



Waldemar Gontarski*
Iwona Parchimowicz-Gontarska**

Apelacja w sprawach kredytów w walutach obcych. Wybrane zagadnienia sporne

[Appeal in Foreign Currency Loan Cases. Selected disputed issues]

Abstract

The Polish legal system adopted a full appeal model. A court of second instance adjudicates on the principles of *da mihi factum, dabo tibi ius* and *facta probantur, iura novit curia*. Therefore, non-obligatory grounds [allegations] of appeal include a violation of substantive law provisions. Pursuant to the latest case law of the Court of Justice of the European Union, which will be discussed in this publication, the aforementioned component of appeals in foreign currency loan cases turns out to be the most controversial one. The Court of Justice of the European Union in its judgment in case *mBank*, C-140/22, presented an interpretation of Article 6(1) *in fine* and Article 7(1) of Directive 93/13 not transposed to the Polish legal system contrary to the one stemming from the May resolution of the Polish Supreme Court. Firstly, according to the Court of Justice of the European Union, a possibility for a consumer to object to the application of Directive 93/13, which is guaranteed by the well-established Luxembourg case-law, cannot be understood as imposing on him or her, in order to assert the rights, he or she derives from that directive, the positive obligation to rely on the provisions of that directive by means of a formal declaration. Such interpretation would mean an application of the provisions of said directive upon request, and not *ex lege*, as an expression of suspended unenforceability until the consumer concerned terminates it, as opposed to the absolute nullity required by EU law (*ex tunc, ex lege*). Secondly, Article 6(1) *in fine* and Article 7(1) of said directive preclude the compensation sought by the consumer concerned in respect of the restitution of the sums paid by him or her in the performance of the agreement at issue being reduced by the equivalent of the interest which that banking institution would have received if that agreement had remained in force. A logical consequence stemming from and further clarifying the above is the judgment in the *Getin Noble Bank* case, C-28/22, where the Court of Justice of the European Union opposed such an absurd interpretation set out in the May resolution of the Polish Supreme Court that the application of general provisions was excluded at the expense of the consumer's interests, according to which the limitation period for restitution claims of the bank against the consumer and vice versa begins from the moment when the consumer at

* **Waldemar Gontarski** – dr hab. nauk prawnych, profesor uczelni, rektor EWSPA; ORCID 0000-0002-9108-4822.

** **Iwona Parchimowicz-Gontarska** – dr nauk prawnych, adiunkt EWSPA; ORCID 0000-0002-7574-1132.

the bank questioned the validity of the credit agreement, that is from a request for the refund of the amounts of the repaid loan installments, i.e. following the receipt by that seller or supplier of the request to repay those sums. Both judgments mark a return to the interpretation preceding the May resolution of the Supreme Court.

Keywords: absolute nullity, full appeal model, limitation period for restitution claims, non-obligatory grounds of appeal, positive obligation to rely on the provisions of that directive, suspended unenforceability.

Najbardziej kontrowersyjną kwestią apelacji w sprawach o kredyty w walutach obcych, przy obowiązującym w systemie polskim co do zasady modelu apelacji pełnej¹, staje się nieobligatoryjny składnik tego środka zaskarżenia w postaci zarzutu naruszenia prawa materialnego. Przekonuje o tym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w dwóch wyrokach wydanych pod koniec 2023 roku (z 7 grudnia² i z 14 grudnia³), wykazując oczywistą (*prima facie*) i rażącą (istotną) niezgodność z prawem Unii uchwały (7) Sądu Najwyższego z 7 maja 2021 r., III CZP 6/21, odchodzącej od nieważności bezwzględnej (stosowanej *ex lege*) na rzecz bezskuteczności zawieszanej (na wniosek konsumenta składany *ex post*). Przedmiotem jest wykładnia nietransponowanych do systemu polskiego art. 6 ust. 1 *in fine* (nieważność bezwzględna i całkowita umowy zawierającej warunek nieuczciwy; transponowano jedynie art. 6 ust. 1 *in pr.* dotyczący nieważności częściowej, na co dobitnie wskazuje art. 385¹ § 2 k.c.⁴) i art. 7 ust. 1⁵ dyrektywy 93/13 (prewencja indywidualna i generalna odnoszona do przedsiębiorców stosujących we wzorcach umowy warunki nieuczciwe – na zasadzie, że banki muszą zostać ukarane). Przepisy te wymagają implementacji sądowej w drodze wykładni stosowanej w relacjach horyzontalnych (o której mowa w utrwalonym orzecznictwie Trybunału w Luksemburgu, poczynając od wyroku z 13 listopada 1990 r., *Marleasing*, C106/89, EU:C:1990:395, pkt 6 i pkt 8⁶). Oba ww. orzeczenia z grudnia 2023 r. dotyczą nieważności jako

¹ Szerzej np. M. Manowska [w:] System prawa cywilnego, tom 5, Środki zaskarżenia, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2023, s. 132 i nn.

² Wyrok TS z 7 grudnia 2023 r., *mBank*, C-140/22, EU:C:2023:965 (orzeczenia w trybie prejudycjalnym, na wniosek złożony przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie).

³ Wyrok TS z 14 grudnia 2023 r., *Getin Noble Bank*, C-28/22, EU:C:2023:992 (na wniosek Sądu Okręgowego w Warszawie).

⁴ Zmieniony przez art. 18 pkt 4 ustawy z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. nr 22, poz. 271) z dniem 1 lipca 2000 roku.

⁵ Szerzej I. Parchimowicz-Gontarska, Dyrektywa 93/13/EWG – jakość transpozycji do systemu polskiego [w:] Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny, red. T. Szanciło, Warszawa 2022, ss. 56–62 i 66–76.

⁶ Szerzej W. Gontarski, Toksyczne opcje walutowe. Zarys teorii prawa na przykładzie polskich opcji walutowych, Warszawa 2009, s. 166 i nn.

skutku stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunków kursu wymiany zawartych w umowach kredytu hipotecznego indeksowanego do waluty obcej, czyli w umowach kredytów w walutach obcych⁷. Wyroki zostały wydane w trybie prejudycjalnym, w tym samym składzie orzekającym, przy tym samym rzeczniku generalnym i bez pisemnych opinii rzecznika generalnego – a to ostatecznie wskazuje na brak zawilości rozstrzyganych zagadnień. Zapadły w składach trzyosobowych, co przed TS jest czymś wyjątkowym i ma miejsce, gdy kwestia podlegająca rozstrzygnięciu interpretacyjnemu „nie pozostawia szczególnych wątpliwości”⁸, np. gdy orzeka się w trybie postanowienia (art. 99 regulaminu⁹).

Kwestia zastąpienia nieważności bezwzględnej bezskutecznością zawieszoną (wymagającą potwierdzenia przez konsumenta) staje się w polskiej praktyce orzeczniczej najbardziej kontrowersyjnym składnikiem apelacji, aczkolwiek nieobligatoryjnym.

Bezskuteczność zawieszona stosowana na wniosek

Majowa uchwała SN przed wydaniem wspomnianych wyroków TS z grudnia 2023 r. spotkała się z jednoznaczną i oczywistą dezaprobatą doktryny wyrażaną z punktu widzenia prawa UE¹⁰, co dobrze koresponduje ze składem trzyosobowym w obu tych wyrokach. Jak rozstrzygnięto w pkt 1 tej uchwały – wydawałoby się na zasadach *ex tunc* i *ex lege* oraz *ex officio*, co nie powinno budzić zastrzeżenia w zakresie zapewnienia skuteczności dwóch ww. przepisów dyrektywy 93/13: „Niedozwolone postanowienie umowne (art. 385¹ § 1 k.c.) jest od początku, z mocy samego prawa, dotknięte bezskutecznością na

⁷ W kwestiach terminologicznych związanych z „kredytami w walutach obcych” szerzej W. Gontarski, *Ryzyko kursowe a ochrona konsumenta. Wybrane zagadnienia cywilnoprawne i karnoprawne* [w:] *Prawna ochrona konsumenta rynku usług bankowych*, red. T. Szanciło, Warszawa 2023, s. 91 i nn..

