



Sygn. akt II CSK 803/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maria Szulc (przewodniczący)

SSN Mirosław Bączyk

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

Protokolant Anna Banasiuk

w sprawie z powództwa Z. Ż. i M. Ż.

przeciwko Bankowi (...) Spółce Akcyjnej w G.

o pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 14 lipca 2017 r.,

skargi kasacyjnej powodów

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. akt I Aca (...),

uchyla zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo w punkcie I.2 (pierwszym, podpunkt drugi) oraz w części orzekającej o kosztach postępowania w punktach I.3 (pierwszym, podpunkt trzeci) i II (drugim) i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Powodowie (dalej także: Pożyczkobiorcy) wnieśli o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego - bankowego tytułu egzekucyjnego wystawionego w dniu 31 maja 2006 r. przez Bank (...) S.A. w K. (obecnie Bank (...) S.A. w G.; dalej także: Bank), opatrzonego klauzulą wykonalności Sądu Rejonowego w S. z dnia 2 sierpnia 2006 r., na podstawie którego zostało przeciwko nim wszczęte postępowanie egzekucyjne. Podnieśli, że zawarta między stronami umowa pożyczki walutowej nominowanej w złotych, będąca podstawą wystawienia tytułu egzekucyjnego, jest nieważna, ponieważ przyznaje Bankowi w § 9 możliwość dowolnego ustalenia wartości raty walutowej w złotych polskich, a tym samym dowolnego określenia wysokości świadczenia głównego Pożyczkobiorców. Nawet jednak w razie przyjęcia, że umowa była ważna, wystawienie bankowego tytułu egzekucyjnego było nieskuteczne, gdyż oparte było na wyliczeniu uwzględniającym kursy walutowe ustalane jednostronnie i uznaniowo przez Bank. Wskutek nieważności przedmiotowego postanowienia Pożyczkobiorcy mogliby być zobowiązani do zwrotu kwoty głównej pożyczki we frankach szwajcarskich oraz innych kosztów, wyliczonych z pominięciem niedozwolonego postanowienia; strona powodowa nie jest jednak w stanie dokonać takich wyliczeń, a kwestia ta nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

Pozwany Bank uznał powództwo co do części kwoty zadłużenia objętej tytułem egzekucyjnym, która przekraczała zobowiązanie powodów wyliczone z zastosowaniem „średniego kursu rynkowego”, czyli co do kwoty 3829,30 CHF wraz z odsetkami, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie powództwa. Wyjaśnił, że określenie kwoty pożyczki oraz uzgodnionych rat we frankach szwajcarskich oznaczało, iż udostępniając kwotę pożyczki w złotówkach, Bank niejako kupował od Pożyczkobiorców franki w zamian złotówki (po kursie kupna franka), a akceptując spłaty w złotówkach, niejako sprzedawał im franki (po kursie sprzedaży); różnica kursowa (tzw. spread) stanowiła dodatkowy zarobek, odpowiadający prowizji za wymianę walut. Pozwany zgodził się z poglądem, że kwestionowana przez powodów klauzula przeliczeniowa jest klauzulą abuzywną, jednakże wskazał, iż nie powoduje to nieważności umowy, a jedynie brak związania samą klauzulą, co

oznacza, że powodowie są zobowiązani do spłaty pożyczki we frankach. W związku z tym wysokość pozostałego do spłaty zobowiązania powinna zostać przeliczona przy uwzględnieniu średniego kursu rynkowego.

Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2014 r. Sąd Okręgowy w S. pozbawił w całości wykonalności przedmiotowy tytuł wykonawczy.

Sąd ustalił, że w dniu 1 czerwca 2001 r. powodowie zawarli z Bankiem (...) S.A. w W. „umowę pożyczki uniwersalnej” (dalej także: Umowa). W umowie tej postanowiono m.in., że „Bank udziela Pożyczkobiorcy na jego wniosek z dnia 21.05.2001 r., pożyczki we frankach szwajcarskich nominowanej w złotych polskich na okres 84 miesięcy z ostatecznym terminem spłaty w dniu 31 maja 2008 r., w kwocie 272.000 (...)” franków szwajcarskich (§ 1 ust. 1). Uzgodniono, że kwota pożyczki będzie postawiona do dyspozycji Pożyczkobiorców w rachunku kredytowym jednorazowo w dniu 18 czerwca 2001 r. (§ 2) i będzie „przeliczona na złote według kursu kupna ustalonego w dniu wykorzystania zgodnie z zasadami obowiązującymi w (...) SA w W., z którymi Pożyczkobiorca został zapoznany i na których zastosowanie wyraził zgodę” (§ 3 ust. 4).

„Uruchomienie” pożyczki miało nastąpić po wpłacie prowizji w wysokości 1% kwoty pożyczki, tj. 2720 CHF – miała być ona pobrana przez Bank z kwoty wypłaconej pożyczki – oraz po ustanowieniu zabezpieczeń, w tym hipoteki w wysokości 272.000 CHF na oznaczonej nieruchomości. Stosownie do Umowy oprocentowanie pożyczki było zmienne w okresach kwartalnych, a jego wysokość stanowiła sumę stopy LIBOR dla terminów kwartalnych przyjętych w (...) SA w W. dla danego kwartału kalendarzowego i marży w wysokości 4,81 % w stosunku rocznym (§ 5 ust. 1 i 2).

Spłata zadłużenia miała nastąpić w 84 ratach obejmujących ratę kapitału i ratę odsetek płatnych w kwotach i terminach wymienionych w harmonogramie spłat stanowiącym integralną część umowy (§ 8 ust. 1 pkt 1). Rata spłaty kapitału była stała i wynosiła 3238 CHF, a odsetki były naliczane odrębnie przy każdej racie stosownie do pozostałego kapitału. Harmonogram spłat miał podlegać zmianom stosownie do zmian wysokości oprocentowania pożyczki.

