu, tj. stawką oparta na WIBOR dla PLN, przy czym takie działanie nie jest również krzywdzące dla kredytobiorców złotych, a w szczególności nie premiuje kredytobiorców, którzy zdecydowali się na ponoszenie ryzyka kursowego. W zakresie zgłoszonego zarzutu zatrzymania pozwany podniósł, że umowa jest umową wzajemną, w przypadku kwestionowania zasadność powództwa z jakichkolwiek przyczyn możliwe jest podniesienie tzw. ewentualnego zarzut zatrzymania, a dla jego skuteczności nie jest konieczne, aby roszczenie, stanowiące jego podstawę było wymagalne. Skorzystanie z prawa zatrzymania może przybrać formę odpowiedniego zarzutu procesowego i nie ma potrzeby uzależniania skuteczności korzystania z tego zarzutu procesowego od dodatkowego odpowiedniego umocowania materialnoprawnego pełnomocników stron lub od dodatkowego wymogu składania oświadczenia odpowiedniej treści na rozprawie w obecności pozwanych.

W odpowiedzi na apelację powodowie wnieśli o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania, wskazując na niezasadność zarzutów podniesionych w wywiedzionym środku zaskarżenia.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja pozwanego jest zasadna, choć przyczyną tego wniosku nie pozostają zarzuty w niej sformułowane.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia stanu faktycznego sprawy, które Sąd Apelacyjny uznaje za własne, zatem nie zachodzi potrzeba ich ponownego przytaczania. Sformułowane przez skarżącego zarzuty dotyczą zarówno ustaleń stanu faktycznego sprawy, jak i subsumpcji tych ustaleń i zostaną ocenione kompleksowo.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Sąd Okręgowy rozpoznał istotę sprawy, a dokonana kontrola wzorca umownego nie ma charakteru kontroli abstrakcyjnej, choć słusznie zauważa skarżący, że Sąd I instancji nie odniósł się wprost do kryteriów ustalania kursu wskazanych w § 6 ust 1 umowy z dnia 18 września 2008 r. oraz paragrafie § 2 Regulaminu kredytu hipotecznego (...) będącego elementem drugiej z umów łączących strony; uchybienie to, powodując niekompletność uzasadnienia zaskarżonego wyroku, nie wpływa jednak na słuszny wniosek sądu I instancji w zakresie stwierdzenia abuzywności klauzul będących przedmiotem oceny. Stanowisko o niedozwolonym charakterze postanowień, które uprawniają bank do jednostronnego ustalania kursów walut, pozostawiając mu pole do arbitralnego działania ma w orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany charakter (postanowienie Sądu Najwyższego z 26 sierpnia 2022 roku w sprawie I CSK 2382/22 oraz wskazane tam orzecznictwo Sądu Najwyższego, wyrok Sądu Najwyższego z 22 grudnia 2022 r. w sprawie I CSK 5359/22), zaś wskazana przez skarżącego treść umów łączących stronę nie zmienia oceny, że postanowienia tych umów określające zasady przeliczenia kwoty udzielonego kredytu na złotówki przy wypłacie kredytu, jak i spłacanych rat na walutę obcą, pozwalały bankowi swobodnie kształtować kurs waluty obcej. Zgodnie z treścią wskazywanej przez skarżących, przyjętej przez strony definicji, tabela kursów była sporządzana przez merytoryczną komórkę banku na podstawie kursów obowiązujących na rynku międzybankowym w chwili sporządzenia tabeli i po ogłoszeniu kursów średnich przez NBP o godzinie 16:00 każdego dnia roboczego i obowiązywała przez cały następny dzień roboczy. Zgodzić się należy ze skarżącym, że wskazana definicja w sposób jasny określa moment sporządzenia tabeli kursów oraz czas jej obowiązywania, jednakże same kryteria jej sporządzania nie są transparentne ani kompletne, skoro zarówno kursy obowiązujące na rynku międzybankowym, jak i średnie kursy NBP, pozostają jedynie podstawą do ustalania kursu waluty przez bank.

Jednocześnie nawet odwołanie się do kursu NBP nie przesądza o nieabuzywności klauzuli przeliczeniowej, albowiem co prawda zostaje wprowadzony miernik niezależny od banku, jednak nie można zapominać o ponoszeniu przez