⁸ A. Sikora, *Reforma postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, 5, s. 6; por. B. Wägenbaur, *Court of Justice of the European Union. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, München 2013, komentarz do art. 60 regulaminu, teza 2, s. 283; B. Wägenbaur, *Satzung und Verfahrensordnungen des Gerichtshofs und des Gerichts der Europäischen Union, Kommentar*, ed. 2, München 2017, beck-online, komentarz do art. 60 regulaminu, teza 2; por. W. Gontarski, *Różnicowanie podatników przy odmowie naliczenia i wypłaty odsetek od nadpłaty podatku w świetle wykładni pronunijnej. Glosa do wyroku NSA z 4 listopada 2015 r., II FSK 1185/15, LEX/el. 2016: [...] [N]a doktrynach *acte clair* i *acte éclairé* zasada się wymóg niezbędności (ang. *necessary*) z art. 267 TFUE, co znajduje odzwierciedlenie w art. 99 regulaminu TSUE – w myśl tego ostatniego przepisu w sytuacji *acte clair* i *acte éclairé* przewiduje się możliwość wydania przez Trybunał, zamiast wyroku prejudycjalnego, postanowienia odsyłającego do wcześniejszego orzecznictwa”.*

⁹ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z 25 września 2012 r., Dz. Urz. UE L 265 z 29.09.2012, s. 1 ze zm.

¹⁰ Zdecydowanie krytycznie o uchwale majowej SN np. W. Gontarski, *Umowy kredytowe denominowane i indeksowane – wzruszalność czy nieważność bezwzględna* [w:] *Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny*, red. T. Szanciło, Warszawa 2022, s. 194 i nn.

korzyść konsumenta, który może (nie ma jakiegokolwiek obowiązku) udzielić następnie świadomej i wolnej zgody na to postanowienie i w ten sposób przywrócić mu skuteczność z mocą wsteczną”. Dopiero z uzasadnienia uchwały dowiadujemy się, iż w okresie trwania tego stanu strony umowy są związane jej treścią, co zdecydowanie osłabia ochronę konsumenta wbrew wymienionym regulacjom dyrektywy. Z pkt 1 uchwały – inaczej niż z uzasadnienia – nie wynika, że co do zasady istnieje obowiązek powoływania się przez konsumenta w zakresie tego, czy należy stosować przepisy dyrektywy, czyli że zasadą jest wyrażona przed sądem zgoda konsumenta na odstąpienie od przepisów dyrektywy (działanie sądu na wniosek, a nie *ex lege* osłabiające skuteczność ochrony konsumenta) pozwalających zakwestionować warunki nieuczciwe; wyjątkiem – brak zgody, który też musi być odpowiednio wyrażony. Wykluczają to powyżej wskazane przepisy dyrektywy z jednej strony nastawione na ochronę konsumenta jako strony słabszej, z drugiej zaś na prewencyjne odstraszanie banków od dalszego stosowania klauzul niedozwolonych we wzorcach proponowanych umów. Z tego punktu widzenia zgodności z prawem UE nie dotrzymuje pkt 2 zd. drugie (*ex post*, czyli nie *ex lege*): „Kredytodawca może żądać zwrotu świadczenia od chwili, w której umowa kredytu stała się trwale bezskuteczna”.

Punktem 3 uchwały temu bezprawiu *prima facie* nadano moc zasady prawnej.

Wyłania się kwestia ważności umowy jako zawieszony bezskuteczności do czasu zakończenia tego stanu przez zainteresowanego konsumenta w drodze: 1) obligatoryjnego wyrażenia sformalizowanej zgody w odniesieniu do ważności umowy zawierającej warunek nieuczciwy albo 2) złożenia sformalizowanego oświadczenia co do braku tej zgody, prowadzącego do trwałej bezskuteczności. Sankcją proponowania przez przedsiębiorcę we wzorcu umowy warunku niedozwolonego nie jest bezwzględna nieważność tego warunku (*ex tunc* i *ex lege*), lecz jego „bezskuteczność zawieszona” (sankcja stosowana nie *ex lege*, *lex ex post*). W uchwale majowej SN stosuje wersję bezskuteczności zawieszony przyjętą w uchwale SN z 5 marca 1981 r. III CZP 1/81: „W okresie trwania tego stanu strony umowy są związane jej treścią [...]”. Sankcja tak ujmowana różni się tym od wzruszalności (nieważności względnej)¹¹ – która też

¹¹ Por. W. Gontarski, *Umowy...*, s. 189: „[...] w przypadku wzruszalności (*condictio ob causam finitam* – odpadnięcie podstawy prawnej świadczenia) [...] przedawnienie zaczyna bieg od momentu unieważnienia umowy przez sąd – wyrok konstytucyjny”; w doktrynie zwraca się uwagę, że bezskuteczność zawieszona „nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych (tym różni się bezskuteczność zawieszona od nieważności względnej); staje w się pełni skuteczna z chwilą potwierdzenia, a definitywnie nieważna – w razie odmówienia tej zgody” – A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 422; uchwałę majową SN oparto na następującej alogiczności zawartej w wyroku SN z 25 kwietnia 1995 r., I CRN 48/95 (przytoczonym w tej uchwale): „umowa nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych”, lecz „strony umowy są związane jej treścią” (warunek związania umową w cytowanym powyżej poglądzie doktryny zastąpiono słowami: „staje w się pełni skuteczna”); nielogiczność polega na tym, iż najdalej idącym skutkiem prawnym umowy jest związanie stron jej treścią – i można sobie wyobrazić sytuację odwrotną, gdy umowa *ex tunc* nie wiąże stron, ale wywołuje skutki prawne w postaci roszczeń restytucyjnych po ustaleniu nieważności bezwzględnej i całkowitej.

pozwala utrzymać postanowienie umowy w mocy do czasu jego zakwestionowania, co tak jak w przypadku bezskuteczności pozwala przesunąć początek biegu terminu przedawnienia roszczeń – że wyrok konstytutywny zostaje zastąpiony odpowiednio wyrażonym oświadczeniem konsumenta.

W uzasadnieniu uchwały SN mówi *expressis verbis* o „bezskuteczności zawieszanej”, co pozwala rozszyfrować pkt 2 uchwały. Mianowicie, konsument ma być zobowiązany w rozsądnym terminie do wyrażenia swej zgody na klauzulę nieuczciwą w toku sporu przed sądem albo pozasądowo, pod warunkiem że był wyczerpująco poinformowany o konsekwencjach prawnych, jakie może pociągnąć za sobą definitywna nieskuteczność (nieważność) tego warunku umownego – w tym o konsekwencjach związanych z ewentualnym brakiem możliwości dalszego obowiązywania umowy. Jeżeli należycie poinformowany konsument odmówi wyrażenia zgody na dany nieuczciwy warunek umowy, warunek ten zostanie pozbawiony skuteczności. Zastrzeżona dla konsumenta możliwość sprzeciwienia się stosowaniu dyrektywy 93/13 jest rozumiana w ten sposób, że nakłada na niego, w celu dochodzenia praw, które wywodzi z tej dyrektywy, pozytywny obowiązek (*oppositum* biernego zachowania) powołania się na przepisy dyrektywy w drodze sformalizowanego oświadczenia.

Mowa jest o sankcji pojmowanej jako wadliwość oświadczenie woli, w okresie trwania której strony umowy związane są jej treścią, jednakże ocena możliwości wywierania zamierzonych skutków, czyli ważności umowy (nie ulega więc wątpliwości, iż chodzi o art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy), stanie się możliwa, jeśli nastąpi jedno z dwóch alternatywnych zdarzeń: 1) potwierdzenie umowy przez uprawnioną stronę albo 2) definitywna odmowa potwierdzenia bądź 3) wystąpienie innej okoliczności, która wyłącza możliwość potwierdzenia. Klóci się to z sensem dyrektywy 93/13/EWG nastawionej na eliminowanie niedozwolonych postanowień umownych i przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom banków w przyszłości¹².

