

Sygn. akt I ACa 674/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 stycznia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Suter (spr.)
Sędziowie	:	SA Bogusław Dobrowolski SO del. Alicja Dubij
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w W.**

przeciwko **P. Ł.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 13 kwietnia 2017 r. sygn. akt I C 478/16

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4.050 złotych tytułem kosztów instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. w W. wniósł przeciwko pozwanemu P. Ł. o zapłatę kwoty 23.953,88 CHF (franki szwajcarskie) z umownymi odsetkami w wysokości 1,8 razy stopa odsetek ustawowych, jednak nie wyższymi od odsetek maksymalnych za opóźnienie, za okres od 16 marca 2016 r. do dnia zapłaty - z wnioskiem o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym. Wskazał w uzasadnieniu, że jest następcą prawnym (...) w K. (podział i przejęcie części majątku banku z pakietem wierzytelności), który w dniu 20.09.2004 r. zawarł z pozwanym umowę kredytu hipotecznego nr (...) - (...), a pozwany nie uregulował zobowiązań z tej umowy, co skutkowało jej wypowiedzeniem przez bank. Wysokość zadłużenia wynikać miała

z wyciągu z ksiąg banku i składała się na nią: należność główna - 21.907,69 CHF, odsetki umowne od 10.11.2014 r. do 15.03.2016 r. – 2.046,19 CHF i dalsze odsetki – jak w żądaniu.

Sąd Okręgowy w Olsztynie nakazem zapłaty z dnia 6.06.2016 r. uwzględnił powództwo w całości.

Pozwany zaskarżył nakaz zapłaty w całości i zakwestionował zasadność dochodzonych roszczeń. Zarzucił powodowi, że:

1) umowa jest nieważna jako sprzeczna z art. 69 Prawa bankowego, ponieważ nie określa kwoty kredytu - środkami oddanymi mu do dyspozycji były złote polskie, a to nie suma złotych została wskazana w umowie, lecz franków szwajcarskich, ponadto kurs waluty, po którym miało nastąpić przeliczenie do wypłaty, nie był znany w chwili zawarcia umowy,

2) załącznik nr 7 do umowy jest w ust. 2 pkt 2 niedozwolony, ponieważ wynika z niego arbitralne prawo do ustalenia wysokości ww. kursu waluty, dlatego nie było podstaw do wypłaty kredytu - bank powinien był dokonać wypłaty w (...), wypłacone świadczenie było nienależne, a umowa niewykonana,

3) umowa jest nieważna jako sprzeczna z art. 358 k.c. - w brzmieniu obowiązującym w dniu jej zawarcia, z którego wynikało, że zobowiązania pieniężne mogą być wyrażone wyłącznie w złotych polskich.

Odpowiadając na zarzuty pismem procesowym z 25.08.2016 r. (k. 75), powód podtrzymał stanowisko, wskazując w odniesieniu do nieważności, że umowa została zawarta w walucie obcej, a ustalenie przez strony dyspozytywnych postanowień nie zmienia jej obligatoryjnych elementów (chodzi o ustalenie, że wykonanie zobowiązania nastąpi w PLN po przeliczeniu wg kursu kupna waluty obowiązującego w banku). Powód dochodzi zapłaty w walucie obcej, ale w jego ocenie mógłby domagać się jej równie dobrze w złotych polskich. W przypadku kredytu udzielonego w (...) to właśnie tak określona kwota kredytu, po pomniejszeniu o spłaty, wyznacza wysokość zadłużenia. Potwierdza to fakt ustanowienia hipotek w walucie obcej i wezwanie dłużnika do zapłaty w (...). Zdaniem powoda, art. 358 §1 k.c. przyznaje dłużnikowi prawo do wyboru waluty przy spełnieniu świadczenia. Pozwany nie spłaca zadłużenia od 2008 r. Był zobowiązany do spłaty sumy wyrażonej w (...) przeliczanej zgodnie z postanowieniami umowy. Miał możliwość wnioskowania o zmianę zapisów umowy zgodnie z nowelizacją Prawa bankowego dokonaną ustawą z 29.07.2011 r., polegającą na wprowadzeniu art. 69 ust. 2 pkt 4a. Co do zarzutu abuzywności klauzuli umownej powód wskazał, że jest ona dokonywana in abstracto w postępowaniu odrębnym przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie zachodzą nadto w tej sprawie łączne przesłanki zawarte w art. 385<sup>1</sup> §1 k.c.

Pismem procesowym z 20.12.2016 r. (k. 128) pozwany dokonał poszerzenia argumentacji dotyczącej nieważności umowy. Odnosząc się natomiast do odpowiedzi powoda na zarzuty od nakazu zapłaty, pozwany wskazał m.in., że art. 69 ust. 2 pkt 4a i ust. 3, które weszły w życie na podstawie ustawy z dnia 29.07.2011 r. - nowelizującej Prawo bankowe, nie mogą stanowić podstawy uznania umowy kredytu za ważną. Ważność czynności prawnej ocenia się wg stanu prawnego z dnia czynności (tu: zawarcia umowy). Nieważnej umowy nie można sanować za pomocą przyszłej ustawy, ponieważ stanowiłoby to pogwałcenie konstytucyjnej zasady niedziałania prawa wstecz.

Na rozprawie (protokół k. 186) pozwany podniósł dodatkowy zarzut, nieobjęty zarzutami od nakazu zapłaty – sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego, wyrażającej się tym, że w okolicznościach niniejszej sprawy bank wcale nie musiał dysponować frankami, skoro zarówno wypłata kredytu, jak i jego spłata miała następować w złotych, zatem uzależnienie wysokości wypłaty i wysokości spłat od kursu waluty obcej nie ma żadnego uzasadnienia i prowadzi do bezpodstawnego wzrostu zadłużenia kredytowego.

Wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2017 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie uchylił w całości nakaz zapłaty wydany 6 czerwca 2016 r. w postępowaniu nakazowym (sygn. akt I Nc 80/16) i oddalił powództwo oraz zasądził od powoda Banku (...) S.A. w W. na rzecz pozwanego P. Ł. kwotę 7.200 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Powód jest następcą prawnym po Bank (...) S.A. w K., do którego doszło w wyniku podziału tego banku i przejęcia przez powoda części jego majątku z pakietem wierzytelności, w tym z wierzytelnością sporną w tej sprawie.

Przed podziałem - 20.09.2004 r. - Bank (...) S.A. w K. zawarł z pozwanym (konsumentem) umowę kredytu hipotecznego nr (...) - (...), w której strony zawarły najistotniejsze dla sprawy postanowienia, a mianowicie:

(§2) Bank udziela kredytobiorcy na warunkach określonych w umowie oraz regulaminie kredytowania osób fizycznych w Banku (...) S.A. kredytu w wysokości 25.000 CHF, a kredytobiorca zobowiązuje się do wykorzystania i zwrotu kredytu wraz z odsetkami. Kredyt przeznaczony jest na finansowanie zaliczek wpłacanych na konto developera celem zakupu lokalu mieszkalnego nr (...) w B. przy ul. (...). Kredyt zostaje udzielony na 264 miesiący (w tym 4 miesiące na wykorzystanie kredytu i 260 miesięcy na spłatę) z ostatecznym terminem spłaty do 10.09.2026 r.