kredytobiorcę - w wyniku wprowadzenia takiej klauzuli umownej - nieograniczonego ryzyka kursowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2022 r. w sprawie II CSKP 971/22). Podjęcie przytoczonych wniosków było możliwe bez wiedzy specjalnej biegłego z zakresu finansów i bankowości, zatem zasadnie Sąd I instancji nie przeprowadził dowodu z opinii biegłego; nie podlegał zatem także uwzględnieniu wniosek skarżącego wnoszącego o przeprowadzenie tego dowodu w trybie artykułu 380 k.p.c. Skarżący podkreśla korzyści jakie kredytobiorcy odnieśli wskutek oprocentowania kredytu stawką LIBOR, jednakże niższe oprocentowania kredytu indeksowanego niż kredytu złotowego, nie wpływa na ocenę postanowień umowy kredytu w zakresie ich abuzywności, albowiem zgodnie z artykułem 3852 k.p.c. oceny zgodności postanowienia z dobrymi obyczajami dokonuje się uwzględniając treść umowy i okoliczności jej zawarcia, zaś zgodnie z art. 4 ust.1 Dyrektywy 93/13 nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany z uwzględnieniem towaru lub usług, których umowa dotyczy i z odniesieniem, w momencie zawarcia umowy, do wszelkich okoliczności związanych jej zawarciem, nie zaś tych okoliczności, które w istocie pozostają poza treścią umowy i wymagają jej porównania z innymi produktami oferowanymi przez przedsiębiorcę.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że skarżący pomija okoliczność, że oprocentowanie dotyczyło wzrastającej kwoty kapitału. Zarówno z treści wskazanych norm, jak i judykatury krajowej ( uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 20 czerwca 2018r. w sprawie sygn. akt III CZP 29/17 i przywołane tam orzecznictwo) jak i Trybunału Sprawiedliwości ( wyrok TSUE z dnia 20 września 2017r. w sprawie C-186/16 Ruxandra Paula Anriciuci in. V.BANCO ROMÂNESCĂ S.A. ) wynika, że oceny, czy postanowienie umowne jest niedozwolone w znaczeniu art. 385 1§ 1 k.c., należy dokonywać według stanu z chwili zawarcia umowy. To ugruntowane w judykaturze stanowisko Sąd Apelacyjny podziela, zatem okoliczność w jaki sposób był faktycznie określany kurs waluty, według którego pozwany dokonywał ustalenia wysokości świadczeń powodów i czy odbiegał on od realnego kursu rynkowego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, skoro nie jest to okoliczność istniejąca już w dacie zawierania umowy. Podobnie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają podnoszone przez w skarżącego publiczne wypowiedzi organów ochrony konsumentów i polityków dotyczące praktyki udzielania kredytu w CHF. Wejście w życie przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy Prawo bankowe (Dz. U. Nr 165, poz. 984) nie wyłącza możliwości powoływania się na abuzywność klauzul związanych z niejasnym i jednostronnym sposobem określania kursu waluty, po jakim ma być dokonywana spłata, zawartych w umowach kredytowych, które podpisane i realizowane były jeszcze przed wejściem w życie tej nowelizacji ( wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r. w sprawie III CSK 159/17). Przyjęcie przez prawodawcę przepisów regulujących stosowanie warunków umownych i przyczyniających się do zapewnienia odstrasającego skutku Dyrektywy 93/13 w odniesieniu do zachowania przedsiębiorców, a takimi przepisami pozostają unormowania, tzw. ustawy antyspreadowej, pozostaje bez uszczerbku dla praw przyznanych konsumentowi w tej dyrektywie (wyrok TSUE z 29 kwietnia 2021 r. w sprawie C – 19/20). Skarżący wskazuje również, że strony zawarły aneks do umów, który umożliwiał kredytobiorcom dokonywanie spłaty zadłużenia bezpośrednio w CHF, podkreślając, że Sąd Okręgowy nie nadał temu faktowi właściwego znaczenia. Wykładni art. 6 ust. 1 Dyrektywy 93/13 w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich należy dokonywać w ten sposób, że sąd krajowy jest zobowiązany do stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunku umowy zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, nawet jeśli warunek ten został zmieniony przez te strony w drodze umowy. Takie stwierdzenie pociąga za sobą przywrócenie sytuacji, w jakiej znajdowałby się konsument w braku warunku, którego nieuczciwy charakter zostałby stwierdzony, chyba że konsument poprzez zmianę nieuczciwego warunku zrezygnował z takiego przywrócenia w drodze wolnej i świadomej zgody, czego zbadanie należy do sądu krajowego. ( wyrok TSUE z 29 kwietnia 2021 r. w sprawie C – 19/20). W przedmiotowej sprawie , ani treść samego aneksu, ani też inne dowody nie wskazują aby powodowie zawierając aneks zrezygnowali z możliwości stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunku umowy, wyrażając na niego zgodę.

Dla możliwości oceny klauzuli umownej jako niedozwolonej nie ma w istocie znaczenia fakt, że konsument wykonywał umowę, czy też że nawet ją już wykonał, fakt publikacji przez pozwanego tabel kursowych, ani też przyczyna skorzystanie przez powodów z ochrony konsumenckiej; ocena takiej decyzji po stronie konsumenta w świetle artykułu 5 k.c. pozostaje wątpliwa, skoro ostatecznie decyzja ta prowadzi ona do stwierdzenia bezwzględnej nieważności umowy, zwłaszcza, że to przedsiębiorca umieścił w umowie klauzule abuzywną. Podkreślić także należy, że wbrew wskazaniom skarżącego, Sąd I instancji nie poczynił ustalenia, aby postanowienia aneksu zawartego przez stronę