W piśmiennictwie wyodrębniano powyżej opisaną czynność jako niepełną, ułomną (*negotium claudicans*), ale przy wskazaniu konkretnego przepisu prawa opartego *expressis verbis* na takiej konstrukcji, np. art. 18 k.c.¹³ Umowa objęta zostaje hipotezą pochodzącą od prawodawcy („ważność umowy [...] zależy od potwierdzenia umowy” – art. 18 § 1 k.c.)¹⁴, a nie od interpretatora, jak to jest w przypadku uchwały majowej, w której nie wskazano przepisu z choćby analogiczną hipotezą dlatego, że takowy zarówno w systemie krajowym, jak i w systemie UE nie istnieje.

W przypadku bezskuteczności zawieszanej jako takiej następczo może być stosowana sankcja nieważności czynności prawnej, ale w czasie trwania sta-

¹² Tak W. Gontarski, *Umowy...*, s. 197.

¹³ Tak np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 422.

¹⁴ Szerzej np. S. Grzybowski, *Osoby fizyczne [w:] System prawa cywilnego*, tom 1, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985, s. 343.

nu bezskuteczności zawieszanej nie jest ona jeszcze definitywna¹⁵, bowiem konkretny przepis prawa tak stanowi. Zastosowana w uchwale majowej bezskuteczność zawieszona nie nadaje się do sankcjonowania wzorca umowy z klauzulami nieuczciwymi, wbrew rozstrzygnięciom interpretacyjnym tej uchwały. O tym, że uchwała ma charakter *contra legem*, dowiadujemy się w szczególności z wykładni art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13¹⁶ zawartej w utrwalonym orzecznictwie luksemburskim, np. wyroku TS z 3 października 2019 r., Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, pkt 66¹⁷. Jak wynika z pkt 65 tego orzeczenia, art. 6 ust. 1 in pr. dyrektywy 93/13 wymaga, aby państwa członkowskie postanowiły bezwarunkowo (przeciwieństwem jest bezskuteczność zawieszona), że nieuczciwe postanowienia „nie będą wiążące dla konsumenta” *ex tunc* i *ex lege* (traktuje on o zasadzie). Ta jednostka redakcyjna wyroku TS nie była wzięta pod uwagę w uchwale majowej SN, w której uwzględniono dopiero pkt 66 – odnoszący się w części końcowej do wyjątku, ale z pominięciem części pierwszej, mówiącej o obowiązku sądu działania z urzędu: „[...] że jeżeli sąd krajowy stwierdzi nieuczciwy charakter warunku umownego [działanie sądu z urzędu – przyp. I.P.G. i W.G.], to jest on zobowiązany do odstąpienia od stosowania go [następstwo urzędowego ustalenia sądu], a wyjątek od tego zobowiązania jest przewidziany tylko wtedy, gdy konsument, po otrzymaniu informacji od tego sądu, nie zamierza powoływać się na nieuczciwy i niewiążący charakter warunku, wyrażając w ten sposób dobrowolną i świadomą zgodę na przedmiotowy warunek, jak to przypomniano w pkt 53 niniejszego wyroku”. Pominięcie wymogu działania sądu z urzędu jest o tyle także istotne, że przeciwne rozwiązania charakteryzują transpozycje dokonane np. do systemu niemieckiego¹⁸.

¹⁵ M. Gutowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*, Warszawa 2013, s. 192.

¹⁶ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich z 5 kwietnia 1993 r., Dz. Urz. UE L nr 95, s. 29 ze zm.

¹⁷ Szerzej W. Gontarski, *Umowy...*, ss. 202 i 203.

¹⁸ Tak np. G. von Hoyningen-Huene, *Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz*, Heidelberg 1991, ss. 31 i 32; por. W. Gontarski, *Umowy...*, s. 189 i nn.; mówimy tutaj o kwestiach wydawałoby się oczywistych, które jednak w uchwale majowej okazały się dla SN niedostępne w szczególności ze względu na nierzetelne korzystanie z orzecznictwa luksemburskiego, o czym przekonuje nas to, że w doktrynie niemieckiej w kontekście art. 6 ust. 1 in fine dyrektywy 93/13 (transponowanego do systemu niemieckiego przepisem zawartym w § 306 III tamtejszego k.c., BGB) czymś oczywistym jest nieważność całkowita („Gesamtnichtigkeit” – tak np. T. Pfeiffer [w:] *AGB-Recht. Kommentar*, red. M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer, ed. 7, München 2020, komentarz do art. 6 dyrektywy 93/13, nr boczny 16), ale z niekwestionowaniem, iż sąd w zakresie ustalania nieważności działa z urzędu, czyli: „Sąd nie musi czekać na odpowiedni wniosek konsumenta” – T. Pfeiffer [w:] *AGB-Recht. Kommentar*, red. M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer, nr boczny 13 – z przytoczeniem w przyp. 73 wyroku TS z 30 maja 2013 r., Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, pkt 48, w którym to punkcie wyroku czytamy: „W związku z tym na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 powinien być interpretowany w ten sposób, że sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter warunku umownego, ma obowiązek, po pierwsze, wyciągnięcia wszystkich konsekwencji wynikających na podstawie prawa krajowego z takiego stwierdzenia – bez oczekiwania na wniosek konsumenta w tym zakresie w celu zapewnienia, iż konsument nie będzie związany takim warunkiem – oraz po drugie, oceny co do zasady na podstawie obiektywnych kryteriów, czy dana umowa może dalej istnieć bez takiego warunku”; wyrok ten w omawianym zakresie jest rozpowszechniony w piśmiennictwie polskim (W. Gontarski, *Nieważność klauzul abuzywnych w umowie*

Jak z tego bezdyskusyjnie wynika, w świetle prawa UE zgoda konsumenta na warunek nieuczciwy stanowi wyjątek. Istotny jest wcześniejszy wyrok TS z 21 lutego 2013 r., *Banif Plus Bank*, C-472/11, EU:C:2013:88, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo („rola przyznana w tej dziedzinie przez prawo unijne sądowi krajowemu nie ogranicza się do zwykłej możliwości orzeczenia w przedmiocie ewentualnie nieuczciwego charakteru warunku umownego, ale obejmuje także obowiązek zbadania tej kwestii z urzędu, od chwili gdy sąd krajowy dysponuje w tym celu niezbędnymi informacjami na temat okoliczności prawnych i faktycznych”), pkt 25 („Jeżeli chodzi o skutki, jakie należy wyciągnąć ze stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunku, to art. 6 ust. 1 dyrektywy wymaga, aby państwa członkowskie przewidziały, że taki warunek nie będzie wiążący dla konsumentów «na mocy prawa krajowego»”), pkt 27 zd. drugie i przytoczone tam orzecznictwo („Trybunał stwierdził jednak, że sąd krajowy nie ma obowiązku na podstawie dyrektywy wyłączać zastosowania danej klauzuli, jeżeli konsument, po poinformowaniu go przez rzeczony sąd, nie ma zamiaru powoływać się na nieuczciwy i niewiążący charakter”), pkt 35 („Owa przyznana konsumentowi możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii odpowiada również obowiązkowi ciążącemu na sądzie krajowym [...] uwzględnienia w odpowiednim przypadku woli wyrażonej przez konsumenta, jeżeli, mając świadomość niewiążącego charakteru danego nieuczciwego warunku, wskaże on jednak, iż sprzeciwia się temu, aby warunek ten został wyłączony, udzielając w ten sposób wyraźnej i wolnej zgody na dany warunek”) z odesłaniem do pkt 25.