(§4) W dniu sporządzenia umowy oprocentowanie kredytu wynosi 3,40% w stosunku rocznym. W całym okresie kredytowania stanowi sumę stawki LIBOR dla terminów 6-miesięcznych i marży w wysokości 2,60%, która będzie stała. Oprocentowanie kredytu stanowiące podstawę naliczania odsetek ustalane w powyższy sposób może różnić się od wartości podanej w ust. 1 (3,40%). O wysokości oprocentowania bank zawiadomi kredytobiorcę pisemnie w terminie 14 dni od dnia uruchomienia kredytu lub pierwszej transzy. Oprocentowanie kredytu ulega zmianie w zależności od zmiany ww. stopy LIBOR. Na wniosek kredytobiorcy możliwa jest zmiana oprocentowania ze stopy zmiennej na stałą.

(§5) Kredyt lub transza kredytu zostaną wypłacone na podstawie wniosku kredytobiorcy (wzór - załącznik nr 1). Wypłata następuje zgodnie z harmonogramem wypłat (załącznik nr 2).

(§9) Spłaty zadłużenia będą dokonywane poprzez obciążenie rachunku kredytobiorcy, z którego bank będzie pobierał środki na spłatę zadłużenia.

(§12) Wysokość oprocentowania dla zadłużenia przeterminowanego jest zmienna i w dniu sporządzenia umowy wynosi 1,8 stopy odsetek ustawowych w stosunku rocznym.

(Załącznik nr 2 - harmonogram wypłaty kredytu) Wysokość transz kredytu w walucie kredytu - zgodnie z umową zawartą z developerem.

(Załącznik nr 7) Kwota kredytu wypłacana jest w złotych po przeliczeniu według kursu kupna waluty kredytu obowiązującego w banku zgodnie z tabelą kursów Banku (...) S.A. ogłaszaną w siedzibie banku w dniu wypłaty kredytu lub transzy kredytu. Kwota spłaty podlega przeliczeniu na złote po kursie sprzedaży waluty kredytu obowiązującym w banku zgodnie z tabelą kursów banku ogłaszaną w siedzibie banku na koniec dnia spłaty.

Bezspornym w sprawie było, że w 2008 r. pozwany przestał spłacać zadłużenie.

Pismem z 12.02.2015 r. (odpis k. 10) powód wypowiedział mu umowę, jednocześnie oświadczając, że okres wypowiedzenia wynosi 30 dni od daty otrzymania wypowiedzenia, a z końcem okresu wypowiedzenia umowa zostanie rozwiązana i powstanie obowiązek spłaty całości zadłużenia, które w części przeterminowanej wynosi 302,81 CHF, w tym kapitał 105,72, a odsetki 197,09. Dodał, że jeżeli w okresie wypowiedzenia nastąpi spłata całości wymagalnego zadłużenia, wypowiedzenie należy traktować jako bezskuteczne.

Sąd Okręgowy w oparciu o powyższe ustalenia doszedł do wniosku, że powództwo podlegało oddaleniu z kilku niezależnych od siebie przyczyn.

Odwołując się do treści art. 69 ust. 1 prawa bankowego sąd ten wskazał, że przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Udzielanie kredytów jest jedną z czynności banków przewidzianą w prawie bankowym. Do essentialia negotii

umowy kredytu należą: oddanie przez bank do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie ściśle określonej kwoty środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel oraz zobowiązanie kredytobiorcy do korzystania z oddanych do dyspozycji środków pieniężnych na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu (Arkadiusz Kawulski, Komentarz do prawa bankowego. Uwagi do art. 69, LEX 2013). Umowa kredytu stanowi zatem odrębny typ umowy nazwanej. Jest to umowa konsensualna, dwustronnie zobowiązująca, odpłatna. Różni się od umowy pożyczki pieniężnej, której istota sprowadza się do przeniesienia środków pieniężnych na własność (przy kredycie środki są oddane do dyspozycji kredytobiorcy), braku konieczności określenia celu pożyczki (przy kredycie taki cel jest obowiązkowy), wreszcie udzielanie kredytów i udzielanie pożyczek pieniężnych to odrębne czynności bankowe.

Jak wynika z treści zawartej umowy, kredyt spłacany jest w złotych. Również w tej walucie (PLN) kredyt został uruchomiony. Zatem w omawianej sprawie strony zawarły umowę, mocą której bank przekazał do dyspozycji pozwanej nieokreśloną kwotę złotych polskich stanowiących równowartość określonych w umowie franków szwajcarskich. Wartość ta była ustalana przy zastosowaniu kursu kupna (aktualna tabela kursów) obowiązującego w banku w dniu realizacji zlecenia płatniczego. Zgodnie z umową strona pozwana miała spłacać kredyt w złotych według ceny sprzedaży franka szwajcarskiego obowiązującej w banku w dniu wpłacenia konkretnej raty.

