

Sygn. akt VI ACa 554/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 listopada 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia Grzegorz Tyliński

Protokolant: Klaudia Pływaczewska

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa K. K. (1) i J. K. (1)

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

o ustalenie i zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 17 maja 2021 r., sygn. akt XXV C 2959/18

I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok – w punkcie drugim w ten sposób, że oddala powództwo o zapłatę kwoty 118 365,46 zł (sto osiemnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt pięć zł 46/100) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 29 listopada 2018 roku do 21 kwietnia 2021 r.;

II. oddala apelację pozwanego w pozostałej części;

III. oddala apelację powodów;

IV. zasądza od (...) Bank S. A. w W. na rzecz K. K. (1) oraz J. K. (1) kwotę 9 100 (dziewięć tysięcy sto) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 554/21

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 maja 2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie sprawy z powództwa K. K. (1), J. K. (1) przeciwko (...) Bank S. A. w W. o ustalenie i zapłatę: ustalił, że umowa kredytu hipotecznego z 12 czerwca 2008 roku nr DK/KR-H./ (...) zawarta pomiędzy K. K. (1) i J. K. (1) a (...) Bank SA w W. – Oddział (...) jest nieważna (pkt I); zasądził od (...) Bank Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz K. K. (1) i J. K. (1) (łącznie) kwotę 118 365,46 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 29 listopada 2018 roku do 21 kwietnia 2021 roku z tym, że spełnienie świadczenia powinno nastąpić za jednoczesnym zaoferowaniem przez powodów K. K. (1) i J. K. (1) pozwanemu (...) Bank Spółce Akcyjnej z siedzibą W. kwoty 800 000 zł albo zabezpieczeniem roszczenia pozwanego o zapłatę tej kwoty (pkt II); w pozostałym zakresie oddalił powództwo o zapłatę (pkt III); zasądził od (...) Bank Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz K. K. (1) i J. K. (1) kwoty po 8 608,50 zł tytułem kosztów procesu, w tym po 8 100 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego (pkt IV).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i prawne:

W dniu 13 czerwca 2008 roku powodowie zawarli z (...) Bank S. A. w W. – Oddział (...) umowę kredytu hipotecznego nr DK/KR-H./ (...) indeksowanego do (...). Podstawą zawarcia umowy był wniosek o udzielenie kredytu hipotecznego z 8 maja 2008 roku. We wniosku wskazana została kwota 800 000 zł jako kwota kredytu i (...) jak waluta kredytu.

Jako cel kredytu wskazano we wniosku budowę systemem gospodarczym. Nieruchomość oznaczono we wniosku poprzez nr księgi wieczystej: (...). Przed zawarciem umowy kredytu kredytobiorca złożył, datowane na 13 czerwca 2008 roku „Oświadczenie o ryzyku walutowym i stopy procentowej”, zawierające m.in. oświadczenia, że: a. przedstawiono mu ofertę kredytu hipotecznego w złotych polskich oraz że wybrał kredyt indeksowany kursem waluty obcej, będąc uprzednio poinformowany o ryzykach związanych z zaciągnięciem kredytu hipotecznego indeksowanego kursem waluty obcej; b. jest świadomy faktu, że w przypadku kredytów indeksowanych kursem waluty obcej ponosi ryzyko kursowe, co oznacza, że zarówno wysokość zadłużenia tytułem zaciągniętego kredytu jak i rata kredytu – przeliczona na PLN na dany dzień – podlega ciągłym wahaniom w zależności od aktualnego kursu waluty; c. jest świadomy faktu, że rzeczywiste koszty obsługi długu mogą się finalnie okazać znacząco wyższe od wcześniej założonych; d. jest świadomy faktu, że wybierając zadłużenie w walucie obcej aktualnie korzysta z oprocentowania niższego w porównaniu z kredytem złotowym i spłaca miesięcznie niższą ratę kredytu oraz że wynika to ze znacznej różnicy w wysokości stawek referencyjnych, które są podstawą do ustalenia oprocentowania kredytu.

„Oświadczenie o ryzyku walutowym i stopy procentowej” zawierało również informację, że ryzyko walutowe i ryzyko stopy procentowej to sytuacja, w której raty spłaty kredytu mogą się zmieniać (w górę lub w dół) w zależności od wahań kursu waluty i wahań rynkowych stóp procentowych. Ponadto oświadczenie zawierało Modelowe Symulacje Wariantów Spłat Kredytu Dla Różnych Poziomów Kursów Walut I/Lub Stopy Procentowej przedstawiające wpływ zmian oprocentowania i kursu waluty kredytu na wysokość miesięcznych rat przy założeniu, że udzielono kredytu denominowanego do (...) (...) w wysokości 200 tys. zł na okres 30 lat, a raty spłaty są równe. W symulacji przedstawiono 6 wariantów, w których wysokość stopy procentowej wynosiła 3,40 % (warianty 1 i 2), 4,12 % (war. 5), 6,15 % (war. 3) lub 7,40 % (war. 4 i 6), a kurs PLN/ (...) 2, (...) (war. 1 i 3-5) lub 2, (...) (war. 2 i 6), w wyniku czego przybliżona miesięczna rata wahała się od 886,96 zł do 1546,78 zł.

Dokument zawierał również oświadczenie o treści: „jestem/śmy świadomy/a/i faktu, że uruchomienie kredytu i spłata rat kredytowych następuje według kursu kupna i sprzedaży waluty obcej, do której denominowany jest kredyt. Akceptuję, iż w związku z tym miesięczne raty kredytu powiększone są o tzw. spread (różnicę pomiędzy kursem kupna i sprzedaży walut). S. ten może być zmienny w zależności od warunków rynkowych i polityki Banku. Możliwe są odchylenia stosowanego przez (...) Bank S.A. kursu kupna i sprzedaży o, odpowiednio, do 5% od kursu rynkowego wymiany walut. (...)” Na podstawie umowy (§2) bank udzielił powodom kredytu w kwocie 807 600 zł. Kredyt był indeksowany do waluty obcej (...). Przeznaczeniem kredytu był budowa systemem gospodarczym oraz ubezpieczenie od wzrostu stopy procentowej. Okres kredytowania wynosił 420 miesięcy.

Uruchomienie kredytu następowało w złotych przy jednoczesnym przeliczeniu w dniu wypłaty na franki szwajcarskie zgodnie z kursem kupna dewiz obowiązującym w banku w dniu uruchomienia (§3 ust. 8).

Spłata kredytu miała nastąpić w 420 równych ratach kapitałowo-odsetkowych (§4 ust. 1). Spłata miała następować w złotych (§4 ust.2). Metodę i terminy ustalania kursu wymiany walut określa (...) Bank S.A. w W. - Oddział (...), który stanowi integralną część umowy i załącznik do niej (§4 ust. 4, § 13 i §1 umowy).

Zgodnie z §12 ust. 6 regulaminu spłata kredytu następuje zgodnie z harmonogramem spłat stanowiącym załącznik do umowy kredytu. W przypadku kredytu denominowanego Harmonogram Spłat jest wyrażony w walucie kredytu. Kwota raty spłaty obliczana jest według kursu sprzedaży dewiz obowiązującego w banku na podstawie Tabeli Kursów z dnia spłaty (§12 ust. 7 regulaminu). Tabelą Kursów jest tabela kursów kupna/sprzedaży walut (...) S.A. obowiązująca o godz. 9.30 w dniu, w którym następuje operacja (§2 lit. m regulaminu).

Na wniosek kredytobiorcy bank mógł wyrazić zgodę na zmianę waluty kredytu (§13 regulaminu). Zgodnie z §5 umowy kredytowej, oprocentowanie kredytu jest zmienne. Na oprocentowanie kredytu składa się stopa referencyjna (...) 3M

(...) oraz stała marża banku w wysokości 2,20 %, zaś po ustanowieniu hipoteki – 1,20 %. Na dzień sporządzenia umowy oprocentowanie wynosiło 4,91 %. Całkowity koszt kredytu na dzień sporządzenia umowy określono na kwotę 1 834 432,24 zł bez uwzględnienia ryzyka kursowego (§6 ust. 3 umowy). Zabezpieczeniem kredytu była m.in. hipoteka kaucyjna do kwoty 1 372 920 zł (§7 ust.1 umowy). Integralną część umowy i załącznik do niej stanowiło, obok Regulaminu, również omówione wcześniej „Oświadczenie o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej. 07 lipca 2009 roku strony zawarły sporządzony 15 czerwca 2009 r. aneks nr (...) do umowy o kredyt hipoteczny, który przewidywał odroczenie płatności części rat odsetkowych.

22 grudnia 2009 roku strony zawarły sporządzony 22 grudnia 2009 r. aneks nr (...) do umowy o kredyt hipoteczny, w którym zmieniono kredyt indeksowany na kredyt walutowy w walucie (...). Kredyt został wypłacony w kilku transzach 17 czerwca 2008 roku, 3 listopada 2008 roku, 28 stycznia 2009 roku i 21 maja 2009 roku. Do 8 października 2018 r. powodowie uiścili na rzecz pozwanego kwotę 397 977,09 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji zważył, że umowa jest nieważna przede wszystkim ze względu na skutek jaki wiąże się z wyeliminowaniem z umowy klauzul przeliczeniowych na skutek uznania, że klauzula określająca zasady ustalania kursów służących do przeliczeń niezbędnych dla wykonania umowy, stanowi niedozwolone postanowienie umowne. Nie ma przy tym znaczenia czy klauzulę indeksacyjną uzna się za jedno postanowienie czy zespół odrębnych postanowień, tj. wprowadzających do umowy mechanizm indeksowania kwoty kredytu (klauzula ryzyka walutowego) i odrębnych postanowień przewidujących zastosowanie kursów określonych w tabeli kursów dla jego wykonania (klauzula spreadu walutowego). W każdym przypadku wadliwość postanowień odsyłających do tabel kursów powoduje ten sam skutek – umowa nie może być wykonywana, co stanowi podstawę przyjęcia że jest nieważna.

Zawarcie w umowie kredytu indeksowanego postanowień umożliwiających bankowi jednostronne kształtowanie kursów walut służących wykonaniu indeksacji co do zasady prowadzić będzie do niedozwolonego charakteru takich postanowień, a w konsekwencji nieważności umowy. Odmienne ocena w zakresie ich niedozwolonego charakteru możliwa jest jedynie w szczególnych okolicznościach związanych z procesem zawierania i negocjowania postanowień umownych (np. indywidualne uzgodnienie postanowień, zawarcie umowy w warunkach, w których bank nie wykorzystał swojej przewagi kontraktowej – nie doszło do narzucenia niekorzystnych dla kredytobiorcy postanowień w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami). Nie należy do takich okoliczności dokonanie przez kredytobiorcę wyboru kredytu indeksowanego. Innych okoliczności mogących wpłynąć na dokonanie odmiennej oceny bank nie powoływał, a tym bardziej nie udowodnił.

W ocenie Sądu Okręgowego, w tej sytuacji nie było potrzeby odnoszenia się do argumentacji dotyczącej zakresu udzielonej powodowi informacji o ryzyku związanym z zawarciem umowy kredytu indeksowanego (trzeba przy tym zauważyć, że są to zagadnienia wprowadzone do procesu przez pozwanego, gdyż pozew nie odwoływał się do nich). Umowa okazała się nieważna bez względu na to, czy powodowie zostali w sposób prawidłowy poinformowani o ryzyku, czy też nie. Celem procesu jest rozstrzygnięcie o zgłoszonym żądaniu, a zakres podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i postępowania dowodowego powinien być podporządkowany temu celowi, a nie służyć roztrząsaniu wszystkich kwestii spornych między stronami.

Sąd I instancji wskazał, że konsumencki status powodów, znajduje swoje potwierdzenie zarówno w ich zeznaniach, jak i treści umowy kredytu. Nieruchomość wykorzystywana jest przez powodów w celu zaspokojenia własnych potrzeb mieszkaniowych. Powódka nie prowadziła działalności gospodarczej, a działalność gospodarcza powoda, będącego grafikiem, wykonywana jest w siedzibie podmiotów, na rzecz których wykonuje usługi.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że brak indywidualnego uzgodnienia postanowień umownych dotyczących indeksacji wynika z samego charakteru zawartych umów – opartych o treść stosowanego przez bank wzorca umownego oraz regulaminu. Taki sposób zawierania umowy w zasadzie wyklucza możliwość indywidualnego wpływania przez konsumenta na treść powstałego stosunku prawnego, poza ustaleniem kwoty kredytu, ewentualnie wysokości oprocentowania, marży czy prowizji. Wpływ konsumenta musi mieć charakter realny, rzeczywiście zostać mu

zaoferowany, a nie polegać na teoretycznej możliwości wystąpienia z wnioskiem o zmianę określonych postanowień umowy.

Według Sądu I instancji pozwany, mimo że zgodnie z art. 385 § 4 k.c., ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na nim, nie wykazał aby doszło do indywidualnego uzgadniania postanowień umowy lub jej wzorca dotyczących mechanizmu indeksacji.