Ustalono przy tym, że Bank „będzie pokrywał swoje należności z tytułu spłat zadłużenia w drodze pobrania należności ze środków pieniężnych na rachunku złotowym Pożyczkobiorcy” prowadzonym w Banku, bez potrzeby składania przez Pożyczkobiorcę odrębnej dyspozycji, a Pożyczkobiorca zobowiązał się do zapewnienia na tym rachunku środków w odpowiedniej wysokości, umożliwiającej bieżącą spłatę zadłużenia (§ 9 ust. 1).

W § 9 ust. 2 Umowy postanowiono, że „Bank pobierze wymagalną kwotę w równowartości w złotych według kursu sprzedaży walut w dniu obciążenia rachunku, ustalonego zgodnie z zasadami obowiązującymi w (...) S.A. w W.” (§ 9 ust. 2).

W przypadku niespłacenia należności w uzgodnionym terminie, zaległa kwota stawała się zadłużeniem przeterminowanym, od której Bank miał naliczać odsetki za każdy dzień opóźnienia w spłacie według zmiennej stopy procentowej obowiązującej w (...) SA dla zadłużenia przeterminowanego, od dnia powstania tego zadłużenia do dnia poprzedzającego jego całkowitą spłatę włącznie (§ 14 ust. 2). W określonych sytuacjach – zwłaszcza w przypadku braku terminowej spłaty jakiegokolwiek części zadłużenia - Bank mógł umowę wypowiedzieć, a termin wypowiedzenia wynosił 30 dni; w razie niespłacenia zadłużenia w okresie wypowiedzenia stawało się ono w całości zadłużeniem wymagalnym i podlegało oprocentowaniu w całości jako zadłużenie przeterminowane (§ 14 - 16).

W Umowie Pożyczkobiorcy poddali się egzekucji do kwoty 335.000 CHF w zakresie roszczeń Banku wynikających z postanowień umowy (§ 22 ust. 1). Przeliczenie tej kwoty na złote polskie miało nastąpić „przy zastosowaniu kursu sprzedaży waluty pożyczki obowiązującego w Banku w dniu wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego, zgodnie z Tabelą kursów (...) S.A. w W., ogłaszaną w siedzibie Banku”. Po wystawieniu bankowego tytułu egzekucyjnego Bank był uprawniony do naliczenia odsetek, po dniu przeliczenia należności na złote, w wysokości obowiązującej w Banku dla zadłużenia przeterminowanego w złotych (§ 22 ust. 2). Zastrzeżono, że bankowy tytuł egzekucyjny mógł zostać wystawiony w terminie do 14 czerwca 2009 r. (§ 22 ust. 3).

W związku z powstaniem zaległości w spłacie pożyczki, w dniu 3 marca 2005 r. – po uprzednim poinformowaniu Pożyczkobiorców o zaległości i wezwaniu do jej niezwłocznej spłaty (pisma z dnia 5 października 2004 r.) - Bank wypowiedział Umowę, wzywając Pożyczkobiorców do spłaty całej należności niezwłocznie po upływie terminu wypowiedzenia. Wobec braku zapłaty w dniu 31 maja 2006 r. wystawił bankowy tytuł egzekucyjny, z którego wynikało, że na dzień jego wystawienia Bankowi przysługuje należność w kwocie 179.429,91 CHF obejmująca niespłacony kapitał, odsetki kapitałowe i odsetki za opóźnienie, jak również, że dalsze odsetki od tej kwoty w wysokości 1,8 krotności obowiązującej stopy odsetek ustawowych, będą obciążać dłużnika od dnia wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego do dnia zapłaty.

Postanowieniem z dnia 2 sierpnia 2006 r. Sąd Rejonowy w S. nadał tytułowi egzekucyjnemu klauzulę wykonalności, z ograniczeniem możliwości prowadzenia egzekucji na podstawie tego tytułu do kwoty 335.000 CHF.

W dniu 18 października 2006 r. komornik sądowy przy Sądzie Rejonowym w S. zawiadomił powodów o wszczęciu egzekucji na podstawie rzeczzonego tytułu wykonawczego.

Sąd pierwszej instancji poczynił przedstawione ustalenia w oparciu o dokumenty. Nie wziął pod uwagę opinii biegłych: pierwsza z nich została w całości zakwestionowana przez powodów, a biegła zignorowała wezwania Sądu do ustosunkowania się do sformułowanych zastrzeżeń; druga - sporządzona przez biegłą B. K. – została pominięta dlatego, że zawarte w niej wyliczenie zaległego zadłużenia uwzględniało odsetki karne w wysokości żądanej przez Bank, do czego, zdaniem Sądu, nie było podstaw.

W ocenie Sądu Okręgowego istota sporu między stronami sprowadzała się do kwestii, czy zawarcie w umowie pożyczki postanowienia abuzywnego co do spłaty raty pożyczki skutkowało nieważnością umowy w całości czy też w części, oraz tego w jaki sposób przekłada się to na ważność klauzuli wykonalności. Sąd bowiem zgodził się ze stanowiskiem stron, że zapis § 9 Umowy zawierał klauzulę abuzywną; wprowadzie postanowienie to konkretyzowało świadczenie główne powodów, czyli zwrot kwoty z odsetkami, jednakże było niejednoznaczne, ponieważ

pozostawiało ustalenie kursu sprzedaży franka szwajcarskiego do uznania Banku. W związku z tym klauzula nie wiązała powodów, co jednak nie powodowało nieważności całej Umowy.

