

Sygn. akt I ACa 349/18

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 września 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

|                |   |  |
|----------------|---|--|
| Przewodniczący | : | SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)                |
| Sędziowie      | : | SA Elżbieta Kuczyńska<br>SA Grażyna Wołosowicz |
| Protokolant    | : | Agnieszka Charkiewicz                          |

po rozpoznaniu w dniu 22 sierpnia 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa(...) **we W.**

przeciwko **A. K. (1) i W. K.**

### **o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Łomży

z dnia 19 lutego 2018 r. sygn. akt I C 376/16

### **I. zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punktach 1 i 2 w ten sposób, że oddala powództwo;**

b) **w punktach 3 i 5 w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanej A. K. (1) kwotę 18.247 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w tym kwotę 17.712 złotych wynagrodzenia pełnomocnika (wraz z podatkiem VAT) oraz kwotę 535 złotych zwrotu wydatków, a ponadto nakazuje pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łomży kwotę 3.194,10 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;**

II. **zasądza od powoda na rzecz pozwanej A. K. (1) kwotę 9.225 złotych (w tym podatek od towarów i usług) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;**

III. **nakazuje pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łomży kwotę 30.646,88 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód(...)we W. wniósł o zasądzenie solidarnie od A. K. (1) i W. K. kwoty 375 916,32 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, z ograniczeniem odpowiedzialności pozwanych do nieruchomości położonej w Ł., dla której Sąd Rejonowy w Łomży VI Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą o numerze (...) oraz zasądzenie solidarnie od pozwanych A. K. (1) i W. K. na rzecz strony powodowej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Podał, że na mocy umowy sprzedaży wierzytelności z dnia 24 września 2012 r. nabył od (...) Banku Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. wierzytelność wobec A. K. (1) i W. K. z tytułu umowy nr (...) kredytu na cele mieszkaniowe z dnia 29 maja 2001 r wraz ze wszystkimi zabezpieczeniami. Zabezpieczeniem rzeczowym umowy kredytowej jest hipoteka umowna kaucyjna w kwocie 171.000 CHF ustanowiona na nieruchomości położonej w Ł., dla której Sąd Rejonowy w Łomży VI Wydział ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą o nr (...), której obecnym właścicielem jest pozwany. Twierdził, że mimo wymagalności roszczenia pozwani nie spłacili zadłużenia wynikającego z umowy o kredyt. Ponadto W. K. ogłosił upadłość, a poprzednik prawny strony powodowej zgłosił wierzytelność w postępowaniu upadłościowym, które jednakże nie doprowadziło do zaspokojenia jego wierzytelności.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 26 kwietnia 2016 r. Sąd uwzględnił w całości żądanie pozwu.

A. K. (1) we wniesionym sprzeciwie wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od (...)na rzecz pozwanej kosztów procesu według norm przepisanych. Zakwestionowała kwotę roszczenia zarówno kapitału jak i odsetek. Przyznała, że otrzymała od banku kredyt na zakup domu w kwocie 374 404,50 zł, niemniej jednak według jej wyliczeń został on spłacony w kwocie wyższej niż otrzymana. Nadto pozwana podniosła, iż nie wyrażała zgody na przekazywanie jej zobowiązania osobom trzecim, stąd też kwestionowała ważność zawartej pomiędzy bankiem a powodem umowy sprzedaży wierzytelności.

W. K. zgłosił zarzut przeciwko żądaniu pozwu jako nieistniejącemu. Wniósł o oddalenie powództwa, zasądzenie na jego rzecz od (...) kosztów procesu według norm przepisanych. Twierdził, że zobowiązanie kredytowe zabezpieczone hipoteką nie było związane z działalnością gospodarczą pozwanego, zaś wierzyciel nie był zobowiązany do zgłoszenia wierzytelności do masy upadłości. Tymczasem zgłosił wierzytelność, podczas gdy pozwany po ogłoszeniu upadłości spłacał zobowiązanie. Wskazał, iż na rzecz (...) Banku wpłacił nie mniej niż 353 761,31 zł.

Po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa, pismem procesowym z dnia 8 grudnia 2016r. powód wniósł o :

1.zasądzenie solidarnie od pozwanych W. K. i A. K. (1) na rzecz strony powodowej (...) we W. kwoty 167.648,17 wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, z ograniczeniem odpowiedzialności pozwanych do nieruchomości położonej w Ł. dla której Sąd Rejonowy w Łomży prowadzi księgę wieczystą o numerze (...);

2.zasądzenie od A. K. (1) na rzecz strony powodowej (...)we W. kwoty 208.268,15 złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, z ograniczeniem odpowiedzialności pozwanej do nieruchomości położonej w Ł., dla której Sąd Rejonowy w Łomży VI Wydział Ksiąg Wieczystych, prowadzi księgę wieczystą o numerze (...),

3.zasądzenie solidarnie od pozwanych A. K. (1) i W. K. na rzecz strony powodowej (...) we W. kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wraz z kwotą 17 zł tytułem uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Wyrokiem z dnia 19 lutego 2018r. Sąd Okręgowy w Łomży zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwotę 167.648,17 zł. z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 17 maja 2016 r. do dnia zapłaty, z zastrzeżeniem odpowiedzialności pozwanych A. K. (1) i W. K. do nieruchomości położonej w Ł. , dla której Sąd Rejonowy w Łomży VI Wydział Ksiąg

Wieczystych prowadzi księgę wieczystą (...); zasądził od A. K. (1) na rzecz powoda kwotę 208.268,15 zł. z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 17 maja 2016r. do dnia zapłaty, z zastrzeżeniem odpowiedzialności pozwanej A. K. (1) do nieruchomości położonej w Ł., dla której Sąd Rejonowy w Łomży VI Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą (...); zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwotę 14.417 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego; zwolnił pozwanych od uiszczenia kosztów sądowych oraz nakazał wypłacić z sum budżetowych Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łomży na rzecz radcy prawnej A. W. kwotę 14.400 zł powiększoną o należny podatek VAT, tytułem wynagrodzenia za występowanie w sprawie w charakterze pełnomocnika ustanowionego z urzędu oraz kwotę 535 zł tytułem zwrotu poniesionych wydatków.

Sąd ten ustalił, że w dniu 29 maja 2001 r. w Ł. pomiędzy pozwanym W. K., prowadzącym własną działalność gospodarczą pod nazwą(...) oraz pozwaną A. K. (1) a (...) Bankiem S.A. Oddział w Ł. została zawarta umowa nr (...) z przeznaczeniem na cele mieszkaniowe, na kwotę 171.000 CHF. W dniu zawarcia umowy oprocentowanie kredytu ustalono w skali rocznej 8,50 % wg. zmiennej stopy procentowej. Kredytobiorca zobowiązał się do spłaty kapitału kredytu wraz z odsetkami w 120 ratach miesięcznych. Raty kredytu zgodnie z umową miały być spłacane na rachunek nr (...). Oprocentowanie kredytu miało być ustalane w oparciu o zmienną stawkę bazową Banku dla kredytów w (...) i będzie równe stawce bazowej powiększonej o 4,70 punkty procentowe. W dniu zawarcia umowy stawka bazowa wynosiła 3,80% w stosunku rocznym. Kredytobiorcy zobowiązali się do spłaty kapitału wraz z odsetkami w 120 ratach miesięcznych w terminie do dnia 20-go każdego miesiąca na rachunek numer (...), przy czym pierwsza rata kapitałowo-odsetkowa płatna była do 20 czerwca 2001 r., w złotych po przeliczeniu według kursu sprzedaży dewiz dla (...) zgodnie z tabelą kursów obowiązującą w Banku w dniu spłaty. Sposób spłaty (kapitał + odsetki) ustalony był w harmonogramie spłat, który stanowił załącznik do umowy. Prawne zabezpieczenie spłaty kredytu, a także innych związanych z kredytem należności stanowiły: 1. hipoteka umowna kaucyjna na nieruchomości położonej w Ł. przy ul. (...) dla której jest prowadzona przez Sąd Rejonowy Wydział Ksiąg Wieczystych w Ł. Kw nr (...) której właścicielami są W. i A. K. (1); 2. Cesja na rzecz Banku praw z umowy ubezpieczenia lokalu od ognia i innych zdarzeń losowych.