Odnosnie postanowień określających główne świadczenia stron, jako postanowień, które charakteryzują określoną umowę, Sąd I instancji przyjął, że na całość postanowień pozwalających na wykonanie mechanizmu indeksacji składają się odrębne postanowienia:

a. wprowadzające do umowy indeksację, tj. zasadę przeliczenia kwoty wyrażonej w umowie w złotych na kwotę wyrażoną w innej walucie, a następnie obowiązek świadczenia w złotych kwot stanowiących przeliczenia kwot ustalonych w walucie obcej – w orzecznictwie TSUE są to postanowienia dotyczące ryzyka walutowego, ryzyka wymiany ,

b. określające sposób dokonania tego przeliczenia, tj. określające rodzaj stosowanego kursu oraz to przez kogo, w jaki sposób i kiedy jest ustalany – w orzecznictwie TSUE określane jako klauzule dotyczące spreadów walutowych.

Bez względu jednak na przyjęcie, że postanowienie wskazujące na sposób ustalania kursów walut stosowanych do przeliczeń składających się na indeksację nie należą do określających główne świadczenia stron, stwierdzić trzeba, że nie są to również postanowienia jednoznaczne. Nie pozwalają bowiem na weryfikację sposobu działania banku tworzącego Tabelę kursów, stosowanych kryteriów ustalania kursów i ich wpływu na kształt tabeli, wreszcie nie pozwalają ocenić jakie konsekwencje ekonomiczne będzie miało wyznaczenie przez bank określonej wysokości kursu.

Sąd I instancji uznał, że niedozwolony charakter mają również postanowienia przewidujące stosowanie do przeliczeń kursów wskazanych w Tabeli kursów banku, tj.: a. § 2 ust. 8 umowy i 11 ust. 7 regulaminu w zakresie, w jakim przewiduje zastosowanie kursu (kupna) waluty ustalonego przez bank w aktualnej Tabeli Kursów do dokonania przeliczenia wykorzystanego kredytu na walutę indeksacji, b. § 12 ust. 7 regulaminu w zakresie, w jakim przewiduje zastosowanie kursu (sprzedaży) waluty ustalonego przez bank w aktualnej Tabeli Kursów do ustalenia wysokości kwoty podlegającej spłacie (w złotych) oraz raty spłaty.

W ocenie Sądu Okręgowego, postanowienie przewidujące stosowanie kursów wyznaczanych przez bank przy wykonywaniu mechanizmu indeksacji kredytu jest abuzywne ze względu na nieprecyzyjne wskazanie kryteriów w oparciu o jakie przedsiębiorca wyznacza wysokość świadczenia drugiej strony.

Sąd I instancji wskazał, że skutkiem uznania za niedozwolone postanowień umownych dotyczących zasad ustalania kursów walut jest konieczność ich pominięcia przy ustalaniu treści stosunku prawnego wiążącego konsumenta.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że niezależnie od wcześniejszych rozważań dotyczących skutków wyeliminowania z umowy zasad ustalania kursów walut, uznać należy, że nie jest również możliwe dalsze funkcjonowanie umowy, która bez wyeliminowanych z niej postanowień, tworzyć będzie stosunek prawny, którego cel lub treść sprzeciwiałyby się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Taki stosunek prawny musi zostać uznany za nieważny z racji sprzeczności z ustawą, polegającą na naruszeniu granic swobody umów (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.).

Sąd I instancji zważył, że istnienie umowy kredytu udzielonego i spłacanego w walucie polskiej, w której stawka procentowa byłaby oparta o wskaźnik (...), który pozostaje integralnie związany z klauzulą walutową i rozliczeniami w walucie obcej, nie jest możliwe. Nie może to jednak prowadzić do wniosku, że niemożliwe jest uznanie klauzul indeksacyjnych za niedozwolone postanowienia umowne. Właściwy wniosek z faktu związania stopy (...) z frankiem szwajcarskim jest taki, że po wyeliminowaniu klauzul indeksacyjnych dalsze obowiązywanie umowy (przyjęcie, że jest to umowa ważna) nie jest możliwe.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał, że zawarta pomiędzy stronami umowa kredytu była nieważna. Dodatkową przesłanką zasadności powództwa o ustalenie jest, zgodnie z art. 189 k.p.c., istnienie interesu prawnego w zgłoszeniu żądania ustalenia. Strona powodowa miała interes prawny w takim ustaleniu. Treść podpisanej przez strony umowy wygenerowała długoterminowy stosunek prawny, który nie został dotychczas, zgodnie z jego treścią, wykonany. W wykonaniu umowy kredytu, dotkniętej nieważnością, spłacała kredyt, przysługuje roszczenie o zwrot spłaconych środków pieniężnych jako świadczenia nienależnego (art. 410 § 1 w związku z art. 405 k.c.) niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie jest dłużnikiem banku z tytułu zwrotu nienależnie otrzymanej kwoty kredytu.

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k. c. Za usprawiedliwiony uznano zarzut zatrzymania podniesiony przez pozwanego w piśmie z 7 kwietnia 2021 r., podzielając w pełni argumentację pozwanego, że przysługuje mu prawo zatrzymania do czasu aż powódka zaoferuje zwrot świadczenia otrzymanego od pozwanego – wypłaconej kwoty kredytu.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniosły obie strony.

Strona powodowa zaskarżyła wyrok w części, tj. w zakresie, w jakim w pkt. II wyroku Sąd zastrzegł że spełnienie świadczenia (zasądzonego od pozwanego) powinno nastąpić za jednoczesnym zaoferowaniem przez powodów K. K. (2) i J. K. (2) pozwanemu (...) Bank Spółce Akcyjnej z siedzibą W. kwoty 800 000 zł (osiemset tysięcy złotych) albo zabezpieczeniem roszczenia pozwanego o zapłatę tej kwoty oraz pkt III wyroku.

Zaskarżonemu wyrokowi apelujący zarzucili:

I. naruszenie prawa materialnego, a to:

1. art. 496 k.c. w zw. z art. 497 k.c. poprzez wadliwe jego zastosowanie i uznanie, iż podniesiony przez stronę pozwaną zarzut zatrzymania uznać należy za skuteczny, podczas gdy nie może on znaleźć zastosowania w przypadku roszczeń z umowy kredytu, która to umowa nie jest umową wzajemną i w sytuacji w której roszczenie pozwanego w czasie składania zarzutu było niewymagalne;

2. art. 89 k.c. w zw. z art. 496 k.c. i art. 497 k.c. poprzez wadliwe ich zastosowanie i uznanie, że dopuszczalne jest zgłoszenie warunkowego zarzutu zatrzymania, podczas gdy niedopuszczalne jest zastrzeganie warunku w przypadku składania jednostronnych oświadczeń woli o charakterze prawnokształtującym jakim jest zarzut zatrzymania, co powoduje w przypadku takiej czynności jej nieważność z uwagi na sprzeczność z prawem;

3. 487 § 2 k. c. w zw. z art. 69 ust. 1 ustawy prawo bankowe poprzez wadliwe jego zastosowanie i przyjęcie, że umowa kredytu jest umową wzajemną, podczas gdy umowa kredytu, jest umową dwustronnie zobowiązującą i odpłatną, nie jest jednak umową wzajemną i nie spełnia ona kryteriów wyrażonych w art. 487 § 2 k.c.

II. naruszenie prawa procesowego, a to art. 91 k.p.c. poprzez uznanie, że udzielone stronie powodowej pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do odbioru oświadczeń o charakterze materialnoprawnym i pełnomocnictwo strony pozwanej obejmuje umocowanie do skutecznego podniesienia zarzutu zatrzymania, podczas gdy ustawowa treść pełnomocnictwa procesowego określona w art. 91 k.p.c. daje upoważnienie do podejmowania decyzji i czynności o charakterze procesowym, nie obejmuje natomiast umocowania do ingerencji w materialnoprawne stosunki mocodawcy i jego zakresu nie można interpretować rozszerzająco;

III. zarzut błędnych ustaleń faktycznych polegających na przyjęciu, iż pełnomocnictwo udzielone pełnomocnikowi strony powodowej obejmuje upoważnienie do odbioru oświadczeń o charakterze materialnoprawnym i pełnomocnictwo strony pozwanej obejmuje umocowanie do skutecznego podniesienia zarzutu zatrzymania.

Mając powyższe na uwadze apelujący wniesli o zmianę pkt II i III zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego (...) Bank S.A. z siedzibą w W. na rzecz powodów K. K. (1) i J. K. (1) łącznie kwoty 118.365,46

zł (słownie: sto osiemnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt pięć złotych 46/100) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w płatności liczonymi od dnia 29 listopada 2018 r. do dnia zapłaty, ewentualnie w przypadku nie podzielenia przez Sąd zarzutów strony powodowej w przedmiocie braku skuteczności zarzutu zatrzymania, zmianę pkt. II wyroku i zastrzeżenie, że spełnienie świadczenia pozwanego powinno nastąpić za jednoczesnym zaoferowaniem przez powodów K. K. (1) i J. K. (2) pozwanemu (...) Bank Spółce Akcyjnej z siedzibą W. kwoty 379.042,85 zł albo zabezpieczeniem roszczenia pozwanego o zapłatę tej kwoty, zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów łącznie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego wraz z należnymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego liczonymi od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, którym je zasądzone do dnia zapłaty, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany zaskarżył wyrok w części, tj. co do pkt I., II. oraz IV.

Zaskarżonemu wyrokowi apelujący zarzucił:

1. Nierozpoznanie istoty sprawy: (1) wobec braku dokonania kontroli incydentalne wzorca umownego zgodnie z wytycznymi płynącymi z przepisów prawa, lecz de facto dokonanie kontroli abstrakcyjnej, tj. w oderwaniu od faktu i okoliczności zawarcia konkretnej Umowy, w tym pominięcie okoliczności towarzyszących zawarciu Umowy przy dokonywaniu oceny jej postanowień, zarówno po stronie Powodów jak i po stronie Pozwanego, z uwzględnieniem obyczajów i praktyk obowiązujących w dacie zawarcia Umowy (2) wobec braku zbadania możliwości utrzymania Umowy w mocy wobec uznania nieważności/bezskuteczności części jej postanowień, przy jednoczesnym występowaniu w systemie prawa prymatu utrzymania umowy w mocy oraz konstytucyjnej ochrony stosunków cywilnych (w szczególności wywodzonej z art. 2 Konstytucji RP zasady ochrony interesów w toku i zasady ochrony praw słusznie nabytych) (3) wobec rażącej niespójności rozważań prawnych w wyroku co do abuzywności spornych postanowień z ustaleniami faktycznymi i rozważaniami co do braku nieważności Umowy, w tym braku uwzględnienia w części wyroku poświęconej abuzywności faktu i treści Oświadczenia o ryzyku, stanowiącego załącznik i integralną część Umowy (co Sąd słusznie wskazał i zauważył w części wyroku, poświęconej braku bezwzględnej nieważności Umowy), w tym całkowite pominięcie kryteriów określania kursu waluty ustalonych w rzeczonym dokumencie, w tym całkowite pominięcie, że strony uzgodniły rozliczenia po kursie rynkowym wymiany walut odpowiednio kupna i sprzedaży +/- 5% - powyższe skutkuje wręcz nierozpoznanie istoty sprawy zważywszy na fakt, że istotą sprawy jest zarzut strony Powodowej co do braku ograniczeń i arbitralności banku w wyznaczaniu kursu w tabeli kursowej, (4) braku oceny możliwości wykonania Umowy z pominięciem postanowień uznanych za abuzywne na datę dokonywania oceny, co wobec treści Aneksu zmieniającego kredyt na walutowy rozliczany po kursie średnim NBP, co niewątpliwie oznacza, że Umowa może być kontynuowana, gdyż w Aneksie strona Powodowa uznała saldo kredytu w walucie obcej, a strony uzgodniły zasady dalszego wykonywania Umowy, tj. dokonywania spłat kredytu po kursie średnim NBP;

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy oraz jej rozstrzygnięcie, tj.: a. art. 327¹ par. 1 ust 1 i 2 k.p.c., poprzez sporządzenie wyroku w sposób uniemożliwiający prześledzenie toku rozumowania Sądu meriti, gdyż uzasadnienie wyroku składa się w większości z cytowanych orzeczeń zapadłych w innych sprawach, bez szczegółowego odniesienia się do treści spornej Umowy - w szczególności niemożliwym jest ustalenie, jakie elementy opisanego w Umowie sposobu określania kursu waluty (kurs rynkowy wymiany walut +/- 5%) zdecydowały o uznaniu takich postanowień przez Sąd meriti za abuzywne, w tym jakich kryteriów zabrakło i z jakich przyczyn brak takich kryteriów i odniesień (niewskazanych przez Sąd meriti) miałby powodować naruszenie dobrych obyczajów i rażące naruszenie interesów konsumenta. Sąd w rozważaniach wskazuje, że w Umowie nie zawarto żadnych kryteriów wyznaczania kursu waluty w tabeli banku. Powyższe nieprawidłowości uznać należy za fundamentalne, wręcz uniemożliwiające dokonanie kontroli instancyjnej wyroku, co uzasadnia zgłoszony zarzut, w szczególności skoro Sąd w wyroku wyraźnie akceptuje stosowanie w rozliczeniach kursu NBP, to skoro jak powszechnie wiadomo NBP wyznacza swój kurs na podstawie kursów rynkowych, to należałoby szczegółowo wyjaśnić, czemu Sąd uznaje, że w przypadku NBP taki sposób określania kursu jest prawidłowy, a w przypadku Pozwanego już nie;