Mimo to Sąd uwzględnił powództwo w całości, ponieważ powodowie wykazali, że wynikające z kwestionowanego tytułu wykonawczego zadłużenie przekracza rzeczywisty zakres ich zobowiązania, co przyznał też Bank. Zarazem Bank nie wykazał, jakie zadłużenie powinno zostać wymienione w bankowym tytule egzekucyjnym, ani że powinien on zostać ograniczony do kwoty 175.600,61 CHF. Obowiązek powodów określony w tytule wykonawczym nie mógł zaś być zmodyfikowany stosownie do propozycji Banku (wyliczenia spłaty rat według średniego kursu rynkowego franka szwajcarskiego), ponieważ prowadziłoby to do zmiany treści Umowy przez wprowadzenie do niej postanowienia konkretyzującego sposób dokonywania spłaty pożyczki, rozstrzygnięcia co do wysokości spłaty na dzień 31 maja 2006 r. i oznaczenia daty początkowej naliczania dalszych odsetek. Z uwagi na to, że postępowanie w trybie art. 840 k.p.c. zmierza do kasacji tytułu wykonawczego w całości albo w części, a nie do modyfikacji stosunków prawnych, stanowiących podstawę uzyskania tytułu wykonawczego, Sąd uznał za zasadne całkowite pozbawienie tytułu wykonawczego wykonalności.

Ponadto, w ocenie Sądu Okręgowego, wykazanie, że roszczenie stwierdzone bankowym tytułem egzekucyjnym opatrzonym klauzulą wykonalności jest niezasadne choćby w części, powoduje, iż cała wierzytelność stwierdzona tytułem egzekucyjnym musi być uznana za niezasadną, ponieważ w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 840 k.p.c. sąd bada prawidłowość informacji dotyczącej wysokości całej stwierdzonej w tytule wierzytelności.

Wskutek apelacji pozwanego Banku, wyrokiem z dnia 25 lutego 2016 r. Sąd Apelacyjny w (...) zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że pozbawił wykonalności przedmiotowy tytuł wykonawczy „w części, to jest powyżej kwoty 169.051,47 CHF wraz z dalszymi odsetkami w wysokości 1,8-krotności obowiązującej stopy odsetek ustawowych od dnia 31 maja 2006 roku do dnia zapłaty” oraz oddalił powództwo w pozostałej części.

Sąd Apelacyjny co do zasady zaakceptował i przyjął za własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, uzupełniając je jedynie o ustalenia wynikające z opinii biegłej sądowej z zakresu rachunkowości B. K. oraz ustalenia dokonane na podstawie dokumentów złożonych przez pozwanego, dotyczących sposobu wyliczania wysokości odsetek karnych; zakwestionował natomiast szereg ocen prawnych sformułowanych przez ten Sąd.

Przede wszystkim uznał za błędne - z odwołaniem do art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (obecnie tekst jedn. z 2016 r., poz. 1988 ze zm.) - stanowisko Sądu Okręgowego, że § 9 ust. 2 Umowy należy do postanowień określających główne świadczenia stron w rozumieniu art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. Wyjaśnił, że klauzula ta nie odnosi się bezpośrednio do przedmiotowo istotnych elementów umowy określonej jako „umowa pożyczki uniwersalnej”, a będącej w istocie umową kredytu denominowanego, tj. kwestii oddania i zwrotu podstawowej sumy „kredytowej”. Przez cały okres spłaty pożyczki rata kredytu w części dotyczącej kapitału miała charakter stały i wynosiła 3.238 franków szwajcarskich. W ocenie Sądu Apelacyjnego przedmiotowa klauzula kształtuje jedynie dodatkowy mechanizm określania w polskiej walucie głównych świadczeń stron stosunku kredytowego, tj. sposób określania rynkowej wartości wydanej i wykorzystywanej sumy kredytu w złotych w relacji do waluty obcej, jaką jest frank szwajcarski. Tak określona klauzula indeksacyjna stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne, dotyczące sposobu ustalenia wysokości świadczenia pieniężnego wyrażonego w walucie obcej w oparciu o inny kurs waluty niż ten określony przez ustawodawcę w art. 358 § 2 k.c. Wbrew bowiem stanowisku powodów Sąd Apelacyjny przyjął, że przedmiotem Umowy była suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, a zobowiązanie do rozliczenia się z Bankiem w złotych polskich oznaczało jedynie, iż świadczenie będzie spełniane w walucie polskiej po kursie oznaczonym w Umowie.

Uznając za bezsporny niedozwolony charakter § 9 ust. 2 Umowy, Sąd Apelacyjny stwierdził, że oznacza to, iż nie wiąże on konsumenta *ex tunc* i *ex lege*, i - jako bezskuteczny - podlega usunięciu z Umowy, która w pozostałej części pozostaje ważna (art. 385¹ § 2 k.c.). Z uwagi na uzgodnienie, że powodowie będą dokonywać spłaty za pośrednictwem „złotówkowego” rachunku bankowego, bezskuteczność klauzuli skutkuje brakiem regulacji określającej sposób

przeliczania zobowiązania w walucie obcej na złoty polski. Sąd dostrzegł, że co do zasady nie jest uprawniony do uzupełnienia powstałej luki poprzez zmianę treści niezgodnego z prawem warunku. Zwrócił jednak uwagę, że istnieje przepis dyspozytywny pozwalający – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - zastąpić wadliwą klauzulę indeksacyjną inną, która precyzowałaby sposób przeliczenia rat określonych we frankach szwajcarskich na złotówki; przepisem tym jest art. 358 § 2 k.c.

W konsekwencji Sąd odwoławczy uznał za nieprawidłowe stanowisko Sądu Okręgowego kwestionujące wyliczenia dokonane przez biegłą B. K., która przy wyliczeniach mających uwzględniać średni kurs rynkowy franka szwajcarskiego zastosowała - z uwagi na powszechność jego zastosowania i dostępność - kurs średni NBP. W oparciu o opinię biegłej Sąd Apelacyjny ustalił, że powodowie spłacili swoje zobowiązanie względem Banku w wyższej wysokości niż wskazuje na to bankowy tytuł egzekucyjny. Wynika z niej bowiem, że wysokość zobowiązania powodów na dzień wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego (31 maja 2006 r.) – uwzględniająca niespłacony kapitał, odsetki kapitałowe i odsetki za opóźnienie - wyniosła 169.051 franków szwajcarskich, wobec czego Sąd uznał za konieczne wydanie wyroku reformatoryjnego przez pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego tylko w części, to jest powyżej tej kwoty wraz z dalszymi odsetkami.