Tak skonstruowana umowa w ocenie sądu I instancji nie stanowi umowy kredytu, jest nieważna na podstawie art. 58 §1 k.c. w całości, zawiera bowiem liczne odstępstwa od definicji legalnej zawartej w prawie bankowym. Do wskazanych essentialia negotii umowy kredytu bankowego należy bowiem określenie kwoty kredytu i waluty kredytu, określenie oprocentowania i zasad jego zmiany, cel kredytu i wysokość prowizji. Zobowiązanie kredytobiorcy polega na spłacie wykorzystanej części kredytu z odsetkami i zapłaty umówionej prowizji. W omawianej sprawie wartość kredytu wyrażona została we franku szwajcarskim, natomiast wypłata kredytu i ustalenie wysokości raty odnosiły się do złotych polskich. W tej sytuacji kredytobiorca nigdy nie spłaca nominalnej wartości kredytu, bowiem z uwagi na różnice kursowe zawsze będzie to inna kwota. Cecha ta stanowi znaczące odejście od ustawowej konstrukcji kredytu, której elementem przedmiotowo istotnym jest obowiązek zwrotu kwoty otrzymanej. Fakt ten wynika z włączenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej, która powoduje, że wysokość zobowiązania wyrażonego w walucie polskiej jest modyfikowana innym miernikiem wartości. Włączenie do umowy takiej klauzuli wprowadza szereg problemów związanych z przełamaniem zasady nominalizmu, zasady określoności świadczenia, obciążeniem kredytobiorcy nieograniczonym ryzykiem kursowym, a także możliwości naruszenia przepisów o odsetkach maksymalnych (J. C., Walutowe klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów hipotecznych. Analiza Problemu., Palestra (...)). Można by formułować tezę, że mechanizm przeliczenia kwoty do wypłaty i do spłaty został uzgodniony przez strony i że składając wniosek o wypłatę kredytu lub jego transzy lub dokonując spłaty raty kredytowej konsument może dowiedzieć się, jaki jest w danym dniu kurs waluty (kupna lub sprzedaży – zależnie od sytuacji), a przez to następuje dopełnienie procesu uzgodnienia. Jednak teza taka nie da się obronić w tym przypadku. Kredyt hipoteczny został udzielony na potrzeby kupna lokalu mieszkalnego i dzień wykorzystania (pobrania) kredytu lub jego transzy nie należy do swobody kredytobiorcy, lecz jest związany z terminami narzuconymi umową z deweloperem (załącznik nr 2 do umowy). W praktyce więc kredytobiorca nie ma znaczącego wpływu na wybór dnia pobrania kredytu, nie może też dowolnie wybierać dnia spłaty raty kredytowej. To oznacza, że jego wpływ na to, według jakiego kursu otrzyma kredyt i wg jakiego kursu będzie go spłacać, jest znikomy. Co innego po stronie banku – to on jednostronnie narzuca kurs zarówno dla chwili pobrania kredytu, jak i dla chwili spłaty. Trudno posądzać bank o to, by w skali jednego kredytobiorcy dopuszczał się manipulacji kursami walut, ale nie zmienia to faktu, że pozostaje jedynym podmiotem kształtującym po zawarciu umowy istotne jej elementy, jakimi są: wysokość kredytu wypłaconego kredytobiorcy i wysokość raty. Można jednak wyobrazić sobie z łatwością sytuację, w której – stojąc w obliczu niekorzystnego obrotu sprawy względem większej rzeszy kredytobiorców – bank mógłby sztucznie zawyżać własny kurs sprzedaży dla podwyższenia wysokości rat kredytowych. Taki jednostronny wpływ banku jest sprzeczny nie tylko z opisaną wyżej definicją kredytu, ale i z granicami swobody umów wyznaczonymi przez art. 353<sup>1</sup> k.c.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że tzw. ustawa antyspreadowa (z 29.07.2011 r.) nie wprowadziła żadnych zapisów, które wchodziłyby do treści umów kredytowych denominowanych lub indeksowanych, zawartych przed dniem wejścia jej w życie. Umowy nieważnej nie można uczynić ważną za pomocy późniejszej ustawy.

Niezależnie od tego, zgodnie z art. 385<sup>1</sup> §1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (nieдозwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. §2 - Jeżeli postanowienie umowy zgodnie z §1 nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie. §3 - Niezgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. §4 - Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje. Klauzulą niedozwoloną jest postanowienie umowy zawartej z konsumentem (lub wzorca umownego), które spełnia (łącznie) wszystkie przesłanki określone w przepisie art. 385<sup>1</sup> k.c.: 1) nie jest postanowieniem uzgodnionym indywidualnie; 2) nie jest postanowieniem w określającym główne świadczenia stron; 3) kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

Pozwany w tym kierunku czynił powodowi zarzut. Powód nie przeprowadził zaś żadnej akcji dowodowej, należy więc uznać, że warunki umowy nie były uzgodnione indywidualnie. W dalszej kolejności konieczne było ustalenie, czy te postanowienia dotyczą głównych świadczeń stron. Zgodnie z powołaną wyżej definicją umowy kredytu zawartą w art. 69 prawa bankowego do elementów przedmiotowo istotnych tego typu umowy należy obowiązek zwrotu kwoty kredytu wraz z umówionymi odsetkami i zapłaty prowizji. W omawianej sprawie wypłata kredytu w złotych polskich i zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej powodowały niemożliwość określenia świadczenia zarówno co do wysokości kredytu, jak i rat spłacanej pożyczki z uwagi na możliwość jednostronnego ustalania kursu waluty przez bank. W ocenie Sądu, klauzule te są nieodzownymi klauzulami umownymi, bowiem kształtują prawa i obowiązki konsumenta - kredytobiorcy - w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz rażąco naruszają jego interesy. Jako sprzeczne z dobrymi obyczajami kwalifikowane są w szczególności wszelkie postanowienia, które zmierzają do naruszenia równorzędności stron umowy, nierównomiernie rozkładając uprawnienia i obowiązki między partnerami stosunku obligacyjnego. Natomiast o rażącym naruszeniu interesów konsumenta można mówić w przypadku prawnie relewantnego znaczenia tego nierównomiernego rozkładu praw i obowiązków stron umowy. Bank przyznał sobie prawo do jednostronnego regulowania wysokości rat kredytu waloryzowanego kursem franka. Jednocześnie prawo banku do ustalania kursu waluty w świetle zawartej przez strony umowy nie doznawało żadnych ograniczeń. Skoro bank może wybrać dowolne i niepoddające się weryfikacji kryteria ustalania kursów kupna i sprzedaży walut obcych, stanowiących narzędzie indeksacji kredytu i rat jego spłaty, wpływając na wysokość własnych korzyści finansowych i generując dla kredytobiorcy dodatkowe i nieprzewidywalne co do wysokości koszty kredytu, klauzule te rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej stron na niekorzyść konsumentów, a także dobre obyczaje, które nakazują, by ponoszone przez konsumenta koszty związane z zawarciem i wykonywaniem umowy, o ile nie wynikają z czynników obiektywnych, były możliwe do przewidzenia, a sposób ich generowania poddawał się weryfikacji.

Zdaniem Sądu Okręgowego, abuzywność dotyczy w niniejszej sprawie obu postanowień - zawartych w ust. 2 pkt 2 i 4 załącznika nr 7 do umowy kredytowej.

Sąd Okręgowy odwołał się następnie do poglądu Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z 21 lutego 2013 roku (w sprawie sygn. akt I CSK 408/12. OSNC 2013/11/127), iż eliminacja ze stosunku prawnego postanowień uznanych za abuzywne nie prowadzi do zniweczenia całego stosunku prawnego, nawet gdyby z okoliczności sprawy wynikało, że bez tych postanowień umowa nie zostałaby zawarta. Celem umowy jest najszerzej pojęty cel społeczno-gospodarczy umowy. Twierdzenia stron w tym zakresie podlegają dowodzeniu w oparciu o ogólne reguły rozkładu ciężaru dowodu, najczęściej przy pomocy dowodu z przesłuchania stron i zeznań świadków. Zgodnie z ogólnymi regułami dowodowymi wynikającymi z art. 6 k.c. i 232 k.p.c. na powodzie ciążył obowiązek wykazania swego roszczenia zarówno co do