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., poprzez oddalenie dowodu z zeznań świadka P. S., co doprowadziło do braku zbadania i uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy, w tym okoliczności

zawarcia Umowy, ekonomicznego uzasadnienia dla mechanizmu indeksacji implementowanego w Umowę i braku naruszenia przez taki mechanizm równowagi kontraktowej pomiędzy stronami, w szczególności faktu, że Pozwany Bank dokonuje transakcji walutowych na rynku po aktualnym kursie rynkowym wymiany walut (tak samo jak wskazano w Oświadczeniu o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej do rozliczeń z kredytobiorcą), a w rezultacie do braku dokonania kontroli indywidualnej wzorca umownego zgodnie z kryteriami ujętymi w art. 385² k.c., w tym z pominięciem okoliczności faktycznych oraz ekonomicznych i prawnych istniejących w dacie zawarcia Umowy;

c. art. 227 k.p.c. oraz art. 235² § 1 pkt. 2, 3 i 5 k.p.c. oraz art. 205¹² § 2 k.p.c., poprzez nieuprawnione oddalenie wniosku Pozwanego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Ł. L. na okoliczności (fakty) zgłoszone w Odpowiedzi na pozew. Dowód ten miał istotne znaczenie dla sprawy, albowiem dotyczył faktów zawarcia spornej Umowy, w tym przekazanych przez świadka (doradcę kredytowego) stronie Powodowej informacji i wyjaśnień co do warunków Umowy i ryzyk związanych z decyzją strony Powodowej o wyborze kredytu w walucie obcej, w tym co do zasad określania kursów przez Bank, co doprowadziło do braku zbadania i uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy, w tym okoliczności zawarcia Umowy, a w rezultacie do braku dokonania kontroli indywidualnej wzorca umownego zgodnie z kryteriami ujętymi w art. 385² k.c.;

d. 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 Umowa, Regulamin i Oświadczenie o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej nie zawierają weryfikowalnych kryteriów określania kursu waluty w tabeli kursowej banku, podczas gdy (w przypadku braku wystarczającej wiedzy ekonomicznej przez Sąd meriti z urzędu) ustalenie tego wymagało wiedzy specjalnej z zakresu ekonomii, a Sąd I instancji nie wyjaśnił skąd zaczerpnął definicje i zakres tych pojęć oraz na jakiej podstawie ustalił, że nie jest możliwym ustalenie/zweryfikowanie kursu w oparciu o kryteria umowne (+/- 5% od kursu rynkowego wymiany walut);

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 oraz z wymienionymi w tabeli apelacji dowodami.

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.

g. art. 321 par. 1 k.p.c. poprzez orzeczenie przez Sąd meriti co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, względnie orzeczenie ponad żądanie, poprzez, (1) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wyższej niż według stawki podstawowej, podczas gdy strona Powodowa w pozwie (ostatniej modyfikacji powództwa) nie wносиła o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wyższej niż podstawowe, w tym nie wносиła o zasądzenie

kosztów wynikłych z próby polubownej, (2) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego na rzecz każdego z Powodów oddzielnie, pomimo braku zgłoszenia takiego wniosku przez stronę Powodową;

h. art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. w zw. z art. 102 k.p.c. poprzez nieuzasadnione zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów kosztów procesu oddzielnie.

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

a. art. 111 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo bankowe poprzez nieuprawnione przyjęcie, iż sam fakt opierania rozliczeń ze stronę 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, publikując kursu w Internecie, udostępniając informację o kursach w placówkach bankowych i telefonicznie;

b. art. 56 Kodeksu cywilnego, art. 65 § 1 i 2 k.c., art. 354 § 1 i § 2 k.c. w zw. z §3 ust. 8 Umowy oraz §12 ust. 7 Regulaminu w zw. z treścią Oświadczenia o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej stanowiącego załącznik do Umowy poprzez dokonanie ich nieuprawnionej, dowolnej wykładni polegającej na przyjęciu, iż:

i. w postanowieniach tych nie zostały określone zasady podawania przez Pozwanego kursów walut (kupna i sprzedaży) na potrzeby rozliczeń z kredytobiorcami,

ii. pozwany był uprawniony do jednostronnego i dowolnego decydowania o wysokości świadczenia powoda, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych postanowień prowadziła do wniosku, iż zobowiązany był podawać kursy kupna i sprzedaży na warunkach określonych w Oświadczeniu o ryzyku walutowym i ryzyku stopy procentowej stanowiącego załącznik do Umowy, to jest „możliwe są odchylenia stosowanego przez (...) Bank S.A. kursu kupno i sprzedaży o, odpowiednio, do 5% od kursu rynkowego wymiany walut”. Prawidłowa wykładnia tych postanowień umownych prowadzi zwłaszcza do wniosku, iż nie uprawniały one Banku do dowolnego i arbitralnego „kształtowania” kursów walut. Ponadto, rzeczywistym celem waloryzacji było umożliwienie z jednej strony wypłacenia kredytu w złotych na sfinansowanie ceny nieruchomości, a z drugiej - po przeliczeniu na franki szwajcarskie - rozliczenie go i spłaty z uwzględnieniem znacznie niższego oprocentowania, uwzględniającego stawkę (...) w miejsce wielokrotnie wyższej stawki (...);

c. 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:

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

b) dla rezultatów wykładni pozostałych postanowień Umowy kredytu nie mają znaczenia wskazywane w prawie polskim zwyczaj oraz zasady współżycia społecznego (jak np. stosowanie kursu średniego NBP dla przeliczania świadczeń walutowych), w konsekwencji że:

c) 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, która polegała na zawarciu umowy kredytu indeksowanego, a nie polegała na zawarciu umowy kredytu złotowego oprocentowanego tak jak kredyt indeksowany, to jest z uwzględnieniem stawki referencyjnej (...) dla waluty indeksacji,

d) w przypadku upadku zasady indeksowania kredytu do waluty obcej w całości, brak jest podstaw do zastosowania stawki oprocentowania opartej na (...), podczas gdy w treści wiążącego strony Regulaminu wyraźnie wskazano, że kredyty złotowe (tj. bez zasady indeksowania do waluty obcej) oprocentowane są stawką opartą na (...) (§ 8 Regulaminu). Podczas gdy 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. Rezultatem takiej wykładni 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 kredytu po to, aby określić jej aktualną treść, a w tym prawa i obowiązki jej stron. Względnie, skoro skutkiem abuzywności postanowień o stosowaniu kursu z tabeli kursowej banku ma być jak twierdzi Sąd meriti „upadek indeksacji w całości” (a więc również w zakresie wyznaczania oprocentowania zmiennego integralnie związanego z indeksacją), to logiczną konsekwencją powyższego przy dokonywaniu wykładni Umowy z pominięciem postanowień Umowy składających się na indeksowanie kredytu do waluty (...), jest posłużenie się treścią

Regulaminu do wyznaczenia oprocentowania zmiennego właściwego dla kredytów nieindeksowanych - co zostało objęte treścią konsensusu stron przy zawarciu Umowy wobec określenia w Regulaminie sposobu oprocentowania kredytów nieindeksowanych do waluty obcej. Warto nadmienić, że strona Powodowa jak twierdzi chciała zawrzeć kredyt złotowy, również Bank takie kredyty złotowe oprocentowane stawką (...) miał w dacie Umowy w swojej ofercie, brak jest więc przeszkód dla utrzymania Umowy jako kredytu Złotowego oprocentowanego wstawką opartą na (...), gdyż strony obiektywnie taką umowę mogły zawrzeć;

d. 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 przez Sąd niejednoznaczności postanowień wzorca umownego pierwszeństwo przed dokonaniem kontroli tzw. incydentalnej wzorca umownego, ma zasada „in dubio contra proferentem”, co oznacza, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne (w tym co do znaczenia takich sformułowań jak „kurs rynkowy”) należy rozstrzygnąć na korzyść konsumenta ;

e. art. 385² k.c. poprzez jego nieuprawnioną, zawężającą wykładnię, skutkującą przyjęciem, że do okoliczności zawarcia Umowy kredytu nie należą:

a) (narzucone ustawowo oraz przez regulatora - (...)) wymogi co do sposobu finansowania akcji kredytowej przy udzielaniu kredytów indeksowanych kursem waluty obcej (kredyty te muszą być finansowane w walucie ich indeksacji, tu: w (...)),

b) faktyczny sposób sfinansowania spornej Umowy kredytu przez Bank,

c) przyczyny określonego ukształtowania postanowień Umowy kredytu np. w zakresie rozliczeń wg. kursu rynkowego wymiany walut, podczas gdy przy ocenie zarzutu inkorporowania w umowie niedozwolonych postanowień umownych badać należy wszystkie okoliczności zawarcia umowy, a w tym także te, które dotyczą profesjonalisty. Do takich okoliczności zalicza się m.in. sposób sfinansowania kredytu, ponieważ implikuje on i uzasadnia konieczność rozliczania się wg. kursu rynkowego wymiany walut, skoro po takim właśnie kursie Bank sam się rozlicza;

f. 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 więc na podstawie zasady interpretacyjnej określonej w art. L przepisów wprowadzających kodeks cywilny rzeczony przepis ma zastosowanie do spornej Umowy, a nadto wysokość salda kredytu wyrażona bezpośrednio w walucie obcej wynikała z niekwestionowanych przez stronę Powodową harmonogramów spłat i nie była sporna w sprawie;

g. art. 24 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, poprzez jego ewentualne nie zastosowanie do rozliczenia stron, podczas gdy rzeczony przepis obowiązywał już w dacie zawarcia spornej Umowy, a zasady ustalania kursu złotego w stosunku do walut obcych ustalała Rada Ministrów w porozumieniu z Radą Polityki Pieniężnej i Narodowy Bank Polski ogłaszał bieżące kursy walut obcych oraz kursy innych wartości dewizowych. Uchwała nr 51/2002 Zarządu Narodowego Banku Polskiego z 23 września 2002 r. w sprawie sposobu wyliczania i ogłaszania bieżących kursów walut obcych określała sposób przeliczenia kursów franka szwajcarskiego (§ 2 pkt 2). Był to wyliczany na bieżąco kurs średni franka szwajcarskiego jako określonej w § 1 waluty obcej wymiennej. Wynik wyliczenia kursu średniego był powszechnie dostępny, albowiem był ogłaszany w serwisach informacyjnych: T. R., B., na stronie internetowej NBP i w oddziałach NBP - w dniu ich wyliczenia;

h. 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;

i. art. 385¹ k.c. poprzez brak dokonania oceny skutków rzekomej abuzyjności 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 poprzez spłatę rat kredytowych bezpośrednio w walucie obcej lub po kursie średnim NBP, a więc z pominięciem kwestionowanych postanowień ;

j. art. 69 ust. 1 pkt 4a ustawy Prawo bankowe, poprzez brak jego uwzględnienia przy dokonywaniu oceny zgodności z prawem stosowania różnych rodzajów kursów przy wypłacie kredytu oraz przy spłacie kredytu, podczas gdy obecnie obowiązujące prawo wprost stanowi, że w przypadku kredytu denominowanego lub indeksowanego Ustawodawca zobowiązał bank do określenia m.in. „zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu”, a więc ustawodawca przewidział stosowanie różnych kursów dla wypłaty kredytu i do spłaty kredytu - ergo, takie zróżnicowanie nie jest niezgodne z prawem obecnie, a więc trudno zasadnie twierdzić, że niezgodne z prawem było w dacie zawarcia Umowy, kiedy wskazany przepis jeszcze nie obowiązywał - Pozwany zauważa bowiem, że jak wynika z uzasadnienia wyroku, fakt uchwalenia Noweli Prawa Bankowego z 2011 r., ma zdaniem Sądu meriti posiłkowe znaczenie dla oceny kredytów indeksowanych jako prawnie dopuszczalnych również przed wejściem w życie Noweli, to konsekwentnie uznać należy, że wskazany przepis winien również mieć co najmniej posiłkowe znaczenie, dla uznania zróżnicowania pomiędzy „kursem wypłaty” kredytu a „kursem spłaty” kredytu za prawnie dopuszczalne;

k. art. 506 k.c., poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uchylenie się od oceny skutków prawnych aneksu, a w tym tego, że doprowadził on do odnowienia zobowiązania kredytowego strony powodowej;

l. art. 385¹ § 1 i 2 k.c. oraz art. 1 ust 2 Dyrektywy 93/13/EWG, art. w zw. z art. 358 § 2 k.c., poprzez dokonanie kontroli wzorca umownego, pomimo, że postanowienia Umowy zmienione Aneksem, które obowiązywały w dacie dokonywania kontroli przez Sąd (w zakresie rozliczania się przez strony w walucie obcej lub po kursie średnim NBP), stanowiły odzwierciedlenie przepisów Ustawowych, a jak wskazał TSUE, postanowienia Umowy stanowiące odzwierciedlenie powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie podlegają kontroli abuzywności, nawet, jeżeli są wynikiem zmiany treści umowy i zmiany przepisów prawa;

m. art. 189 k.p.c. poprzez ustalenie nieważności Umowy kredytu, w sytuacji braku podstaw do stwierdzenia jej nieważności, jak również - niezależnie od powyższego - poprzez uznanie, że strona powodowa posiada interes prawny w ustaleniu nieważności umowy kredytu;