Tym samym Sąd Apelacyjny odrzucił pogląd Sądu Okręgowego, że postępowanie w trybie art. 840 k.p.c. ma na celu tylko kasację tytułu wykonawczego w części albo w całości, i przyjął, iż zmierza ono do innego niż to wynika z tytułu wykonawczego ukształtowania prawa, w tym także jego modyfikacji.

Wyrok Sądu Apelacyjnego powodowie zaskarżyli w części – w zakresie uwzględniającym apelację Banku od wyroku Sądu Okręgowego i oddalającym powództwo, tj. w części dotyczącej tytułu wykonawczego do kwoty 169.051,47 CHF włącznie wraz z odsetkami – zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj.: błędną wykładnię art. 385¹ § 1 k.c. w związku z art. 720 § 1 k.c. przez przyjęcie, że klauzule denominacji kwoty pożyczki nie określają głównego świadczenia stron, w tym ceny lub wynagrodzenia; niezastosowanie art. 353 § 1 k.c. i przyjęcie, że umowa pożyczki, zgodnie z którą pożyczana kwota ma być wypłacona i spłacona w

walucie krajowej, jest umową pożyczki w walucie obcej, mimo że waluta obca jest określona w umowie jedynie jako podstawa ustalania wysokości kwoty pożyczki podlegającej wypłacie i spłacie; błędną wykładnię art. 358 § 1 k.c. i niewłaściwe zastosowanie art. 358 § 2 k.c. do umowy pożyczki, w której pożyczkobiorca zobowiązany jest do świadczenia w walucie krajowej, a nie w walucie obcej. Na tej podstawie wnieśli o zmianę wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i orzeczenie zgodnie z powództwem, ewentualnie o uchylenie tego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, w każdym razie - z uwzględnieniem kosztów postępowania kasacyjnego. Zawniostkowali również o wystąpienie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni at. 4 ust. 2 Dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, w celu odpowiedzi na pytanie: „Czy klauzula denominacji walutowej w umowie pożyczki, przewidująca że kwota pożyczki wyrażona w jednej walucie będzie wypłacona i spłacona w drugiej walucie ma charakter posiłkowy w zakresie dotyczącym drugiej waluty?”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzucając naruszenie art. 385¹ § 1 k.c. w związku z art. 720 § 1 k.c., skarżący kwestionują stanowisko Sądu Apelacyjnego, że § 9 ust. 2 Umowy nie należy do postanowień określających główne świadczenia stron, o których mowa w art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. W związku z tym należy przypomnieć, że w świetle art. 385¹ § 1 k.c. taka kwalifikacja ma znaczenie tylko dla ustalenia, czy postanowienie podlega szczególnej kontroli pod kątem abuzywności. Postanowienia określające główne świadczenia stron podlegają tej kontroli tylko wtedy, gdy nie zostały sformułowane jednoznacznie.

Zważywszy, że abuzywność przedmiotowego postanowienia nie budziła wątpliwości stron ani sądów – i w konsekwencji nie jest przedmiotem zarzutów kasacyjnych – należy stwierdzić, iż rozstrzygnięcie tej konkretnie kwestii jest samo przez się pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odrębną kwestią – nieregulowaną przez art. 385¹ § 1 k.c. - jest wpływ abuzywności przedmiotowego

postanowienia na skuteczność całej Umowy. Już z tego względu nie było podstaw do skierowania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przedstawionego przez skarżących pytania prejudycjalnego.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że umowa „pożyczki uniwersalnej” została zawarta w dniu 1 czerwca 2001 r., a więc przed przystąpieniem Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej. W art. 10 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE L 95, s. 29 i n.; dalej także: dyrektywa 93/13) postanowiono, że jej przepisy będą miały zastosowanie do wszystkich umów zawartych po dniu 31 grudnia 1994 r., tj. po upływie okresu do transpozycji dyrektywy. W związku z tym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśniono, że w przypadku krajów członkowskich, które przystąpiły do Unii Europejskiej po dniu 31 grudnia 1994 r., dyrektywa 93/13 nie ma zastosowania do umów, które zostały zawarte przed dniem ich akcesji (zob. wyrok z dnia 10 stycznia 2006 r., w sprawie C-302/04, *Ynos kft przeciwko Jánosowi Vardze*, ZOTSiS 2006/1A/I-371 oraz postanowienie z dnia 3 lipca 2014 r. w sprawie C-92/14, *Liliana Tudoran, Florin Iulian Tudoran, Ilie Tudoran przeciwko SC Suport Colect SRL*, ZOTSiS 2014/7/I-2051). Z orzecznictwa tego wynika ponadto, że zakres właściwości czasowej Trybunału w zakresie rozstrzygania pytań prejudycjalnych jest – przynajmniej co do zasady - związany z zakresem czasowym zastosowania prawa unijnego (zob. powołany wyrok z dnia 10 stycznia 2006 r. w sprawie *Ynos*, pkt 36 - 38).