pozostawały abuzywne, a jedynie stwierdził, że w świetle abuzywności postanowień umownych pierwotnie łączących strony, postanowienia aneksu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Nie pozostają okolicznościami podlegającym badaniu przy ocenie abuzywności postanowienia umownego fakty związane z finansowaniem przez pozwanego akcji kredytowej i spornej umowy oraz przyczyny określonego kształtowania postanowień umowy w zakresie rozliczeń według kursu kupna i sprzedaży. Nie stanowi naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów ustalenie Sądu I instancji, że umowy zawarte pomiędzy stronami nie były indywidualnie negocjowane oraz, że powodowie nie zostali prawidłowo poinformowani przez pozwanego o ryzyku walutowym związanym z zawieraniem umowami, przy czym na okoliczności te wskazuje nie tylko przesłuchanie powodów. Z zeznań świadka K. K. wynika, że nie było żadnych możliwości negocjacji warunków kredytu oprócz dodatkowego produktu w postaci poliso- lokaty. Świadek zeznał również, że jego zdaniem klienci nie mieli świadomości że wzrost kursu waluty wpłynie na wzrost salda kapitału, a przedstawiane symulacje dotyczyły co prawda wyższego kursu waluty być może na poziomie 3,15 zł, ale nie takiego jaki rzeczywiście wystąpił. Przepis art. 385 § 4 k.c. wskazuje, że ciężar dowodu w zakresie przeprowadzenia indywidualnych negocjacji z konsumentem obciąża przedsiębiorcę, przy czym jako wystarczającą do uznania, że miały miejsce indywidualne negocjacje warunków umowy z konsumentem nie może być potraktowana okoliczność, że konsument miał prawo wyboru spośród różnych produktów oferowanych przez przedsiębiorcę. Umowa zawarta została przez strony na podstawie wzorca, a szczególna ochrona zasady swobody kształtowania treści i zawierania umów z konsumentem, wyrażona w art. 385<sup>(1)</sup> k.c., oparta jest na domniemaniu braku indywidualnego uzgodnienia postanowień wzorca (wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2012 r. w sprawie II CSK 515/11), przy czym obalenie tego domniemania i łączącego się z nim reżimu ochronnego obciąża przedsiębiorcę posługującego się wzorcem umowy.

Podziela Sąd Apelacyjny stanowisko Sądu I instancji, że analizowane postanowienia nie są jednoznaczne, przy czym nie można się zgodzić z oceną skarżącego, że niejednoznaczność ta powoduje konieczność rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych na korzyść konsumenta zgodnie z artykułem 385 § 2 k.c., skoro, przy zaistnieniu innych okoliczności, skutkuje ona abuzywnością postanowienia, a co za tym idzie brakiem związania nim konsumenta. Niejednoznaczności analizowanych postanowień umowy nie zniwelowała udzielona konsumentom przez bank informacja wskazująca na związane z umową ryzyko walutowe i to nawet o takiej treści, jaka wynika z § 4 ust. 3 umowy z 5 lipca 2005 r., zeznań świadków oraz Zarządzenia Prezesa Zarządu (...) Bank S.A. w K. w sprawie zmian do Instrukcji udzielania kredytów hipotecznych w (...) Bank S.A. (...) Oddział w Ł., już z tego względu, że nie wskazuje ona na nieograniczony charakter takiego ryzyka. Oświadczenie kredytobiorcy o wyborze waluty obcej wskazuje na wysokość raty kredytu przy założeniu, że stopa kursu CHF wzrośnie o 14,55 % (różnica między maksymalnym i minimalnym kursem ostatnich 12 miesięcy), co z całą pewnością nie uwzględnia okoliczności, że umowa została zawarta na wiele lat. Wykładni art. 4 ust. 2 Dyrektywy 93/13 w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich należy dokonywać w ten sposób, że wymóg przejrzystości warunków umowy kredytu denominowanego w walucie obcej, które narażają kredytobiorcę na ryzyko kursowe, jest spełniony wyłącznie w sytuacji, gdy przedsiębiorca dostarczył temu kredytobiorcy dokładne i wystarczające informacje odnośnie do ryzyka kursowego pozwalające właściwie poinformowanemu oraz dostatecznie uważnemu i rozsądnemu przeciętnemu konsumentowi na dokonanie oceny ryzyka potencjalnie znaczących skutków gospodarczych takich warunków umownych dla jego zobowiązań finansowych w trakcie całego okresu obowiązywania tej umowy. W tym względzie - jak to podkreśliła Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego w zaleceniu CERS/2011/1 z dnia 21 września 2011 r. dotyczącym kredytów w walutach obcych (Dz.U. 2011, C 342, s. 1) - instytucje finansowe muszą zapewniać kredytobiorcom informacje wystarczające do podejmowania przez kredytobiorców świadomych i rozważnych decyzji oraz powinny wyjaśniać co najmniej, jak na wysokość raty kredytu wpłynęłyby silna deprecjacja środka płatniczego państwa członkowskiego, w którym kredytobiorca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę i wzrost zagranicznej stopy procentowej (Zalecenie A - Świadomość ryzyka wśród kredytobiorców, pkt 1). Dla spełnienia wymogu przejrzystości informacje przekazane przez przedsiębiorcę powinny umożliwić przeciętnemu konsumentowi, właściwie poinformowanemu, dostatecznie uważnemu i racjonalnemu nie tylko zrozumienie, że w zależności od zmian kursu wymiany zmiana parytetu pomiędzy walutą rozliczeniową a walutą spłaty może pociągać za sobą niekorzystne konsekwencje dla jego zobowiązań finansowych, lecz również zrozumieć, w ramach zaciągnięcia kredytu denominowanego w walucie obcej, rzeczywiste

ryzyko, na które narażony jest on w trakcie całego okresu obowiązywania umowy w razie znacznej deprecjacji waluty, w której otrzymuje wynagrodzenie, względem waluty rozliczeniowej. Nie spełnia wymogu przejrzystości przekazywanie temu konsumentowi informacji, nawet licznych, jeżeli opierają się one na założeniu, że równość między walutą rozliczeniową a walutą spłaty pozostanie stabilna przez cały okres obowiązywania tej umowy. Jest tak w szczególności wówczas, gdy konsument nie został powiadomiony przez przedsiębiorcę o kontekście gospodarczym mogącym wpłynąć na zmiany kursów wymiany walut, tak że konsument nie miał możliwości konkretnego zrozumienia potencjalnie poważnych konsekwencji dla jego sytuacji finansowej, które mogą wynikać z zaciągnięcia kredytu denominowanego w walucie obcej.