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 (zawartych umów należy dotrzymywać) oraz narusza reguły venire contra factum proprium nemini licet, wywodzonej z prawa rzymskiego i znanej też w prawodawstwie krajów anglosaskich jako tzw. estoppel, będący środkiem obrony wywodzonym z zasad słuszności (equitable remedy). Warto zauważyć, iż Sąd meriti odmówił utrzymania Umowy jako kredytu Złotowego oprocentowanego stawką (...) uznając, że stanowiłoby to sankcję zbyt dotkliwą dla banku, podczas gdy sankcja zastosowana przez Sąd potencjalnie (zwłaszcza zważywszy na (1) inflację, (2) publicznie prezentowane postulaty i twierdzenia tzw. „frankowiczów”, że roszczenia wzajemne banku już się przedawniły, względnie nie przysługują bankowi żadne roszczenia o wynagrodzenie za świadczone przez ponad dekadę usługi) może doprowadzić do wypaczenia instytucji kredytu bankowego oraz uzyskania bezprecedensowych korzyści i rażącego wzbogacenia Powodów kosztem banku - co tym bardziej powinno świadczyć o nieproporcjonalności takiej sankcji w stopniu wyższym, niż uznanie kredytu za złotowy oprocentowany stawką (...);

III. Mając na uwadze powyższe wnoszę o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku Sądu meriti poprzez oddalenie powództwa;

2. ewentualnie, na podstawie art. 386 § 4 Kodeksu postępowania cywilnego, uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonym zakresie, zniesienie postępowania w zaskarżonym zakresie oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi meriti;

3. w każdym z przypadków wnoszę również o zasądzenie od strony powodowej na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego nie mogła osiągnąć oczekiwanego skutku. albowiem podniesione w niej zarzuty nie były trafne. Do zmiany zaskarżonego rozstrzygnięcia doszło jedynie w związku z podniesieniem na tym etapie postępowania zarzutu potrącenia. Podniesienie przez pozwanego skutecznego zarzutu potrącenia, a tym samym finalnie konieczność oddalenia powództwa o zapłatę, uczyniło apelację powodów, w której kwestionowali oni zasadność uwzględnienia przez Sąd Okręgowy zarzutu zatrzymania, bezprzedmiotową.

Przechodząc do oceny apelacji pozwanego, jako dalej idącej, zwrócić należy uwagę, iż ten skarżący sformułował w niej łącznie przynajmniej trzydzieści osiem zarzutów, często kwestionujących poszczególne poglądy formułowane przez Sąd I instancji, choćby w dygresjach. Zarzuty te częściowo zostały ujęte w formie tabelarycznej, w istocie nieznaney ani przepisom Kodeksu postępowania cywilnego, ani też praktyce sądowej, chociaż ustawowo nie zabronionej, co jednak tym bardziej utrudnia precyzyjne ustalenie, w czym finalnie skarżący upatruje wadliwości zaskarżonego wyroku. Mając zaś na uwadze, iż owo tabularyczne ujęcie dotyczyło przede wszystkim zarzutów naruszenia prawa procesowego, zwrócić należało uwagę, iż ich skuteczność uzależniona była od wykazania, iż wskazywane uchybienie miało wpływ na treść rozstrzygnięcia. W takiej sytuacji podniesione przez pozwanego poszczególne grupy zarzutów zostaną omówione zbiorczo.

W pierwszej kolejności skarżący (w ramach zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k. p. c.) kwestionuje ustalenia Sądu Okręgowego co do dowolności w ustalaniu kursu walutowego, wskazując, iż w oświadczeniu o ryzyku walutowym wskazano, iż kurs nie będzie różnił się o więcej niż 5% od kursu rynkowego wymiany walut. Skarżący – jak się wydaje – zakłada tu, iż o ile wysokość tej różnicy (owe 5%) nie miało charakteru obiektywnego i zależne było w zasadzie wyłącznie od banku, o tyle pojęcie kursu rynkowego ma charakter obiektywny i mierzalny. Tym samym skarżący zdaje się zakładać możliwość niejako „podziału” klauzuli na część nijako abuzywną (czyli taką, które potencjalnie w sposób rażący naruszać może interesy konsumenta) oraz nieabuzywną (która interesów takich nie narusza). W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób jednak uznać, iż zaakceptowanie takiej optyki pozwalać będzie na odtworzenie klauzuli indeksacyjnej, a ostatecznie na utrzymanie możliwości dalszego obowiązywania umowy.

Przede wszystkim zwrócić należy uwagę, iż kwestia możliwości dokonania takiego „podziału” klauzuli była już przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Z jednej strony już w wyroku z dnia 29 kwietnia 2021 r. (C-19/20) Trybunał ten wskazał, iż Wykładni art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy dokonywać w ten sposób, że z jednej strony nie stoją one na przeszkodzie temu, by sąd krajowy usunął jedynie nieuczciwy element warunku umowy zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, w wypadku gdy zniechęcający cel tej dyrektywy jest realizowany przez krajowe przepisy ustawowe regulujące korzystanie z niego, o ile element ten stanowi odrębne zobowiązanie umowne, które może być przedmiotem indywidualnej kontroli pod kątem nieuczciwego charakteru. Z drugiej strony, przepisy te stoją na przeszkodzie temu, by sąd odsyłający usunął jedynie nieuczciwy element warunku umowy zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, jeżeli takie usunięcie sprowadzałoby się do zmiany treści tego warunku poprzez zmianę jego istoty, czego zbadanie należy do tego sądu. Bardziej kategoryczne oraz jednoznaczne stanowisko Trybunał zawarł w wyroku z dnia 8 września 2022 r. (C-80/22 do C-82/22), wskazując, iż Artykuł 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich należy interpretować w ten sposób, że: stoją one na przeszkodzie orzecznictwu krajowemu, zgodnie z którym sąd krajowy może stwierdzić nieuczciwy charakter nie całości warunku umowy zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą, lecz jedynie elementów tego warunku, które nadają mu nieuczciwy charakter, w związku z czym warunek ten pozostaje, po usunięciu takich elementów, częściowo

skuteczny, jeżeli takie usunięcie sprowadzałoby się do zmiany treści tego warunku, który ma wpływ na jego istotę, czego zweryfikowanie należy do sądu odsyłającego. Powyższy pogląd wyrażony przez Trybunał wyraźnie wskazuje na brak możliwości zmiany treści warunku, który ma wpływ na jego istotę. Paradoksalnie argumentacji dotyczącej wpływu wyeliminowania tej części klauzuli indeksacyjnej, która obejmowała jedynie wysokość marży stosowanej przez bank dostarcza sam skarżący, wskazując przy kolejnym zarzucie naruszenia art. 233 § 1 k. p. c., iż stosowanie niejednorodnych kursów walut było uzasadnione tym, że bank zaciągnął zobowiązanie w walucie indeksacji, aby móc powodowi wypłacić złotówki, które zobowiązany jest spłacić, a stosowanie niejednorodnych kursów służy tej spłacie, a więc pozwala na zachowanie równowagi kontraktowej pomiędzy stronami. Tym samym sam skarżący wskazuje, iż klauzula spreadowa – będąca wszakże niczym innym, jak owym 5% odchyleniem od kursu rynkowego wymiany walut, jest nieodłącznym elementem klauzuli indeksacyjnej, odzwierciedlającym rynkowe parametry jej wykonywania przez pozwanego. Wyeliminowanie zatem tej części postanowienia umownego prowadziłoby do zmiany jego istoty. Argumentacji przeciwko możliwości „podziału” klauzuli dostarcza również orzecznictwo Sądu Najwyższego. Zwrócić tu należy uwagę na pogląd zastosowany w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 maja 2022 r. (sygn. akt II CSKP 464/22), w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż (...) w następstwie zastosowanego w Umowie mechanizmu indeksacji wysokość zadłużenia pozwanych – zarówno wyrażonego w walucie obcej, jak i w złotych - była uzależniona od zmiennych kursów walut, określanych w Tabeli kursów Banku. Te zaś miały zależeć nie tylko od kursów średnich NBP, co akcentowały Sądy meriti, ale także od marży Banku, przy czym Umowa nie regulowała sposobu określenia tej marży. Skarżący mają rację, że takie rozwiązanie należy uznać za nietransparentne i przyznające Bankowi zbyt szeroki zakres kompetencji do określania obowiązków kontrahenta. W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowanym na gruncie art. 385¹ i n. k. c. wielokrotnie wyjaśniano już, że określenie wysokości należności obciążającej konsumenta z odwołaniem do tabel kursów ustalanych jednostronnie przez bank, bez wskazania obiektywnych kryteriów, jest nietransparentne, pozostawia pole do arbitralnego działania banku i w ten sposób obarcza kredytobiorcę nieprzewidywalnym ryzykiem oraz narusza równorzędność stron, w związku z czym jest niedopuszczalne (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14 (OSNC 2016, Nr 11, poz. 134,) z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, niepubl., z dnia 19 września 2018 r., I CNP 39/17, niepubl., z dnia 24 października 2018 r., II CSK 632/17, niepubl., z dnia 13 grudnia 2018 r., V CSK 559/17, niepubl., z dnia 27 lutego 2019 r., II CSK 19/18, niepubl., z dnia 4 kwietnia 2019 r., III CSK 159/17, OSP 2019, z. 12, poz. 115, z dnia 9 maja 2019 r., I CSK 242/18, niepubl., z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18, niepubl., z dnia 11 grudnia 2019 r., V CSK 382/18, Głosa 2020, nr 4, s. 67 i n. i z dnia 30 września 2020 r., I CSK 556/18, niepubl.). Pogląd ten został wyrażony w dalece zbliżonych okolicznościach faktycznych (a w istocie w okolicznościach faktycznych, które należałoby uznać za korzystniejsze dla banku, aniżeli w realiach sprawy niniejszej), w której na klauzulę indeksacyjną składały się – średni kurs Narodowego Banku Polskiego oraz marża banku. Podobny pogląd – w tych okolicznościach faktycznych – został wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 maja 2022 r. (sygn. akt II CSKP 1316/22), gdzie wskazano, iż (...) Klauzula indeksacyjna została bowiem sformułowana w ten sposób, że kurs kupna waluty określono jako wynik działania: średni kurs waluty ogłoszony w tabeli kursów NBP minus marża kupna, zaś odpowiednio kurs sprzedaży waluty określono jako wynika działania: średni kurs waluty ogłoszony w tabeli kursów NBP plus marża sprzedaży, z tym że za każdym razem odwoływano się do Tabeli kursów kupna/sprzedaży dla kredytów hipotecznych udzielanych przez [X.] Bank SA (z daty wpływu środków do Banku). Umowa nie opisywała jednak zasad wyliczenia marży jako czynnika mającego wpływ na kurs waluty i w tym zakresie pozostawiała bankowi swobodę. Taki zaś mechanizm ustalania przez bank kursów waluty, pozostawiający bankowi swobodę, jest w sposób oczywisty sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza interesy konsumenta, zaś klauzula, która nie zawiera jednoznacznej treści i przez to pozwala na pełną swobodę decyzyjną przedsiębiorcy w kwestii bardzo istotnej dla konsumenta, dotyczącej kosztów kredytu, jest klauzulą niedozwoloną. Podzielając powyższe poglądy przemawiające za brakiem możliwości jakiegokolwiek podziału klauzuli umownej na część abuzywną i nieabuzywną, Sąd Apelacyjny nie może podzielić prezentowanego stanowiska pozwanego.

Niezależnie od powyższych rozważań zwrócić należało uwagę, iż pogląd, iż po wyeliminowaniu części spreadowej z klauzuli indeksacyjnej, staje się ona transparentna należy uznać za dyskusyjny. Pozostała w ten sposób odwołuje się bowiem do pojęcia „kursu rynkowego”. Łącząca strony umowa, ani regulamin nie definiuje tego pojęcia. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest ono jednoznacznie interpretowane w obrocie – w każdym razie nie w sposób, który stwarzałby konsumentowi możliwość ustalenia wysokości takiego kursu rynkowego. Niewątpliwie kurs rynkowy ma szersze

pojęcie, aniżeli kurs międzybankowy, dotyczy bowiem nie tylko transakcji przeprowadzanych pomiędzy bankami, ale także kursów ustalanych przez inne instytucje finansowe, pośredniczące w obrocie walutą – przede wszystkim różnego rodzaju podmioty wykonujące obsługę kantorową, w tym również kantory prowadzące działalność poprzez strony internetowe. Próbę ustalenia kursu rynkowego dodatkowo komplikuje fakt, iż powiązane kapitałowo podmioty oferują różne kursy walutowe w różnych prowadzonych przez siebie jednostkach (część banków, prowadzących wyodrębnione kantory – zazwyczaj internetowe, w których kursy ustalone są na innym, zazwyczaj bardziej korzystnym dla klientów, poziomie). Żaden z podmiotów nie publikuje kursów rynkowych, co tym bardziej utrudnia zorientowanie się konsumentowi w wysokości swoich zobowiązań. Ponownie odwołać się tu należy do poglądów prezentowanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na gruncie art. 5 dyrektywy 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich – na pogląd zaprezentowany przez ten Trybunał w wyroku z dnia 18 listopada 2021 r. (C-212/20), zgodnie z którym Artykuł 5 dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich należy interpretować w ten sposób, że treść klauzuli umowy kredytu zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem ustalającej cenę zakupu i 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. Pogląd ten należy w pełni w realiach niniejszej sprawy podzielić. Odwołanie się do niezdefiniowanego w umowie kursu rynkowego w istocie wyklucza po stronie konsumenta możliwość jakiegokolwiek ustalenia kursu stosownego przez bank we własnym zakresie, a tym bardziej jakiegokolwiek przygotowanie się do spełnienia świadczenia w oparciu o taki kurs.