Jeśli porównamy warunek składający się na konieczny składnik bezskuteczności zawieszonej (w wariantcie zastosowanym w uchwale majowej SN) – głoszący, iż strony umowy zawierającej warunki nieuczciwe są związane jej treścią – z cytowanym powyżej rozstrzygnięciem orzecznictwa luksemburskiego głoszącym, że „taki warunek nie będzie wiążący dla konsumentów «na mocy prawa krajowego»”, to uchwycimy charakter *contra legem* tej uchwały względem prawa Unii.

Nieuczciwy warunek umowy jako niewiążący *ex lege*, a nie na wniosek

Nieuczciwy warunek umowy ma być niewiążący *ex lege*, a nie na wniosek konsumenta (pozytywny obowiązek konsumenta) – jak rozstrzyga uchwała majowa SN. Zasadą jest odstąpienie od stosowania warunku nieuczciwego przy ustalaniu nieuczciwości przez sąd *ex officio* (pkt 53 wyroku w sprawie

kredytu hipotecznego. Glosa do wyroku TS z 21 grudnia 2016 r., C-154/15, C-307/15 i C-308/15, LEX/el. 2017 i orzecznictwo przytoczone w przyp. 22).

Dziubak, C-260/18), a nie na wnioszek (za zgodą) konsumenta, jak w sumie chce uchwała majowa, na co wskazuje już sama konstrukcja językowa jej uzasadnienia. W pierwszej kolejności wskazano tam – pomijając pkt 53 wyroku w sprawie Dziubak, C-260/18 – wyrażenie zgody przez konsumenta na obowiązywanie takiej umowy, co stanowi zaprzeczenie działania sądu z urzędu. Następnie zaś dodano: „Należy poinformowany konsument może też podjąć decyzję przeciwną (odmówić zgody), co spowoduje trwałą bezskuteczność (nieważność) niedozwolonego postanowienia”. Czynienie tak z powołaniem się na powyżej przytoczone orzecznictwo oznacza elementarną nierzetelność w korzystaniu z interpretacji TS w uchwale majowej pomijającej pkt 53 i pkt 65 wyroku w sprawie Dziubak, C-260/18. Stąd płynie kluczowy zarzut ze strony doktryny, głoszący, iż zastosowanie bezskuteczności zawieszanej z wyjątku czyni zasadę¹⁹ – to po pierwsze.

Po drugie, bierzemy pod uwagę kwestie temporalne, a konkretnie podejście *ex tunc* akcentowane w wykładni (wyniku wykładni) art. 4 ust. 1 dyrektywy zawartej np. w pkt 52 wyroku w sprawie Dziubak, C-260/18 pominiętym w uchwale majowej. Rozbieżność z orzecznictwem luksemburskim wynika z zastosowania przez SN konstrukcji prawnej polegającej na działaniu *ex post* w zakresie zgody konsumenta. Toteż uchwała majowa kłóci się nie tylko z ww. wykładnią art. 6 ust. 1, ale także z art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13/EWG, w myśl którego nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany w odniesieniu do momentu zawarcia umowy – jak zaakcentowano w piśmiennictwie na podstawie orzecznictwa luksemburskiego – „a nie późniejszego akceptującego oświadczenia woli konsumenta (odpada bezskuteczność zawieszona) albo wyroku konstytuowanego (odpada wzruszalność)”²⁰.

Po trzecie, pkt 1 lit. 1 załącznika do dyrektywy (także nietransponowany do systemu polskiego²¹) prawo do unieważniania umowy, czyli podejście *ex tunc* łączone z nieważnością bezwzględną, adresuje nie do sądu – ani tym bardziej do przedsiębiorcy – tylko do konsumenta; regulacja ta oparta jest zatem również na niewiążącym charakterze warunku abuzywnego jako zasadzie.

Pierwotnie doktryna, dokonując wykładni jedynie art. 385¹ § 1 k.c. (transponuje tylko art. 6 ust. 1 *in pr.* dyrektywy), w oderwaniu od prawa Unii, wybrała sankcję bezskuteczności zawieszanej (co do umów łączących przedsiębiorcę z konsumentem i zawierających warunki nieuczciwe), ale akcentując – odrzuconą w uchwale majowej SN – koncepcję *ipso iure* i *ab initio*²², z jednoczesnym podejściem *ex post* (potwierdzenie nieuczciwego postanowienia umowy

¹⁹ W. Gontarski, *Umowy...*, ss. 202 i 203.

²⁰ W. Gontarski, *Umowy...*, s. 203.

²¹ I. Parchimowicz-Gontarska, *Dyrektywa...*, ss. 62–65.

²² R. Trzaskowski, *Skutki sprzecznych z prawem umów obligacyjnych. W poszukiwaniu skutecznych i proporcjonalnych sankcji*, Warszawa 2013, s. 600: „[Dotknięta bezskutecznością zawieszoną] umowa nie wywołuje skutków prawnych *ipso iure* i *ab initio*, co sąd powinien uwzględnić z urzędu”.

ex post przez uprawnionego)²³ oraz z podkreśleniem niezgodności przepisu transponującego z transponowanym²⁴ – co samo w sobie powinno budzić wątpliwości dotyczące w pierwszej kolejności naruszenia nadrzędności prawa UE względem ustawodawstwa krajowego, wyrażonej w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Przeto doktryna – odnosząc do przepisu transponującego art. 6 ust. 1 dyrektywy *in pr.* („nieuczciwe warunki [...] nie będą wiążące dla konsumenta”) konstrukcję bezskuteczności zawieszanej, a nie nieważności bezwzględnej – miała świadomość niezgodności („innego znaczenia”) tak rozumianego prawa krajowego z unijnym; pominęła okoliczność, iż jest to sprzeczne z treścią samej dyrektywy²⁵.

Powstaje pytanie, dlaczego niedostępna okazała się dla SN wykładnia dokonana przez doktrynę krytyczną względem uchwały majowej – wydawałoby się dokonana *prima facie* i oparta na prostym odczytaniu z orzecznictwa Trybunału w Luksemburgu interpretacji art. 6 ust. 1 dyrektywy – wzmocniona ponadto prostą z językowo-logicznego punktu widzenia luksemburską wykładnią art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13 oraz pkt 1 lit. 1 załącznika, stosowana również w orzecznictwie TS. Jak powyżej wyjaśniono, pierwotnie bezskuteczność zawieszona była zaproponowana przez piśmiennictwo dokonujące wykładni art. 385¹ § 1 k.c. ze świadomym odejściem od znaczenia przepisu art. 6 ust. 1 *in pr.* dyrektywy. Natomiast w odniesieniu do skutków prawnych takiego rozwiązania zdaniem piśmiennictwa krytycznego wobec uchwały majowej czynienie przez SN zasady z wyjątku (prawa konsumenta do odstąpienia od nieważności) *per saldo* oznacza zagwarantowanie nieprzedawnienia roszczenia restytucyjnego banku powstałego w następstwie nieważności bezwzględnej i całkowitej umowy zawierającej niedozwolone postanowienia umowne (pkt 2 zd. drugie uchwały majowej). Jest to wyraz kierowania się stabilnością systemu bankowego – wartością obcą dyrektywie 93/13²⁶. Umożliwia się takie operowanie datą rozpoczynającą bieg przedawnienia roszczenia banku o zwrot kredytu, aby roszczenie to nie przedawniało się²⁷. „Nie wytrzymuje to konfrontacji z konstatacją, że najbardziej ogólnie ujmowane *ratio legis* realizuje interes przeciwny, tj. ochronę konsumenta jako strony słabszej, z określoną w art. 7 dyrektywy 93/13/EWG konsekwencją prawną w postaci odstraszania banków (prewencja indywidualna i generalna)”²⁸.

