

*Sygn. akt I ACa 1285/22*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lipca 2023 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia Marzena Konsek – Bitkowska (spr.)

Sędziowie: Roman Dziczek

Katarzyna Polańska - Farion

Protokolant: Magdalena Turek

po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa P. P., A. P. i E. P.

przeciwko (...) Bank (...) spółce akcyjnej w W.

o ustalenie i zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z 24 marca 2022 r., sygn. akt XVIII C 626/21

**zmienia zaskarżony wyrok:**

**- w punkcie drugim częściowo w ten sposób, że oddala powództwo o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie od kwoty 91 063,74 zł (dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sześćdziesiąt trzy złote i siedemdziesiąt cztery grosze) od dnia 4 listopada 2020 r. do dnia 24 lutego 2022 r. i od dnia 1 września 2022 r. do dnia zapłaty,**

**- w punkcie trzecim i czwartym częściowo w ten sposób, że oddala powództwo o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie od zasądzonych kwot po 91 063,74 zł (dziewięćdziesiąt jeden tysięcy sześćdziesiąt trzy złote i siedemdziesiąt cztery grosze) od dnia 4 listopada 2020 r. do dnia 24 lutego 2022 r. i od dnia 25 sierpnia 2022 r. do dnia zapłaty,**

**- a ponadto w ten sposób, że zastrzega, iż wypłata zasądzonych w punktach drugim, trzecim i czwartym kwot głównych nastąpi po zaoferowaniu przez powodów zwrotu na rzecz pozwanego Banku kwoty 256 733,30 zł (dwieście pięćdziesiąt sześć tysięcy siedemset trzydzieści trzy złote trzydzieści groszy) lub zabezpieczeniu roszczenia o zwrot wyżej wymienionej kwoty;**

**oddala apelację pozwanego w pozostałym zakresie;**

**zasądza od (...) Bank (...) spółce akcyjnej w W. na rzecz P. P., A. P. i E. P. kwotę 8 100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

<i>Katarzyna Polańska – Farion</i>	<i>Marzena Konsek – Bitkowska</i>	<i>Roman Dzięczek</i>
	<i>zdanie odrębne</i>	

Sygn. akt I ACa 1285/22

### ***Uzasadnienie zdania odrębnego***

sędziego Marzeny Konsek-Bitkowskiej

do wyroku z dnia 18 lipca 2023 r.

Zgłoszone przeze mnie zdanie odrębne odnosi się do punktu pierwszego wyroku, tj. rozstrzygnięcia o odsetkach za opóźnienie (kwestia wymagalności roszczeń), a ponadto do zastosowania prawa zatrzymania.

### ***Co do wymagalności roszczeń pieniężnych.***

Zmieniając wyrok Sądu I instancji w zakresie odsetek za opóźnienie Sąd Apelacyjny uznał, że trwała bezskuteczność umowy nastąpiła w dniu 24 lutego 2022 r., tj. w dniu, w którym powodowie na rozprawie, pouczeni przez sąd o skutkach upadku umowy, podtrzymali żądanie stwierdzenia nieważności umowy i żądanie zapłaty. Sąd Apelacyjny przyjął, że dopiero w tej dacie zakończył się stan bezskuteczności zawieszonyj i z tym dniem umowa stała się nieważna ex tunc z mocy art. 385(1) k.c. W konsekwencji, Sąd Apelacyjny przyjął, że dopiero od tego momentu stosownie do art. 455 k.c. i art. 481 k.c. stronie powodowej należą się odsetki za opóźnienie, gdyż wcześniej roszczenie pieniężne powodów nie było wymagalne.

W mojej ocenie taka wykładnia art. 455 k.c. oraz art. 385(1) k.c. jest błędna. Wprowadza ona bezpodstawnie dodatkowy wymóg w postaci pouczenia udzielanego konsumentowi przez sąd w toku postępowania rozpoznawczego, od którego uzależnia wymagalność roszczeń konsumenta o zwrot nienależnych świadczeń.