Wreszcie poważne wątpliwości musi wzbudzać również to, czy postanowienia dotyczące takiego sposobu ustalania kursu pomiędzy stronami (co do treści klauzuli indeksacyjnej) zostały istotnie inkorporowane do łączącego strony stosunku prawnego. Nie zostały one zawarte w umowie, czy też w regulaminie, a w składanych przez kredytobiorców oświadczeniu o ryzyku walutowym. Oświadczenie to nie było kierowane na ręce pracownika pozwanego banku, a na rzecz pracownika pośrednika. W toku postępowania nie ujawniono, czy pracownik ten dysponował pełnomocnictwem od pozwanego banku, zaś art. 97 k. c. nie może mieć tu zastosowania, albowiem pracownik pośrednika w ogóle nie był czynny w lokalu banku, a w lokalu pośrednika. Co więcej – treść tego oświadczenia wskazuje raczej, iż kredytobiorcy przyjmują do wiadomości sposób, w jaki bank będzie ustalał kurs walutowy – chociaż jak już wskazano i tak w sposób niejednoznaczny, wykluczający po stronie konsumentów czy to możliwość samodzielnego ustalenia takiego kursu, czy też kontroli, czy pozwany kurs ten wyznacza zgodnie z przyjętymi przez siebie kryteriami. W takiej sytuacji oświadczenie kredytobiorców powinno być traktowane jako oświadczenie wiedzy.

Powyższa argumentacja wskazuje, iż nie sposób było uznać, iż sposób ustalania przez pozwanego kursu walutowego, składający się na treść klauzuli indeksacyjnej następuje w oparciu o jakiegokolwiek uchwytne i mierzalne przez konsumenta kryteria. W istocie sposób ustalania tego kursu miał charakter subiektywny i ustalany był jednostronnie przez pozwanego w oparciu o nieostre i trudne do weryfikacji kryteria. W orzecznictwie Sądu Najwyższego szeroko przytoczonym w zacytowanym wyżej uzasadnieniu wyroku tego Sądu z dnia 13 maja 2022 r. (sygn. akt II CSKP 464/22) za utrwalony należy uznać pogląd, iż tego rodzaju uregulowanie klauzuli indeksacyjnej w sposób rażąco narusza interesy konsumentów. Sąd Apelacyjny w tym składzie pogląd ten w pełni podziela.

W ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k. p. c. skarżący wskazuje na nieprawidłowe ustalenia Sądu I instancji co do braku indywidualnego uzgodnienia kwestionowanych klauzul. Ogólnie wskazać tu należy, iż wyklucza możliwość uznania klauzuli za niedozwolone postanowienie umowne jedynie indywidualne uzgodnienie tej klauzuli – nie zaś jakiegokolwiek innej. W treści zarzutu skarżący zdaje się właśnie wskazywać, iż negocjowanie niektórych postanowień umownych (kwota kredytu, czas trwania umowy), wskazuje, iż negocjowana była również klauzula indeksacyjna. Co więcej – Sąd Apelacyjny nie dostrzega tu żadnego domniemania faktycznego. Z faktu uzgodnienia pewnych klauzul (np. wysokości kredytu, sposobu jego zabezpieczenia) nie wynika w sposób logiczny, iż również inne klauzule zostały w sposób indywidualny uzgodnione. Przeciwnie – ze faktu sporządzenia umowy na wzorcu sporządzonym przez pozwanego, co w sprawie nie było sporne, można konstruować domniemanie faktyczne, iż poszczególne klauzule

zawarte w tej umowie nie zostały indywidualnie uzgodnione, a jedynie inkorporowane ze wzorca przedstawionego przez przedsiębiorcę. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 385¹ § 4 k. c. ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym kto się na to powołuje, uznać należy, iż to na pozwanym spoczywał ciężar wykazania, iż pomimo iż klauzula indeksacyjna została inkorporowana ze wzorca umowy przygotowanego przez przedsiębiorcę, była ona przedmiotem indywidualnych uzgodnień. Pozwany nie tylko nie zaoferował materiału dowodowego w tym zakresie, ale również nie sformułował twierdzeń pozwalających na przyjęcie, iż tego rodzaju sytuacja realnie miała miejsce.

Kwestia rażącego naruszenia interesów konsumenta została już wyżej wyjaśniona poprzez odwołanie się do licznych orzeczeń Sądu Najwyższego. Formułowane w ramach drugiego z zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k. p. c. twierdzenia co do sfery motywacyjnej, jaką kierują się powodowie (obiektywny wzrost kursu waluty indeksacji) pozostaje bez znaczenia na ocenę charakteru przedstawionych klauzul. Niewątpliwie nie doszłoby do takiej sytuacji, gdyby powodowie zostali rzetelnie poinformowani o ryzyku, jakie związane było z zawarciem umowy tego rodzaju (brak po stronie pozwanego jakichkolwiek ograniczeń, czy mechanizmów ochronnych dla kredytobiorcy, przed kształtowaniem kursu walutowego na poziomie kilkukrotnie wyższym od poziomu kursu na dzień zawarcia umowy), kwestia ta pozostaje jednak poza przedmiotem szczegółowego zainteresowania Sądu.

W dalszej kolejności – zarówno w zakresie naruszenia art. 233 § 1 k. p. c., jak i zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego, skarżący odwołuje się do możliwości dalszego wykonywania umowy w oparciu o regulację przewidzianą w art. 358 k. c. Kwestię tę należy ocenić negatywnie z kilku przyczyn. Przede wszystkim zwrócić należało uwagę, iż uregulowanie to (art. 358 k. c.) ma niewątpliwie ogólny charakter – dotyczy wszelkiego rodzaju stosunków zobowiązaniowych, a nie tylko stosunków wynikających z umów kredytowych obarczonych wadliwym mechanizmem denominacyjnym. Tymczasem w ocenie Sądu Apelacyjnego opowiedzieć należy się w sposób negatywny co do dalszego obowiązywania umowy w oparciu o przepisy krajowe o charakterze ogólnym – przy braku następczej zgody konsumenta na dalsze obowiązywanie umowy w pełnym zakresie. Sąd Apelacyjny w tym składzie w pełni podziela bowiem pogląd zaprezentowany już w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r. (sygn. C-260/18), w którym wskazano m. in., iż Artykuł 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wypełnieniu luk w umowie, spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków, które się w niej znajdowały, wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, jeżeli strony umowy wyrażą na to zgodę. Tożsamy pogląd Trybunał wyraził również w wyroku z dnia 8 września 2022 r. (C-80/21 do C-82/21), w którym wskazano, iż Artykuł 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że: stoją one na przeszkodzie orzecznictwu krajowemu, zgodnie z którym sąd krajowy może, po stwierdzeniu nieważności nieuczciwego warunku znajdującego się w umowie zawartej między konsumentem a przedsiębiorcą, która to nieważność nie pociąga za sobą nieważności tej umowy w całości, zastąpić ten warunek przepisem dyspozytywnym prawa krajowego. W takiej sytuacji należy uznać, iż brak jest możliwości zastąpienia niedozwolonych postanowień umownych przepisami krajowymi o charakterze ogólnym, jeżeli konsument nie wyrazi zgody na dalsze obowiązywanie umowy w oparciu o takie rozwiązanie. Już zatem tylko marginalnie zwrócić należało uwagę, iż w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej art. 6 dyrektywy Rady 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich nie stoi na przeszkodzie, aby dane państwo członkowskie wprowadziło do obrotu prawnego szczegółowe regulacje pozwalające na zastąpienie niedozwolonej klauzuli umownej określonym rozwiązaniem (por. wyrok Trybunału z dnia 2 września 2021 r., C-932/19). Stanowisko to dotyczy jednak wyłącznie tych systemów prawnych, w których prawodawca wprowadził do obrotu prawnego szczegółowe regulacje w sposób nie wzbudzający wątpliwości wskazujące na sposób zastąpienia niedozwolonego postanowienia umownego. W polskim systemie prawnym tego rodzaju sytuacja jednak nie nastąpiła.

Dodatkowo zwrócić tu należało uwagę, iż łącząca strony umowa została zawarta w dniu 12 czerwca 2008 r. Tymczasem pozwalający stosować kurs NBP przepis (art. 358 § 2 k. c.) wprowadzony został do obrotu w dniu 24 stycznia 2009 r. w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks

cywilny oraz ustawy – Prawo dewizowe (Dz. U. Nr 228, poz. 1506). Przepisy ustawy nowelizującej nie zawierały jakichkolwiek unormowań o charakterze retrospektywnym, w szczególności zaś takich, które umożliwiałyby poddanie zakresowi normowania nowowprowadzonego uregulowania również tych stosunków zobowiązaniowych, które zostały wykreowane przed dniem wejścia w życie tej nowelizacji. Dodatkowo także zwrócić należało uwagę – co wynika wprost z § 1 artykułu 358 k. c. – iż uregulowanie to znajduje zastosowanie w sytuacjach, w których przedmiotem zobowiązania podlegającego wykonaniu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej. Niewątpliwie nie znajduje on zastosowania w sytuacji, w której przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie polskiej. Analiza treści umowy kredytu hipotecznego z dnia 7 kwietnia 2008 r. nie może jednak prowadzić do wniosku, iż tego rodzaju sytuacja występuje w realiach faktycznych sprawy niniejszej - kredyt został udzielony w walucie polskiej (§ 1 umowy – w kwocie 807 600 zł), wypłata, jak i spłata miała następować również w walucie polskiej. Co więcej – w treści umowy w żadnym miejscu w ogóle nie pojawiała się suma pieniężna wyrażona w walucie obcej. W takiej sytuacji nie sposób zasadnie twierdzić, iż przedmiotem zobowiązania pozwanych była jakakolwiek suma wyrażona w walucie obcej. Waluta obca, a w istocie kurs waluty obcej, w ramach badanego stosunku obligacyjnego pojawiała się jedynie jako wskaźnik, przy pomocy którego bank ustalał wysokość zobowiązania kredytobiorców. Zatem również z tej przyczyny w sprawie nie mógł znaleźć zastosowania art. 358 § 2 k. c.

Jak wynika z treści kolejnego zarzutu, skarżący domaga się w istocie uznania, iż łącząca strony umowa przyjmuje – w związku z wyeliminowaniem z niej niedozwolonych postanowień umownych – postać umowy o kredyt złotowy oprocentowany w oparciu o obowiązującą stawkę (...) ((...) 3M). Z uzasadnienia tego zarzutu wynika, iż skarżący odwołuje się tu do Regulaminu przewidującego w takiej sytuacji oprocentowanie kredytu właśnie w oparciu o taki parametr. Tego rodzaju wnioskowanie nie jest jednak prawidłowe z dwóch grup przyczyn. Po pierwsze sankcja braku związania konsumenta niedozwolonym postanowieniem umownym – a taką sankcję przewiduje art. 385⁽¹⁾ § 1 k. c. – nie pozwala na jakiegokolwiek konstruowanie w miejscu wyeliminowanych postanowień umownych innych postanowień, o ile nie wynika to wprost z innego przepisu ustawowego o charakterze szczególnym – czyli wprowadzonym przez prawodawcę w takim właśnie celu. W istocie jedyną dostrzegalną możliwością byłoby tu dalsze wykonywanie umowy jako umowy o kredyt złotowy z oprocentowaniem opartym o ówczesną stawkę (...), co już jednak wyżej oceniono w sposób krytyczny. Po wtóre zwrócić należy uwagę, iż postulowane przez skarżącego działania doprowadziłyby do wykreowania pomiędzy stronami stosunku obligacyjnego o treści radykalnie odbiegającej od treści pierwotnie założonej. A zatem również tu doszłoby do wykreowania pomiędzy stronami stosunku prawnego o treści, której strony w ogóle nie przewidywały i nie obejmowały swoim zgodnym zamiarem, a nawet – jak się wydaje – świadomie zrezygnowała z takiej możliwości ukształtowania łączącego ich stosunku prawnego. Już bowiem z samych twierdzeń pozwanego wynika, iż powodowie mieli możliwość zawarcia umowy o kredyt złotowy (a zatem z pominięciem mechanizmu indeksacji oraz oprocentowanym według parametrów (...)), zrezygnowali jednak z takiej możliwości.