²³ R. Trzaskowski, *Skutki...*, *ibid.*

²⁴ R. Trzaskowski, *Skutki...*, s. 598: „Zastrzeżenie braku związania «konsumenta» ma tu – a przynajmniej może mieć – inne znaczenie niż w dyrektywie [...]”.

²⁵ J. Gontarska, *Obowiązki informacyjne banku w zakresie ryzyka walutowego w świetle prawa unijnego*, Warszawa 2016, ss. 111 i 112, przyp. 337: „[...] nieważność bezwzględna umowy – jako sankcja niewykonania przez bank przedkontraktowego obowiązku informacyjnego w określonym zakresie – wprost przewidziana została w pkt 1 lit. 1 w zw. z pkt 2 lit. d załącznika do dyrektywy 93/13/EWG, co Trybunał wziął pod uwagę w pkt 73 wyroku w sprawie *Kásler*”.

²⁶ Szerzej W. Gontarski, *Nieuczciwe warunki w umowach o kredyt konsumencki denominowany w walucie obcej*. Głosa do wyroku TS z 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, LEX/el. 2015.

²⁷ Tak W. Gontarski, *Umowy...*, s. 205.

²⁸ *Ibid.*

W sumie zgodnie z uchwałą majową dopiero zmiana stanu bezskuteczności umowy z zawieszanej na trwałą (nieważność) – przez brak sanowania w postaci obligatoryjnie składanego przez konsumenta oświadczenia woli z mocą wsteczną – czyni wymagalnymi roszczenia restytucyjne banku. W oczekiwaniu na ową zmianę, czyli na złożenie oświadczenia woli (potwierdzającego umowę albo definitywnie odmawiającego potwierdzenia) przez konsumenta odpowiednio poinformowanego, nie biegnie 3-letni termin przedawnienia roszczeń banku (przewidziany w art. 120 k.c.). Pod pozorem ochrony „wolnej” woli (zgody) konsumenta narusza się prawo Unii (przepisy dyrektywy gwarantujące ochronę konsumenta jako strony słabszej nawet przez ustanowienie prewencji indywidualnej i generalnej względem banków) w interesie przedsiębiorcy. Mało tego, zgoda ma być „wolna”, ale sformalizowana, czyli deklarowana wolność zostaje zniweczona albo przynajmniej zrelatywizowana formalizmem. Stan oczekiwania (określony mianem bezskuteczności zawieszanej) na oświadczenie „wolnej” woli konsumenta ma być poprzedzony oczekiwaniem na należyte poinformowanie konsumenta przez sąd bądź alternatywnie i (koniunkcja) bank musi wiedzieć o tym poinformowaniu (czyli wiedzieć, czy konsument ma wiedzę), a *onus probandi* w odniesieniu do tej koniunkcji leży po stronie konsumenta; jak to ujmuje SN w końcowej części uzasadnienia uchwały majowej: w ramach daleko idącej „swobody dowodowej” konsumenta. Terminy „wolność” i „swoboda” są używane przez SN w ten sposób, że nazwy zdecydowanie zostają oderwane od desygnatów.

W świetle prawa Unii wprawdzie „kwestia, od jakiego momentu stwierdzenie nieważności umowy będącej przedmiotem postępowania głównego wywołuje skutki, zależy wyłącznie od prawa krajowego”, ale tylko wtedy, gdy „zapewniona zostanie ochrona zagwarantowana konsumentom przez przepisy dyrektywy 93/13” – wyrok TS z 29 kwietnia 2021 r., Bank BPH, C-19/20, EU:C:2021:341, pkt 88. Rozstrzygnięcie to przytacza TS w wyroku z 16 marca 2023 r., M.B. i in. (Skutki unieważnienia umowy), C-6/22, EU:C:2023:216, pkt 19. Natomiast pkt 20 akcentuje (na podstawie przytoczonego tam orzecznictwa): „W szczególności ustalenie przez prawo krajowe ram prawnych ochrony zagwarantowanej konsumentom przez dyrektywę 93/13 nie może zmienić zakresu i – w związku z tym – istoty tej ochrony, podważając tym samym wzmocnienie skuteczności wspomnianej ochrony poprzez przyjęcie jednolitych zasad dotyczących nieuczciwych warunków”.

Zdawkowo SN w uchwale majowej odnosi się do „roszczeń właściciela względem posiadacza rzeczy w złej wierze z tytułu wynagrodzenia za korzystanie z rzeczy czy zwrotu pożytków (ich wartości) – pokrewnych roszczeniom z bezpodstawnego wzbogacenia”. Siłą rzeczy wywołuje to spory dotyczące tego, czy w przypadku ustalenia nieważności bezwzględnej całkowitej (art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy) w świetle art. 7 ust. 1 dyrektywy (faktycznie konsekwentnie pomijanego przez SN w uchwale majowej, chociaż deklaratyw-

nie stosowanego) instytucja kredytowa ma prawo żądać od konsumenta rekompensaty wykraczającej poza zwrot kapitału wypłaconego z tytułu wykonania tej umowy, a tym samym otrzymania wynagrodzenia za korzystanie z tego kapitału przez konsumenta. Negatywnie na to pytanie odpowiadała wcześniej doktryna²⁹, a później potwierdził to *expressis verbis* TS w wyroku z 15 czerwca 2023 r., Bank M. (Skutki uznania umowy za nieważną), C-520/21, EU:C:2023:478, pkt 84.

Bezskuteczność zawieszona i wynagradzanie banku jako obce dyrektywie 93/13

Dopiero od momentu złożenia przez konsumenta odpowiedniego oświadczenia o stosowaniu przepisów dyrektywy 93/13 strony mogą zażądać skutecznie zwrotu nienależnego świadczenia. Paradoksalnie kredytobiorca (konsument) ze względu na przepisy dyrektywy nastawione na ochronę jego interesów nie może zakładać, iż roszczenie banku o zwrot wypłaconego kredytu uległo przedawnieniu w terminie liczonym tak, jakby wezwanie do zwrotu udostępnionego kredytu było możliwe już w dniu jego udostępnienia (art. 120 § 1 zd. 2 k.c.). Taka wykładnia sformułowana w uchwale majowej SN jest odrzucona przez TS w wyroku w sprawie mBank, C-140/22. Jak odnotował TS (pkt 28 i nn.), wykładnia prawa polskiego – dotycząca skutków braku wiążącego charakteru niedozwolonych postanowień umownych – uchodziła za ugruntowaną do czasu wydania uchwały przez SN. Przez pytanie prejudycjalne sąd odsyłający w istocie dążył do ustalenia dwóch kwestii dotyczących tego, czy art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że w kontekście uznania nieważności całkowitej i bezwzględnej umowy kredytu hipotecznego zawartej z konsumentem przez bank z powodu tego, iż umowa ta zawierała przedmiotowo istotny nieuczciwy warunek³⁰ :

²⁹ I. Parchimowicz, W. Gontarski, Błędnie przetłumaczony przepis dyrektywy przyczyną absurdalnych rozbieżności w orzecznictwie sądów polskich. Glosa do uchwały SN z 20.06.2018 r., III CZP 29/17, „Państwo i Prawo” 2023, 8, s. 174 (i piśmiennictwo powołane w przyp. 11): „[...] skoro zobowiązania zwrotu świadczeń obu stron – zarówno w odniesieniu do wzruszalności, jak i nieważności bezwzględnej – powstają i stają się wymagalne *ex tunc* (zwrot restytucyjny, czyli bez zasady ekwiwalentności), to o jakichkolwiek odsetkach czy o innej formie opłaty (wynagrodzenia) za korzystanie z kredytu z umowy całkowicie nieważnej bezwzględnie (oprócz odsetek z tytułu zwłoki w zwrocie kapitału, czyli kredytu) mowy być nie może. Do takiego wniosku dochodzimy zwłaszcza – a nawet przede wszystkim – przy uwzględnieniu celu prewencyjnego dyrektywy i związanego z tym przeciwdziałania obarczaniu kredytobiorcy ryzykiem walutowym”.