Do niniejszej umowy zawarto 3 aneksy. Aneks nr (...) dotyczyły zmiany oprocentowania kredytu, natomiast aneks nr (...) dotyczył zmiany okresu kredytowania. Aneksem nr (...) z dnia 29 maja 2001 r. ustalono, że bank udziela kredytu w złotych denominowanego w walucie wymiennej 171.000 CHF na okres 300 miesięcy, od dnia 29.05.2001 r. do dnia 20.05.2026 r., kredytobiorcy zobowiązali się do spłaty kapitału wraz z odsetkami w 300 ratach miesięcznych w terminie do dnia 20-go każdego miesiąca na rachunek nr (...), przy czym pierwsza rata kapitałowo-odsetkowa płatna jest do 20.06.2001 r., w złotych polskich po przeliczeniu według kursu sprzedaży dla (...) zgodnie z tabelą kursów obowiązującą w Banku w dniu spłaty. Sposób spłaty kredytu (kapitał+odsetki) ustalony jest w harmonogramie spłat, który stanowi załącznik do umowy, bank może wystąpić z wnioskiem o nadanie (...) klauzuli wykonalności w terminie trzech lat liczonych od daty ostatecznej spłaty kredytu.

W dniu 24 września 2012 r. powód nabył od (...) Banku S.A. z siedzibą w W. wierzytelność wobec W. K. i A. K. (1). Zobowiązanie pozwanych wynikało z umowy nr (...) kredytu na cele mieszkaniowe z dnia 29 maja 2001 r. W dniu 16 lutego 2007 Sąd Rejonowy Sąd Gospodarczy w Łomży wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą(...)w Ł..

W dniu 5 września 2007 r. (...) Bank S.A. z siedzibą w W., zgłosił Sędziemu Komisarzowi swoją wierzytelność z tytułu zawartej umowy kredytu na cele mieszkaniowe z dnia 29 maja 2001 r. z późniejszymi zmianami. Kwota zgłoszonej wierzytelności wyniosła 208.268,15 zł.

W dniu 6 grudnia 2013 r. zostało skierowane do A. K. (1) wezwanie do zapłaty, z którego wynikało, że w dniu 24 września 2012 r. powód nabył wierzytelność wynikającą z umowy o kredyt z dnia 29 maja 2001r., zmienionej aneksem nr (...). Wartość nominalna tego zadłużenia według stanu na dzień 18 listopada 2013 r. wynosiła 328.939,95 zł. Wezwanie tożsamej treści w tej samej dacie zostało wysłane W. K.. Wezwania zostały odebrane przez A. K. (2) w dniu 30 grudnia 2013 r.

Pozwany w toku postępowania upadłościowego uznał wierzytelność wynikającą z umowy o kredyt nr (...) - (...), tj. uznał swój dług w wysokości 208.268,15 zł. Pismem z dnia 22 września 2017 W. K. zgłosił zarzut potrącenia wierzytelności pieniężnej w kwocie 358.385,20 zł z tytułu zwrotu świadczeń spełnionych pomimo braku podstawy prawnej w związku z nieskutecznością umowy kredytowej w wyniku której zostały spełnione z wzajemną wierzytelnością pieniężną ewentualnie przysługującą powodowi w kwocie 374.404,50 zł. Pismem z dnia 25 września 2017 r. A. K. (1) również zgłosiła zarzut potrącenia wierzytelności do kwoty 16.019,30 zł

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie w całości.

Podkreślił, że strony łączyła umowa kredytu bankowego denominowanego (waloryzowanego) we franku szwajcarskim (...). W związku z tym kredyt został uruchomiony w złotych, ale jego wartość została wyrażona we franku szwajcarskim, tj. po przeliczeniu wg kursu kupna walut określonego w tabeli kursów obowiązującej w banku w dniu wykorzystania kredytu.

Sąd I instancji w niniejszej sprawie dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu ekonomii, finansów i bankowości, który stwierdził, że nie da się określić precyzyjnie wysokości pierwotnie udzielonego kredytu w złotych z uwagi na brak „Tabeli kursów walutowych (...) Bank S.A.” z dnia uruchomienia kredytu. Zgodnie z zawartą umową, to według tej tabeli kredyt miał być przewalutowany (kurs kupna dewiz dla (...) w dniu uruchomienia). Biegły wskazał, że bezsporny jest fakt uruchomienia kredytu w umownej kwocie, czyli 171.000 CHF pod nazwą „Kredyt mieszkaniowy (...) (równe raty kapitałowe), w walucie (...), o czym świadczy historia rachunku bankowego, którego właścicielem był W. K., a z którego wynika obsługa zaciągniętego zobowiązania do lipca 2007 r. Kredyt został zaciągnięty w formule równych rat kapitałowych - miesięczna rata kapitałowa wynosiła 1.425 CHF. Na dzień 5 września 2007 r., analizowane zadłużenie wynosiło 193.285,73 zł. W ocenie biegłego zakładając, że uruchomienie kredytu nastąpiło w dniu podpisania umowy kredytowej, czyli 29 maja 2001 r., a kredyt byłby przewalutowany przy uwzględnieniu kursu średniego NBP dla (...), w wysokości 2,2611 zł, to początkowe zadłużenie wyniosłoby 386.648,10 zł. Biegły podkreślił, iż w okresie od 20 czerwca 2001 r. (termin spłaty pierwszej raty kredytu) do 20 lipca 2007 r. (miesiąc zaprzestania obsługi kredytu) wahania w kursach walutowych nie były znaczące. Okres ten charakteryzował się względną stabilnością kursów walutowych, a kryzys na tym rynku a co za tym idzie wzrost kursów nastąpił po 2007r..

W odniesieniu do zarzutów pozwanych do sporządzonej opinii biegły podkreślił, że dokumenty znajdujące się w aktach sprawy pozwalają na wyliczenie zadłużenia pozwanych w stosunku do powoda w wysokości żądanej pozwem, nawet przy uwzględnieniu wysokości spłat wskazanych przez pozwanych na kwotę 358.385,20 zł, przy przyjęciu że wypłacona przez bank kwota kredytu wyniosła 374.404,50 zł. Dodał, że wypłacona kwota kredytu stanowi kapitał kredytowy, który w dalszej części spłacany miał być w ratach razem z odsetkami. Ponadto obejmował on również wydatki na obsługę kredytu, tzn. prowizje, opłaty oraz raty kapitałowe. Sąd Okręgowy podzielił w całości wnioski płynące z opinii uznając ją za pełnoprawny dowód w sprawie.