Nie oznacza to, że kontekst unijny jest całkowicie pozbawiony znaczenia w niniejszej sprawie. Należy bowiem uwzględnić, że ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271), która wprowadziła do kodeksu cywilnego obowiązującą obecnie – z drobnymi późniejszymi zmianami - regulację dotyczącą wzorców umów i kontroli niedozwolonych postanowień umownych (w tym art. 385¹ § 1 k.c.), miała na celu m.in. przedakcesyjną transpozycję dyrektywy 93/13. W związku z tym, dążąc do zapewnienia jednolitości wykładni istotnych w niniejszej sprawie przepisów kodeksu cywilnego w czasie ich obowiązywania przez akcesję i po akcesji, a także mając na względzie zobowiązanie wynikające z art. 68 Układu Europejskiego,

ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, sporządzonego w Brukseli dnia 16 grudnia 1991 r. (Dz. U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38) oraz zobowiązanie do prowadzenia negocjacji akcesyjnych w dobrej wierze, należy kierować się przy tej wykładni wskazówkami wynikającymi z prawa unijnego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Dlatego też, w kontekście zarzutu naruszenia art. 385¹ § 1 k.c. w związku z art. 720 § 1 k.c. i wniosku o skierowanie pytania prejudycjalnego, warto zwrócić uwagę, że w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai przeciwko OTP Jelzálogbank Zrt*, ZOTSiS 2014/4/I-282 dotyczącym umowy kredytu udzielonego w walucie krajowej, przewidującej przeliczenie kwoty kredytu w dniu uruchomienia na franki szwajcarskie wg kursu kupna tej waluty „obowiązującego w banku”, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uchylił się całkowicie od oceny, czy inne postanowienie tej umowy przewidujące spłatę rat w walucie krajowej, których wysokość była obliczana na podstawie kursu sprzedaży franka szwajcarskiego „stosowanego przez bank w dniu poprzedzającym dzień wymagalności” raty, należy do postanowień „określających główny przedmiot umowy”, o których mowa w art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13; stanowcze rozstrzygnięcie tej kwestii Trybunał pozostawił sądowi krajowemu. W związku z tym należy przypomnieć, że Sąd Najwyższy miał już okazję wyrazić stanowisko, iż postanowienia zawierające uprawnienie banku do przeliczania sumy wykorzystanego przez kredytobiorcę kredytu do waluty obcej (klauzulę tzw. spreadu walutowego) nie dotyczą głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385¹ § 1 zdanie drugie k.c. (zob. wyroki z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, OSNC 2016, nr 11, poz. 134 oraz z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, nie publ.). Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić, zastrzegając jednak, że decydujące znaczenie dla kwalifikacji powinna mieć zawsze ocena charakteru, ogólnej systematyki i całości postanowień umowy, a także jej kontekstu prawnego i faktycznego (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, pkt 50-51 oraz wyroki z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie C-143/13, Bogdan Matei i Ioana Ofelia Matei przeciwko S.C. Volksbank România SA, ZOTSiS 2015/2/I-127, pkt 54 i z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie C-96/14,

Jean-Claude Van Hove przeciwko CNP Assurances SA, ZOTSiS 2015/4/I-262, pkt 37; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2015 r., I CSK 800/14, OSNC 2016, nr 9, poz. 105). Postanowienie przewidziane w § 9 ust. 2 Umowy wpływa na wysokość podstawowego świadczenia Pożyczkobiorców, jednakże nie można stwierdzić, że określa ono samą istotę stosunku prawnego czy też tzw. świadczenie charakterystyczne, pozwalające zakwalifikować umowę do określonego typu (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, pkt 49 - 50; z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie *Matej*, pkt 54 oraz z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Van Hove*, pkt 33; por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2004 r., I CK 635/03, nie publ. oraz z dnia 30 września 2015 r., I CSK 800/14, OSNC 2016, nr 9, poz. 105). Należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, że przedmiotowe postanowienie ma charakter waloryzacyjny, indeksacyjny (zob. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, OSNC 2016, nr 11, poz. 134 oraz z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, nie publ.), a ponadto - w relacji do postanowienia przewidującego przeliczenie kwoty udostępnianej Pożyczkobiorcom według innego kursu - stanowi źródło dodatkowej korzyści dla Banku. Dodatkowy charakter tej korzyści sprawia, że nie chodzi tu o wynagrodzenie (główne) w rozumieniu art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c.; postanowienie nie dotyczy również relacji wynagrodzenia do usługi (por. art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13), ponieważ w zamian za tę korzyść Bank nie świadczy w istocie żadnej rzeczywistej usługi (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, pkt 57 - 58). Interpretacja taka odpowiada formułowanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazówce, że wyjątek od mechanizmu kontroli treści klauzul abuzywnych wskazany w art. 4 ust. 2 dyrektywy „powinien podlegać wykładni zawężającej” (zob. wyroki: z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, pkt 42; z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie *Matej*, pkt 49 i z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Van Hove*, pkt 31; por. też zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 2005 r., III CZP 76/04, LEX nr 157157 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2012 r., I CSK 49/12, OSNC 2013, nr 6, poz. 76).

Forsując tezę, że przewidziane w Umowie klauzule denominacji walutowej (§ 3 ust. 4 oraz § 9 ust. 2) należą do postanowień określających główne świadczenia

stron (art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c.), skarżący zmierzali w istocie do wykazania, iż ich niejednoznaczność i abuzywność prowadzi do braku niezbędnego konsensu, co skutkuje nieistnieniem Umowy. Zważywszy jednak, że kwota pożyczki została jednoznacznie określona w walucie obcej, podobnie jak podlegające spłacie raty kapitałowe, stanowisko to można zrozumieć tylko w powiązaniu z tezą powodów, iż Umowa była w istocie umową pożyczki złotówkowej, a odmienna kwalifikacja dokonana przez Sądy naruszała art. 353 § 1 k.c. Zdaniem skarżących, Sąd Apelacyjny bezzasadnie przyjął dystynkcję między walutą zaciągnięcia zobowiązania (CHF), a walutą rozliczenia zobowiązania (PLN).