zasady jak i wysokości. W ocenie Sądu, powód nie sprostał temu obowiązkowi. Wobec zawarcia w umowie klauzul niedozwolonych (a w konsekwencji uznania ich za niewiążących dla stron umowy) na podstawie ciężył - w razie założenia, że umowa była jednak ważna - obowiązek wykazania wysokości ewentualnego zadłużenia. Wyciąg z ksiąg rachunkowych banku stanowi dokument prywatny. Warto przypomnieć iż Wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 marca 2011 r., w sprawie P 7/09 (OTK-A 2011/2/12), przepis art. 95 ust. 1 został uznany za niekonstytucyjny w zakresie, w jakim nadaje moc prawną dokumentu urzędowego księgom rachunkowym i wyciągom z ksiąg rachunkowych banku w odniesieniu do praw i obowiązków wynikających z czynności bankowych w postępowaniu cywilnym prowadzonym wobec konsumenta, co znalazło następnie wyraz w nowelizacji tego przepisu poprzez dodanie do art. 95 ust. 1a. Zgodnie z treścią art. 253 k.c. jeżeli strona zaprzecza prawdziwości dokumentu prywatnego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenie osoby, która je podpisała, od niej nie pochodzi, obowiązana jest okoliczności te udowodnić. Jeżeli jednak spór dotyczy dokumentu prywatnego pochodzącego od innej osoby niż strona zaprzeczająca, prawdziwość dokumentu powinna udowodnić strona, która chce z niego skorzystać. Powyższy przepis nakłada zatem na powoda obowiązek udowodnienia okoliczności wynikających z wyciągu z ksiąg rachunkowych banku, w sytuacji zakwestionowania tego dokumentu przez stronę pozwaną. Podobną argumentację przedstawił Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z 13 lipca 2016 r. (I C 916/16) i Sąd Okręgowy w Olsztynie ją aprobuje. W niniejszej sprawie powód po wniesieniu pozwu nie przedstawił żadnych nowych dowodów, wyliczeń czy symulacji, choć był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika.

Niezależnie od powyższych dwóch argumentów Sąd Okręgowy wskazał, że skoro spłata kredytu miała nastąpić w złotych polskich, a powód nie złożył żadnego dokumentu (np. regulaminu), z którego wynikałoby, że w przypadku wypowiedzenia umowy kredytowej zapłata następuje w walucie obcej, to żądanie przed Sądem zapłaty w walucie obcej jest zupełnie nieuprawnione. Na gruncie art. 358 i 358<sup>1</sup> k.c. należy stwierdzić, że wierzyciel może żądać zapłaty w walucie obcej tylko wówczas, gdy suma pieniężna będąca przedmiotem świadczenia dłużnika została w tej walucie obcej wyrażona. W niniejszej sprawie kredyt udzielony został w istocie w złotych polskich, zaś frank szwajcarski pełnił jedynie funkcję waloryzacyjną. Będąc wskaźnikiem waloryzacyjnym, frank nie może stać się przedmiotem żądania przed Sądem. Okoliczność, że hipotekę oznaczono w walucie obcej wynika w takiej sytuacji z wymagania przewidzianego w art. 68 zd. 2 u.k.w.h., w dawnym brzmieniu i art. 68 ust. 3 u.k.w.h. w brzmieniu obecnym, natomiast nie oznacza, że odpowiedzialność właściciela nieruchomości jest określona również w tej walucie, gdyż co innego może wynikać ze stosunku prawnego będącego podstawą ustanowienia hipoteki i kreującego walutę spłaty zobowiązania zarówno dłużnika osobistego jak i rzeczowego. Każdorazowy nabywca nieruchomości obciążonej hipoteką bankową, który odpowiada rzeczowo według zasad określonych w umowie kredytu bankowego dla spłaty tego długu, powinien we własnym interesie zapoznać się z dokumentami stanowiącymi podstawę wpisu hipoteki, dołączonymi do księgi wieczystej i określającymi między innymi walutę spłaty zadłużenia kredytowego (SN w wyroku z 29 kwietnia 2015 r., V CSK 445/14).

Sąd Okręgowy wskazał też, że z okoliczności sprawy wynika, iż bank nieprawidłowo wypowiedział pozwanemu umowę kredytową, co wynika z samej treści załącznika do pozwu. Otóż wypowiedzenie nie zostało dokonane kategorycznie, lecz z warunkiem rozwiązującym, że w razie spłacenia zadłużenia wymagalnego należy traktować je jako niebyłe (bezsłusne). Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 14 maja 2015 r., sygn. akt I ACa 16/15, Lex nr 1733746), za prawidłowe nie może być uznane pismo, w którym bank stwierdza, że w przypadku braku spłaty zadłużenia w określonym terminie pismo należy traktować jako wypowiedzenie umowy - bowiem takie oświadczenie nie daje jasności, w jakiej dacie umowa ulega rozwiązaniu. Wypowiedzenie umowy jako jednostronne oświadczenie woli o charakterze prawokształtującym nie może zostać uczynione z zastrzeżeniem warunku, ponieważ dopuszczenie takiej możliwości pozostawałoby w sprzeczności z istotą tego rodzaju czynności, której celem jest definitywne uregulowanie łączącego strony stosunku prawnego. Do podobnych wniosków doszedł Sąd Apelacyjny w Białymstoku z 8.09.2016 r., sygn. akt I ACa 288/16 (Internetowy Portal Orzeczeń Sądowych). W ocenie Sądu orzekającego w tej sprawie dotyczy to zarówno warunku rozwiązującego, jak i zawieszającego. W kontekście uzasadnienia tego ostatniego wyroku należy wskazać, że i w niniejszej sprawie pozwany nie otrzymał wypowiedzenia - było ono awizowane i zwrócone nadawcy, co wyjaśnia brak znajomości treści i zarzutu procesowego.

Sąd I instancji nie podzielił natomiast zarzutu pozwanego dotyczącego naruszenia zasady walutowości, ponieważ jest on sprzeczny z wcześniej omówionymi zarzutami pozwanego. Jeśli dochodzimy do wniosku, że kredyt został ustalony w walucie polskiej, bo miał być w niej wypłacony i spłacany przy zastosowaniu waloryzacji do waluty obcej (najpierw wg kursu kupna, potem wg kursu sprzedaży), to nie możemy nagle na potrzeby dodatkowego zarzutu odwracać argumentację, stwierdzając, że kredytu udzielono w walucie obcej w sprzeczności z zasadą walutowości. Mimo to uwzględnienie pozostałych dwóch zarzutów powoda oraz wysunięcie z urzędu kolejnych dwóch (chodzi o prawo materialne, więc uchybienia zobowiązaniowe Sąd powinien badać niezależnie od stanowiska stron) było wystarczające do oddalenia powództwa.