Sąd ten nie podzielił zarzutu pozwanych co do braku prawidłowej reprezentacji strony powodowej. Wskazał, że powód jest reprezentowany przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych pod nazwą (...) SA, co oznacza, że każdorazowy członek zarządu (...) S.A. jest równocześnie reprezentantem powoda. W świetle dołączonego do akt odpisu pełnego (...) SA – udzielone pełnomocnictwo należało uznać za prawidłowe.

W świetle dołączonych przez powoda dowodów w postaci: umowy cesji wierzytelności, wyciągu z ksiąg rachunkowych nr (...) z dnia 6 kwietnia 2016r., odpisu księgi wieczystej (...), zgłoszenia wierzytelności z dnia 5 września 2007r, wezwania do zapłaty z dnia 6 grudnia 2013r., oświadczenia (...) z 26 kwietnia 2016r., odpisu postanowienia Sądu Rejonowego w Łomży w sprawie VGU 1/07 wraz z wyciągiem z listy wierzytelności należało uznać, że doszło do nabycia przez powoda od (...) Banku S.A. wierzytelności z tytułu umowy z dnia 29 maja 2001 / wraz z aneksami/ oraz zabezpieczającą je wierzytelnością hipoteczną. Umowa cesji dotycząca przedmiotowej umowy indywidualizuje przedmiotowo i podmiotowo cedowaną wierzytelność, załącznik nr 2 zawiera ponadto wykaz wierzytelności hipotecznych.

W ocenie Sądu I instancji nie potwierdził się również zarzut nieważności umowy ze względu na wystąpienie klauzul abuzywnych. W ocenie Sądu zapisy §2 ust.3, §4, §5 oraz §7 umowy kredytu nie są niedozwolonymi postanowieniami umownymi w rozumieniu art. 385<sup>(1)</sup>§1 k.c. Wskazał, że ważność w/w umowy była badana w sprawie VII GC 289/14 Sądu Okręgowego w Białymstoku i poddana kontroli instancyjnej I ACa 895/15 Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z powództwa W. K. przeciwko Bankowi (...) SA w P. i (...) we W. o ustalenie nieistnienia zobowiązania, w której powództwo zostało prawomocnie oddalone. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny w Białymstoku jednoznacznie wypowiedział się o braku abuzywności zapisów §7 ust.1 umowy kredytowej. Ponadto Sąd I instancji zwrócił uwagę, że z uwagi na zapis umowy kredytowej, wobec wskazania jako stronę kredytobiorców W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) oraz A. K. (1), pozwanych nie można uznać za konsumentów w rozumieniu art. 22<sup>(1)</sup> k.c., a zaciągniętego kredytu jako kredyt konsumencki. Jednocześnie za niewiarygodne uznał zeznania pozwanych złożone w trybie art. 299 k.p.c., w zakresie zawarcia umowy przez nich jako osoby fizyczne. Dodał, że w momencie ogłoszenia upadłości (...) poprzednik prawny powoda zgłosił wierzytelność w postępowaniu upadłościowym, co pośrednio świadczy o tym, iż pozwanych nie można uznać za konsumentów.

W sprawie nie doszło również do przedawnienia roszczenia, gdyż pozwani występują w sprawie, jako dłużnicy rzeczowi. Jednym ze sposobów zabezpieczenia roszczenia było ustanowienie hipoteki umownej kaucyjnej na nieruchomości położonej w Ł. przy ul. (...) dla której jest prowadzona przez Sąd Rejonowy Wydział Ksiąg Wieczystych w Ł. księga wieczysta (...) której właścicielami są W. i A. K. (1) do kwoty 256.500CHF. Zgodnie zaś z treścią art. 77 ustawy o księgach wieczystych i hipotece „ Przedawnienie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką nie narusza uprawnień wierzyciela hipotecznego do uzyskania zaspokojenia z nieruchomości obciążonej”. Zdaniem Sadu roszczenia odsetkowe również nie uległy przedawnieniu. Dopóki hipoteka kaucyjna figuruje w księdze wieczystej, przedawnienie roszczenia w stosunku do dłużnika osobistego o odsetki ustawowe za opóźnienie, przez nią zabezpieczone, nie narusza uprawnień wierzyciela hipotecznego do uzyskania zaspokojenia, z nieruchomości obciążonej.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał, że materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje na zasadność zmodyfikowanego przez powoda żądania w całości. Wskazał, że podstawę prawną dochodzonego roszczenia stanowi art. 69 ust. 1 Prawa Bankowego, który w dacie zawierania umowy miał następujące brzmienie „ 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. Umowa kredytu ma zatem charakter konsensualny, odpłatny, dwustronnie zobowiązujący. W przedmiotowej sprawie wartość kredytu wyrażona została we franku szwajcarskim, natomiast wypłata kredytu i ustalenie wysokości raty odnosiło się do złotych polskich. Dopuszczalność takiego rozwiązania kredytowego wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, (wyrok w sprawie II CSK 803/16 z dnia 14 lipca 2017), z którego wynika, iż dopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązania w walucie obcej z równoczesnym zastrzeżeniem, że wypłata i spłata kredytu (pożyczki) będzie dokonywana w pieniądzu krajowym; zastrzeżenie takie dotyczy wyłącznie sposobu wykonania zobowiązania, przez co nie powoduje zmiany waluty wierzytelności. W ocenie Sądu I instancji taka sytuacja taka miała miejsce również w okolicznościach niniejszej sprawy. Nie bez znaczenia jest również fakt, że pozwani nie spłacili całości zobowiązania, gdyż zaprzestali spłacania rat w 2007r.

O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 §1k.p.c. w zakresie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego przez pozwanych na rzecz powodów w kwocie 14.417 zł., zaś co do pozostałych kosztów sądowych na mocy art. 102 k.p.c.

Apelacje od powyższego wyroku wywiedli pozwani.

W. K. zaskarżył wyrok w części, w zakresie pkt.1-3, zarzucając błędne ustalenie stanu faktycznego poprzez pominięcie przez Sąd zgłaszanych przez pozwanego wniosków dowodowych i twierdzeń, a oparcie decyzji wyłącznie na twierdzeniu powoda i opinii biegłego a więc nie wyjaśnienie wszystkich okoliczności w sprawie, tym samym błędne ustalenie poprzez przyjęcie, że powództwo jest zasadne.

Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1 i 2 poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji;

A. K. (1) również zaskarżyła wyrok w części, tj. w pkt.1-3, zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego mających wpływ na wynik sprawy, to jest:

-art. 233 k.p.c. poprzez dowolną ocenę dowodów w postaci: umowy cesji z dnia 24.09.2012 r. oraz załączników do niej, w szczególności zał. nr 1 - wykaz wierzytelności oraz zał. nr 2 - lista hipotek, polegającą na przyjęciu, że dokumenty te są dowodem na nabycie wierzytelności wobec A. K. (1), podczas, gdy jest to sprzeczne z ich treścią, a przez to z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, z których wynika, że gdyby strony umowy chciały nabyć wierzytelność również wobec A. K. (1), to wymieniłyby ją w treści załączników do umowy, a tego nie uczyniły; umowy kredytu na cele mieszkaniowe z dnia 29.05.2001 r., nr (...) - (...) oraz dowodu z przesłuchania stron, poprzez przyjęcie, że pozwani kredytobiorcy, zwłaszcza A. K. (1), zawarli umowę nie działając jako konsumenci, co jest sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, w sytuacji gdy umowa dotyczyła kredytu na cele mieszkaniowe, zatem nie mogła dotyczyć ani być związana z prowadzoną przez W. K. działalnością gospodarczą, a A. K. (1) nie prowadziła wówczas działalności gospodarczej, opinii biegłego sądowego z zakresu finansów i bankowości dr Z. P., poprzez uznanie jej za pełnoprawny dowód w sprawie potwierdzający wysokość dochodzonego przez powoda roszczenia, pomimo, iż biegły ten, z powodu braków w dokumentacji udzielonego kredytu i jego spłaty, nie był w stanie odpowiedzieć na kwestie określone w tezie opinii biegłego o istotnym znaczeniu dla rozstrzygnięcia sprawy,

-naruszenie art. 253 zdanie drugie k.p.c. poprzez niezastosowanie w sprawie, skutkujące przyjęciem, że powód udowodnił wysokość swego roszczenia pomimo zaprzeczenia przez pozwanych prawdziwości przedłożonych przez powoda dokumentów prywatnych, z których wysokość ta miałaby wynikać, zaś powód nie przedłożył żadnych dokumentów czyniących to zaprzeczenie nieprawdziwym;

-naruszenie art. 366 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na przyjęciu, że ważność umowy kredytu z dnia 29.05.2001 r., nr (...) - (...), została zbadana w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Białymstoku, sygn. akt VII GC 289/14, i poddana kontroli instancyjnej Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I ACa 895/15 z powództwa W. K. przeciwko Bankowi (...) SA w P. i (...) we W. o ustalenie nieistnienia zobowiązania, ze skutkiem wiążącym w niniejszej sprawie, pomimo, iż pozwana A. K. (1) nie była stroną ww. postępowań;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

-art 22(1) k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie w sprawie polegające na przyjęciu, że pozwani, zawierając umowę kredytu na cele mieszkaniowe z dnia 29.05.2001 r., nr (...) - (...), nie działali w charakterze konsumentów, pomimo, że pozwana A. K. (1) nie prowadziła działalności gospodarczej, zaś z działalnością gospodarczą prowadzoną przez W. K. kredyt na cele mieszkaniowe nie był związany ani bezpośrednio, ani pośrednio;

-art. 385<sup>1</sup> § 1 i § 3 k.c. polegające na niezastosowaniu w sprawie, co wynikało z odmowy uznania zapisów § 2 ust. 3, § 4, § 5 oraz § 7 ust. 1 umowy kredytu na cele mieszkaniowe z dnia 29.05.2001 r., za niedozwolone klauzule umowne, skutkujące ich nieważnością,

-art. 498 k.c. poprzez niezastosowanie w sprawie polegające na braku uwzględnienia przez Sąd skuteczności złożonego przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu i zarzutu potrącenia.

Wskazując na powyższe zarzuty wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości w stosunku do obojga pozwanych, zasądzenie od powoda na rzecz A. K. (1) kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego

rozpoznania. Pełnomocnik pozwanej ustanowiony z urzędu wniósł o przyznanie jej wynagrodzenia za instancję apelacyjną według norm przepisanych .

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

#### ***Apelacja zasługiwała na uwzględnienie.***

Sąd Okręgowy w oparciu o przeprowadzone dowody co do zasady poczynił w niniejszej sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne. Ustalenia te – w przeważającej mierze bezsporne – Sąd odwoławczy aprobuje i przyjmuje za własne. Wadliwie jednakże Sąd I instancji ustalił najistotniejszą z punktu widzenia odpowiedzialności pozwanych okoliczność, a mianowicie, że doszło do ważnego zawarcia przez poprzednika prawnego powoda łączącej go z pozwanymi umowy kredytowej.

Odnosząc się na wstępie do zawartego w apelacji pozwanego zarzutu braku prawidłowej reprezentacji strony powodowej, to nie zasługiwał on na uwzględnienie. Został bowiem oparty na niewłaściwej ocenie pełnomocnictwa, na które powoływali się pełnomocnicy (...) we W. w pozwie i w dalszym toku procesu. Z treści pełnomocnictw znajdujących się w aktach sprawy wynika bowiem umocowanie każdego z pełnomocników do występowania w niniejszym postępowaniu. Ponadto treść dokumentów wskazuje, że pełnomocnictwo zostało udzielone przez dwóch członków (...)który jest organem zarządzającym inwestycyjnym i reprezentującym fundusz w stosunkach z osobami trzecimi. Nie ulega zatem wątpliwości, że osoby umocowane do działania w imieniu(...)są uprawnione do działania w imieniu strony powodowej.

Akceptacji Sądu Apelacyjnego nie znalazł również zarzut skarżących co do braku nabycia przez powoda przedmiotowej wierzytelności. Trzeba podkreślić, że przelew wierzytelności jest to umowa, na podstawie której dotychczasowy wierzyciel (cedent) przenosi wierzytelność ze swojego majątku do majątku osoby trzeciej (cesjonariusza). Przy czym jego przedmiotem może być co do zasady wierzytelność istniejąca, którą cedent może swobodnie rozporządzać. W orzecznictwie podkreśla się, że skutkiem przelewu wierzytelności jest sukcesja syngularna o charakterze translatywnym. Nie prowadzi on do umorzenia zobowiązania, jego zmiany przedmiotowej lub zakresu odpowiedzialności, bądź powołania nowego, ale do kontynuacji istniejącego zobowiązania w innym układzie podmiotowym. Nabycie wierzytelności może nastąpić zatem tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim przysługiwała zbywcy, gdyż brak wierzytelności czyni umowę o przelew wierzytelności nieskuteczną prawnie (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2014 r., V CSK 620/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 lipca 2016 r., V ACa 941/15). Zgodnie z art. 79 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece w razie przelewu wierzytelności hipotecznej na nabywcę przechodzi także hipoteka, chyba że ustawa stanowi inaczej. Do przelewu wierzytelności hipotecznej niezbędny jest wpis w księdze wieczystej. Zgodnie zaś z ust. 2 hipoteka nie może być przeniesiona bez wierzytelności, którą zabezpiecza. W sprawie niniejszej – jak trafnie wskazał Sąd I instancji – na skutek umowy przelewu wierzytelności przysługującej wobec skarżących zawartej w dniu 24 września 2012r. między powodem a poprzednim wierzycielem pozwanych, z zastrzeżeniem art. 79 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, z dniem zawarcia tejże umowy na nabywcę przeszły wierzytelności z prawami związanymi, w szczególności prawa wynikające z ustanowionych dotychczas na rzecz zbywcy zabezpieczeń i wszelkie inne prawa z wierzytelnościami i zabezpieczeniami związane, (k. 23-27). Co więcej, za pomocą przedłożonego do akt niniejszej sprawy wydruku z księgi wieczystej nr (...) powód zdołał wykazać skuteczność przejścia nań wierzytelności jaka przysługiwała wierzycielowi pierwotnemu wobec pozwanych z tytułu umowy kredytu. Tym samym, prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, iż powód wykazał, że przelew wierzytelności był skuteczny co do zasady. Powyższe znalazło również potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 26 czerwca 2015 r. (sygn. akt VII GC 289/14) oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2016r. (sygn. akt IA Ca 895/15), w sprawie toczącej się z powództwa W. K. o ustalenie nieistnienia zobowiązania z tytułu umowy o kredyt, w którym uznano, że cesja wierzytelności zabezpieczonej hipoteką była skuteczna (k. 96v-97). Argumenty tam przytoczone Sąd Apelacyjny podziela i nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania.