Jak rozumiem, Sąd Apelacyjny przyjął za słuszne stanowisko przedstawione w uzasadnieniu uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 7 maja 2021 r., III CZP 6/21, iż skierowane przez konsumenta do przedsiębiorcy wezwanie do zapłaty i podobnie doręczenie odpisu pozwu, choćby było dokładnie umotywowane i jednoznacznie odwoływało się do nieważności umowy kredytowej wynikającej z abuzywności klauzuli indeksacyjnej, nie wywołuje samodzielnie na podstawie art. 455 k.c. wymagalności roszczenia o zwrot nienależnych świadczeń pieniężnych. Sąd Apelacyjny przyjął, że wymagalność odrywa się od czynności podejmowanych przez wierzyciela (konsumenta) względem jego dłużnika (przedsiębiorcy). Zostaje ona natomiast uzależniona od późniejszego udzielenia konsumentowi, w toku postępowania cywilnego, pouczeń o skutkach upadku umowy i możliwości rezygnacji z ochrony; przy czym sąd udzieli pouczenia w czasie, jaki uzna za stosowny, nawet kilka lat po wniesieniu pozwu w danej sprawie.

W mojej ocenie powyższe stanowisko jest błędne, a wymagalność roszczeń konsumenta o zwrot nienależnego świadczenia należy wiązać z doręczeniem bankowi wezwania do zapłaty, w którym konsument poinformował bank, że umowę kredytu uważa za nieważną z uwagi na abuzywność wskazanych postanowień umownych. W zależności od okoliczności danej sprawy takim wezwaniem może być wezwanie przedsądowe lub doręczenie odpisu pozwu. Powiązanie wymagalności z dniem udzielenia przez sąd pouczenia mogłoby być natomiast uzasadnione wówczas, gdyby dopiero po takim pouczeniu konsument po raz pierwszy zażądał ochrony lub też zażądał jej w większym rozmiarze, np. konsument ubiegający się o odwalutowanie umowy kredytu indeksowanego, pouczony przez sąd, że nie jest możliwe tego rodzaju przekształcenie umowy, poinformowałby, że w takim przypadku domaga się ochrony wynikającej z nieważności umowy.

Należy zatem ustalić, które z pism konsumenta do przedsiębiorcy zawiera jasną informację o tym, że konsument kwestionuje ważność umowy w związku z abuzywnością klauzuli waloryzacyjnej, która jest przecież bezskuteczna wobec konsumenta ab initio, ex lege. Z takim pismem, a nie pouczeniami sądu, wiązać należy skuteczność wezwania do zapłaty.

Niewątpliwie na sądzie krajowym ciążyą określone obowiązki działania z urzędu przy rozpatrywaniu sporu odnoszącego się do umowy zawartej pomiędzy przedsiębiorcą i konsumentem. W szczególności sąd ma obowiązek pouczenia konsumenta o możliwości skorzystania z ochrony konsumenckiej, a ponadto o ewentualnych jej negatywnych skutkach, jeżeli bezskuteczność abuzywnego postanowienia prowadzi do bezskuteczności umowy w całości. Jeżeli zatem konsument poszukujący ochrony nie dostrzega, że upadek umowy może mieć skutki, którym trudno będzie mu podolać, to sąd krajowy powinien go o tych skutkach pouczyć i w ten sposób umożliwić konsumentowi podjęcie świadomej decyzji co do skorzystania lub rezygnacji z przysługującej ochrony. Nie widzę natomiast podstaw, aby wymagać od sądu pouczenia konsumenta w tych wszystkich sprawach, w których jest ewidentne, w świetle czynności procesowych i materialnoprawnych dokonanych przez konsumenta, że konsument zdaje sobie sprawę z konsekwencji nieważności umowy, a jednocześnie racjonalnie oceniając, skutki upadku umowy nie godzą w ekonomiczną sytuację konsumenta lub są dla niego znacznie mniej groźne niż konsekwencje ekonomiczne rezygnacji z ochrony. To prawda, że skutkiem upadku umowy jest obowiązek niezwłocznej – na wezwanie banku – spłaty kapitału. Trzeba jednak pamiętać, że skutkiem rezygnacji z ochrony prawnej byłoby poniesienie przez konsumenta pełnego ryzyka kursowego, już zaistniałego jak i przyszłego aż do końca okresu kredytowania, a więc jego obciążenia finansowe na podstawie abuzywnej umowy byłyby nawet kilkukrotnie wyższe niż obciążenie obowiązkiem zwrotu kapitału. Podkreślić przy tym trzeba, że rozmiarów przyszłego ryzyka kursowego (przyszłego wzrostu kursu CHF) nie jest w stanie przewidzieć ani konsument, ani sąd orzekający, ani żaden biegły, gdyby sąd w tym celu zdecydował się zasięgnąć opinii sądowej.