Ostatecznie Sąd Okręgowy wskazał, że nie znalazł podstaw, by zasądzać zwrot nienależnego świadczenia, ponieważ jego wysokość nie jest mu znana. Powód twierdzi, iż pozwany nie spłaca kredytu od 2008 r. (strona 3 pisma procesowego z 25.08.2016 r.), a wypowiedzenie (wadliwe) nastąpiło dopiero w 2015 r. ze wskazaniem przeterminowanego zadłużenia na poziomie 302,81 CHF. Sąd nie dysponuje żadnymi danymi na temat historii spłaty kredytu, nie wie nic ewentualnym bankowym tytule egzekucyjnym czy samej egzekucji. Jedyne co złożył powód w toku sprawy to załączone do pisma procesowego z 7.11.2016 r. wydruki komputerowe z historii rachunku bankowego złożone na okoliczność wysokości zobowiązania (k. 118-120). To wydruki zupełnie pozbawione waloru dowodowego – nie tylko dlatego, że są niepodpisane i nie wiadomo przez kogo i kiedy zostały sporządzone, ale przede wszystkim dlatego, że nie wiadomo, czego i kogo dotyczą (jest tam nazwisko P. Ł., więc trudno uznać, że chodzi o pozwanego, a podobnych znaków obcych w poszczególnych wyrazach jest dużo więcej), ponadto całość ma kształt zupełnie nieczytelnych kolumn na trzech stronach, pełnych skrótów i zagadkowych symboli. Przy najlepszych chęciach nie da się odszyfrować tej treści. Ponadto nawet gdyby powód przedstawił Sądowi rzetelną historię spłaty rachunku pozostałaby aktualna w aspekcie nienależnego świadczenia kwestia waluty – nie byłoby żadnych podstaw, by zasądzać cokolwiek w walucie obcej.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy:

a) art.228§1 kpc polegające na nieuwzględnieniu, że kurs waluty szwajcarskiej od waluty polskiej nie jest niezmienny ale podlega zmianom i wahaniom niezależnym od Banku, co skutkowało błędnym ustaleniem, że to powód wyłącznie decydował o kursie tej waluty, stosowanym jako miernik podstawy waloryzacji a nie obiektywne rynkowe zjawiska;

b) art.233§1 kpc poprzez sprzeczność ustaleń sądu z zebrany materiał dowodowy polegająca na uznaniu, że kredyt zawarty był w złotych polskich w sytuacji, gdy pozwany zawarł zobowiązanie we frankach szwajcarskich;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a) art.69 ust. 1 i 2 pkt 2 prawa bankowego w zw. z art.58§1 kc poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że na mocy tych przepisów umowa kredytu jest nieważna z uwagi na brak określenia konkretnej kwoty kredytu jaka miała być oddana do dyspozycji kredytobiorcy w złotych polskich, podczas gdy określenie kwoty kredytu tak jak w umowie wynika z cech decydujących o istocie kredytu, w szczególności odpłatności i zwrotnego charakteru kredytu;

b) art.69 ust. 1 prawa bankowego w zw. z art.353<sup>1</sup> kc, 358<sup>1</sup> § 2 i 5 kc, 65 kc i 58§1 kc poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że klauzula waloryzacyjna określona w umowie jest sprzeczna z naturą stosunku prawnego (kredytu) oraz zasadami współżycia społecznego z uwagi na brak ograniczenia ryzyka kursowego, jednokierunkowy charakter waloryzacji oraz posłużenie się nieobiektywnym miernikiem waloryzacji, co miało skutkować zachwianiem równowagi stron, a w konsekwencji nieważnością umowy, podczas gdy z art. 353<sup>1</sup> kc oraz art.69 ust. 2 pkt 4 prawa bankowego wynika, że ustawodawca wprost dopuszcza wprowadzanie do umów kredytów klauzul waloryzacyjnych;

c) art.69 ust 2 pkt 4a i ust. 3 prawa bankowego poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis ten nie ma wpływu na dopuszczalność żądania ustalenia niedozwolonego charakteru kwestionowanych klauzul waloryzacyjnych za okres po wejściu w życie tych przepisów;

d) art.385<sup>1</sup> § 1 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że postanowienia zawarte w załączniku nr 7 mają charakter niedozwolonych postanowień umownych;

e) art.358 § 1 i 2 kc w zw. z art.65 § 2 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji stwierdzenia abuzywności klauzul waloryzacyjnych;

f) art.69 ust. 2 pkt 2 prawa bankowego poprzez jego niezastosowanie i pominięcie, że walutą kredytu był frank szwajcarski i w takiej walucie Bank winien dochodzić zapłaty zaległej należności;

g) art.358 § 1 kc poprzez jego niezastosowanie i pominięcie, że ustanowienie hipoteki we frankach szwajcarskich świadczy o wyborze tej waluty jako waluty w jakiej spełni świadczenie, co wiązało Bank przy formułowaniu żądania pozwu;

h) art.358<sup>1</sup> § 1 kc poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy z jego brzemienia wynika, że skoro przedmiotem zobowiązania między stronami była suma pieniężna we frankach szwajcarskich, to pozwany był zobowiązany do spełnienia świadczenia w takiej walucie;

i) art.65 § 2 kc poprzez jego niezastosowanie i pominięcie, że zgodnym zamiarem stron i ich celem było zawarcie umowy kredytu we frankach szwajcarskich, co wynikało z brzmienia umowy jak i późniejszego zachowania pozwanego spłacającego zadłużenie we frankach szwajcarskich;

j) art.89 kc poprzez uznanie, że Bank nieprawidłowo wypowiedział pozwanemu umowę, bowiem wypowiedzenie nie zostało dokonane kategorycznie, a z warunkiem rozwiązującym, w sytuacji gdy wykonanie zobowiązania umownego przez dłużnika nie wyczerpuje definicji warunku, bowiem jest to element zobowiązania, którego wypełnienie jest zależne od woli pozwanego.

Wskazując na powyższe wnosił pozwany o zmianę zaskarżonego wyroku i utrzymanie w mocy wydanego uprzednio nakazu zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelację pozwanego uznać należy za bezzasadną.**

Sąd Okręgowy poczynił w przedmiotowej sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne i prawne – za wyjątkiem jedynie oceny wypowiedzenia umowy jako nieprawidłowego z uwagi na jego warunkowy charakter – które to ustalenia, z powyższym zastrzeżeniem, Sąd Apelacyjny zasadniczo podziela i przyjmuje za własne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wyrażonej przez sąd I instancji oceny wypowiedzenia przez Bank umowy kredytowej jako nie dokonanej kategorycznie lecz z warunkiem rozwiązującym, co ma świadczyć o jego nieprawidłowości, stwierdzić należy, iż dotyczący powyższej oceny zarzut apelacji pozwanego naruszenia art.89 kc uznać należy za zasadny. Zauważyć należy, iż treść wypowiedzenia umowy jest jednoznaczna – Bank wypowiada umowę, wskazuje okres wypowiedzenia oraz jego skutki (k.10 akt). Wypowiedzenie w swoim brzmieniu jest kategoryczne. Takiej oceny nie zmienia zawarte w wypowiedzeniu stwierdzenie, że jeżeli w okresie wypowiedzenia nastąpi spłata całości wymagalnego zadłużenia, wypowiedzenie należy traktować jakło bezskuteczne. Jest to w sposób oczywisty zapis korzystny dla kredytobiorcy, umożliwiający mu uczynienie wypowiedzenia bezskutecznym. Jak trafnie wskazuje skarżący, nie jest to warunek w rozumieniu art.89 kc, bowiem ewentualna spłata zadłużenia jest zdarzeniem całkowicie zależnym od kredytobiorcy. Z kolei cytowane orzeczenia dotyczyły diametralnie innych stanów