Wyżej przedstawiona argumentacja determinuje w zasadzie bezzasadność zarzutu nierozpoznania istoty sprawy. Z jednej strony brak było możliwości dalszego wykonywania umowy w oparciu o uregulowania o charakterze ogólnym. Z drugiej zaś nie sposób zasadnie twierdzić, iż w zakresie umów o kredyt bankowy denominowany do waluty obcej wytworzyła się jakakolwiek praktyka dotycząca zastępowania niedozwolonych postanowień umownych innymi (np. oparciu klauzuli indeksacyjnej o średni kurs banku centralnego). Tego rodzaju zwyczaju Sąd Apelacyjny nie dostrzega – zarówno z tej przyczyny, iż umowy o takim charakterze występują w obrocie od niedawna, jak również z tej, iż dostrzegalnym zachowaniem konsumentów jest raczej ubieganie się o ustalenie nieważności umowy (bezpośrednio lub przesłankowo) i inicjowanie w tym celu stosownych postępowań sądowych, co tym bardziej wskazuje, iż nie uznają oni, iż w tym zakresie występuje tu jakikolwiek zwyczaj. W tym zakresie skarżący zarzuca – jak się wydaje – nieprawidłowe stanowisko Sądu Okręgowego co do nieważności łączącej strony umowy. Kwestia ta była już jednak przedmiotem stosownych rozważań Sądu Najwyższego, które Sąd Apelacyjny w tym składzie w pełni podziela. W uzasadnieniu wyroku z dnia 11 grudnia 2019 r. w sprawie o sygn. V CSK 382/18, Sąd Najwyższy wskazał, iż wyeliminowanie ryzyka kursowego (...) jest równoznaczne z tak daleko idącym przekształceniem umowy, iż należy ją uznać za umowę o odmiennej istocie i charakterze, choćby nadal chodziło tu o inny podtyp, czy wariant

umowy kredytu. Oznacza to z kolei, że po wyeliminowaniu tego rodzaju klauzul utrzymanie umowy o charakterze zamierzonym przez strony nie jest możliwe, co przemawia za jej całkowitą nieważnością (bezskutecznością).

Wychodząc od powyższego poglądu Sąd Apelacyjny pragnie się jednocześnie zdystansować od poglądów wyrażanych w jednostkowych najnowszych judykatach Sądu Najwyższego: z dnia 1 czerwca 2022 r. (...) 364/22), z dnia 18 sierpnia 2022 r. (...) 387/22) i z dnia 28 września 2022 r. (...) 412/22), opowiadających się za możliwością utrzymania w mocy umowy kredytu „okrojonej” o klauzulę waloryzacyjną i nawiązujących do wcześniejszych zbliżonych stanowisk zawartych w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 roku (III CSK 159/17), z dnia 9 maja 2019 roku, (I CSK 242/18), z dnia 29 października 2019 roku, (IV CSK 308/18) i z dnia 27 listopada 2019 roku (II CSK 483/18). O ile te starsze orzeczenia bazowały na stanowisku, że postanowienie umowy kredytu, zawierające uprawnienie banku do przeliczenia sumy wykorzystanego przez kredytobiorcę kredytu do waluty obcej, nie dotyczy świadczeń głównych stron w rozumieniu art. 385⁽¹⁾ § 1 zd. drugie k. c., to te najnowsze odrzucają ten pogląd. W konsekwencji za wewnętrznie sprzeczne należy uznać z jednej strony zaakceptowanie aktualnie jednolitej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu Najwyższego, że klauzule kształtujące mechanizm indeksacji określają główne świadczenie kredytobiorcy, gdyż odnoszą się do elementów przedmiotowo istotnych kredytu bankowego, a zatem do oddania i zwrotu sumy kredytowej i wysokość tej sumy wprost kształtują, a z drugiej strony przyjęcie, że wyeliminowanie tego mechanizmu pozwala na zachowanie tożsamości umowy w ramach essentialii negotii. Podzielenie poglądu, że usunięcie klauzuli indeksacyjnej nie prowadzi do przekształcenia umowy w kontrakt o odmiennej istocie i charakterze klóci się bowiem z jednoczesnym przypisaniem tej klauzuli cech warunku określającego podstawowe świadczenia w ramach danej umowy i z tego względu ją charakteryzującego (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: z dnia 30 kwietnia 2014 roku w sprawie C-26/13, Á. K., H. R. przeciwko (...), pkt 49-50, z dnia 26 lutego 2015 roku w sprawie C-143/13, B. M. i I. M. przeciwko S.C. (...) (...), pkt 54, z dnia 23 kwietnia 2015 roku w sprawie C-96/14, J. - C. H. przeciwko (...) SA, pkt 33, dnia 20 września 2017 roku, w sprawie C-186/16, R. P. A. i in. przeciwko (...) SA, pkt 35). Za takie uznawane są właśnie postanowienia, które wiążą się z obciążeniem kredytobiorcy - konsumenta ryzykiem zmiany kursu waluty i związanym z tym ryzykiem zwiększenia kosztu kredytu (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: z dnia 20 września 2017 roku, w sprawie C-186/16, R. P. A. i in. przeciwko (...) SA, pkt 37, z dnia 20 września 2018 roku, w sprawie C-51/17, (...) Bank (...). I (...) Faktoring K. Z. przeciwko T. I. i E. K., pkt 68, z dnia 14 marca 2019 roku, w sprawie C-118/17, Z. D. przeciwko (...) Bank Hungary Z., pkt 48, z dnia 3 października 2019 roku w sprawie C-260/18, K. D. i J. D. przeciwko(...), pkt 44).

Z omawianych orzeczeń Sądu Najwyższego opowiadających się za utrzymaniem umowy jako kredytu złotowego z oprocentowaniem wynikającym z umowy ((...), obecnie (...) powiększony o marżę banku) można wyciągnąć wniosek, że minimalny zakres konsensusu, określający typ zobowiązania, który był zamierzony przez strony, to samo zobowiązanie do zwrotu kredytu. Stanowisko to abstrahuje od powołanego wyżej dorobku orzeczniczego dotyczącego określenia warunków podstawowych, a więc minimalnych, umowy kredytu. W ocenie Sądu Apelacyjnego przyjęcie poglądu, że zastrzeżone w umowie kredytu złotowego indeksowanego do waluty obcej klauzule kształtujące mechanizm indeksacji (stanowiące część mechanizmu indeksacyjnego, określającego sposób oznaczenia kursu miarodajnego dla przeliczenia walutowego) identyfikują główne świadczenie kredytobiorcy jest wystarczające do wykazania tezy, że ze względów prawnych sporna umowa po usunięciu z niej niedozwolonych postanowień nie może obowiązywać. Skoro bowiem klauzula określa główne świadczenia, jej usunięcie prowadzi do deformacji umowy, gdyż zanika ryzyko kursowe, a tym, samym brak jest podstaw do dokonania rekonstrukcji świadczeń głównych stron. W wyniku tego przekształcenia pierwotny główny przedmiot umowy zostałby zamieniony nowym o diametralnie innych cechach. Zarzucona przez Sąd Najwyższy w omawianych orzeczeniach przedwczesność takiej oceny zakłada możliwość poszerzenia wyводу prawnego w tym zakresie, co stanowi niezrozumiałe oczekiwanie rozwinięcia powyższej tezy - wystarczająco jasno wyartykułowanej i popartej powołanym, bogatym orzecznictwem.

Nie można także zgodzić się z Sądem Najwyższym, że łączenie stopy (...) z kredytem złotowym, choć nietypowe, jest konstrukcyjnie dopuszczalne. Po pierwsze, takie rozwiązanie nie jest nietypowe, lecz zupełnie nie występujące w obrocie prawnym, gdyż stanowi zaprzeczenie sprzężenia pomiędzy wskaźnikiem (...) a zmianami kursu waluty, decydującymi o wysokości kapitału. Ani w przeszłości, ani obecnie żadna z instytucji finansowych funkcjonujących

w krajowym obrocie nie oferuje produktu kredytowego, który jakkolwiek wykorzystywałby tego rodzaju konstrukcję. Po drugie, unieruchomienie kwoty kredytu na skutek usunięcia klauzuli indeksacyjnej zaburza ten mechanizm w zestawieniu z pozostawionym całkowicie nieadekwatnym do tej sytuacji zmiennym oprocentowaniem (...), prowadząc do rozwiązań, nie tylko nie objętych nawet hipotetyczną wolą stron, ale przede wszystkim obiektywnie prawnie i ekonomicznie wadliwych (przy wskaźniku (...) ujemnym i wyższym niż marża następuje zmniejszenie kapitału złotówkowego) - por. uzasadnienie zdania odrębnego SSN Władysława Pawlaka do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2022 roku, II CSKP 701/22. Taką umowę należy ocenić jako całkowicie sztuczny twór - niespotykany i nieuzasadniony z punktu widzenia zarówno prawnego, jak i ekonomicznego.

Powyższą ocenę wzmacnia treść rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2017/2446 z dnia 19 grudnia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 2016/1368 ustanawiające wykaz kluczowych wskaźników referencyjnych stosowanych na rynkach finansowych (Dz. Urz. UE. L z 2017 roku, Nr 346, str. 1), wydanego na podstawie rozporządzenia z dnia 8 czerwca 2016 roku Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1011 roku w sprawie indeksów stosowanych jako wskaźniki referencyjne w instrumentach finansowych i umowach finansowych lub do pomiaru wyników funduszy inwestycyjnych i zmieniające dyrektywy 2008/48/WE i 2014/17/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 596/2014 (Dz. Urz. UE. L z 2016 roku Nr 171, str. 1). Zgodnie z motywem 5 preambuły rozporządzenia wykonawczego wskaźnik (...) jest obliczany jedynie dla pięciu walut: euro, dolara amerykańskiego, franka szwajcarskiego, funta brytyjskiego oraz jena japońskiego. Biorąc pod uwagę, że od dnia 1 stycznia 2020 roku stosowanie wskaźnika nie wpisanego do rejestru prowadzonego na podstawie art. 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1011 jest zabronione, zaś zarejestrowany administrator określa sposób zastosowania tego wskaźnika, należy stwierdzić, że rozporządzenie zabrania również zastosowania stawki (...) jako wskaźnika referencyjnego dla wierzytelności wyrażonych w złotym polskim. W konsekwencji uznanie, że umowa wiąże strony ab initio i pro futuro jako kredyt złotowy z oprocentowaniem (...) pozostaje w sprzeczności także z powołanymi normami prawa unijnego. Jeśli natomiast chodzi o przeszkody faktyczne i techniczne w utrzymaniu umowy, na których niewykazanie powołał się Sąd Najwyższy w powołanych orzeczeniach, to w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej badaniu podlega jedynie, to, czy utrzymanie umowy jest prawnie możliwe, co musi zostać zweryfikowane przy zastosowaniu obiektywnego podejścia (por. wyrok z dnia 3 października 2019 roku w sprawie C-260/18, K. D. i J. D. przeciwko (...), pkt 39 i powołane w nim orzeczenia). Zgodnie z punktem 4.3.2 zawiadomienia Komisji Europejskiej - Wytycznych dotyczących wykładni i stosowania dyrektywy Rady w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich z dnia 27 września 2019 roku (Dz. U. UE 2019/C, nr 323, s. 4 i n.), to, czy możliwe jest dalsze obowiązywanie umowy po wyłączeniu z niej nieuczciwego warunku umownego, wymaga „oceny prawnej na podstawie obowiązującego prawa krajowego”.

Niemniej jednak stwierdzić należy, że za upadkiem umowy przemawia także i to, że po wyeliminowaniu klauzul kursowych w kredycie waloryzowanym do waluty obcej, nie wiadomo, w jakiej wysokości mają być spłacane raty, skoro były one wyrażone w walucie obcej, co czyni umowę niewykonalną (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2020 roku, II CSK 556/18 i z dnia 20 czerwca 2022 roku, (...) 701/22). Wyeliminowanie samej tylko klauzuli odwołującej się do kursu kupna waluty czyniłoby wadliwym pierwsze przeliczenie i tym samym wielkości ustalone w harmonogramie. Brak z kolei oznaczenia właściwego kursu sprzedaży przekreślałoby rozliczenie wpłat ratalnych. Wykonanie umowy w obu wypadkach wymagałoby jej uzupełnienia o dodatkowe rozwiązania. Jest to szczególnie widoczne, w sytuacji, gdy aneks do umowy umożliwia dokonywanie spłat w (...), gdyż wówczas spłatę rat w walucie indeksacji należałoby traktować jako nie stanowiącą realizacji umowy przy założeniu, że jest ona kredytem złotowym. Nakazuje to przyjęcie oceny, że strona powodowa od wielu lat nie wykonuje umowy i pozostaje w opóźnieniu. Brak przy tym jakiegokolwiek instrumentu do przeliczenia rat spłacanych w (...) i zaliczenia ich na poczet zobowiązań wynikających z umowy.