W niniejszej sprawie zważywszy na wysokość wzajemnie spełnionych nienależnych świadczeń nie ma podstaw do oceny, że upadek umowy może narażać konsumentów na trudne konsekwencje finansowe; jednocześnie strona powodowa świadomie od początku domaga się ochrony. Nie występują zatem okoliczności, dla których Trybunał Sprawiedliwości przewiduje obowiązek informacyjny. Treść pism strony powodowej i stanowisko zajmowane w toku sporu dowodzi również, że strona ta jest świadoma skutków upadku umowy i kategorycznie żąda ochrony prawnej. Stanowisko konsumentów było też od początku jasne dla pozwanego.

Uważam, że pouczenia nie mogą być używane przez sądy jako pretekst do opóźniania wymagalności. Trybunał Sprawiedliwości wskazuje, że obowiązek informacyjny sądu ma na celu ochronę konsumenta przy poszanowaniu prawa obu stron do kontradyktoryjnej debaty. Tymczasem pogląd przyjęty przez Sąd Apelacyjny prowadzi, bez ważnych względów jurydycznych, do uszczuplenia praw konsumenta przez pozbawienie go części należnych odsetek za opóźnienie. Nałożony na sąd krajowy obowiązek działania z urzędu w sprawach konsumenckich, który Trybunał Sprawiedliwości wiąże z zasadą skuteczności i który służyć ma osiągnięciu celów dyrektywy 93/13, został zinterpretowany przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie w sposób, który wypacza istotę tego obowiązku.

Bezspornie sankcja bezskuteczności przewidziana w art. 385(1) § 1 k.c. jest sankcją asymetryczną, przysługującą wyłącznie konsumentowi. Wobec tego zgadzam się z tym, że konsument musi jasno powiadomić przedsiębiorcę, że korzysta ze swojego uprawnienia, aby wywołać skutek wymagalności swojej wierzytelności o zwrot nienależnych świadczeń spełnionych na podstawie niedozwolonych postanowień umownych. Takim powiadomieniem jest jednakże, w mojej ocenie, każde pismo, w którym konsument dostatecznie jasno określił żądanie i jego podstawę faktyczną. W niniejszej sprawie takim pismem jest wezwanie do zapłaty z dnia 14.10.2020 r. (k. 56), w którym powodowie oświadczyli, że umowę o kredyt uznają za nieważną w szczególności z uwagi na zastosowanie w niej niedozwolonych klauzul waloryzacyjnych.

Jeżeli umowa nie może istnieć bez abuzywnego postanowienia, to jest ona bezskuteczna względem konsumenta w całości ab initio i ex lege. Konsument może jedynie sprzeciwić się ochronie prawnej, która służy mu w związku z tą bezskutecznością, co będzie równoznaczne z dalszą realizacją umowy, tak jakby nigdy nie była wadliwa. „Sprzeciw” konsumenta oznacza rezygnację z przysługującej mu ochrony i nadanie skuteczności postanowieniom abuzywnym.

Zatem tylko taki sprzeciw - następcza świadoma zgoda na stosowanie postanowienia dotkniętego abuzywnością - mogłby zniweczyć skutki uprzedniego wezwania do zapłaty wystosowanego przez konsumenta do przedsiębiorcy.