W tym względzie okoliczność, że konsument oświadcza, iż jest w pełni świadomy potencjalnych ryzyk wynikających z zawarcia wspomnianej umowy, nie ma sama w sobie znaczenia dla oceny, czy przedsiębiorca spełnił wspomniany wymóg przejrzystości (postanowienie TSUE z 6 grudnia 2021 r. w sprawie C- 67/20, wyrok TSUE z 20 września 2017r. w sprawie C – 186/16 artykuł i przywołane w nich orzecznictwo). Skoro ustanowiony przez Dyrektywę 93/13 system ochrony opiera się na założeniu, iż konsument jest stroną słabszą niż przedsiębiorca, między innymi ze względu na stopień poinformowania, to ustanowiony przez nią wymóg wyrażenia warunków umownych prostym i zrozumiałym językiem, i w konsekwencji zapewnienia przejrzystości, należy rozumieć jako wymóg, który musi pozwolić kredytobiorcy zrozumieć, do czego się zobowiązuje, zwłaszcza co do sposobu obliczenia rat spłaty kredytu, który zaciąga. Treść klauzuli umowy kredytu zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem odwołującej się do kursu sprzedaży waluty obcej, do której kredyt jest indeksowany, powinna, na podstawie jasnych i zrozumiałych kryteriów, umożliwić właściwie poinformowanemu oraz dostatecznie uważnemu i racjonalnemu konsumentowi zrozumienie sposobu ustalania kursu wymiany waluty obcej stosowanego w celu obliczenia kwoty rat kredytu, w taki sposób, aby konsument miał możliwość w każdej chwili samodzielnie ustalić kurs wymiany stosowany przez przedsiębiorcę ( wyrok TSUE z 18 listopada 2021r. w sprawie C – 212/20).

Wprowadzenie do zawieranej na wiele lat umowy kredytu na nabycie nieruchomości, stanowiącej z reguły dorobek życia przeciętnego konsumenta, klauzuli ryzyka kursowego wymaga szczególnej staranności banku w zakresie wyraźnego wskazania zagrożeń wiążących się z oferowanym kredytem, tak by konsument miał pełne rozeznanie konsekwencji ekonomicznych zawieranej umowy. W takim stanie rzeczy przedkontraktowy obowiązek informacyjny w zakresie ryzyka kursowego powinien zostać wykonany tak, aby jednoznacznie i zrozumiale unaocznic konsumentowi, że zaciągnięcie tego rodzaju kredytu jest bardzo ryzykowne, a efektem może być obowiązek zwrotu kwoty wielokrotnie wyższej od pożyczonej, mimo dokonywania regularnych spłat ( wyrok Sądu Najwyższego z 3 lutego 2022 r. w sprawie II CSKP 415/22 i przytoczona tam judykatura). Na oszacowanie wysokości potencjalnych zobowiązań powodów nie pozwalała sama konstrukcja klauzuli indeksacyjnej zastrzegającej możliwość określenia stosowanego kursu waluty jedynie przez kredytobiorcę, bez jakiegokolwiek odniesienia się do okoliczności mających mieć wpływ na ustalony kurs. Okoliczności, że w dacie zawierania umowy ani ustawodawca, ani organy nadzoru finansowego nie precyzowały stopnia szczegółowości zapisów dotyczących ustalania kursu wymiany walut, czy też treść obecnie obowiązujących przepisów nie może uzasadniać braku wskazania w postanowieniach umowy oraz w ramach informacji dostarczonych przez przedsiębiorcę przed zawarciem umowy kryteriów stosowanych przez bank w celu ustalenia kursu wymiany mającego zastosowanie do obliczania rat spłaty, co umożliwiłoby konsumentowi określenie w każdej chwili tego kursu wymiany. Co więcej właśnie fakt, że umowa zawarta została na wiele lat uzasadniał uwzględnienie możliwości radykalnych zmian kursu waluty na przestrzeni dłuższego czasu i poinformowanie konsumenta o takiej możliwości. Przestrzeganie przez przedsiębiorcę wymogu przejrzystości warunków umów należy co prawda oceniać w świetle informacji, którymi ten przedsiębiorca dysponował w chwili zawarcia umowy z konsumentem ( postanowienie TSUE z dnia 3 marca 2021 r., Ibercaja Banco, C-13/19 i przytoczone tam orzecznictwo), jednakże pozwany bank jako profesjonalista w zakresie rynku finansowego nawet nie wskazał na okoliczności wobec których mógł racjonalnie wykluczać ryzyko znacznego wzrostu kursu waluty do której indeksowany był kredyt udzielony powodom w okresie kolejnych wiele lat.

Oceny braku wypełnienia przez przedsiębiorcę obowiązku informacyjnego nie zmienia podnoszona przez skarżącego okoliczność, że treść udzielonej powodom informacji wykraczała poza Rekomendację S Komisji Nadzoru Bankowego.