Z tych względów Sąd Najwyższy wprost przyjął w wydawanych równoległe do omawianych orzeczeniach, że nie jest możliwe utrzymanie obowiązywania umowy kredytu indeksowanego bądź denominowanego kursem (...) po wyeliminowaniu z niej abuzywnych postanowień – w której kwota kredytu wyrażona zostałaby w PLN, a jego oprocentowanie zostałoby oznaczone z odwołaniem do stawek (...) (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 maja

2022 roku, II CSKP 694/22, z dnia 13 maja 2022 roku II CSKP 293/22 i z dnia 20 maja 2022 roku, II CSKP 943/22 i II CSKP 796/22). Sąd Najwyższy stwierdził, nawiązując do wcześniejszych swoich orzeczeń (por. wyroki: wyżej przytoczony już z dnia z 11 grudnia 2019 roku, V CSK 382/18, z dnia 2 czerwca 2021 roku, I CSKP 55/21 i z dnia 27 lipca 2021 roku, V CSKP 49/21), że wyeliminowanie ryzyka kursowego, charakterystycznego dla umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej oraz denominowanego w tej walucie i uzasadniającego powiązanie stawki oprocentowania ze stawką (...), jest równoznaczne z tak daleko idącym przekształceniem umowy, że należy ją uznać za umowę o odmiennej istocie i charakterze, choćby nadal chodziło tu tylko o inny podtyp czy wariant umowy kredytu. Oznacza to z kolei, że po wyeliminowaniu tego rodzaju klauzul utrzymanie umowy o charakterze zamierzonym przez strony nie jest możliwe, co przemawiałoby za jej całkowitą nieważnością. Koresponduje to z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, który przewiduje, 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. Nie można także zgodzić się z tezą, że adekwatną sankcją dla pozwanego za stosowanie nieuczciwej klauzuli waloryzacyjnej jest oprocentowanie kredytu według niższej stawki niż przy kredycie udzielonym w złotych i niezawierającym klauzul walutowych (penalty default). Osiągnięcie swoistego skutku zniechęcającego profesjonalnych kontrahentów, zawierających umowy z konsumentami do stosowania w umowach nieuczciwych postanowień nie może oznaczać dążenia za wszelką cenę do utrzymania umowy. Upadek umowy nie jest co do zasady sprzeczny z ideą ochrony konsumenta i efektem odstrasżającym.

Dokonując oceny pozostałych zarzutów naruszenia prawa procesowego, zwrócić należy uwagę, iż w świetle poglądu wyrażonego w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia z dnia 20 czerwca 2018 r. (sygn. akt III CZP 29/17), zgodnie z którym Oceny, czy postanowienie umowne jest niedozwolone (art. 385¹ § 1 k. c.), dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, sposób wykonywania umowy przez bank, nie ma znaczenia dla oceny charakteru zawartych w umowie klauzul. Bez wpływu na tę ocenę pozostają zatem zasady ustalania kursu przez bank, ekonomicznego uzasadnienia wykonywania przez bank umowy w tym zakresie, czy też ewentualnego wyznaczania przez pozwanego kursów walutowych w oparciu o nie krzywdzące powodów kursy rynkowe. Tego rodzaju materiał procesowy został zatem zasadnie pominięty przez Sąd I instancji. W ocenie Sądu Apelacyjnego brak było również potrzeby przeprowadzenia w sprawie postulowanego przez skarżącego dowodu z opinii biegłego. Paradoksalnie zaoferowanie tego dowodu wskazuje, iż pozwany nie kwestionuje, iż ustalenie sposobu ustalania kursu przez pozwanego wymaga szczegółowej wiedzy z zakresu ekonomii, a zatem nie realizuje postulatów wynikających z wyżej przytoczonego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18 listopada 2021 r. (C-212/20).

Dokonując zarzutu naruszenia art. 111 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo bankowe, zważyć należało, iż niezasadne jest powoływanie się na wynikający z tego uregulowania obowiązek upublicznienia stosowanych kursów walut, co miałoby eliminować możliwość stosowania dowolnie ustalonych kursów. Opublikowane kursy są bowiem nadal wynikiem jednostronnej decyzji pozwanego. Są one w dalszym ciągu nieweryfikowalne według jakichkolwiek obiektywnych kryteriów, pozwalających konsumentowi w momencie zawarcia umowy na ocenę wysokości świadczeń, obciążających go na przestrzeni kilkudziesięciu lat na jakie kredyt zostaje zaciągnięty. Nie można także a priori założyć, że kursy określone w tabelach banku są kursami rynkowymi z uwagi na ustawowy obowiązek banku prowadzenia tabel kursowych wynikający z art. 111 ustawy - Prawo bankowe. Oceniając ważność umowy, sąd ocenia jej postanowienia rzutujące na rozkład wzajemnych praw i obowiązków stron, a nie sposób wykonywania umowy. Skoro umowa nie określa, według jakich kryteriów bank ustala kursy walut, to znaczy, że umożliwia mu dobór parametrów finansowych wedle własnego uznania. W każdym przypadku należy zakwestionować postanowienia umowne skonstruowane w sposób, który potencjalnie daje jednej ze stron prawo do nadużyć, nawet jeżeli nie doszło do wykorzystania przewagi kontraktowej poprzez określanie kursów waluty obcej w sposób odbiegający od kursu rynkowego. Brak także podstaw do przyjęcia, że kursy określone w tabelach banku nie pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami z uwagi na ustawowy obowiązek prowadzenia i udostępniania tabel kursowych wynikający z art. 111 ustawy Prawo bankowe w związku z art. 5 ust. 2 pkt 7 tej ustawy. Rozstrzygając o ważności umowy, sąd ocenia bowiem jej postanowienia rzutujące na rozkład wzajemnych praw i obowiązków stron, a nie sposób wykonywania umowy.

Dwa kolejne zarzuty naruszenia prawa materialnego zostały już wyżej ocenione – jako niezasadne. Zarzut naruszenia art. 385 § 2 zd. 1 k. c. w zw. z art. 5 zd. 2 dyrektywy 93/13, w zasadzie również. Dodatkowo jedynie zwrócić należało uwagę, iż zarzut ten nie jest całkowicie zrozumiały. Wydaje się bowiem, iż rozstrzygnięcie na korzyść konsumenta prowadzić powinno do takiej oceny stosunku prawnego, która dla konsumenta pozostawałaby najmniej dolegliwa, a jest nią zdecydowanie rozstrzygnięcie o bezskuteczności umowy, w związku z zawarciem w niej niedozwolonych postanowień umownych, a nie zaś utrzymywanie jej w postulowanym przez przedsiębiorcę zakresie – zakładającym wszakże osiągnięcie przez przedsiębiorcę zysku, który wynikać ma ze świadczeń spełnianych przez konsumenta. Kolejny zarzut – naruszenia art. 385² k. c. – dotyczy (przynajmniej tak, jak został on przez skarżącego sformułowany) sposobu wykonywania umowy i z wyżej już wskazanych przyczyn nie mógł być on uznany za jakkolwiek trafny. Podobnie ocenić należało zarzut naruszenia art. 30 ustawy o rachunkowości. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ustawy o Narodowym Banku Polskim dodatkowo wskazać należało, iż uregulowanie to również ma charakter ogólny i nie zostało ono wprowadzone do obrotu w celu wypełnienia ewentualnych luk wynikających z braku związania konsumenta niedozwolonym postanowieniem umownym. Kolejny zarzut naruszenia art. 385¹ k. c. dotyczy również możliwości wykonywania umowy w oparciu o średni kurs NBP, a jak już wskazano Sąd Apelacyjny takiej możliwości nie dostrzega. Zarzut naruszenia art. 69 ustawy – Prawo bankowe jest tu o tyle niezasadny, iż wadliwości klauzuli indeksacyjnej w ocenie Sądu Apelacyjnego upatrywać należało nie w tym, iż bank stosował odmienne kursy dla sprzedaży i kupna walut, a tym iż kursy te mógł stosować w sposób całkowicie dowolny i nieprzejrzysty dla konsumenta. Dopiero pochodną tego spostrzeżenia było również ustalenie, iż bank odmiennie kształtował kursy kupna i sprzedaży, co dodatkowo naruszało interesy konsumentów, w ten sposób, iż zaciągnięty przez nich zadłużenie niejako automatycznie ulegało zwiększeniu o wysokość spreadu. Nawet zatem, gdyby poziom kursu walutowego nie ulegał jakimkolwiek zmianom, powodowie i tak zobowiązani byłiby zapłacić pozwanemu z tytułu kapitału kwotę wyższą, aniżeli w tym zakresie pożyczycy.

Dwa kolejne zarzuty dotyczą zawartego przez powodów aneksu. W tym zakresie zwrócić należało uwagę, iż zawarty przez strony aneks miał na celu zmianę łączącej strony umowy w zakresie klauzul indeksacyjnych na przyszłość przez określony czas, zatem nie mógł doprowadzić do następczej akceptacji abuzywnych postanowień zawartych w pierwotnej umowie. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 20 czerwca 2018 roku (III CZP 27/19) możliwość sanowania niedozwolonego postanowienia, choćby z mocą ex tunc, skutek późniejszego zdarzenia wymaga dokonania czynności prawnej ukierunkowanej na ten skutek – jednostronnej, polegającej na potwierdzeniu niedozwolonego postanowienia przez konsumenta, albo dwustronnej – umowy, w której strony wyrażają następczo wolę takiego ukształtowania swojego położenia prawnego, jakby postanowienie od początku było skuteczne. Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że podstawą takich czynności prawnych musi być „świadoma, wyraźna i wolna” zgoda konsumenta. Powyższego skutku nie może osiągnąć jednostronna czynność przedsiębiorcy albo umowa, na której istotną treść konsument nie wywarł rzeczywistego wpływu. Zgoda konsumenta wywołująca skutek sanowania niedozwolonego postanowienia umownego musi być wyraźnie i stanowczo ukierunkowana na ten skutek, zatem samo wyrażenie zgody na zmianę umowy przez wyeliminowanie niedozwolonego postanowienia (zastąpienie go innym, uzupełnienie) – choćby ta zmiana była indywidualnie uzgodniona – nie może być traktowane samo przez się jako wyraz woli sanowania wadliwego postanowienia ze skutkiem ex tunc. Ani treść aneksu, ani wskazywane przez strony okoliczności jego zawarcia nie dają podstaw do uznania, że jego celem było sanowanie z mocą wsteczną zawartych w umowie niedozwolonych postanowień. Oświadczenia o takim charakterze strona powodowa nie złożyła. Z zapisów aneksu nie można także wyprowadzić wniosku, by strony dokonały odnowienia (art. 506 § 1 k. c.), a zamiaru umorzenia istniejącego zobowiązania nie powinno się domniemywać. Choć niekoniecznie wyraźny, musi być na tyle uzewnętrzniiony, by nie powstała wątpliwość, czy w ogóle istniał (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 marca 2004 roku, IV CK 95/03, z dnia 9 listopada 2006 roku, IV CSK 191/06 i z dnia 9 stycznia 2008 roku, II CSK 407/07). Ani analiza treści aneksu, ani towarzyszących mu oświadczeń nie pozwala stwierdzić, że strona powodowa, podpisując aneks, miała świadomość abuzywności klauzul, a jej działania zostały ukierunkowane na przywrócenie tym klauzulom skuteczności. Zawarcie aneksu nie usuwało pierwotnej wady mechanizmu przeliczeniowego i nie rozliczało dotychczasowych spłat z jego pominięciem. Postawa procesowa strony powodowej zmierzała ostatecznie do ustalenia nieważności umowy i zwrotu spełnionych świadczeń. Z tych względów

nie można podzielić stanowiska skarżącego, że uprawnienie, jakie uzyskała strona powodowa, w postaci możliwości przeliczenia wysokości zobowiązania według kursu ustalanego przez NBP, a następnie spłaty kredytu w walucie indeksacji, wyczerpuje instrumenty ochrony prawnej konsumenta przed nieuczciwymi klauzulami ryzyka kursowego. Dodatkowo zwrócić należało uwagę, iż zawarcie aneksu objęte jest niewątpliwie zakresem wykonywania umowy, zaś wykonywani to, jak już wskazano, nie ma wpływu na ocenę klauzul umownych. Po wtóre – zawarcie aneksu nie uchylało niejako podstawowej wadliwości zawartej umowy – zastosowania klauzuli indeksacyjnej przy przeliczeniu kwoty wyłaconego powodowi kredytu na walutę indeksacji.