Ponadto, przy rozpoznawaniu sprawy unijnej Sąd Apelacyjny winien był uwzględnić zasadę równoważności. W świetle orzecznictwa TSUE zasada równoważności przewiduje, że państwa członkowskie nie mogą określać w odniesieniu do roszczeń dotyczących naruszenia prawa Unii mniej korzystnych przepisów proceduralnych niż przepisy odnoszące się do podobnego postępowania w przedmiocie naruszenia prawa krajowego (m.in. wyrok z dnia 18 lutego 2016 r., (...), C#49/14, EU:C:2016:98, pkt 40, wyrok z dnia 26 czerwca 2019 r., A. Bank, C#407/18, EU:C:2019:537, pkt 46, wyrok z dnia 17 maja 2022 r., U. B., C#869/19, EU:C:2022:397, pkt 22, opinia rzecznika generalnego w sprawie C-582/21, pkt 43 (...):EU:C:2023:674). Tym bardziej takie ograniczenia nie powinny być tworzone w drodze wykładni sądowej prawa krajowego.

Pouczenie udzielane stronie w toku procesu ma niewątpliwie charakter proceduralny a nie materialnoprawny. Uważam, że odwołanie się przez Sąd Apelacyjny do procesowych pouczeń jako podstawy do odstąpienia od utrwalonej wykładni art. 455 k.c., jest błędne i pozostaje sprzeczne z zasadą równoważności. Wprowadza się oto w drodze szczególnej wykładni dodatkowy wymóg proceduralny w postaci pouczenia udzielonego przez sąd jako warunek wystąpienia skutku materialnoprawnego - wymagalności roszczeń zgłoszonych na podstawie art. 410 k.c. Takiego uzależnienia wymagalności wierzytelności pieniężnych od pouczeń sądu nie przewiduje się tymczasem dla zbliżonych sytuacji krajowych, w których strony spierają się o ważność umowy. Pragnę zauważyć, że roszczenie o zwrot nienależnych świadczeń (art. 410 k.c.), w przypadku spraw podobnych, które jednak nie podlegają dyrektywie 93/13, mianowicie spraw o zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umów nieważnych z powodu wad oświadczenia woli (art. 82, art. 88 w zw. z art. 84, 86 lub 87 k.c.), uznawane jest za roszczenie bezterminowe i powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że termin wymagalności określa w tym przypadku samodzielnie art. 455 k.c., zgodnie z którym świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Uchybienie temu obowiązкови w odniesieniu do długu pieniężnego wywołuje obowiązek zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie zgodnie z art. 481 § 1 k.c. Nie są przewidziane żadne dodatkowe wymogi, które uzależniałyby prawo wierzyciela do uzyskania odsetek za opóźnienie. W szczególności na wymagalność nie ma wpływu to, że wierzytelność pozostaje sporna pomiędzy stronami, ani to, czy powód rozumie i akceptuje wszystkie skutki nieważności umowy, a tym bardziej, czy został o nich pouczony przez sąd.

W mojej ocenie zatem nie ma podstaw do tego, aby w przypadku spraw unijnych objętych zakresem zastosowania dyrektywy 93/13, w których konsumenci dochodzą zwrotu nienależnych świadczeń na podstawie art. 410 k.c., odstąpić od zasady równoważności i drogą szczególnych zabiegów interpretacyjnych wprowadzić dodatkowy wymóg procesowy, skutkujący opóźnieniem wymagalności roszczeń konsumentów. O wymagalności roszczeń pieniężnych konsumenta wobec przedsiębiorcy nie powinien decydować dowolnie Sąd, uzależniając ją od tego, kiedy (jeżeli w ogóle) zdecyduje się pouczyć konsumenta o skutkach upadku umowy i możliwości rezygnacji z ochrony konsumenckiej, lecz należy stosować przepis art. 455 k.c. zgodnie z jego utrwaloną wykładnią.