Przechodząc do oceny kolejnych zarzutów apelacji, wokół których głównie koncentrował się spór w niniejszej sprawie, a dotyczących nieważności umowy kredytu, wskazać należy, że w ocenie Sądu Apelacyjnego zasługiwały one na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności trzeba tu wskazać, że treść wyroków sądów obu instancji w sprawie z powództwa W. K. przeciwko powodowi w niniejszej sprawie (VII GC 289/14 i I ACa 895/15) nie daje podstaw do przyjęcia, że kwestia abuzywności czy ważności postanowień umowy o kredyt jest w niniejszej sprawie objęta powagą rzeczy osądzonej. Skutek z art. 366 k.p.c. nie zachodzi, bowiem pozwana nie była stroną tamtego postępowania, a ponadto okoliczności dotyczące abuzywności postanowień umowy nie były przedmiotem oceny sądów obu instancji – jedynie Sąd Apelacyjny marginalnie zauważył (nie odnosząc się do pozostałych paragrafów umowy), że W. K. nie udowodnił abuzywności § 7 ust. 1 umowy dotyczącego sposobu obliczania wysokości rat kredytu, podczas gdy w niniejszej sprawie zakres badania postanowień umownych pod kątem abuzywności jest znacznie szerszy, o czym poniżej.

Nie można zgodzić się również ze stanowiskiem Sądu I instancji, że pozwani zawierając przedmiotową umowę nie występowali jako konsumenci w rozumieniu art. 22<sup>1</sup> k.c. Ocena ta jest dowolna i sprzeczna ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, z którego wynika, że zawierając przedmiotową umowę A. K. (1) nie prowadziła działalności gospodarczej, natomiast kredyt został udzielony na cele mieszkaniowe (zakup nieruchomości zabudowanej domem mieszkalnym, w którym pozwani mieli zamieszkiwać) i nie zostało wykazane, by miał on jakikolwiek związek z prowadzoną przez W. K. działalnością gospodarczą. Z opisu nieruchomości w akcie notarialnym (k. 543-545) nie wynika, by mógł on służyć pozwanemu do prowadzenia tej działalności. W świetle powyższego określenie go w części wstępnej umowy o kredyt jako prowadzącego oznaczoną tam działalność gospodarczą (m.in. bez adresu, numerów NIP czy REGON przedsiębiorstwa), w sytuacji gdy dalsza treść umowy w żaden sposób nie wskazuje na związek umowy z działaniem przedsiębiorstwa pozwanego, nie pozwala na uznanie, że kredyt został udzielony w związku z działalnością gospodarczą pozwanego. Wskazuje na to również treść wszystkich aneksów do umowy, w których pozwany występuje wyłącznie jako osoba fizyczna. Bez znaczenia dla oceny konsumenckiego charakteru umowy jest również okoliczność zgłoszenia wierzytelności z tytułu umowy kredytu w postępowaniu upadłościowym, skoro bank szukał możliwości zaspokojenia swojej wierzytelności z całego majątku dłużnika (także związanego z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą).

Umowa pomiędzy stronami została zawarta pod rządem art. 358 k.c., który w brzmieniu wówczas obowiązującym stanowił, że „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, zobowiązania pieniężne na terenie Rzeczypospolitej Polskiej mogą być wyrażane tylko w pieniądzu polskim”. W judykaturze przyjmowano jednak, że od wyrażenia świadczenia w walucie obcej należy odróżnić tzw. klauzule waloryzacyjne, które wyłączają jedynie walutę polską jako jedyny miernik wartości i odnoszą cenę również do waluty obcej ( zob. np. wyrok SN z dnia 7 lipca 2005 r. V CK 859/04).

W praktyce odróżniono m.in., jako odmiany umowy o kredyt w złotych:

- a) kredyt waloryzowany (indeksowany) kursem waluty obcej – kredyt wyrażony w walucie polskiej (PLN), przy czym na dany dzień (najczęściej dzień uruchomienia kredytu), kwota kapitału kredytu (lub jej część) przeliczana jest na walutę obcą (według bieżącego kursu wymiany waluty), która to kwota stanowi następnie podstawę ustalania wysokości rat kapitałowo-odsetkowych. Wysokość kolejnych rat kapitałowo – odsetkowych określana jest zatem w walucie obcej, ale ich spłata dokonywana jest w walucie polskiej, po przeliczeniu według kursu wymiany walut na dany dzień (najczęściej na dzień spłaty);
- b) kredyt denominowany w walucie obcej – kredyt, którego wartość wyrażona została w umowie w walucie obcej, ale uruchomiony został w walucie polskiej, a kredytobiorca dokonuje spłaty rat kapitałowo-odsetkowych również w walucie polskiej, po przeliczeniu według kursu wymiany walut na dany dzień (najczęściej na dzień spłaty). Kredytobiorca zwraca bankowi sumę nominalną udzielonego kredytu (kapitał) stanowiącą określoną równowartość waluty obcej, w zależności od bieżącego kursu wymiany walut, wraz z odsetkami oraz ewentualnie innymi opłatami.

Modyfikacje w zakresie dokonywania spłaty kredytów denominowanych w walutach obcych oraz indeksowanych kursami walut obcych wprowadziła przy tym tzw. ustawa antyspreadowa (z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 165, poz. 984), umożliwiając spłatę zarówno rat kapitałowo-odsetkowych, jak też całości lub części kapitału kredytu przed terminem, bezpośrednio w walucie obcej.

W niniejszej sprawie umowa zawarta pomiędzy stronami została określona w paragrafie 1 jako: „kredyt w złotych denominowany w walucie wymiennej w kwocie stanowiącej równowartość 171.000 CHF”. Bezspornie takie brzmienie umowy nie było wystarczająco precyzyjne, gdyż bez wskazania mechanizmu przeliczeniowego, oczywiście nie odpowiadało wymogom art. 69 prawa bankowego, według których umowa powinna określać kwotę i walutę kredytu. W świetle powyższego zapisu kwota kredytu w złotych w ogóle nie była znana (i to obu stronom) w chwili podpisywania umowy kredytowej. Powyższe oznacza, że kwota kredytu, mimo że przynależy do essentialia negotii umowy w ogóle nie została objęta jednoznacznym porozumieniem stron. Kolejną wadliwością umowy jest, że mechanizmy przeliczeniowe, zawarte w umowie jak też w trzech kolejnych aneksach, które dotyczyły wypłaty kredytu jak i zasad jego spłaty muszą zostać ocenione w tej sprawie jako abuzywne, a więc i nieprzydatne dla określenia głównych obowiązków stron umowy kredytowej. Podobnie należy ocenić ustalony w umowie sposób ustalania wysokości oprocentowania kredytu.