Rozważając te kwestie, należy zwrócić uwagę, że Sąd Najwyższy wyjaśniał już, iż dopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania w walucie obcej z równoczesnym zastrzeżeniem, że wypłata i spłata kredytu (pożyczki) będzie dokonywana w pieniądzu krajowym; zastrzeżenie takie dotyczy wyłącznie sposobu wykonania zobowiązania, przez co nie powoduje zmiany waluty wierzytelności (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 377/10, nie publ. oraz z dnia 29 kwietnia 2015 r., V CSK 445/14, nie publ.). Sąd Apelacyjny uznał, że sytuacja taka miała miejsce również w okolicznościach niniejszej sprawy, co opiera się na niepodważonej przez skarżących wykładni Umowy (brak zarzutu naruszenia art. 65 § 1 lub 2 k.c.). Wbrew zarzutowi skargi kasacyjnej stanowisko to jest trafne, ponieważ respektuje należycie wolę stron. Jej wyrazem jest nie tylko określenie w walucie obcej kwoty pożyczki i kwot podlegających zwrotowi, ale także inne postanowienia umowy. Należy uwzględnić, że we frankach szwajcarskich wyrażono także kwotę prowizji (§ 3 ust. 1 pkt 1 Umowy), wysokości hipoteki umownej (§ 4 pkt 1) oraz kwotę, do której Pożyczkobiorcy poddali się egzekucji (§ 22 ust. 1). Z Umowy wynika również, że zmienne oprocentowanie pożyczki miało być obliczane na podstawie wskaźnika LIBOR 3M (§ 5 ust. 1 i 3), właściwego dla franków szwajcarskich. Konsekwentnie wyrażona wola stron co do określenia kwoty „pożyczki” w walucie obcej powinna być respektowana także w odniesieniu do kwestii wprost w Umowie nieuregulowanych, a tezy tej nie podważa stwierdzenie, że określony przez strony mechanizm miał w istocie charakter waloryzacyjny. Uznając, że przedmiotem zobowiązania wynikającego z Umowy jest suma

pieniężna wyrażona we frankach szwajcarskich, Sąd Apelacyjny nie naruszył art. 353 k.c.

Przesądza to także o bezzasadności zarzutów naruszenia art. 358 § 1 i 2 k.c. w zakresie, w jakim oparte są one na tezie, że przedmiotem zobowiązania wynikającego z Umowy była suma pieniężna wyrażona w złotych polskich.

Zastosowanie art. 358 § 1 i 2 k.c. było jednak rzeczywiście nieprawidłowe, choć z innych względów niż przywołane w skardze kasacyjnej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że art. 358 k.c. w kształcie regulującym możliwość spełnienia świadczenia w walucie polskiej w przypadku, w którym przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, i określającym wartość waluty obcej według kursu średniego NBP, wszedł w życie dopiero w dniu 24 stycznia 2009 r., mocą nowelizacji kodeksu cywilnego z dnia 23 października 2008 r. (Dz. U. Nr 228, poz. 1506). Nie może być zatem miarodajny dla określenia treści zobowiązania wynikającego z umowy zawartej w dniu 1 czerwca 2001 r., wypowiedzianej w dniu 3 marca 2005 r., i ustalenia zakresu należności objętych tytułem egzekucyjnym wystawionym w dniu 31 maja 2006 r. Przed wejściem tej nowelizacji w życie art. 358 k.c. wyrażał jedynie zasadę walutowości, której zakres był ograniczony – m.in. w stosunku do banków – przez regulacje prawa dewizowego (por. art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. – Prawo dewizowe, Dz. U. Nr 160, poz. 1063 ze zm.).

Stwierdzenie, że przedmiotem zobowiązania wynikającego z Umowy była suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, wywołuje pytanie o konsekwencje uznania § 9 ust. 2 Umowy za niedozwolone postanowienie umowne. Zgodnie z art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c., postanowienie takie nie wiąże konsumenta, co w orzecznictwie przeważnie interpretuje się jako zastosowanie sankcji bezskuteczności działającej od samego początku, mocą samego prawa i branej pod uwagę przez sąd z urzędu (zob. np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07, OSNC 2008, nr 7 - 8, poz. 87 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2014 r., III CSK 204/13, nie publ. i z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, nie publ.). W ramach interpretacji tego przepisu należy jednak uwzględnić przyjmowaną w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

wykładnię art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, który nakłada na Państwa Członkowskie obowiązek zapewnienia, że „nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków”. Z orzecznictwa tego wynika przede wszystkim, że z uwagi na rodzaj i wagę interesu publicznego stanowiącego podstawę ochrony udzielonej konsumentom w przepisach dyrektywy sąd krajowy ma obowiązek – od chwili gdy dysponuje niezbędnymi informacjami na temat okoliczności prawnych i faktycznych - zbadania z urzędu, czy klauzula ma charakter abuzywny i wyciągnięcia z tego konsekwencji (zob. np. zob. wyroki TSUE: z dnia 27 czerwca 2000 r., w połączonych sprawach C-240/98–C-244/98, *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*, ECR 2000/6/I-4941, pkt 35; z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro przeciwko Centro Movil Milenium SL*, ZOTSiS 2006/10B-/I-10421, pkt 38; z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-243/08, *Pannon GSM Zrt. przeciwko Erzsébet Sustikné Gyórfi*, ZOTSiS 2009/6A-/I-4713, pkt 31 - 32; z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie C-348/14, *Maria Bucura przeciwko SC Bancpost SA*, EU:C:2015:447, pkt 41 - 44; z dnia 1 października 2015 r. w sprawie C-32/14, *ERSTE Bank Hungary Zrt. v. Attila Sugár*, ZOTSiS 2015/10/I-637, pkt 41 i n.). W wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo i in. przeciwko Cajasur Banco SAU*, ECLI:EU:C:2016:980, pkt 61 - 62 Trybunał wyjaśnił również, że „art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta. W związku z tym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczoności warunku”. Wymaganiom tym czyni co do zasady zadość sankcja nieważności klauzuli abuzywny (zob. wyrok TSUE z dnia 26 kwietnia 2012 r. w sprawie C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przeciwko Invitel Távközlési Zrt.*, ZOTSiS 2012/4/I-242 pkt 40; wyrok z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-397/11, *Erika Jörös przeciwko Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, ZOTSiS 2013/5/I-340, pkt 43), jednakże