Zgodzić się jednocześnie należy, ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego 29 października 2019r. w sprawie IV CSK 309/18, że gdyby rzeczywiście zostało należycie wyjaśnione znaczenie zmiany kursu waluty i ponoszonego ryzyka, to racjonalny kredytobiorca nie zdecydowałby się na kredyt powiązany z kursem waluty obcej w sposób wadliwy w perspektywie jego spłacania przez kilkadziesiąt lat, chyba żeby z okoliczności sprawy wyraźnie wynikało co innego, zaś gdyby kredytujący bank zamierzał wystarczająco poinformować kredytobiorcę będącego osobą fizyczną - konsumentem o niebezpieczeństwach wynikających z kredytu powiązanego z kursem waluty obcej, to nie proponowałby w ogóle zawierania takich umów kredytowych, zdając sobie sprawę jako profesjonalista, że umowa taka może zostać łatwo oceniona jako nieuczciwa. Odnosząc się do zarzutów skarżącego w odniesieniu do przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że powodowie zawarli przedmiotową umowę jako konsumenci stwierdzić należy, że zgodnie z art. 22 § 1 k.c. za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej nie związanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Zagadnienie tzw. umów mieszanych (umów o podwójnym charakterze), w których konsument występuje w podwójnej roli, było przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości przede wszystkim w odniesieniu do przepisów proceduralnych określających zasady jurysdykcji w sprawach konsumenckich. Trybunał w tych sprawach uznawał, że pojęcie spraw konsumenckich obejmuje zasadniczo wyłącznie osoby fizyczne będące konsumentami końcowymi, które nie działają w ramach działalności gospodarczej czy wykonywania zawodu i jedynie umowy zawarte poza jakąkolwiek działalnością lub jakimkolwiek celem gospodarczym i niezależnie od nich, to jest zawarte jedynie w celu zaspokojenia własnych prywatnych potrzeb konsumpcyjnych osoby, są objęte zakresem szczególnych reguł jurysdykcyjnych w dziedzinie ochrony konsumenta. W odniesieniu zaś do osób, które zawierają umowę w celu służącym po części prowadzonej przez nie działalności gospodarczej lub zawodowej, osoby takie mogłyby powoływać się na przepisy dotyczące jurysdykcji w sprawach konsumenckich jedynie w sytuacji, w której związek zawartej umowy z działalnością gospodarczą lub zawodową zainteresowanego byłby tak nikły, że stałby się marginalny, a zatem odgrywałby jedynie nieznaczną rolę w kontekście transakcji, dla której w swej całości umowa ta została zawarta (red. Jacek Gudowski, Kodeks cywilny. Komentarz . Tom I. Część ogólna, cz.1 Lex oraz przywołane tam orzecznictwo)

Zgodnie z motywem 17 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304, s. 64, ze zm.) oraz motywem 13 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 524/2013 z 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (Dz.Urz. UE L 165) definicja konsumenta powinna obejmować osoby fizyczne działające w celach niezwiązanych z ich działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonywaniem wolnego zawodu. Jednakże w przypadku umów o podwójnym charakterze, gdy umowa zawierana jest w celach, które częściowo są związane z działalnością handlową danej osoby, a częściowo nie są z nią związane, a cel handlowy jest do tego stopnia ograniczony, że nie jest dominujący w ogólnym kontekście umowy, taka osoba również powinna być uznawana za konsumenta. Rozciągnięcie ochrony konsumenckiej na przedsiębiorców dozwolone zostało tylko w razie łącznego spełnienia dwóch przesłanek, tj.: w przypadku zawarcia umowy częściowo w celu związanym z działalnością handlową danej osoby i częściowo w celu niezwiązanym z taką działalnością, oraz gdy cel handlowy takiej umowy jest do tego stopnia ograniczony, że nie ma charakteru dominującego w ogólnym kontekście umowy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2022 r. w sprawie VI ACa 4/21).

Zawartą w art. 221 k.c. przesłankę bezpośredniego związku czynności prawnej dokonywanej przez osobę fizyczną z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą lub zawodową należy badać przy uwzględnieniu typu i rodzaju dokonywanej czynności prawnej, jej przedmiotu, a także okoliczności towarzyszących jej zawarciu. Bezpośredni związek z prowadzoną działalnością gospodarczą lub zawodową jest wyłączony, jeżeli podejmowana przez osobę fizyczną czynność prawna zmierza do zaspokajania potrzeb własnych i „prywatnych” podmiotu i jego rodziny, jest nastawiona na zapewnienie funkcjonowania gospodarstwa domowego (red. Jacek Gudowski, Kodeks cywilny. Komentarz . Tom I. Część ogólna, cz.1 Lex wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2012 r. w sprawie II CSK 515/11).

Przyjęcie, że związek między umową osoby fizycznej a jej działalnością ma charakter pośredni, może mieć miejsce także wówczas, gdy określone dobro lub usługa zostało w przeważającej mierze nabyte w celu zaspokojenia potrzeb osobistych, niezwiązanych z prowadzoną działalnością profesjonalną osoby fizycznej, nawet jeśli profil tej działalności wiąże się z obrotem tego rodzaju dobrami lub usługami (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2022 r. w sprawie VI ACa 4/21).

Wyjaśnić także należy, że status konsumenta należy niewątpliwie badać na chwilę dokonywania czynności prawnej, zaś z przesłuchania powodów wynika, że powód rozpoczął działalność gospodarczą dopiero po zakupie nieruchomości budynkowej. Zgodnie z umową stron, celem kredytów zaciągniętych przez powodów był zakup lokalu mieszkalnego i dowolny cel konsumpcyjny, przy czym zgodnie z przesłuchaniem powodów cel ten polegał na finansowaniu zakupu nieruchomości zabudowanej budynkiem mieszkalno - usługowym.