Nie widzę ponadto postaw do przyjmowania fikcji nieświadomego konsumenta, który wytacza powództwo bez należytego rozeznania w swoich prawach i obowiązkach. Jeżeli Sąd Apelacyjny uważa, że konsument nie może podjąć decyzji co do bytu abuzywnej umowy bez pouczenia udzielonego mu przez sąd, to idąc tym tokiem rozumowania należałoby uznać, że wszystkie pozasądowe ugody zawarte pomiędzy konsumentami a bankami w związku z abuzywnymi umowami kredytów indeksowanych są bezskuteczne, jako zawarte bez pouczeń sądu. Jak widać, stanowisko generalnie uzależniające skuteczność oświadczeń konsumentów od pouczenia udzielonego przez sąd podważałoby możliwość zawierania pozasądowych ugód lub umów odnowienia, co stoi w jaskrawej sprzeczności z wykładnią dokonaną przez TSUE w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., C-452/18, (...) S.A. Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie bowiem wskazuje na możliwość udzielenia przez konsumenta, także całkowicie poza postępowaniem sądowym, zgody na sanowanie postanowienia abuzywnego przez zawarcie ugody lub odnowienie, o ile zgoda ta była swobodna i świadoma.

Uważam zatem, że podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego wynikające z tych orzeczeń, w których wskazano, że jeżeli konsument konsekwentnie obstawał przy zgłoszonym żądaniu i objaśniał je nieważnością umowy łączącej go z pozwanym, deklarując przy tym świadomość konsekwencji, jakie system prawny łączy z nieważnością umowy, to z inicjatywy pozwanego te deklaracje powoda nie mogą być uznane za nieświadome (por. m. in. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2022 r., I CSK 2125/22 oraz z dnia 14 lipca 2022 r., I CSK 3691/22).

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy ustalił, że pismem z 14 października 2020 r., doręczonym pozwanemu 20 października 2020 r., powodowie wezwali pozwanego do zapłaty na ich rzecz kwoty 273.191,21 zł tytułem zwrotu nienależnych świadczeń, w terminie 7 dni od doręczenia wezwania. W uzasadnieniu wezwania do zapłaty powodowie powołali się na nieważność umowy kredytowej wynikającą z abuzywności klauzuli waloryzacyjnej. Sąd Okręgowy uznał termin 7 dni za zbyt krótki i przyjął termin 14 dni jako właściwy, odpowiadający pojęciu niezwłoczności w rozumieniu art. 455 k.c. W konsekwencji takich ustaleń i ocen Sąd I instancji zasądził odsetki za opóźnienie począwszy od dnia 4 listopada 2020 r. Moim zdaniem było to rozstrzygnięcie prawidłowe.

### ***Co do zatrzymania.***

Sąd Apelacyjny przyjął, że umowa kredytu jest umową wzajemną, i wobec tego uznał, że pozwany skutecznie zgłosił zarzut zatrzymania na podstawie art. 496 k.c. w zw. z art. 497 k.c.

W mojej ocenie błędny jest w pierwszej kolejności pogląd o wzajemności umowy kredytu, a przedstawiona przez Sąd Apelacyjny na rzecz tego poglądu argumentacja prowadziła do uznania, że wszystkie umowy przewidujące jakąkolwiek formę odpłatności podlegają kwalifikacji jako umowy wzajemne. W efekcie spośród umów nazwanych jedynie umowy nieodpłatne kwalifikowałyby się jako umowy niewzajemne. To oznaczałoby, że charakter prawny umów, które mogą występować jako odpłatne lub nieodpłatne, np. umowa pożyczki, zależałaby w istocie od woli stron (wprowadzenie odpłatności czyniłoby umowę wzajemną, brak odpłatności pozbawiałby ją takiego charakteru), a nie od właściwej regulacji ustawowej.

W mojej ocenie, umowa kredytu nie ma cech niezbędnych do uznania ją za umowę wzajemną. Aby nie rozbudowywać uzasadnienia zdania odrębnego ponad konieczną potrzebę, odwołam się w tym miejscu do uzasadnień wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 października 2021 r., I ACa 155/21, a także z dnia 14 grudnia 2019 r., I ACa 442/19 (dostępne w Lex oraz w Legalis). Rozważania zawarte w obu tych orzeczeniach co do braku wzajemnego charakteru umowy kredytu podtrzymuję w całości, w szczególności powołuję się na stanowisko doktryny co do braku wzajemności umowy pożyczki (zob. S. Grzybowski, w: SPC, t. 3, cz. 2, s. 708; W. Popiołek, w: K. Pietrzykowski, Komentarz KC, t. 2, 2005, s. 536; M. Kostowski, w: Komentarz KC, t. 2, 1972, s. 1516; W. Czachórski, Zobowiązania, s. 452; J. Gudowski, w: Komentarz KC, t. 2, 2007, s. 381; T. Justyński, Relacja między art. 58 § 2 a art. 388 k.c., s. 102–103; T. Dybowski, A. Pyrzyńska, w: SPP, t. 5, 2006, s. 249, a także R. Blicharski: Konstrukcja prawna zobowiązań wzajemnych, Transformacje Prawa Prywatnego 2/2020, s. 31 - 36).