należy zastrzec, że stosownie do utrwalającego się stanowiska Trybunału sąd krajowy ma obowiązek odmówić zastosowania nieuczciwego warunku umowy, „chyba że konsument się temu sprzeciwi” (zob. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie *Pannon* oraz wyrok z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito przeciwko Jahani BV*, ZOTSiS 2013/5/I-341, pkt 40). W szczególności w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt przeciwko Csabie Csipaiowi, Viktorii Csipai*, ZOTSiS 2013/2/I-88, pkt 31, 35 Trybunał wyjaśnił, że jeżeli sąd krajowy stwierdza w trakcie oceny dokonywanej z urzędu, iż klauzula ma nieuczciwy charakter, ma co do zasady obowiązek poinformować o tym strony sporu, a przyznana konsumentowi możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii „odpowiada również obowiązkowi ciążącemu na sądzie krajowym (...), uwzględnienia w odpowiednim przypadku woli wyrażonej przez konsumenta, jeżeli mając świadomość o niewiążącym charakterze danego nieuczciwego warunku, wskaże on jednak, iż sprzeciwia się temu, aby warunek ten został wyłączony, udzielając w ten sposób wyraźnej i wolnej zgody na dany warunek”.

Z przywołanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że przyjmowany w rodzimej judykaturze pogląd co do bezskuteczności niedozwolonego postanowienia umownego należy opatrzyć zastrzeżeniem, iż konsument może następczo udzielić „świadomej, wyraźnej i wolnej zgody” na to postanowienie i w ten sposób jednostronnie przywrócić mu skuteczność.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, że abuzywność i nieskuteczność postanowienia przewidzianego w § 9 ust. 2 Umowy nie przekreśla reguły wyrażonej w § 9 ust. 1 Umowy, zgodnie z którą Bank miał pokrywać swoje należności z tytułu spłat zadłużenia w drodze ich pobrania ze środków pieniężnych „na rachunku złotowym”, a tym samym przewidującej spłatę zadłużenia w walucie polskiej. Nawet zresztą, gdyby uznać, że nieskuteczność § 9 ust. 2 pociąga za sobą nieskuteczność § 9 ust. 1, należałoby stwierdzić, że stosownie do linii orzeczniczej Sądu Najwyższego jeszcze pod rządem dawnego art. 358 k.c. zobowiązanie wyrażone w walucie obcej mogło być spłacane – nawet w braku wyraźnego postanowienia umowy – w walucie polskiej (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 stycznia 2001 r., V CKN 1840/00, OSNC 2000, nr 7 - 8, poz. 114; z dnia 8 lutego

2002 r., II CKN 671/00, OSNC 2002, Nr 12, poz. 158; z dnia 15 kwietnia 2003 r., V CKN 101/01, nie publ.; z dnia 10 grudnia 2003 r., V CK 247/02, nie publ.; z dnia 20 kwietnia 2004 r., V CK 428/03, nie publ.; z dnia 6 grudnia 2005 r., I CK 324/05, niepubl.; por. też wyrok z dnia 11 sierpnia 2004 r., II CK 489/03, nie publ.; por. jednak wyrok z dnia 16 września 2011 r., IV CSK 75/11, nie publ.).

W obu przypadkach powstaje pytanie, według jakiego kursu środki pobierane przez Bank z rachunku złotowego powinny być przeliczone na franki szwajcarskie, co ma znaczenie także dla określenia i przeliczenia ogólnej kwoty zadłużenia Pożyczkobiorców. Jest to pochodną pytania, czy i na jakiej podstawie luka w Umowie wynikająca z wyeliminowania niedozwolonego postanowienia może być wypełniona. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że sądy krajowe są zobowiązane wyłącznie do niestosowania klauzuli abuzywnej i nie wolno im przekształcać jej treści tak, aby nadać jej kształt nienaruszający interesu konsumenta, ponieważ osłabiałoby to oddziaływanie prewencyjne sankcji. Umowa powinna „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” (zob. wyroki: z dnia 14 czerwca 2012 r. w sprawie C-618/10, *Banco Español de Crédito SA przeciwko Joaquín Calderón Camina*, ZOTSiS 2012/6/I-349, pkt 66 - 69; z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie *Asbeek Brusse*, pkt 57, 60; z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, *Unicaja Banco i Caixabank*, ZOTSiS 2015/1/I-21, pkt 28; z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie C-421/14, *Banco Primus SA przeciwko Jesús Gutiérrez García*, ECLI:EU:C:2017:60, pkt 71; z dnia 21 kwietnia 2016 r. w sprawie C-377/14, *Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová przeciwko Finway a.s.*, ECLI:EU:C:2016:283, pkt 97). Z przywołanych orzeczeń zdaje się wynikać, że Trybunał wyklucza nie tylko tzw. redukcję utrzymującą skuteczność postanowienia abuzywnego, ale także wyłącza możliwość uzupełniania luk w umowie powstałych po wyeliminowaniu takiego postanowienia. Jest jednak charakterystyczne, że orzeczenia te dotyczyły postanowień, których wyeliminowanie z umów nie powodowało istotnych luk: postanowień przewidujących kary umowne, odsetki za zwłokę albo natychmiastową wymagalność kredytu w razie zwłoki w jego spłacie. W odniesieniu do