³⁰ Wyrok TS z 14 marca 2019 r., C-118/17, Dunai, EU:C:2019:207, np. pkt 52 zd. pierwsze (z glosą W. Gontarskiego, LEX/el. 2019): „Tymczasem w tej sprawie – jak już wspomniano w pkt 48 niniejszego wyroku – klauzula ryzyka walutowego określa główny cel umowy”; jak zwrócono uwagę w piśmiennictwie niemieckim (F. Graf von Westphalen, Nutzungsbedingungen von Facebook – Kollision mit europäischem und deutschem AGB-Recht, Verbraucher und Recht [VuR] – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht 2017, 9, s. 329 i piśmiennictwo powołane w przyp. 62), w uwagach do art. 6 ust. 1 *in fine* dyrektywy 93/13, z brzmienia tego przepisu jasno wynika, że dalsze istnienie umowy uwzględniamy jedynie wówczas, gdy umowa może nadal

- ◆ stoją te przepisy na przeszkodzie wykładni sądowej prawa krajowego, zgodnie z którą wykonywanie praw, które konsument wywodzi z tej dyrektywy, jest uzależnione od złożenia przez tego konsumenta przed sądem oświadczenia (albo w postępowaniu pozasądowym), w drodze którego twierdzi on, po pierwsze, że nie wyraża zgody na utrzymanie tego warunku, po drugie, że jest świadomy z jednej strony faktu, że nieważność wspomnianego warunku pociąga za sobą uznanie wspomnianej umowy za nieważną, a z drugiej – konsekwencji tego uznania nieważności, a po trzecie, że wyraża zgodę na uznanie tej umowy za nieważną;
- ◆ stoją na przeszkodzie temu, aby rekompensata żądana przez danego konsumenta z tytułu zwrotu kwot, które zapłacił on w wykonaniu rozpatrywanej umowy, została pomniejszona o równowartość odsetek (kapitałowych), które ta instytucja bankowa otrzymałaby, gdyby umowa ta pozostała w mocy (pkt 52 wyroku).

W odniesieniu do kwestii:

- 1) pozytywnego obowiązku składania przez konsumenta sformalizowanego oświadczenia o woli niezakwestionowania albo zakwestionowania (w tej kolejności) klauzul abuzywnych oraz
 - 2) prawa banku do wynagrodzenia z tytułu tzw. pozaumownego korzystania przez konsumenta z kredytu udzielonego na podstawie umowy nieważnej
- TS udzielił odpowiedzi odrzucającej możliwość korzystania z takich konstrukcji normatywnych (sentencja, tiret pierwsze i tiret drugie). Wydaje się to oczywiste, jeśli weźmiemy pod uwagę wcześniejsze orzecznictwo luksemburskie³¹. Jak w szczególności kontrargumentował Trybunał w zakresie pkt 1 majowej uchwały SN, zastrzeżona dla konsumenta możliwość sprzeciwienia się stosowaniu dyrektywy 93/13 nie może być rozumiana jako „pozytywny obowiązek powołania się na przepisy tej dyrektywy w drodze sformalizowanego oświadczenia złożonego przed sądem” (pkt 56). „Nałożenie na konsumenta obowiązku złożenia sformalizowanego oświadczenia w celu dochodzenia roszczeń mogłoby podważyć odstraszający skutek, jaki art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 w związku z art. 7 ust. 1 tej dyrektywy zamierza przypisać stwierdzeniu nieuczciwego charakteru warunków istniejących w umowach zawieranych przez przedsiębiorcę z konsumentami” (pierwsza część pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).

Oba te przepisy wskazane są przez Trybunał także na uzasadnienie rozstrzygnięcia dotyczącego wynagrodzenia banku. Stoją one na przeszkodzie wykładni sądowej prawa państwa członkowskiego, zgodnie z którą wspo-

istnieć zgodnie ze swoim celem i istotną treścią („Zweck und wesentlichem Inhalt”) – bez klauzuli abuzywnej; czynimy tak mimo rozbieżności w poszczególnych urzędowych wersjach językowych art. 6 ust. 1 in fine – w odniesieniu do tych rozbieżności por. T. Pfeiffer [w:] AGB-Recht, nr boczny 13.

³¹ Por. np. W. Gontarski, *Wygrała sprawiedliwość, przegrała chciwość*, rp.pl z 15 czerwca 2023 r.

mniana instytucja bankowa ma prawo żądać od konsumenta rekompensaty wykraczającej poza zwrot kapitału wypłaconego z tytułu wykonania tejże umowy oraz poza zapłatę ustawowych odsetek za zwłokę liczonych od dnia wezwania do zapłaty (pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo).

Manipulowanie terminem przedawnień na korzyść banku jako obce dyrektywie 93/13

Wyrok w sprawie Getin Noble Bank, C-28/22 stanowi logiczną konsekwencję i uszczegółowienie konsekwencji odrzucenia bezskuteczności zawieszanej w sprawie mBank, C-140/22. Krajowy kontekst w sprawie Getin Noble Bank, C-28/22 zasadza się na ustanowionej w polskim k.c. (art. 118) asymetrii przedawnienia roszczeń restytucyjnych przedsiębiorcy (przedawnienie po trzech latach) i konsumenta (przedawnienie po sześciu lub dziesięciu latach³²), co od lat było traktowane w piśmiennictwie jako rozstrzygnięcie oczywiste³³, a co *expressis verbis* zakwestionowano uchwałą majową SN. Trybunał w wyroku w sprawie Getin Noble Bank, C-28/22 (pkt 71 zd. pierwsze) argumentuje, że przyjęta przez SN w uchwale majowej wykładnia prawa polskiego (będąca następstwem zastosowania bezskuteczności zawieszanej) – zakładająca, iż zainteresowany konsument nie mógłby uzyskać odsetek za opóźnienie od dnia wniesienia przez niego żądania zwrotu kwot zapłaconych na podstawie nieuczciwych warunków zawartych we wspomnianej umowie – zachęcałaby wspomnianego przedsiębiorcę, z naruszeniem dyrektywy 93/13, do systematycznego odrzucania takich żądań konsumenckich (pkt 71 zd. drugie; por. sentencja, pkt 1 z przytoczeniem utrwalonej wykładni art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy wspieranej zasadą skuteczności rozumianej jako wymóg skutecznej ochrony sądowej w znaczeniu nadanym w pkt 62 tego wyroku i w przytoczonym tam orzecznictwie, tj. ze wskazaniem art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej).

Idąc dalej tym tokiem rozumowania: oba ww. przepisy dyrektywy stoją też na przeszkodzie – wbrew następstwom uchwały majowej SN – powstawaniu swoistej, korzystnej dla banków asymetrii, odwrotnej do tej zapisanej w art. 118 k.c. Mianowicie, przepisy te sprzeciwiają się wykładni sądowej prawa krajowego, zgodnie z którą po upadku umowy kredytu hipotecznego

³² Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy z 13 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 1104) do przysługujących konsumentowi roszczeń powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i w tym dniu jeszcze nieprzedawnionych, których terminy przedawnienia są określone w art. 118 i art. 125 § 1 [kodeksu cywilnego], stosuje się przepisy [kodeksu cywilnego] w brzmieniu dotychczasowym.

³³ Na przykład W. Gontarski, Przewalutowanie kredytu według kursu z dnia wypłaty kredytu jako konsekwencja niedozwolonej klauzuli. Głosa do wyroku SN z 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, LEX/el. 2017.

– z uwagi na umieszczone w tej umowie nieuczciwe warunki – termin przedawnienia roszczeń tego przedsiębiorcy rozpoczyna bieg dopiero od dnia, w którym staje się ona trwale bezskuteczna, podczas gdy termin przedawnienia roszczeń tego konsumenta wynikających z nieważności tej umowy rozpoczyna bieg w chwili, w której dowiedział się on lub powinien dowiedzieć się o nieuczciwym charakterze warunku powodującego tę nieważność (pkt 75 oraz sentencja, pkt 1).