Uważam, że w umowie kredytu bankowego nie chodzi o wymianę dóbr, taką, jaka zachodzi pomiędzy świadczeniami z umowy wzajemnej, jak sprzedaż, dzieło, zamiana, dostawa, lecz chodzi w tym przypadku o czasowe udostępnienie kredytobiorcy środków pieniężnych (notabene nie stają się one jego własnością), które mają w umówionym czasie powrócić do instytucji finansowej wraz z należnym wynagrodzeniem w postaci odsetek kapitałowych należnych za czas korzystania z kapitału. Celem kredytu jest sfinansowanie zamierzeń kredytobiorcy kapitałem obcym, wobec braku dostatecznego kapitału własnego. Za udostępnienie takiego finansowania kredytobiorca jest gotów uścić stosowne wynagrodzenie. Nie dostrzegam tu stosunku wymiany charakteryzującego umowy wzajemne. Stosunek bezpośredniej wymiany oczywiście zajdzie w ramach czynności kredytowanej (w stosunkach konsumenckich zazwyczaj umowy sprzedaży), jednak pomiędzy stronami umowy kredytu mamy do czynienia wyłącznie z odpłatnością, podobnie jak ma to miejsce w umowie ubezpieczenia, a nie z wzajemnością umowy w rozumieniu art. 487 i n. k.c.

Skoro umowa kredytu nie jest umową wzajemną, to zarzut zatrzymania nie ma do niej zastosowania wprost. Uważam ponadto, że nie ma podstaw do stosowania zatrzymania w drodze analogii. Należy pamiętać, że to

szczególna zależność między roszczeniami obu stron umowy wzajemnej skłoniła ustawodawcę do wprowadzenia przepisów o wykonaniu i skutkach niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych, w tym art. 496 i 497 k.c. Ustawodawca nie zdecydował się natomiast na wprowadzenie ogólnego prawa zatrzymania w przypadku nieważności wszelkich umów, które przewidują świadczenia obu stron, w szczególności w odniesieniu do umów odpłatnych niewzajemnych. Sama odpłatność umowy kredytu nie jest zatem wystarczająca, aby uzasadnić sięganie do analogii. Nie ma tu ponadto luki prawnej, gdyż adekwatnym i wystarczającym środkiem obrony pozwanego jest zarzut potrącenia, niemożliwy w przypadku nieważnych umów wzajemnych ze względu na różnorodność świadczeń. Nie jest też dostatecznym argumentem na rzecz stosowania zatrzymania do umów kredytu ochrona banku przed niewypłacalnością konsumenta. Ochrona przed niewypłacalnością jako argument na rzecz dopuszczalności zatrzymania prowadziłaby bowiem do rozszerzenia prawa zatrzymania w zasadzie na każdy stosunek cywilny, tymczasem ustawodawca wyraźnie ograniczył zatrzymanie do określonych w ustawie przypadków. Jednocześnie, bank ma skuteczne instrumenty, aby chronić się przed niewypłacalnością konsumenta, w szczególności może dokonać potrącenia.

Na koniec pragnę zwrócić uwagę w tym kontekście na problem skuteczności dyrektywy 93/13. Niezależnie bowiem od tego, który z poglądów na temat prawnej klasyfikacji umowy kredytu zwycięży w orzecznictwie, trzeba pamiętać, że w ramach ochrony konsumenckiej wykładnia art. 496 i art. 497 k.c. musi uwzględniać konieczność zapewnienia skuteczności prawom konsumentów wynikającym z prawa unijnego. W mojej ocenie, stosowanie zatrzymania w drodze analogii może nadmiernie utrudnić konsumentowi uzyskanie należytej ochrony, a przez to godzić w zasadę skuteczności dyrektywy 93/13.