postanowienia stanowiącego element tzw. spreadu walutowego Trybunał zajął stanowisko bardziej elastyczne, wskazując, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nie stoi na przeszkodzie temu, „by sąd krajowy uchylił, zgodnie z zasadami prawa zobowiązań, nieuczciwy warunek poprzez zastąpienie go przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym” (zob. wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, pkt 80 i n.). Wyłom ten został ograniczony do dopuszczalności uzupełnienia luki jedynie przez przepisy dyspozytywne, a ponadto został powiązany tylko z sytuacją, w której pozostawienie luki prowadziło do upadku całej umowy i przez to zagrażało interesom konsumenta, narażając go na konieczność natychmiastowego zwrotu całej kwoty kredytu (wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r. w sprawie *Kásler*, pkt 82-84; por. też wyrok z dnia 21 stycznia 2015 r. w połączonych sprawach *Unicaja Banco i Caixabank*, pkt 33). Jednakże – kierując się racjami leżącymi u podstaw przywołanego orzecznictwa – należy dopuścić możliwość stosownego wypełnienia luk w umowie także w innych sytuacjach, w których zagrażają one interesom konsumenta, również wtedy, gdy nie ma możliwości zastosowania wprost odpowiedniego przepisu dyspozytywnego. Konsument nie może być bowiem postawiony przed koniecznością wyboru między dwoma rozwiązaniami, z których każde jest dla niego *ex definitione* niekorzystne: pozostawieniem niekorzystnej luki w umowie albo następczą akceptacją niekorzystnej klauzuli. Formułując taki pogląd, Sąd Najwyższy musi poprzestać na własnej ocenie, ponieważ – jak wyjaśniono - rozpatrywana Umowa nie podlega przepisom dyrektywy 93/13, a tym samym nie ma możliwości skierowania stosownego pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Potrzeba zastosowania wskazanego rozwiązania występuje w niniejszej sprawie, gdyż rezygnacja z wypełnienia luki powstałej w wyniku eliminacji § 9 ust. 2 Umowy oznaczałaby brak możliwości przeliczenia spełnionych przez konsumenta świadczeń złotówkowych na franki szwajcarskie i tym samym wywoływałoby zasadnicze wątpliwości co do skuteczności spłaty zadłużenia wyrażonego w walucie pożyczki. Zarazem nie byłoby żadnych podstaw do przyjęcia reprezentowanego przez skarżących poglądu, że nieważnością dotknięta jest cała Umowa. Umowa ta może istnieć bez przedmiotowego postanowienia, jak również

bez postanowienia umożliwiającego spłatę pożyczki w walucie polskiej, a jedynie z zobowiązaniem do zwrotu kwoty pożyczki oznaczonej we frankach szwajcarskich wraz z odsetkami. Abstrahując od tego, czy całkowita nieważność Umowy byłaby korzystna dla konsumenta – co należałoby oceniać według stanu z chwili jej zawarcia (por. art. 385² k.c.) – należy zwrócić uwagę, że prawo unijne nie wymaga, aby w związku z zastrzeżeniem klauzuli abuzywnej konsument uzyskał możliwość powołania się na nieważność całej umowy (zob. w tej kwestii wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10, *Jana Pereničova i Vladislav Perenič przeciwko SOS financ spol. sr.o.*, ZOTSiS 2012/3/I-144, pkt 33).

Uwzględniając przedstawione racje, należy wypełnić lukę powstałą w Umowie wskutek stwierdzenia abuzywności § 9 ust. 2, mimo braku możliwości bezpośredniego zastosowania normy dyspozytywnej wysłowionej w art. 358 § 2 k.c. W rachubę wchodzi tu dwa rozwiązania.

Po pierwsze, można kierować się wolą stron wyrażoną w innych postanowieniach Umowy, a konkretnie w § 3 ust. 4 Umowy, który przewiduje przeliczenie kwoty pożyczki na złote według kursu kupna franka szwajcarskiego; § 22 ust. 1 Umowy nie może być w tym kontekście brany pod uwagę ze względu na swoją zbieżność z klauzulą uznaną za abuzywną. Uznając § 9 ust. 2 Umowy za niezastrzeżony, należałoby – w takim ujęciu – przyjąć, że strony zamierzały zastosować kurs kupna dla wszelkich przeliczeń między walutą zobowiązania a walutą spłaty (art. 65 k.c.). Konceptji tej nie sprzeciwia się potencjalna abuzywność § 3 ust. 4 Umowy, ponieważ – jak już wyjaśniono - konsument może, działając w sposób świadomy i wolny, wyraźnie powołać się na niedozwolone postanowienie.

Po drugie, można zastosować *per analogiam* art. 41 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (obecnie teks jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 160), który przewiduje, że jeżeli weksel wystawiono na walutę, która nie jest walutą miejsca płatności, sumę wekslową można zapłacić w walucie krajowej podług jej wartości w dniu płatności. Na gruncie tego przepisu przyjmuje się zgodnie, że miarodajny jest kurs średni waluty ustalany przez NBP. Do tego kursu odwoływał się także – choć tylko w kontekście przeliczenia walut obcych na EURO - art. 2 ust.

5 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. – Prawo dewizowe (Dz. U. Nr 160, poz. 1063 ze zm.), obowiązujący w chwili zawarcia Umowy, co nie jest bez znaczenia, zważywszy, że m.in. do prawa dewizowego odsyłała Umowa w kwestiach w niej nieuregulowanych (§ 20). Podstawą uzupełnienia Umowy byłby w tym przypadku art. 56 k.c. odsyłający do przepisów ustawy stosowanych przez analogię.

Dokonując wyboru między rozciągnięciem woli stron wyrażonej w Umowie na przypadki wyraźnie w niej nieuregulowane (art. 65 k.c.), a wypełnieniem luki przez zastosowanie *per analogiam* przepisów ustawy (art. 56 k.c.), należy kierować się regułą interpretacji *in dubio contra proferentem*, której znaczenie – jak powszechnie się przyjmuje – obejmuje także postanowienia indywidualnie narzucone (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., I CSK 408/12, Biul. SN 2013, nr 6, poz. 9), a nawet wykracza poza zakres określony w art. 385 § 2 zd. 2 k.c. Rozpoznając ponownie sprawę, Sąd Apelacyjny będzie zatem musiał ustalić, czy wykładnia rozszerzająca § 3 ust. 4 Umowy (art. 65 k.c.) jest dla konsumenta korzystniejsza.

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

r.g.