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 (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Jeżeli postanowienie umowy zgodnie z § 1 umowy nie wiąże konsumenta, strony są związane umową w pozostałym zakresie (§ 2). Zgodnie z § 2 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. Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje (§ 4).

Nie ulega wątpliwości, że powód nie udowodnił, by jakiegokolwiek postanowienia przedmiotowej umowy były z pozwanymi indywidualnie uzgadniane. Dotyczy to również postanowień wskazanych poniżej.

Zbadania pod kątem abuzywności wymagały w szczególności zapisy § 2 ust.3, § 4, § 5 oraz § 7 ust. 1 umowy, czego – jak słusznie zauważyła skarżąca - nie uczynił Sąd I instancji. Sąd ten nie dokonał analizy tych zapisów umowy argumentując, że ważność umowy kredytu była już badana w sprawie VII GC 289/14 toczącej się przed Sądem Okręgowym w Białymstoku, a następnie przed Sądem Apelacyjnym (sygn. akt I ACa 895/15), a także, że pozwanych nie można uznać za konsumentów w rozumieniu art. 22<sup>1</sup> k.c. Z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić z przyczyn wskazanych powyżej. Ponownie podkreślić trzeba, że Sąd Okręgowy w powołanej wyżej sprawie nie analizował zarzutów dotyczących abuzywności klauzul w ogóle, ograniczył się jedynie do analizy przepisów prawa upadłościowego, co wynika wprost z treści uzasadnienia. Podobnie Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku odniósł się do tej kwestii marginalnie, ograniczając się do braku udowodnienia abuzywności § 7 ust. 1 tejże umowy. Nie były zatem badane w przedmiotowym postępowaniu powołane wyżej zapisy umowy. Przede wszystkim jednak A. K. (1) nie była stroną powyższej sprawy. W konsekwencji nie może ulegać wątpliwości, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 366 k.p.c., który de facto nie znajdował zastosowania w sprawie.

W obecnym modelu procedury cywilnej sąd odwoławczy nie ogranicza się jednak wyłącznie do kontroli sądu pierwszej instancji, lecz bada ponownie całą sprawę, a kontrolując prawidłowość zaskarżonego orzeczenia, pełni również funkcję sądu merytorycznego, który może rozpoznać sprawę od początku, uzupełnić materiał dowodowy lub powtórzyć już przeprowadzone dowody, a także poczynić samodzielnie ustalenia na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji. Oznacza to, że w obowiązującym aktualnie systemie apelacji pełnej Sąd Apelacyjny mógł dokonać ponownego merytorycznego zbadania sprawy, w oparciu o materiał aktowy.

Analizie poddane zostały zatem w szczególności zapisy umowy zawarte w § 2 ust.3, § 4, § 5 oraz § 7 ust. 1 umowy, które miały następującą treść:

§ 2 ust.3 - Kredyt zostanie wypłacony w złotych według kursu kupna dewiz dla (...) zgodnie z „Tabelą kursów” obowiązującą w Banku w dniu uruchomienia kredytu.

§ 4 pkt.1 Bank pobiera od Kredytobiorcy prowizję w wysokości 1,00 % od kwoty przyznanego kredytu, określonej w § 1. Prowizja płatna jest w złotych po przeliczeniu według kursu sprzedaży dewiz dla C zgodnie z „Tabelą kursów” obowiązującą w Banku w dniu uruchomienia kredytu. Prowizja nie zwrotowi; pkt.2- Za czynności związane ze zmianą warunków umowy kredytowej lub za inne czynności związane z obsługą kredytu, wykonywane na zlecenie Kredytobiorcy, Bank pobiera opłaty zgodnie z "Taryfą prowizji i opłat (...) Bank S.A."

-§ 5-1.W dniu zawarcia umowy oprocentowanie kredytu ustala się w wysokości 8,50 % w stosunku rocznym.2.Kredyt oprocentowany jest według zmiennej stopy procentowej.3.Oprocentowanie kredytu będzie ustalane w oparciu o zmienną stawkę bazową Banku dla kredytów w (...), zwaną dalej " stawką bazową" i będzie równe stawce bazowej powiększonej o 4,70 punkty procentowe. W dniu zawarcia umowy stawka bazowa wynosi 3,80 % w stosunku rocznym.4.Wysokość stawki bazowej, o której mowa w ust. 3 ustalana jest zarządzeniem Prezesa Zarządu Banku (...) środków pieniężnych i kredytów w (...) Banku S.A." Stawka bazowa może zostać zmieniona zarządzeniem Prezesa Zarządu Banku w przypadku, gdy ulegnie zmianie przynajmniej jeden z w/w czynników:1/ stopa procentowa LIBOR/ EURIBOR dla depozytów 3-miesięcznych, 2/ stopa rezerwy obowiązkowej dla walut ustalana przez NBP.5.Zmiana oprocentowania kredytu następować będzie automatycznie i skutkować będzie od dnia wejścia w życie zarządzenia Prezesa Zarządu Banku zmieniającego wysokość stawki bazowej.6.O zmianie stopy oprocentowania Bank będzie każdorazowo zawiadamiał Kredytobiorcę w formie pisemnej, podając jednocześnie nowy harmonogram spłat kredytu. Zmiana stopy oprocentowania kredytu nie powoduje konieczności wypowiedzenia warunków umowy.

- § 7 pkt.1 Kredytobiorca zobowiązuje się do spłaty kapitału wraz z odsetkami w 120 ratach miesięcznych w terminie do dnia 20-ego każdego miesiąca na rachunek numer (...), przy czym pierwsza rata kapitałowo- odsetkowa płatna jest do 20.06.2001 r., w złotych po przeliczeniu według kursu sprzedaży dewiz dla (...) zgodnie z „Tabelą kursów” obowiązującą w Banku w dniu spłaty. Sposób spłaty kredytu (kapitał i odsetki) ustalony jest w harmonogramie spłat, który stanowi załącznik do umowy.

Należy zauważyć, że już przesądzone w judykaturze (zob. uchwałę 7 sędziów SN z 20 czerwca 2018 roku, III CZP 29/17, L. nr. (...)), że oceny abuzywności dokonuje się na datę dokonania czynności. Sąd Najwyższy, z odwołaniem się do orzecznictwa (...) (tj. wyroku z 20 września 2017 r., C-186/16, R. P. A. i in. przeciwko (...) SA) stwierdził, że ocenę nieuczciwego charakteru warunków umowy należy przeprowadzać w odniesieniu do chwili zawarcia danej umowy z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, o których przedsiębiorca mógł wiedzieć przy zawieraniu umowy i które mogły wpływać na jej późniejsze wykonanie, gdyż warunek umowny może wprowadzać między stronami nierównowagę pojawiającą się dopiero w czasie wykonywania umowy (pkt 54). W ocenie Sądu Najwyższego z powołanych przepisów dyrektywy 93/13, interpretowanych z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wynika jasno, iż okoliczności, które zaistniały po zawarciu umowy, nie mają znaczenia dla oceny abuzywności postanowienia.