Wobec aktualnego rozumienia teorii dwóch kondykcji w sporach dotyczących umów kredytów powiązanych z walutą obcą, konsument powinien wystąpić o zwrot wszystkiego, co świadczył na rzecz banku, a zatem nie tylko ewentualnej nadwyżki ponad udostępniony mu kapitał, uiszczonych odsetek i opłat, lecz również spłaconego w międzyczasie bankowi kapitału. Jednocześnie roszczenie banku do konsumenta obejmuje pełny kapitał, niezależnie od tego, jaka część kapitału faktycznie powróciła już do banku w wyniku dokonanych przez konsumenta spłat. Zatrzymanie stosowane równocześnie z teorią dwóch kondykcji powoduje, że konsument musi po uprawomocnieniu się wyroku uwzględniającego jego powództwo o zapłatę najpierw zgromadzić (ponownie) całą kwotę kapitału, aby móc wyegzekwować świadczenie pieniężne zasądzone wyrokiem. W praktyce większość konsumentów nie jest w stanie zgromadzić ponownie pełnej kwoty kapitału. Można więc założyć, że po uprawomocnieniu się wyroku dojdzie do potrącenia roszczeń konsumenta z roszczeniami banku o zwrot kapitału. W wyniku potrącenia obie wierzytelności umorzą się do wysokości wierzytelności niższej. To rozwiąże skutecznie, bez konieczności przeprowadzenia egzekucji sądowej, sytuację konsumentów, których wierzytelność jest niższa od kapitału należnego bankowi. Takim konsumentom pozostanie jedynie dokonanie dopłaty na rzecz banku brakującej, nieumorzonej przez potrącenie części kapitału, z ewentualnymi odsetkami za opóźnienie.

Obecnie jednak suma wpłat konsumentów do banku zwykle przekracza na dzień wyrokowania kwotę należnego bankowi kapitału. Tak jest również w niniejszej sprawie. W takim przypadku w razie zastrzeżenia w wyroku zatrzymania na rzecz banku, konsument, który dokona potrącenia, nie będzie w stanie sprawnie przeprowadzić egzekucji pozostałej nieumorzonej przez potrącenie wierzytelności. Egzekucja będzie w istotny sposób utrudniona, bowiem organ egzekucyjny (zarówno komornik jak i sąd sprawujący nad nim nadzór) nie jest uprawniony do badania tytułu wykonawczego, zgodnie z art. 804 § 1 k.p.c., a zatem nie może samodzielnie badać, czy wygasło zastrzeżone w takim tytule na rzecz pozwanego zatrzymanie. Może zatem dojść do sytuacji, w której konsument nie będą w stanie przeprowadzić egzekucji nadwyżki ich roszczeń pieniężnych nieumorzonej przez potrącenie i będą zmuszeni ponownie wystąpić do sądu inicjując kolejne postępowanie rozpoznawcze. Podkreślić przy tym trzeba, że w orzecznictwie i doktrynie brak jak dotąd wskazań co do skutecznego w takim przypadku środka prawnego. Nie będzie właściwym środkiem powództwo przeciwegzekucyjne, ono bowiem przysługuje dłużnikowi (bankowi), a nie wierzycielowi wskazanemu w tytule wykonawczym. Zapewne zatem należałoby dopuścić powództwo o ustalenie, że zastrzeżone w wyroku zatrzymanie wygasło.

Już obecnie przywrócenie sytuacji, w jakiej znajdowałby się konsument, gdyby nie zastosowano klauzul abuzywnych w umowie kredytu, odbywa się w dwóch odrębnych postępowaniach sądowych:

- z powództwa konsumenta przeciwko bankowi o ustalenie nieważności umowy i zwrot nienależnych świadczeń - spłaconej części kapitału oraz odsetek i opłat,
- z powództwa banku przeciwko konsumentowi o zwrot pełnej kwoty kapitału.