W świetle okoliczności wskazanych przez Sąd I instancji oraz faktu, że powodowie zaspakajali i nadal zaspokajają potrzeby mieszkaniowe w budynku zakupionym ze środków pochodzących z kredytu uznać należy, że umowa kredytu zawarta w dniu 18 września 2008 r. była związana z przyszłą działalnością gospodarczą powoda jedynie w sposób pośredni, zaś powodowie ją zawierając działali jako konsumenci. Podzielając uzasadnienie stanowiska Sądu Okręgowego w przedmiocie braku możliwości zastąpienia niedozwolonego postanowienia umownego innym wskazać należy, że art. 6 ust. 1 punktem wyjścia do oceny dopuszczalności zastąpienia klauzuli abuzywnej inną, dopuszczalną jest ustalenie, czy bez tej klauzuli umowa może nadal istnieć.

Unieważnienie umowy łączącej konsumenta i przedsiębiorcę nie może zależeć jedynie od żądania konsumenta, lecz wynikać musi z zastosowania kryteriów ustanowionych na mocy prawa krajowego. Wykładni art. 6 ust. 1 Dyrektywy 93/13 należy dokonywać w ten sposób, że skutki stwierdzenia przez sąd istnienia nieuczciwego warunku w umowie zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem podlegają przepisom prawa krajowego, przy czym kwestia utrzymania się w mocy takiej umowy powinna być oceniana z urzędu przez sąd krajowy zgodnie z obiektywnym podejściem na podstawie tych przepisów ( wyrok TSUE z 29 kwietnia 2021 r. w sprawie C- 19/20). W razie stwierdzenia abuzywności klauzuli ryzyka walutowego utrzymanie umowy nie jest możliwe zwłaszcza wówczas, gdy unieważnienie tych klauzul doprowadziłoby nie tylko do zniesienia mechanizmu indeksacji oraz różnic kursów walutowych, ale również - pośrednio - do zaniknięcia ryzyka kursowego, które jest bezpośrednio związane z indeksacją przedmiotowego kredytu do waluty. O zaniknięciu ryzyka kursowego można mówić w sytuacji, w której skutkiem eliminacji niedozwolonych klauzul kształtujących mechanizm indeksacji jest przekształcenie kredytu złotowego indeksowanego do waluty obcej w zwykły (tzn. nieindeksowany) kredyt złotowy, oprocentowany według stawki powiązanej ze stawką LIBOR. ( wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019 r. w sprawie V CSK 382/18 i judykatura TSUE wskazana w jego uzasadnieniu).

W zakresie dotyczącym skutków abuzywności niedozwolonych postanowień umownych na tle umowy kredytu denominowanego kursem CHF wyrażony został pogląd, że nie jest możliwe utrzymanie jej obowiązywania po wyeliminowaniu z niej abuzywnych postanowień poprzez wyrażenie kwoty kredytu w PLN i oznaczenie jego oprocentowanie z odwołaniem się do stawek LIBOR. Umowa nie może być również w takim wypadku utrzymane jako umowa kredytu walutowego w CHF (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2022 roku w sprawie I CSK 2382/22 oraz przywołane w nim orzecznictwo Sądu Najwyższego), zaś taki byłby skutek ustalenia, że powodowie mieli i mają obowiązek uiszczać na rzecz pozwanej należności w CHF.

Unieważnienie klauzul zakwestionowanych przez kredytobiorców prowadziłoby do zniesienia mechanizmu indeksacji oraz różnic kursów walutowych, ale również – pośrednio – do zaniknięcia ryzyka kursowego, które jest bezpośrednio związane z indeksacją kredytu do waluty. Klauzule dotyczące ryzyka wymiany określają główny przedmiot umowy kredytu, takiej jak ta w postępowaniu głównym, w związku z czym obiektywna możliwość utrzymania obowiązywania przedmiotowej umowy kredytu wydaje się w tych okolicznościach niepewna (wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18 i przytoczone tam orzecznictwo). Nie ulega nadto wątpliwości, że strony przed zawarciem aneksu do umów ustaliły, że wypłata kredytu i spłata rat nastąpi w walucie polskiej, zaś eliminacja klauzuli abuzywnej skutkować będzie brakiem mechanizmu wyznaczającego wysokość rat kredytu spłacanych przez powodów,

co faktycznie uniemożliwi wykonywanie umowy. Dla wniosku tego nie ma znaczenia fakt, iż zobowiązanie z jednej z umów zostało przez powodów już spełnione skoro oceny abuzywności klauzuli dokonuje się wedle stanu na datę zawarcia umowy

O ile bez klauzuli abuzywnej utrzymanie umowy w mocy nie jest możliwe umowę należy uznać w całości za nieważną, chyba że jej „unieważnienie” zagraża interesom konsumenta, kiedy w rachubę wchodzi zastąpienie niedozwolonego postanowienia szczegółową regułą ustawową, chyba że konsument ob staje przy nieważności całej umowy. Umowę należy uznać za nieważną w całości także wtedy, gdy prawo nie przewiduje takiego szczegółowego unormowania "zastępczego", chyba że konsument sanuje niedozwolone postanowienie, udzielając następczo świadomej, wyraźnej i wolnej zgody ( wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2019r. w sprawie V CSK 382/18 i judykatura TSUE wskazana w jego uzasadnieniu, wyrok TSUE z 18 listopada 2021r. w sprawie C – 212/20).