W dalszej kolejności skarżący zarzuca naruszenie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego. Zwrócić zatem należało uwagę, iż rozstrzygnięte zaskarżonym wyrokiem powództwo zmierzało do ustalenia nieważności stosunku prawnego wykreowanego umową kredytu i istotnie miało swą podstawę normatywną w art. 189 k. p. c. Kwestionując istnienie interesu prawnego, jako podstawowej przesłanki wynikającej z tego przepisu, skarżący podniósł możliwość wystąpienia przez stronę powodową z dalej idącym żądaniem roszczeniowym – o zwrot świadczenia nienależnego. Zauważyć tu należy, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego za utrwalone należało uznać stanowisko, że interes prawny występuje wówczas, gdy istnieje niepewność stosunku prawnego lub prawa, wynikająca z obecnego lub przewidywanego ich naruszenia lub kwestionowania. Interes prawny może wynikać zarówno z bezpośredniego zagrożenia prawa powoda, jak i zapobiegać temu zagrożeniu (por. m. in. uchwały: z dnia 15 marca 2006 r., III CZP 106/05 i z dnia 14 marca 2014 roku, III CZP 121/13). Ocena istnienia interesu musi uwzględniać to, czy wynik postępowania doprowadzi do usunięcia niejasności i wątpliwości co do danego stosunku prawnego i czy definitywnie zakończy spór na wszystkich płaszczyznach tego stosunku lub mu zapobiegnie, a więc, czy sytuacja strony powodowej zostanie jednoznacznie określona. Należy podzielić stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy że ocena tej przesłanki powództwa przewidzianego w art. 189 k. p. c. nie może być dokonywana w sposób schematyczny, lecz zawsze z uwzględnieniem okoliczności sprawy (por. wyroki: z dnia 10 czerwca 2011 roku, II CSK 568/10 i z dnia 18 marca 2011 roku, III CSK 127/10). Trzeba ją więc indywidualizować, gdyż podstawą niepewności co do stanu prawnego są konkretne okoliczności faktyczne, które miały wpływ na ukształtowanie stosunku prawnego lub prawa i które stanowią przyczynę sporu, niejednokrotnie na różnych płaszczyznach prawnych. Rozumienie tego interesu musi być przy tym szerokie i elastyczne. Brak interesu zachodzi wtedy, gdy po stronie powoda powstały określone roszczenia i może osiągnąć pełniejszą ochronę swych praw, dochodząc zobowiązania pozwanego do określonego zachowania - świadczenia lub wykorzystając inne środki ochrony prawnej prowadzące do takiego samego rezultatu. Przy otwartej drodze innego postępowania, gdzie sfera podlegająca ochronie jest szersza, a rozstrzygnięcie o różnicy zdań w stanowiskach stron nabiera charakteru przesłankowego, co do zasady upada interes prawny do odrębnego sformułowania żądania ustalającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2002 roku, II CKN 919/99). Strona powodowa nie traci natomiast interesu prawnego, gdy sfera jego ochrony prawnej jest szersza i wyrok w sprawie o świadczenie nie usunie wszystkich niepewności mogących wynikać z określonego stosunku w przyszłości. Ma to zazwyczaj miejsce w przypadku domagania się ustalenia nieważności umowy, gdy z naruszonego stosunku prawnego wypływa lub może wypłynąć jeszcze więcej roszczeń, natomiast wyrok w sprawie o świadczenie za wcześniejszy okres nie usunie niepewności w zakresie wszystkich skutków prawnych mogących wynikać z tego stosunku w przyszłości. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1970 roku, III PZP 34/69 oraz wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 17 maja 1966 roku, I CR 109/66, z dnia 5 grudnia 2002 roku, I PKN 629/01 i z dnia 21 września 2018 roku, V CSK 540/17). Należy również zwrócić uwagę, że pojęcie interesu prawnego powinno być interpretowane z uwzględnieniem szeroko pojmowanego dostępu do sądu w celu zapewnienia ochrony prawnej, co wynika z obowiązujących standardów międzynarodowych oraz art. 45 Konstytucji RP (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2004 roku, II CK 125/03).

Przyjmując powyższe założenia, uznać trzeba, że skoro między stronami istnieje spór o ważność i skuteczność umowy o charakterze trwałym, z której wynikają także inne, poza spłatą rat, obowiązki, w tym w zakresie ubezpieczenia, czy utrzymywania hipoteki na nieruchomości strony powodowej, nie może budzić wątpliwości stwierdzenie, że wyłącznie wyrok ustalający nieważność (względnie oddalający tak sformułowane powództwo) może ostatecznie i całościowo usunąć stan niepewności prawnej istniejący pomiędzy stronami umowy kredytu. Powództwo wniesione w trybie art. 189 k. p. c. może być w tych warunkach uznane za właściwy środek prawny, który pozwoli w sposób definitywny

rozstrzygnąć, czy zawarta przez strony umowa o kredyt hipoteczny ukonstytuowała ważny i skuteczny stosunek prawny, w oparciu o który bankowi służy nadal względem strony powodowej roszczenie o zapłatę rat wynikających z harmonogramu wraz z odsetkami oraz podstawa mająca zabezpieczać tę wierzytelność, a więc czy strona powodowa pozostaje związana umową, będąc nadal dłużnikami banku. Wskazać przy tym należy, że całkowite wyjaśnienie istniejących między stronami rozbieżności nie mogłoby nastąpić w drodze innego powództwa, w tym powództwa o zapłatę. Moc wiążąca w zakresie uregulowanym w art. 365 k. p. c. odnosi się tylko do „skutku prawnego”, który stanowił przedmiot orzekania i nie oznacza związania sądu ustaleniami zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia. Wynikająca z art. 365 § 1 k. p. c. moc wiążąca wyroku dotyczy związania sentencją, a nie uzasadnieniem wyroku sądu, czyli przesłankami faktycznymi i prawnymi przyjętymi za jego podstawę, gdyż zakresem prawomocności materialnej jest objęty tylko ostateczny wynik rozstrzygnięcia, a nie jego przesłanki (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 13 stycznia 2000 r., II CKN 655/98, z dnia 23 maja 2002 roku, IV CKN 1073/00, z dnia 8 czerwca 2005 roku, V CK 702/04 i z dnia 3 października 2012 r., II CSK 312/12).

Tym samym zatem interes prawny strony powodowej w wytoczeniu powództwa o ustalenie wyniku z następujących okoliczności: długotrwałego charakteru stosunku prawnego nawiązanego przez zawarcie umowy kredytu na zakup nieruchomości, powiązania innych stosunków prawnych z umową kredytu (hipoteka), wąskim ujęciem mocy wiążącej wyroków zasądzających i powstaniem na skutek nieważności umowy dwóch odrębnych roszczeń każdej ze stron. W takiej sytuacji uznać należało, że interes prawny strony powodowej w wytoczeniu powództwa o ustalenie jest oczywisty i nie może być zrealizowany w całości poprzez roszczenie o zapłatę.

Nie ma podstaw do uznania, że strona powodowa korzysta z instytucji prawa cywilnego przewidzianych dla ochrony konsumentów w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem i zasadami współżycia społecznego, szczególnie zważywszy na rangę ochrony konsumenta, będącą jedną z zasad konstytucyjnego porządku RP oraz zasadą funkcjonowania Unii Europejskiej. Art. 5 k. c. ma charakter wyjątkowy i może mieć zastosowanie w przypadku nadużycia prawa przez osobę korzystającą z przysługującego jej formalnie uprawnienia, przy czym istnieje domniemanie, że osoba uprawniona korzysta z przysługującego jej prawa podmiotowego w sposób legalny, tj. zasługujący na ochronę prawną. Kwestionujący takie uprawnienie obowiązany jest wykazać racjonalne przesłanki swojej kontestacji, a tak się w niniejszej sprawie nie stało. Pozwany, korzystając z regulacji stawiającej go w pozycji uprzywilejowanej w ramach ukształtowanego stosunku umownego, a jednocześnie powołując się na zasady współżycia społecznego, nie respektuje zasady „czystych rąk”, a w konsekwencji nie może domagać się pozbawienia strony powodowej prawa do dochodzenia słuszných roszczeń. Należy przy tym mieć na uwadze, że same przepisy o nieuczciwych postanowieniach umownych odwołują się do zasad współżycia społecznego (sprzeczność z dobrymi obyczajami) i w tym zakresie stanowią wobec art. 58 k.c. Byłoby aksjologicznie niedopuszczalne, aby konsument z powołaniem się na zasady współżycia społecznego został pozbawiony możliwości kwestionowania postanowień, które ze względu na te same zasady są właśnie uznane za nieuczciwe. W takiej sytuacji okazywałoby się bowiem, że te same zasady współżycia społecznego przemawiają zarówno za ochroną konsumenta, jak i przeciw niej. Oceniając żądania strony powodowej z punktu widzenia klauzuli generalnej z art. 5 k. c. irrelevantny pozostaje kontekst społeczny związany z tym, że w analogicznym okresie inni kredytobiorcy zawarli umowy kredytu bez elementu walutowego, a zatem z oprocentowaniem wyższym niż w niniejszej sprawie, którzy w związku z tym mogli ponosić większe koszty obsługi takiej umowy. Jednakże przeciwnikiem procesowym strony powodowej w tej sprawie nie są ci kredytobiorcy, a wynik tej sprawy nie wpływa też na sytuację tych osób. Nieuwzględnienie zgłoszonego żądania nie poprawiłoby sytuacji innego konsumenta, a jego uwzględnienie nie pogarsza takiej sytuacji. Trudno zatem byłoby uznać za sprawiedliwie oddalenie powództwa przeciwko bankowi tylko z tego względu, że w ten sposób strona powodowa uzyska „tanie” finansowanie, bądź dlatego, że pozwany jest instytucją zaufania publicznego. Przeciwnie, to właśnie z tej przyczyny abuzywność postanowień kontraktowych jest tym bardziej rażąca i wymaga interwencji orzeczniczej.

Sąd Apelacyjny nie uznał również za trafne zarzutów kosztowych. Powodowie ogólnie domagali się zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Tego rodzaju wnioski nie oznaczają, iż powodowie domagali się zwrotu kosztów postępowania według minimalnych stawek przewidzianych przez prawodawcę. Jak się wydaje prawodawca w treści art. 109 § 2 k. p. c. uznając pozasądowe i polubowne rozwiązywanie

sporów jako takie, które powinno mieć znaczenie pierwszoplanowe, uznał iż strona może domagać się kosztów związanych z prowadzeniem takiego postępowania. W takiej sytuacji uwzględnienie przez Sąd I instancji tego rodzaju kosztów było usprawiedliwione.

Sąd Apelacyjny uznał natomiast, iż pozwany w sposób skuteczny skorzystał w realiach sprawy niniejszej z zarzutu potrącenia. Przede wszystkim nie ulegało w sprawie wątpliwości, iż powodowie w związku z – ostatecznie uznaną za nieważną – umową kredytu, otrzymali od powoda kwotę 800 000 zł. Nie ulega również wątpliwości, iż w związku z ustaleniem nieważności tej umowy, obie strony mogły domagać się zwrotu tego, co na podstawie tej umowy świadczyły, stosownie do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 410 § 1 i 2 k. c. w zw. z art. 405 k. c.). Ostatecznie po otrzymaniu od powodów oświadczenia o braku potwierdzenia niedozwolonych postanowień umownych, powód pismami z dnia 21 września 2022 r., reprezentowany przez materialnoprawnego pełnomocnika wezwał każdego z powodów do zapłaty kwoty 807 600 zł w terminie 3 dni od otrzymania pisma (wezwania te zostały doręczone powodom w dniu 22 września 2022 r.), a następnie kolejnymi pismami z dnia 6 października 2022 r. tenże materialnie umocowany pełnomocnik pozwanego złożył kategoryczne oświadczenie o potrąceniu – doręczone powodom w dniu 7 października 2022 r. Następnie pismem z dnia 17 października 2022 r. pozwany podniósł procesowy zarzut potrącenia. Skutkiem skutecznego podniesienia zarzutu potrącenia, zgodnie z art. 498 § 2 k. c. było umorzenie wierzytelności do wysokości niższej, zaś niższą niewątpliwie była wierzytelność powodów, nawet przy uwzględnieniu należnych im odsetek za opóźnienie. Skoro dochodzona w niniejszym postępowaniu wierzytelność uległa umorzeniu, uwzględnienie roszczenia w tym zakresie nie było możliwa, a zatem powództwo o zapłatę powinno ulec oddaleniu w całości.

Rozważania te czynią niejako bezprzedmiotową ocenę zarzutów zawartych w apelacji powodów. Ogólnie zatem wskazać należy, iż stanowisko Sądu Okręgowego co do dopuszczalności skorzystania z prawa zatrzymania w związku z nieważnością umowy o kredyt bankowy było prawidłowe, zaś zarzuty skarżących – nietrafne. Odmienną kwestią jest tu jednak to, czy pozwany w postępowaniu pierwszoinstancyjnym w sposób prawidłowy skorzystał z zarzutu zatrzymania. W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut zatrzymania ma niejako podwójny charakter – zarówno materialny, jak i procesowy. Skuteczne powołanie się w procesie na zarzut zatrzymania, wymaga w pierwszej kolejności skutecznego skorzystania z materialnego prawa zatrzymania. Oświadczenie w tym zakresie powinno zatem zostać złożone przez stronę lub jej pełnomocnika dysponującego stosownym pełnomocnictwem (materialnym) na ręce drugiej strony (lub jej pełnomocnika dysponującego pełnomocnictwem materialnym). Tego rodzaju sytuacja w postępowaniu pierwszoinstancyjnym nie miała miejsca. Te rozważania prowadzą do wniosku, iż zarzut powodów co do naruszenia art. 91 k. p. c. winien być uznany za zasadny.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił częściowo zaskarżony wyrok i orzekł co do istoty sprawy – stosownie do art. 386 § 1 k. p. c., uwzględniając tym samym częściowo apelację pozwanego. W pozostałym zakresie apelacja pozwanego oraz apelacja powodów w całości zostały oddalone – zgodnie z art. 385 k. p. c.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art. 103 k. p. c. Jakkolwiek pozwany skorzystał mógł z zarzutu potrącenia na dowolnym etapie postępowania – w tym również na etapie postępowania apelacyjnego, jednakże gdyby zdecydował się na skorzystanie z zarzutu zatrzymania na wstępnym etapie sprawy, brak byłoby potrzeby inicjowania postępowania apelacyjnego, w tym również brak potrzeby wnoszenia przez powodów apelacji. Sąd Apelacyjny postrzega tak późne skorzystanie ze służących stronie zarzutów, jako nielojalne zachowanie wobec drugiej strony postępowania. W takiej sytuacji pozwany powinien zostać obciążony obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania w całości. Na koszty te złożyły się koszty zastępstwa procesowego – w kwocie 8 100 zł (§ 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie, Dz. U. poz. 1800 ze zm.) oraz opłaty od apelacji – 1 000 zł.

Z tych przyczyn orzeczono jak w sentencji.