faktycznych, gdzie dopiero brak spłaty zadłużenia w określonym terminie miał skutkować potraktowaniem pisma Banku jako wypowiedzenia umowy. Nawet gdyby jednak przyjąć za poprawny pogląd Sądu I instancji o warunkowym wypowiedzeniu umowy przez Bank, to zauważyć należy, iż w orzecznictwie dopuszcza się zastrzeżenie warunku także w jednostronnej czynności prawnej obejmującej wypowiedzenie umowy (wyrok SN z 8.09.2016r., II CSK 750/15). Trafność zarzutu apelacji w powyższym zakresie nie miała jednak ostatecznie wpływu na treść rozstrzygnięcia, z uwagi na bezzasadność pozostałych zarzutów.

Sąd Okręgowy przyjął trafne założenie, iż oceny umowy wiążącej strony należy dokonać przez pryzmat wymogów jakie umowa kredytu bankowego winna spełniać stosownie do treści art.69 prawa bankowego. Podzielając generalnie wywody Sądu Okręgowego o nieważności umowy łączącej strony z uwagi na wskazane odstępstwa od definicji legalnej umowy kredytowej, zwartej w powołanym przepisie prawa bankowego, należy jednocześnie zwrócić uwagę na zasadnicze – w ocenie Sądu Apelacyjnego – argumenty przemawiające za tezą o nieważności umowy zawartej przez strony.

Zgodnie z treścią art.69 ust. 1 prawa bankowego, bank przez umowę kredytu zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy kwotę środków pieniężnych, a kredytobiorca zobowiązuje się do zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu. Z kolei z ust. 2 pkt 2 wynika, że umowa kredytu powinna określać kwotę i walutę kredytu. W ocenie Sądu Apelacyjnego treść przywołanych przepisów wskazuje jednoznacznie, że musi występować tożsamość pomiędzy kwotą i walutą kredytu, kwotą środków pieniężnych oddanych do dyspozycji kredytobiorcy oraz kwotą jaką kredytobiorca zobowiązany jest zwrócić bankowi wraz z odsetkami, aby można było mówić o ważnej umowie kredytu.

Przekładając powyższe konstatacje na stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, zauważyć należy, iż zgodnie z umową między stronami waluta kredytu została określona jako franki szwajcarskie, a kwota na 25.000 CHF (k.11 - § 2 umowy). Z kolei do dyspozycji kredytobiorcy została oddana kwota w złotych polskich i również kwotę w złotych polskich miał on obowiązek zwrócić (k.22 – załącznik nr 7). Co istotne, umowa nie przewidywała w ogóle możliwości wypłaty (oddania do dyspozycji) kredytobiorcy, wskazanej w umowie kwoty kredytu we frankach szwajcarskich, wskazanych jako waluta kredytu ani też możliwości spłaty (zwrotu) kredytu w walucie kredytu czyli frankach szwajcarskich. W takiej sytuacji, przyjmując – tak jak tego chce powód – że umowa między stronami była umową kredytu walutowego, nie spełnia ona wymogów umowy kredytu bankowego zdefiniowanej w art.69 prawa bankowego, bowiem bank nie oddał do dyspozycji kredytobiorcy wskazanej w umowie kwoty 25.000 CHF lecz kwotę w złotych polskich. Z uwagi na charakter art.69 prawa bankowego jako przepisu bezwzględnie obowiązującego, w takiej sytuacji umowa kredytu jest nieważna już tylko z wyżej wskazanej przyczyny. Nieważność umowy oznacza, że świadczenie banku z tej umowy ma charakter świadczenia nienależnego, jednakże nie sposób potraktować żądania pozwu jako żądania zwrotu świadczenia nienależnego. Powód domaga się bowiem zasądzenia od pozwanego nie tego co nienależnie świadczył (kwota w złotych polskich) lecz tego co powinien świadczyć (oddać do dyspozycji kredytobiorcy) czyli kwoty we frankach szwajcarskich.

Umowa kredytu będąca przedmiotem niniejszego postępowania byłaby też nieważna gdyby uznać ją za umowę kredytu złotówkowego – wbrew zapisowi §2 umowy. Zauważyć bowiem należy, iż stosownie do treści art.69 ust. 2 pkt 2 prawa bankowego, w umowie kredytu należy wskazać kwotę kredytu. Jeżeli traktować przedmiotową umowę jako umowę kredytu złotówkowego, to jedyną wskazówką dla ustalenia kwoty udzielonego kredytu jest ust. 2 pkt 2 załącznika nr 7, gdzie stwierdza się, że wypłacona (oddana do dyspozycji kredytobiorcy) kwota kredytu w złotych polskich będzie stanowiła równowartość kwoty 25.000 CHF według kursu kupna tejże waluty obowiązującego w Banku, w dniu wypłaty kredytu. Z powyższego wynika, że w dniu zawierania umowy kwota kredytu była nieokreślona jednoznacznie, co uzasadnia stwierdzenie, że w umowie nie wskazano kwoty kredytu w złotych polskich. Rozpatrując z kolei żądanie pozwu jako żądanie zwrotu nienależnego świadczenia z nieważnej umowy kredytu złotówkowego zauważyć należy, iż przedmiotem żądania pozwu jest kwota we frankach szwajcarskich, a nie w złotych polskich, co uniemożliwia uwzględnienie żądania pozwu jako żądania zwrotu nienależnego świadczenia. Podobnie rzecz by się miała gdyby przedmiotową umowę uznać za ważną umowę kredytu złotówkowego – wbrew wyżej przedstawionym wywodom,

bowiem także w takiej sytuacji brak jest podstaw do żądania kwoty we frankach szwajcarskich, a jedynie w złotych polskich.

Odnieść się w tym miejscu należy do argumentacji i zarzutów apelacji pozwanego opartych na założeniu, że z uwagi na charakter kredytu będącego przedmiotem sprawy jako kredytu denominowanego do waluty obcej, należy dopuścić takie określenie kwoty kredytu oddanej do dyspozycji kredytobiorcy jak w owej umowie.