W przypadku stwierdzenia przez sąd krajowy nieważności nieuczciwego warunku umowy pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem art. 6 ust. 1 Dyrektywy 93/13 należy interpretować w taki sposób, iż niezgodny z tym artykułem jest przepis prawa krajowego dający sądowi krajowemu możliwość uzupełnienia tej umowy poprzez zmianę treści owego warunku. Gdyby bowiem sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, to takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 Dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniałoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez sam brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów, ponieważ nadal mogliby oni dostrzegać korzyść w stosowaniu rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes rzeczonych przedsiębiorców (wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2021 r. i przytoczone tam orzecznictwo). Skarżący wskazuje, że strony niewątpliwie chciały zawrzeć umowę kredytu indeksowanego kursem walut obcej, a zwyczajem jest

że taki kurs ustala się na podstawie średniego kursu NBP, zatem w przypadku nieskuteczności postanowień umownych modyfikujących zwyczaj, należy dokonać wykładni pozostałej części spornej umowy i dojść do przekonania ze strony zobowiązane są rozliczać się zgodnie z kursem zwyczajowym, to jest średnim kursem NBP. Art. 6 ust. 1 Dyrektywy 93/13 stoi jednak na przeszkodzie wypełnieniu luk w umowie spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane przez skutki wynikające również z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, w przypadku gdy strony umowy wyrażą na to zgodę (wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-260/18), a nadto, jak wyżej wskazano samo odwołanie się do kursu NBP nie przesądza o nieabuzywności klauzuli przeliczeniowej.

Na sądzie krajowym ciąży obowiązek zaniechania stosowania klauzuli abuzywnej, bez upoważnienia do zmiany jej treści, gdyż eliminowałaby ona skutek zniechęcający do stosowania klauzuli, tak, aby nie wywierała wiążących skutków wobec konsumenta, chyba że konsument się temu sprzeciwi, co może uczynić, gdyż jego prawo do skutecznej ochrony zawiera w sobie także uprawnienie do niedochodzenia swoich praw (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2021r. w sprawie III CZP 6/21 i wskazana w niej judykatura TSUE). Przytoczone okoliczności przesądzają o słuszności wniosku Sądu I instancji w zakresie braku możliwości uzupełnienia treści umowy stron po wyeliminowaniu postanowienia abuzywnego treścią art. 358 § 2, k.c., podobnie ocenić należy możliwość uzupełnienia treści umowy przy zastosowaniu pozostałych wskazywanych przez skarżącego w treści zarzutów przepisów. Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 września 2021 r. w sprawie I CSKP 74/21 zgodnie z którym nie istnieją przepisy o charakterze dyspozytywnym, które pozwoliłyby na zastąpienie niedozwolonego postanowienia umowy, a sąd rozpoznający sprawę nie ma kompetencji pozwalających mu na ustalenie odmiennej treści uprawnień i obowiązków stron w tym zakresie. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 8 września 2022 r w sprawie C-80/21 po analizie między innymi przepisów art. 358 1 k.c. stwierdził, że przepis ten ma charakter ogólny i nie ma zastosowania do umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem celem zastąpienie abuzywnego postanowienia umowy. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do wnioskowania, że w przypadku stwierdzenia abuzywności spornych postanowień umowy należy uznać, że strony zawarły kredyt