Następnie TS zajął się odpowiedzią na pytanie – też dotyczące konsekwencji stosowania bezskuteczności zawieszanej w uchwale majowej SN – od jakiego momentu należne są konsumentom odsetki za opóźnienie od kwot rat kapitałowo-odsetkowych, które powinny im zostać zwrócone z powodu upadku umowy. Przez wzgląd na skuteczność ochrony przyznanej konsumentom w art. 6 ust. 1 *in fine* i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 odpada możliwość, aby konsumenci byli narażeni na ryzyko nieotrzymania odsetek za opóźnienie od kwot, które powinny im zostać zwrócone jako konsekwencja nieważności *ex nunc* i *ex lege* takiej umowy, od momentu upływu terminu nałożonego na przedsiębiorcę do wykonania świadczenia (pkt 86).

I dalej, też na podstawie art. 6 ust. 1 *in fine* i art. 7 ust. 1 dyrektywy, Trybunał rozstrzyga w kwestii wzmacniającej niekorzystne dla konsumenta skutki stosowania bezskuteczności zawieszanej. Mowa jest o prawie przedsiębiorcy do zatrzymania (art. 497 k.c.) polegającym na uzależnieniu zwrotu konsumentowi świadczeń (otrzymanych od tego przedsiębiorcy) od przedstawienia przez tegoż konsumenta: 1) oferty wzajemnego zwrotu świadczeń (czyli tych świadczeń, które sam otrzymał od tegoż przedsiębiorcy) albo 2) gwarancji zwrotu tych świadczeń; jednakże możliwość powołania się na takie prawo zależy od tego, czy roszczenie to uległo przedawnieniu. Trybunał wykluczył tak rozumiane uprawnienie przedsiębiorcy, ale jedynie w zakresie powodującym utratę przez konsumenta prawa do uzyskania odsetek za opóźnienie od momentu upływu terminu nałożonego na danego przedsiębiorcę do wykonania świadczenia po tym, jak przedsiębiorca ten otrzyma wezwanie do zwrotu świadczeń zapłaconych mu w wykonaniu tej umowy (pkt 87 i sentencja, pkt 3).

Dodatkowo, w stosunku do wszystkich powyżej omawianych kwestii temporalnych związanych bezpośrednio z bezskutecznością zawieszoną, Trybunał rozstrzygnął w zakresie *causy* tych kwestii, tj. pozytywnego obowiązku konsumenta w zakresie zgody – wyrażanej w drodze sformalizowanego oświadczenia – na niestosowanie (zasada) albo stosowanie (wyjątek) dyrektywy 93/13. Przepisy art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 tej dyrektywy nie stoją na przeszkodzie wykładni sądowej prawa krajowego, zgodnie z którą na przedsiębiorcy, który zawarł umowę kredytu hipotecznego z konsumentem, nie spoczywa obowiązek sprawdzenia, czy konsument ten ma wiedzę o skutkach usunięcia nieuczciwych warunków zawartych w tej umowie lub o niemoż-

ności zachowania mocy wiążącej owej umowy w przypadku usunięcia tych warunków (pkt 81 i sentencja, pkt 2). Słowem, bank nie musi wiedzieć, czy konsument odpowiednią wiedzę ma, co oznacza przeciwieństwo interpretacji zawartej w uchwale majowej SN nastawionej na formalizowanie w rozmaitych aspektach zgody konsumenta celem ochrony interesu banków poprzez manipulowanie kwestiami temporalnymi.

Wnioski

W myśl art. 6 ust. 1 *in fine* i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 ustalenie upadku umowy jako nieważnej bezwzględnie powinno oznaczać zapewnienie konsumentowi roszczeń o charakterze restytucyjnym (a nie ekwiwalentnych, co *ex definitione* wyklucza wynagrodzenia banku z tytułu pozaumownego korzystania z kredytu), których zakres nie będzie uzależniony od składania dodatkowych oświadczeń (potwierdzeń konsumenta). Przepisy te stosowane są *ex lege*, a nie na wniosek konsumenta. Tak można uogólnić kluczowe rozstrzygnięcia dotyczące kwestii temporalnych – z zakresu przedawnienia roszczeń restytucyjnych powstałych w wyniku upadku umowy – przedstawione w dwóch wyrokach Trybunału Sprawiedliwości UE wydanych w grudniu 2023 r. w reakcji na pytania prejudycjalne sądów polskich. W tych judykatach TS zanegował przeciwne rozstrzygnięcia zawarte w uchwale (7) Sądu Najwyższego z 7 maja 2021 r. III CZP 6/21 nastawionej na ochronę interesów banków kosztem prawa Unii.

W prawie polskim w interesującym nas zakresie wad czynności prawnych przewidziano – generalnie rzecz biorąc – dwojakiego rodzaju konsekwencje prawne:

1. Obowiązek zwrotu nienależnego świadczenia staje się wymagalny, gdy nie zostaje spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do jego wykonania, czyli w skrajnej sytuacji nawet od daty wypłacenia kredytu (*ex lege* i *ex tunc*);
2. Jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie (na wniosek, czyli *ex post*).

W omawianych wyrokach z grudnia 2023 roku TS *expressis verbis* odrzucił wariant drugi. Zakwestionowana została, narzucona wbrew prawu Unii w uchwale majowej SN, bezskuteczność zawieszona. Sankcja ta oznacza, iż bieg terminu przedawnienia roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia, którym to roszczeniem dysponuje przedsiębiorca z powodu nieważności

umowy związanej z nieuczciwym charakterem warunku, może się rozpocząć dopiero od chwili, w której dana umowa stała się trwale bezskuteczna. Umowa stanie się trwale bezskuteczna w następstwie tego, że konsument nie zgodzi się w sposób sformalizowany na umowę z klauzulami abuzywnymi, ale wola konsumenta ma być w tym sensie „wolna”, że musi on udowodnić, iż wie, jakie są konsekwencje upadku umowy i że bank wie o tej wiedzy konsumenta, na czym z kolei polega – narzucony również przez uchwałę majową SN kosztem prawa Unii – leżący po stronie konsumenta sformalizowany obowiązek składania oświadczenia. Powoduje to asymetrię na niekorzyść konsumenta przedawnienia roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia, które przysługuje wzajemnie konsumentowi i przedsiębiorcy. Bieg terminu roszczenia konsumenta nie może się rozpocząć, zanim konsument dowiedział się o niedozwolonym charakterze warunku umownego (i konsekwencji tego w postaci możliwości upadku umowy). Wtedy termin przedawnienia roszczeń konsumenta wynikających z nieważności umowy kredytu hipotecznego rozpoczyna bieg przed dniem, w którym rozpoczyna się bieg terminu przedawnienia roszczenia przedsiębiorcy. Jest to asymetria mogąca naruszyć ochronę konsumenta zagwarantowaną w dyrektywie 93/13 i przeciwna logice zasadzającej się na tym, że od profesjonalisty (banku) wymagamy więcej niż od nieprofesjonalisty (konsumenta). Z logiką uchwały majowej SN nie zgodził się TS w obu omawianych wyrokach będących wyrazem utrwalonej linii orzecznictwa luksemburskiego. Logika SN stanowi także proste zaprzeczenie logiki oddanej w art. 118 k.c.