Faktem jest, że w obrocie występują umowy kredytu denominowanego do waluty obcej, a obecne brzmienie art.69 ust.3 prawa bankowego może wskazywać na akceptację dla takich umów ze strony ustawodawcy. Zauważyć jednak należy, że od profesjonalisty jakim jest bank, należy wymagać aby umowy kredytu denominowanego do waluty obcej formułował on w sposób zgodny z wymogami art.69 prawa bankowego.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że brak byłoby podstaw do uznania spornej umowy za nieważną z przyczyn wyżej przedstawionych gdyby spełniała ona wymogi art.69 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 prawa bankowego w zakresie zgodności pomiędzy kwotą i walutą kredytu wskazaną w umowie, kwotą środków pieniężnych oddanych do dyspozycji kredytobiorcy oraz kwotą wykorzystanego kredytu podlegającą zwrotowi przez kredytobiorcę. Dla spełnienia powyższych wymogów, w ocenie Sądu Apelacyjnego, wystarczającym by było aby umowa przewidywała oddanie do dyspozycji kredytobiorcy – według jego wyboru – bądź wskazanej kwoty kredytu w walucie kredytu ( (...)) bądź jej równowartości w złotych polskich według kursu waluty ustalanego według szczegółowo wskazanych w umowie zasad i analogicznie przewidywała spłatę (zwrot) wykorzystanego kredytu według wyboru kredytobiorcy bądź w walucie kredytu ( (...)) bądź jej równowartości w złotych polskich według kursu waluty ustalanego według szczegółowo wskazanych w umowie zasad. W takiej bowiem sytuacji spełnione byłyby wymogi wskazanych przepisów, a zastrzeżenie na rzecz kredytobiorcy prawa do wypłaty jak i spłaty kredytu w złotych polskich było by dopuszczalnym w ramach swobody umów dodatkowym postanowieniem. Takie postanowienia sprowadzały by się w istocie do dodatkowego zobowiązania banku (...) od kredytobiorcy franków szwajcarskich jakie zgodnie z umową miał mu oddać do dyspozycji w ramach umowy kredytu i wypłacenia w to miejsce złotych polskich oraz następnie przy spłacie, przyjęcie od kredytobiorcy złotych polskich za które „sprzedał by” kredytobiorcy franki szwajcarskie i następnie je zaksięgowal jako spłatę kredytu walutowego w (...).

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego charakter udzielonego kredytu jako denominowanego do waluty obcej nie determinował bynajmniej do sformułowania umowy w taki sposób jak uczynił to bank, a sprzeczność zapisów umowy – w zakresie wyżej wskazanym – z bezwzględnie obowiązującym przepisem art.69 prawa bankowego czyni ją nieważną.

W konsekwencji powyższych wywodów zarzuty apelacji pozwanego tak dotyczące określenia kwoty udzielonego kredytu przy uwzględnieniu jego charakteru (kredyt denominowany) jak i tego że był to kredyt walutowy, jako nieuzasadnione na uwzględnienie nie zasługiwały. W istocie sprowadzały się bowiem one do prezentowania własnego stanowiska powoda bez przekonywującej argumentacji. Teza skarżącego, że zgodnym zamiarem stron było zawarcie umowy kredytu w (...) jest chociażby o tyle niezrozumiała, że celem kredytu wskazanym w umowie było finansowanie zaliczek w związku z zakupem mieszkania w B. (§3 ust.2 umowy – k.11), a więc kredytobiorca potrzebował złotych polskich a nie franków szwajcarskich, a nadto w sprawie nie wykazano by w jakimkolwiek okresie kredytowania pozwany spłacał kredyt w (...) jaki twierdzi powód. Było by to też niemożliwe bez zawarcia aneksu do umowy – z uwagi na treść załącznika nr 7.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, mimo wrazonego wyżej poglądu o nieważności umowy kredytu w walucie obcej zawierającego zastrzeżenie, że wypłata i spłata kredytu będzie następowała wyłącznie w złotych polskich, zasadnym było w przedmiotowej sprawie rozważyć żądanie pozwu także przy założeniu odmiennym, a mianowicie że dopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania kredytowego w walucie obcej (kredytu walutowego) z równoczesnym zastrzeżeniem, że wypłata i spłata kredytu będzie dokonywana w złotych polskich. Sąd Apelacyjny dostrzega bowiem, że taki pogląd wydaje się ugruntowywać w orzecznictwie Sądu Najwyższego (vide: wyrok SN z dnia 14 lipca 2017r. II CSK 803/16; LEX nr 2369626).

Przyjęcie powyższego założenia obliguje z kolei do oceny ewentualnej abuzywności klauzul waloryzacyjnych zawartych umowie. W tej mierze należy w pełni podzielić ustalenia jak i wywód prawny Sądu Okręgowego. W świetle ugruntowanego poglądu orzecznictwa, klauzule waloryzacyjne nie określają głównych świadczeń stron, w związku z czym z mocy art.385<sup>1</sup> § 1 kc podlegają ocenie czy nie kształtują praw i obowiązków konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy - jeżeli nie zostały uzgodnione indywidualnie z konsumentem. W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, że klauzule waloryzacyjne nie zostały indywidualnie uzgodnione z pozwanym – ciężar dowodu, że zostały uzgodnione indywidualnie spoczywał na powodzie, a ten nie zaoferował żadnych dowodów na powyższą okoliczność. Trafnie też sąd I instancji ocenił, że wskazane klauzule zawarte w ust.2 pkt 2 i 4 załącznika nr 7 do umowy kształtują prawa i obowiązki pozwanego kredytobiorcy w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Powyższe wynika z faktu, że bank w tychże klauzulach odwołuje się do kursu (...) obowiązującego w kredytującym banku, zgodnie z Tabelą kursów walut banku ogłaszaną w siedzibie banku, nie wskazując jednocześnie szczegółowych zasad określania sposobów ustalania kursu wymiany walut. W konsekwencji ustalenie kursu waluty pozostawiono w umowie do uznania banku.

W zarzutach skierowanych przeciwko uznaniu klauzul waloryzacyjnych za abuzywne skarżący nie przedstawił żadnych argumentów, które skutecznie podważyły by trafność ustaleń sądu I instancji w tym względzie. W istocie zarzuty te mają charakter stricte polemiczny prezentując jedynie odmienną ocenę skarżącego, nie popartą rzeczową i przekonującą argumentacją. Chociażby zarzut nie uwzględnienia przez sąd, że kurs (...) nie jest niezmienny i podlega wahaniom jest o tyle chybiony, że bank w umowie nie wskazał w jaki sposób dokonuje oceny wahań tego kursu i jak te wahania ewentualnie przekładają się na kurs ustalany przez bank. Zaznaczyć też należy, iż w orzecznictwie tak sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, abuzywność klauzul waloryzacyjnych odwołujących się do kursu waluty ustalanego przez kredytujący bank bez wskazania szczegółowych zasad jego ustalania, jest mocno ugruntowana. Niezasadną jest też teza skarżącego, że tzw. ustawa antyspreadowa ma wpływ na dopuszczalność żądania ustalenia abuzywności klauzul waloryzacyjnych za okres po wejściu tejże ustawy. Skarżący zdaje się bowiem nie dostrzegać, że stosownie do treści art.385<sup>2</sup> kc, oceny zgodności postanowień umowy z dobrymi obyczajami dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy, co wyklucza wpływ wskazanej ustawy na tą ocenę.