złotowy oprocentowany stawką zmienną oprocentowany stawką WIBOR. Zabieg taki prowadziłby do całkowitej zmiany stosunku prawnego, jaki został zawarty przez strony, a jego podstawą nie może być jedynie okoliczność że przedsiębiorca oferował również taki produkt. Konsument może wiążąco oświadczyć, iż nie ocenia konsekwencji całkowitej, definitywnej bezskuteczności (nieważności) umowy kredytu jako szczególnie niekorzystnych (choćby sam sąd oceniał je jako szczególnie niekorzystne) - sprzeciwiając się zarazem udzieleniu mu ochrony przed tymi konsekwencjami - i uniemożliwić w ten sposób utrzymanie umowy przez wprowadzenie do niej regulacji zastępczej (wyrok Sądu Najwyższego z 7 maja 2021 w sprawie III CZP 6/21), co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości ani świadomość powodów w zakresie konsekwencji orzeczenia o nieważności umowy kredytu, ani ich stanowisko co do woli skorzystania z takiej możliwości. Przepisy Dyrektywy 93/13 gwarantują konsumentom ochronę ukierunkowaną na zniechęcanie przedsiębiorców do wykorzystywania w zawieranych umowach nieuczciwych postanowień umownych, przy czym nieważności umowy mieści się w zakresie sankcji, jaką dyrektywa 93/13 przewiduje w związku z wykorzystywaniem przez przedsiębiorcę nieuczciwych postanowień umownych ( postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2022 roku w sprawie I CSK 2382/22), co nie umniejsza prymatu zasady utrzymania umowy mocy oraz ochronie stosunków cywilnych. Okręgowy nie naruszył wskazywanych przez skarżącego w treści zarzutów przepisów prawa materialnego, poza artykułem 455 k.c. i art. 481 k.c. Nie stanowi naruszania przepisów dotyczących zwrotu nienależnego świadczenia przytaczane przez skarżącego zasądzenie na rzecz powodów kwot, które zostały przez nich uiszczone na rzecz pozwanego przed podjęciem przez nich świadomej decyzji o sposobie skorzystania z ochrony konsumenckiej; ponownie podkreślić też należy, że wykonanie umowy przez konsumenta, zwłaszcza przy braku jego świadomości co do postanowienia niedozwolonego, nie ma wpływu na możliwość skorzystanie przez niego z tej ochrony konsumenckiej, w tym i żądania stwierdzenia nieważności umowy, skoro to dopiero jego decyzja może umowę taką sanować. Niedozwolone postanowienie umowne (art. 3851 § 1 k.c.) jest od początku, z mocy samego prawa, dotknięte bezskutecznością na korzyść konsumenta, który może udzielić następnie świadomej i wolnej zgody na to postanowienie i w ten sposób przywrócić mu skuteczność z mocą wsteczną (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2012 w sprawie III CZP 6/21). Zważywszy, że przedsiębiorca nie ma zapewnionej możliwości wglądu w informacje uzyskane przez konsumenta pozasadowo i oceny ich wyczerpującego charakteru (albo choćby ryzyka związanego z tym, czy tę informację można uznać za wyczerpującą), należy uznać, iż wystąpienie przez konsumenta z żądaniem restytucyjnym opartym na twierdzeniu o całkowitej i trwałej bezskuteczności (nieważności) umowy kredytu nie może być uznane za równoznaczne z zakończeniem stanu bezskuteczności zawieszonyj tej umowy, jeżeli nie towarzyszy mu wyraźne oświadczenie konsumenta, potwierdzające otrzymanie wyczerpującej informacji (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie III CZP 6/21). Powód zostali pouczeni o możliwych skutkach stwierdzenia nieważności umowy na rozprawie w dniu 11 maja 2021, czego nie uwzględnił Sąd Okręgowy orzekając o odsetkach za opóźnienie w spełnieniu świadczenia przez pozwanego, tym samym naruszając 455 k.c. i art. 481 k.c. Ocena zgłoszonego przez pozwanego przed Sądem I Instancji oraz ponowionego przed Sądem Apelacyjnym zarzutu zatrzymania pozostawała zbędną, wobec uwzględnienia skutecznie zgłoszonego przez pozwanego w toku postępowania apelacyjnego zarzutu potrącenia, co pozostawało przyczyną zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa. Pełnomocnik pozwanego dysponując stosownym pełnomocnictwem (k. 609v.), pismem z 21 listopada 2022 r.(k.612) wezwał powodów do zapłaty kwot 263.958,18 zł oraz 55.174,14 zł tytułem zwrotu wypłaconego powodom kapitałów z tytułu umów kredytów, zakreślając im termin 3 dni do dokonania zapłaty. Następnie, pismem z 28 listopada 2022 r.(k. 615), pełnomocnik powoda dysponując stosownym pełnomocnictwem (k.609v.) złożył oświadczenie o potrąceniu wskazanych kwot, a łącznie kwoty 320.132,32 zł z wierzytelnością zasądzoną zaskarżonym wyrokiem (po przeliczeniu kwotą 219.132,26 zł). Powodowie co prawda kwestionowali skuteczność doręczenia im wezwania do zapłaty, jednakże wezwanie to zostało doręczone w dniu 24 listopada 2022 r. na adres G. ul. (...) i taki też adres został wskazany przez powodów w obu umowach kredytu; obie umowy wskazują także na obowiązek informowania przez kredytobiorców o zmianie adresu do korespondencji (§ 10 umowy z 5 lipca 005 r. i § 24 umowy z 18 września 2008 r.), przy czym w umowie z 18 września 2008 r. wprost ustalono sankcje skuteczności doręczenia na ostatnio wskazany adres dla doręczeń). Powodowie nie wykazali również, aby informowali pozwanego o innym adresie dla doręczeń, czy też aby pozwany dokonywał takich doręczeń na inny adres; jedynie na marginesie wskazać należy że również w pozwie powodowie podali wskazany adres. W tym stanie rzeczy należało dojść do przekonania że wezwaniu do zapłaty zostało powodom skutecznie doręczone w dniu 24 listopada 2022 r., zaś w dniu 29 listopada 2022 r., kiedy zostało



powodom doręczone oświadczenie o potrąceniu, wierzytelność przysługująca potrącającemu było wymagalna, przy czym przy ocenie wyznaczonego powodom terminu zapłaty zgodnie z art. 455 k.c. należało mieć na uwadze że do umorzenia wierzytelności doszło na skutek potrącenia i powodowie nie byli obciążeni obowiązkiem spełnienia świadczenia. Kwota zasądzanego roszczenia po jej przeliczeniu wedle kursu na dzień, kiedy potrącenie stało się możliwe (dzień wymagalności roszczenia), stosownie do przepisu art. 499 k.c i art. 358 § 2 k.c. wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 19 maja 2021 r. (w związku z pouczeniem powodów o możliwych skutkach decyzji w zakresie domagania się ustalenia nieważności umowy i powzięciem o tym wiedzy przez pozwanego) pozostaje niższa niż kwota zgłoszonego przez pozwanego do potrącenia roszczenia, zatem niższa wierzytelność zasądzona zaskarżonym wyrokiem uległa umorzeniu. Wobec powyższych okoliczności zaskarżony wyrok podlegał zmianie stosownie do art. 386 § 1 k.c. poprzez oddalenie powództwa. Odnosząc się do wniosku powodów o rozważenie zasadności powództwa ewentualnego wyjaśnić należy, że Sąd Apelacyjny nie mógł orzekać o tym roszczeniu, będąc związany zakresem zaskarżenia, a jednocześnie dla orzekania przez sąd II instancji konieczne jest istnienie substratu zaskarżenia, zaś Sąd Okręgowy, uwzględniając roszczenie główne, nie orzekał o roszczeniu ewentualnym.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym, jak i o kosztach postępowania apelacyjnego, Sąd Apelacyjny orzekł na mocy art. 102 k.p.c., mając na uwadze, że powodowie przegrali ostatecznie postępowanie jedynie na skutek podniesienia przez pozwanego zarzutu potrącenia roszczenia, którego wymagalność nastąpiła w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Teresa Karczyńska – Szumilas

Na oryginale właściwy podpis.