Stosowanie zatrzymania może w wyżej opisanych okolicznościach zmuszać konsumenta do przeprowadzenia kolejnego postępowania w celu sądowego potwierdzenia, że wygasło objęte wyrokiem zatrzymanie, gdyż bez takiego orzeczenia egzekucja pozostałej części należnej wierzytelności może być niemożliwa. W mojej ocenie, rozwiązanie, w wyniku którego konsument będzie zmuszony uczestniczyć w kolejnym, trzecim już, postępowaniu rozpoznawczym, aby uzyskać pełne rozliczenie nieważnej umowy zawartej z przedsiębiorcą, może zostać ocenione jako nadmierne utrudnienie w dochodzeniu skutecznej ochrony konsumenckiej. Każde kolejne postępowanie sądowe wiąże się bowiem z dodatkowymi kosztami sądowymi, kosztami reprezentacji prawnej, które konsument będzie zmuszony ponieść, a także kosztami osobistymi, jakie wiązać się będą z odwlečeniami o kilka dodatkowych lat ostatecznego rozwiązania sytuacji prawnej w kolejnym dwuinstancyjnym postępowaniu.

Uważam, że stosowanie zatrzymania w tego rodzaju sprawach byłoby dopuszczalne tylko wówczas, gdyby przemawiał za nim zasługujący na ochronę interes przedsiębiorcy, przed którym musiałaby ustąpić zasada wysokiej ochrony konsumentów i zasada skuteczności. Moim zdaniem, nie stanowi godnego ochrony interesu przedsiębiorcy dążenie do uniknięcia konsekwencji własnego opóźnienia w postaci obowiązku zapłaty odsetek za opóźnienie ani strategia procesowa przedsiębiorcy, który nie dokonuje potrącenia, lecz podnosi zarzut zatrzymania, choć nie ma na tym etapie zamiaru spłacić swojego długu nawet gdyby zaofiarowano mu zwrot kapitału, jak próbowali to uczynić powodowie w tej sprawie (vide protokół rozprawy apelacyjnej), bowiem do końca postępowania podnosi, że umowa jest ważna, mimo utrwalonej wykładni unijnej i krajowej.

Uważam, że skuteczne podniesienie zarzutu zatrzymania zależy do rzeczywistej gotowości dłużnika wzajemnego do spłaty własnego długu. W tym wyraża się istota zatrzymania: dłużnik jest gotów świadczyć w każdej chwili, gdy tylko jego wierzyciel i zarazem wzajemny dłużnik zaofiaruje lub zabezpieczy świadczenie wzajemne. Tymczasem pozwany bank podniósł zarzut zatrzymania z tak zwanej ostrożności procesowej i nie towarzyszyła temu gotowość do zwrotu na rzecz powodów nienależnych świadczeń. Pozwany był gotów przyjąć ponownie spłatę kapitału od powodów, ale nie zamierzał jednocześnie sam na ich rzecz zwrócić nienależnie pobranych świadczeń, których dochodzili w niniejszym postępowaniu.

Moim zdaniem, w takich okolicznościach zatrzymanie, gdyby w ogóle mogło być zastosowane, powinno wywołać skutek w sferze odpowiedzialności za opóźnienie nie wcześniej niż z dniem wydania przez Sąd Apelacyjny prawomocnego wyroku. Nie widzę podstaw, aby zatrzymanie zgłaszane ewentualnie, na wypadek przegrania procesu, przy jednoczesnym braku zgody pozwanego na niezwłoczne rozliczenie się z wzajemnych świadczeń w toku postępowania, miało pozbawiać konsumentów odsetek za opóźnienie za okres postępowania, w toku którego przedsiębiorca kategorycznie odmawiał rozliczenia się z abuzywnej umowy, twierdząc że jest ona ważna i skuteczna.

Zważywszy na rosnącą liczbę spraw dotyczących kredytów powiązanych z walutą obcą niezwykle istotne jest jak najszybsze ujednoczenie wykładni prawa krajowego, nie może się ono jednak odbywać z uchybieniem obowiązkowi zapewnienia skuteczności przepisom dyrektywy 93/13.

Z powyższych względów zdecydowałam się zgłosić zdanie odrębne.

Marzena Konsek-Bitkowska