Skutkiem uznania klauzuli waloryzacyjnej za niedozwolone postanowienie umowne jest, to że zgodnie z art.385<sup>1</sup> § 1 zd. 2 kc postanowienie takie nie wiąże konsumenta. Przyjmuje się jednocześnie – stosownie do treści § 2 powołanego wyżej przepisu, że w takiej sytuacji umowa w pozostałej części nadal obowiązuje, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu owego postanowienia.

W przedmiotowej sprawie, przy przejściu wskazanego wyżej założenia, że mamy do czynienia z ważną umową kredytu walutowego, powstaje pytanie, czy bez klauzul waloryzacyjnych umowa może dalej obowiązywać, skoro brak jest postanowień umownych dotyczących tego, w jaki sposób należy przeliczyć kwotę kredytu w (...) na złote polskie, aby ustalić jaką kwotę w złotych polskich bank winien wypłacić pozwanemu z tytułu udzielonego kredytu i jaką kwotę winien zwrócić pozwany bankowi tytułem zwrotu kredytu. Odwołując się do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 roku (II CSK 803/16) i orzecznictwa tam przywołanego wskazać należy, iż dopuszcza się możliwość stosownego wypełnienia luk w umowie - przez zastąpienie pominiętego nieuczciwego warunku umowy przepisem o charakterze dyspozytywnym, a nawet przy braku możliwości zastosowania wprost odpowiedniego przepisu dyspozytywnego.

W przedmiotowej sprawie – wbrew zarzutowi apelacji – nie było możliwe zastosowanie art.358 kc w miejsce pominiętego postanowienia umownego, a to z uwagi na fakt, że przepis ten w kształcie regulującym możliwość spełnienia świadczenia w walucie polskiej w przypadku, w którym przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej i określającym wartość waluty obcej według kursu średniego NBP, wszedł w życie dopiero w dniu 24.01.2009 r, a więc już po zawarciu umowy przez strony. W uzasadnieniu cytowanego wyżej wyroku Sąd Najwyższy w takiej sytuacji wskazał dwa możliwe rozwiązania: bądź poszukiwanie w umowie postanowienia

aprobowanego przez obie strony, wskazującego sposób przeliczenia waluty kredytu na złote polskie bądź zastosowanie per analogiam art.41 prawa wekslowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w okolicznościach przedmiotowej sprawy możliwe jest pierwsze rozwiązanie bowiem w ust. 3 załącznika nr 7 kredytobiorca wyraził zgodę na wystawienie bankowego tytułu egzekucyjnego w złotych polskich przy zastosowaniu do przeliczenia kwoty waluty kursu średniego NBP waluty kredytu. Skoro bowiem strony zgodnie przyjęły owe postanowienie umowne, to przy konieczności pominięcia niedozwolonych klauzul waloryzacyjnych, w miejsce tych klauzul posługujących się kursem (...) obowiązującym w kredytującym banku należy zastosować kurs średni NBP. Zastosowanie takiego kursu w sytuacji ustalenia, że zapisy klauzul waloryzacyjnych mają charakter niedozwolony, sugeruje też w istocie sam pozwany w apelacji – jakkolwiek błędnie wskazując jako podstawę zastosowania takiego kursu art.358 kc.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przyjęcie takiej koncepcji nie mogło by jednak skutkować uwzględnieniem powództwa. Powód, z uwagi na stanowisko pozwanego zarzucającego m.in. abuzywność klauzul waloryzacyjnych, miał świadomość – zważywszy na orzecznictwo sądów w tym przedmiocie, niewątpliwie znane powodowi jako profesjonalście w obrocie kredytowym – istniejącego ryzyka uznania przez sąd zapisów klauzul waloryzacyjnych za niedozwolone. W takiej sytuacji winien chociażby z ostrożności procesowej przedstawić wyliczenie, jak kształtowało by się zadłużenie pozwanego w przypadku zastąpienia klauzul niedozwolonych kursem NBP. Co istotne na taki właśnie kurs wskazał powód w apelacji czyniąc sądowi I instancji zarzut, że w przypadku uznania abuzywności klauzul waloryzacyjnych, takiego kursu nie zastosował. Także na etapie postępowania apelacyjnego, formułując zarzut nie zastosowania kursu NBP w miejsce klauzul pominiętych, powód nie przejawiał inicjatywy dowodowej w kierunku wykazania – czy to wyliczeniem własnym czy to opinią biegłego stosownej specjalności - jak kształtowało by się zadłużenie pozwanego w przypadku zastąpienia klauzul niedozwolonych kursem NBP.

Taki dowód w przedmiotowej sprawie był niezbędny i to nie tyle aby wykazać wysokość przysługującego powodowi żądania względem pozwanego ale by wykazać samą zasadność powództwa. Podstawą bowiem żądania pozwu było wypowiedzenie umowy kredytowej z uwagi na wystąpienie zadłużenia przeterminowanego – w niezbyt znaczącej w stosunku do udzielonego kredytu kwocie 302,81 CHF (k.10). Nie jest wiadomym, jak owe zadłużenie kształtowało by się i czy w ogóle by występowało, gdyby zastosować w miejsce klauzul niedozwolonych kurs średni NBP. W konsekwencji nie jest też wiadomym, czy faktycznie były podstawy do wypowiedzenia umowy kredytu, co stawia pod znakiem zapytania samą zasadność żądania zwrotu udzielonego kredytu. Zaznaczyć też należy, iż brak było podstaw do ewentualnej inicjatywy dowodowej samego sądu, a to z uwagi na fakt, że ewentualny dowód służył by nie tyle ustaleniu prawidłowej wysokości żądania powoda ile samej zasadności tego żądania – co wyżej wykazano.

Na marginesie powyższych rozważań przy założeniu ważności umowy kredytu walutowego zauważyć należy, iż z zapisu powoływanego wyżej ust.3 załącznika nr 7 wynika, że strony umowy w przypadku zalegania kredytobiorcy ze spłatą kredytu, skutkującego koniecznością egzekwowania przymusowego należności banku, przewidziały iż bank będzie żądał zwrotu kredytu w złotych polskich po przeliczeniu wg kursu średniego NBP. Nie sposób bowiem inaczej odczytywać zgody kredytobiorcy na wystawienie bankowego tytułu egzekucyjnego w PLN. W takiej zaś sytuacji żądanie banku w przedmiotowej sprawie zasądzenia od pozwanego kwoty w (...) jawi się jako oczywiście niezasadne.

Reasumując, wobec wyżej wykazanej bezzasadności zarzutów apelacji powoda, podlegała ona oddaleniu na mocy art.385 kpc.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art.98§1 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

(...)