W sumie SN w uchwale majowej na tyle nierzetelnie przytacza dorobek orzecznicy TS, że próbuje za pomocą tego orzecznictwa wykazać, iż gdyby nie obowiązywały przepisy dyrektywy 93/13 (w szczególności zastosowane w obu grudniowych wyrokach TS: art. 6 ust. 1 *in fine* i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13, nietransponowane do systemu polskiego) jako *lex specialis* nastawione na ochronę konsumentów jako strony słabszej, to przepisy ogólne prawa cywilnego (jako *lex generalis*) gwarantowałyby konsumentom dalej idącą ochronę. Po prostu SN wyłączył logiczne myślenie. Patrząc z innego punktu widzenia, SN chciał pośrednio wykazać, iż kwestia upadku umów o kredyty w walutach obcych rozstrzygana po myśli prawa UE na tyle będzie zagrażać stabilności sektora bankowego, że na czas zakończenia sporów sądowych o te umowy należy jakoś przynajmniej funkcjonalnie zawiesić członkostwo Polski w Unii przez wyłączenie uwzględniania utrwalonego orzecznictwa TS wydanego na podstawie ww. przepisów prawa pochodnego.

Taka sytuacja prawna konsumentów pod rządami uchwały majowej SN, mającej rangę zasady prawa, siłą rzeczy czyni z zarzutu naruszenia prawa materialnego jako nieobligatoryjnego składnika apelacji najbardziej kontrowersyjną kwestię tego środka zaskarżenia. Ponadto Trybunał w pierwszym z grudniowych wyroków odrzucił – także na podstawie 6 ust. 1 *in fine* i art. 7

ust. 1 dyrektywy – wynagrodzenie banku z tytułu pozaumownego korzystania przez konsumenta z kredytu udzielonego na podstawie upadłej umowy. Chociaż przeciwny wniosek można wyprowadzić z uchwały majowej Sądu Najwyższego.

W końcu TS, kontynuując sprzeciw wobec manipulowania kwestiami temporalnymi na korzyść banków, odrzucił prawo banku do zatrzymania roszczenia restytucyjnego należnego konsumentowi (spłacone raty kredytu) w zakresie powodującym utratę przez konsumenta prawa do uzyskania odsetek za opóźnienie – od momentu upływu terminu nałożonego na danego przedsiębiorcę do wykonania świadczenia po tym, jak przedsiębiorca ten otrzyma wezwanie do zwrotu świadczeń zapłaconych mu w wykonaniu nieważnej umowy.

Abstrakt

W systemie polskim przyjęto model apelacji pełnej. Sąd drugoinstancyjny orzeka na zasadach *da mihi factum, dabo tibi ius* oraz *facta probantur, iura novit curia*. Toteż do nieobligatoryjnych zarzutów apelacji należy naruszenie prawa materialnego. I ten składnik apelacji w sprawach kredytów w walutach obcych okazuje się najbardziej kontrowersyjny, co wynika z najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na czym skupia się niniejsza publikacja. Trybunał w wyroku w sprawie mBank, C140/22 przedstawił w opozycji do uchwały (7) Sądu Najwyższego z 7 maja 2021 r. III CZP 6/21 wykładnię nietransponowanych do systemu polskiego art. 6 ust. 1 *in fine* i art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13. Według Trybunału zagwarantowana przez utrwalone orzecznictwo luksemburskie możliwość sprzeciwiania się przez konsumenta stosowaniu dyrektywy 93/13 nie może być rozumiana w ten sposób, że nakłada na niego, w celu dochodzenia praw, które wywodzi z tej dyrektywy, pozytywny obowiązek powołania się na przepisy tej dyrektywy w drodze sformalizowanego oświadczenia złożonego przed sądem. Oznaczałoby stosowanie przepisów dyrektywy na wniosek, a nie *ex lege*, jako wyraz zawieszony bezskuteczności do czasu zakończenia tego stanu przez zainteresowanego konsumenta, zamiast wymaganej prawem Unii nieważności bezwzględnej (*ex tunc, ex lege*) – to po pierwsze; po drugie, art. 6 ust. 1 *in fine* i art. 7 ust. 1 dyrektywy sprzeciwiają się wynagrodzeniu banku z tytułu pozaumownego korzystania przez konsumenta z kredytu w przypadku nieważności bezwzględnej i całkowitej umowy, w tym w postaci możliwości obniżenia roszczeń dochodzonych przez konsumenta o równowartość odsetek kapitałowych, które bank otrzymałby, gdyby umowa ta pozostała w mocy. Logiczną konsekwencją i uszczegółowieniem powyższego jest wyrok w sprawie Getin Noble Bank, C-28/22, gdzie TS sprzeciwił się na tyle absurdalnej wykładni zawartej w uchwale majowej SN, że wyłączone zostało, kosztem interesów konsumenta, stosowanie przepisów ogólnych, w myśl których początek biegu przedawnienia roszczeń restytucyjnych banku wobec konsumenta i *vice versa* biegnie już od momentu, gdy konsument w banku zakwestionował ważność umowy o kredyt, czyli od wezwania o zwrot kwot rat spłaconego

kredytu, tj. po tym jak przedsiębiorca ten otrzyma wezwanie do zwrotu tych kwot. Oba wyroki oznaczają powrót do wykładni z okresu sprzed wydania uchwały majowej SN.

Słowa kluczowe: nieważność bezwzględna, model pełnej apelacji, bieg przedawnienia roszczeń restytucyjnych, nieobligatoryjne zarzuty apelacji, pozytywny obowiązek powoływania się na przepisy dyrektywy, bezskuteczność zawieszona.

BIBLIOGRAFIA

AGB-Recht. Kommentar, red. M. Wolf, W.F. Lindacher, T. Pfeiffer, ed. 7, München 2020, beck-online.

Gontarska J., Obowiązki informacyjne banku w zakresie ryzyka walutowego w świetle prawa unijnego, Warszawa 2016.

Gontarski W., Nieuczciwe warunki w umowach o kredyt konsumencki denominowany w walucie obcej. Glosa do wyroku TS z 30 kwietnia 2014 r., C-26/13, LEX/el. 2015.

Gontarski W., Nieważność klauzul abuzywnych w umowie kredytu hipotecznego. Glosa do wyroku TS z 21 grudnia 2016 r., C-154/15, C-307/15 i C-308/15, LEX/el. 2017.

Gontarski W., Zakaz poszukiwania sprawiedliwego kursu wymiany jako wymóg prawa Unii. Glosa do postanowienia ETPC z 27 listopada 2018 r., 22853/15 oraz do wyroku TS z 14 marca 2019 r., C-118/17, LEX/el. 2019.

Gontarski W., *Wygrała sprawiedliwość, przegrała chciwość*, rp.pl z 15 czerwca 2023 r.

Graf von Westphalen F., Nutzungsbedingungen von Facebook – Kollision mit europäischem und deutschem AGB-Recht, Verbraucher und Recht (VuR) – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht 2017, 9.

Gutowski M., *Bezskuteczność czynności prawnej*, Warszawa 2013.

Hoyningen-Huene G. von, *Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz*, Heidelberg 1991.

Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny, red. T. Szanciło, Warszawa 2022.

Parchimowicz I., Gontarski W., *Błędnie przetłumaczony przepis dyrektywy przyczyną absurdalnych rozbieżności w orzecznictwie sądów polskich*. Glosa do uchwały SN z 20.06.2018 r., III CZP 29/17, „Państwo i Prawo” 2023, 8.

Prawna ochrona konsumenta rynku usług bankowych, red. T. Szanciło, Warszawa 2023.

Sikora A., *Reforma postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, 5.

System prawa cywilnego, tom 1, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985.

System prawa cywilnego, tom 5. Środki zaskarżenia, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2023.

Trzaskowski R., Skutki sprzecznych z prawem umów obligacyjnych. W poszukiwaniu skutecznych i proporcjonalnych sankcji, Warszawa 2013.

Wägenbaur B., Court of Justice of the European Union. Commentary on Statute and Rules of Procedure, München 2013.

Wägenbaur B., Satzung und Verfahrensordnungen des Gerichtshofs und des Gerichts der Europäischen Union, Kommentar, ed. 2, München 2017, beck-online.

Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, wyd. 3, Warszawa 2017.