Podzielając to stanowisko i analizując zapisy umowy na datę jej zawarcia, Sąd Apelacyjny zauważa, że abuzywność wskazanych powyżej postanowień umowy przejawia się głównie w tym, że zawarte w nich klauzule w ogóle nie odwoływały się do jakichkolwiek obiektywnych wskaźników, lecz pozwalały wyłącznie bankowi na określenie miernika wartości i oprocentowania wedle swojej woli. Na mocy spornych postanowień to bank mógł jednostronnie i arbitralnie, a przy tym w sposób wiążący, modyfikować wskaźniki, według których obliczana była wysokość zobowiązania kredytobiorcy, a tym samym mógł wpływać na wysokość świadczenia pozwanych. Ponadto o abuzywności tych postanowień świadczy ich nietransparentność. Umowa kredytu nie przedstawiała w sposób przejrzysty konkretnego mechanizmu wymiany waluty obcej oraz oprocentowania, tak by klient banku był w stanie samodzielnie oszacować, w oparciu o jednoznaczne, obiektywne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z umowy konsekwencje

ekonomiczne. W szczególności nie znał sposobu, w jaki bank kształtował wysokość stawki bazowej oprocentowania i kurs (...), zwiększając bądź zmniejszając te wskaźniki wedle swego uznania. Umowa nie dawała mu też żadnego instrumentu pozwalającego bronić się przed decyzjami banku w zakresie wyznaczanego kursu (...) i ustalonej stawki bazowej, a dodatkowo był obciążany jeszcze płatnością na rzecz banku stanowiącą różnicę między kursem kupna i kursem sprzedaży (...) (tzw. spread).

Powyższe postanowienia umowy nie mogą zostać zaaprobowane w świetle wypracowanego stanowiska (...), zgodnie z którym „warunek umowny musi być wyrażony prostym i zrozumiałym językiem, powinien być rozumiany jako nakazujący nie tylko, by dany warunek był zrozumiały dla konsumenta z gramatycznego punktu widzenia, ale także, by umowa przedstawiała w sposób przejrzysty konkretne działanie mechanizmu wymiany waluty obcej, do którego odnosi się ów warunek, a także związek między tym mechanizmem a mechanizmem przewidzianym w innych warunkach dotyczących uruchomienia kredytu, tak by rzeczony konsument był w stanie oszacować, w oparciu o jednoznaczne i zrozumiałe kryteria, wpływające dla niego z tej umowy konsekwencje ekonomiczne” (zob. orzeczenie z 30 kwietnia 2014r. w/s C-26/13 : Á. K., H. R. przeciwko (...)). Także w orzeczeniu z 20 września 2018 r., wydanym w sprawie C- 51/17 w postępowaniu: (...) Bank (...), (...) Faktoring K. Z.. przeciwko T. I., E. T. stwierdził, że „Artykuł 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że wymóg, zgodnie z którym warunki umowy powinny być wyrażone prostym i zrozumiałym językiem, zobowiązuje instytucje finansowe do dostarczenia kredytobiorcom informacji wystarczających do podjęcia przez nich świadomych i rozważnych decyzji. W tym względzie wymóg ów oznacza, że warunek dotyczący ryzyka kursowego musi zostać rozumiany przez konsumenta zarówno w aspekcie formalnym i gramatycznym, jak i w odniesieniu do jego konkretnego zakresu, tak aby właściwie poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument mógł nie tylko dowiedzieć się o możliwości spadku wartości waluty krajowej względem waluty obcej, w której kredyt był denominowany, ale również oszacować – potencjalnie istotne – konsekwencje ekonomiczne takiego warunku dla swoich zobowiązań finansowych”.

Nie można też w tym miejscu nie zauważyć, że w rejestrze postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, prowadzonego przez Prezesa UOKiK znajdują się już klauzule o tożsamej treści normatywnej, choć dotyczące innych przedsiębiorców (klauzule nr (...) i (...) - wpisane wobec Banku (...) SA na podstawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10.02.2012r. sygn. Akt VI Ca 146/11 i wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14.12.2010r., sygn. akt XVII AmC 426/09, klauzula nr. (...) – wpisana wobec Banku (...) S.A. na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2014r., sygn. akt XVII AmC 5344/11, klauzula (...) – wpisana wobec (...) Banku SA na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 grudnia 2010 roku, sygn. akt XVII AmC 1531/09). Jakkolwiek orzeczenia wydane w sprawach przeciwko innym przedsiębiorcom nie mogą być wprost rozciągnięte na ocenę skutków działań powoda, konstruującego w tej sprawie umowę kredytową z pozwanymi, to jednak są niewątpliwie wyrazem nieaprobowania w orzecznictwie sądowym sytuacji, w której postanowienia umów posługują się pojęciami nieweryfikowalnymi dla konsumenta, a w efekcie przyznają bankowi uprawnienie do jednostronnego wpływania – poprzez ustalanie Tabeli kursów i sprzedaży waluty czy wysokości stawki bazowej oprocentowania - na wysokość świadczeń stron.

Stosownie do art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 1 k.c., postanowienie niedozwolone nie wiąże konsumenta, a zatem nie wywołuje ono skutków prawnych od samego początku i z mocy samego prawa, co sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę z urzędu (np. wyrok Sądu Najwyższego z 30 maja 2014 r., III CSK 204/13, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2016 r., II CSK 750/15, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018/7-8/79; wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 20 września 2018 r., C-51/17, (...) Bank (...), (...)(...) K. Z.. przeciwko T. I. i E. K.), chyba że konsument następnie udzieli "świadomej, wyraźnej i wolnej zgody" na to postanowienie i w ten sposób jednostronnie przywróci mu skuteczność (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego (7) z 20 czerwca 2018 r., III CZP 29/17, OSNC 2019/1/2).

Wynikająca z powyższego sankcja bezskuteczności dotyczy tylko klauzuli abuzywnej, co niekiedy pozwala utrzymać stosunek prawny poprzez wyeliminowanie tylko wadliwych postanowień umownych i zastosowanie minimalnej ingerencji w ten stosunek. W wyroku z 21 grudnia 2016 r. w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15,

(...)G. N. i in. przeciwko (...), pkt 61 - 62 Trybunał Sprawiedliwości UE wyjaśnił, że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że warunek umowny uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta. W związku z tym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonego warunku. Zaś w wyroku z 26 marca 2019 r. w sprawach C-70/17 i C-179/17, (...) SA przeciwko A. S. S. oraz (...) SA przeciwko A. L. M. i V. R. R., pkt 54, Trybunał Sprawiedliwości UE wykluczył, by sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w umowach, albowiem takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów, ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes przedsiębiorców.

Podzielając takie stanowisko (...) Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że w zasadzie nie mieści się w jego nurcie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14.07.2017., II CSK 803/16, w którym Sąd Najwyższy – w odniesieniu do kredytu denominowanego - dopuścił możliwość wypełnienia luk w umowie przez zastąpienie pominiętego nieuczciwego warunku umowy przepisem o charakterze dyspozytywnym. Z pewnością przy tym w przedmiotowej sprawie takim przepisem nie może art. 358 § 1 k.c. 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 określającą wartość waluty obcej według kursu średniego NBP, wszedł bowiem 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.

Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego jest właściwym dla polskiej tradycji cywilistycznej wyrazem poszukiwania mechanizmów, tkwiących w systemie prawa cywilnego i umożliwiających właściwe ukierunkowanie wadliwych czynności prawnych, celem ochrony stosunku obligacyjnego. Zaaprobowanie tego stanowiska na gruncie umów z konsumentami jest jednak, zdaniem Sądu Apelacyjnego, niemożliwe bowiem nie odpowiada należytych standardom ochrony konsumenckiej. Standardy te w świetle orzecznictwa (...) opierają się na założeniu, że konsument znajduje się w gorszym położeniu niż przedsiębiorca zarówno pod względem możliwości negocjacyjnych, jak i ze względu na stopień poinformowania, a w konsekwencji skuteczna ochrona konsumenta nie mogłaby zostać osiągnięta, gdyby sąd krajowy przy stwierdzeniu nieuczciwego warunku mógł zmodyfikować umowę poprzez zmianę treści tego warunku.

Dotychczasowe orzecznictwo (...) wskazuje na to, że możliwość uzupełnienia luki w umowie, powstałej na skutek abuzywności ma charakter wyjątkowy i może mieć miejsce tylko wówczas, gdy służy to interesom konsumenta i jednocześnie pozwala zachować prewencyjnie – represyjny, względem przedsiębiorcy, charakter mechanizmu niezwiązania konsumenta postanowieniami abuzywnymi. O ile w wyroku z 30 kwietnia 2014r. C-26/13 K. i K. R. (pkt. 83 i 84) (...) uznał możliwość zastąpienia przez sąd krajowy nieuczciwego postanowienia przepisem prawa krajowego o charakterze uzupełniającym w celu dalszego istnienia umowy o tyle, z pozostałego orzecznictwa wynika, że możliwość ta jest ograniczona jedynie do przypadku, w którym rozwiązanie umowy jako całości naraziłoby konsumenta na szczególnie szkodliwe skutki (zob. wyrok z 7 sierpnia 2018 roku w/s C-96/16 (...) SA p-ko E. C., pkt. 74 i powołane tam orzecznictwo). Następnie (zob. wyrok z 14 marca 2019 roku w/s C- 118/17 Z. D. przeciwko (...) (...)Z.), T. orzekł m.in., że „art. 6 ust.1 dyrektywy 93/13 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom krajowym uniemożliwiającym sądowi uwzględnienia żądania stwierdzenia nieważności umowy kredytu opartego na nieuczciwym warunku, jeśli bez tego warunku umowa nie może dalej istnieć”.

Generalnie zatem, gdy, jak w sprawie niniejszej, pozwani powołują się na nieważność umowy, to próby uzupełniania tej umowy przez sąd i to w zakresie essentialia negotii tej umowy należy uznać za niedopuszczalne.

Jakkolwiek dotąd Sąd Najwyższy przyjmował, że postanowienia zawierające uprawnienie banku do przeliczania sumy wykorzystanego przez kredytobiorcę kredytu do waluty obcej (klauzulę tzw. spreadu walutowego) nie dotyczą głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385 § 1 zdanie drugie k.c. (zob. wyroki z dnia 22 stycznia 2016 r., I CSK 1049/14, OSNC 2016, Nr 11, poz. 134 oraz z dnia 1 marca 2017 r., IV CSK 285/16, nie publ., ale odmiennie ostatnio w wyroku z 4 kwietnia 2018 roku, III CSK 159/17, niepubl.), to jednak na tle tej sprawy nie może budzić wątpliwości, że w sposób zasadniczy dotyczyć one mogą elementów głównych świadczeń stron. Jako takie - z racji swej nieprzejrzystości - również poddają się kontroli w trybie art. 385<sup>1</sup> k.c., ale jeśli zastosować względem nich sankcję normatywną i przyjąć, że przytoczone na wstępie zapisy § 2 ust.3, § 4, § 5 oraz § 7 ust.1 umowy nie wiążą pozwanych *ex tunc* i *ex lege* oraz podlegają usunięciu z umowy, to brak jest określenia w umowie zarówno kwoty udzielonego kredytu, wysokości jego oprocentowania, jak i określenia wysokości spłaty poszczególnych rat przez pozwanych – a więc *essentialia negotii* kredytu. Po wyeliminowaniu opisanych we wskazanych zapisach mechanizmów przeliczeniowych i ustalania stawki bazowej oprocentowania, w umowie pozostałyby tylko zapisy, że kredyt został „udzielony w złotych w kwocie stanowiącej równowartość 171.000 CHF” i jest oprocentowany według stopy zmiennej w wysokości 4,70 % (w rzeczywistości stałej), co w żaden sposób nie odpowiada minimum normatywnemu z art. 69 prawa bankowego.

W świetle tego przepisu 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. Przytoczony zapis umowy, po wyeliminowaniu abuzywnych jej zapisów, nie poddaje się jednak definicji ustawowej i nie pozwala żadnej ze stron na wykonanie umowy. Wobec zaś zasady walutowości, obowiązującej pod rządami art. 358 k.c. w brzmieniu obowiązującym w 2001 r, a także wobec intencji stron co do przyjęcia za przedmiot zobowiązania waluty polskiej, nie sposób też uznać, że została między nimi zawarta umowa w walucie obcej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, pomimo tego, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, zgodnie z którym wyłączenie z umowy postanowień uznanych za niedozwolone nie powoduje nieważności całej umowy nawet wtedy, gdy bez tych postanowień umowa nie zostałaby zawarta (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.02.2013 r., I CSK 408/12, OSNC rok 2013, nr 11, poz. 127), przy czym w uzasadnieniu przywoływanego powyżej wyroku SN z 14.07.2017 r. podkreślono (z odwołaniem się do wyroku (...) z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-453/10, J. P. i V. P. przeciwko SOS financ spol. sr.o., (...) -144, pkt 33), że prawo unijne nie wymaga, aby w związku z zastrzeżeniem klauzuli abuzywnej konsument uzyskał możliwość powołania się na nieważność całej umowy, to jednak nie może to dotyczyć sytuacji, w której nie jest już możliwe funkcjonowanie umowy po wyeliminowaniu z niej spornych klauzul, jako umowy nieodpowiadającej minimum normatywnemu. Zabiegi nakierowane na utrzymanie umów udzielonych w złotych polskich, z odniesieniem do kwoty tak ujętego kredytu oprocentowania wynikającego z umowy są owszem stosowane w praktyce sądów powszechnych (w stosunku do tzw. kredytów indeksowanych), jednakże przedmiotowa umowa nie może – bez dodatkowych zabiegów interpretacyjnych - zostać potraktowana w ten sposób z racji nieokreślenia w niej kwoty kredytu w walucie polskiej. Dodatkowo należy zauważyć, że pomimo starań sądu i biegłego nie dało się ustalić jaką kwotę w złotych wypłacił bank tytułem kredytu.

Z powyżej przedstawionych argumentów wynika, że w przedmiotowej sprawie bez określenia kwoty kredytu nie jest możliwe określenie wysokości zobowiązania wzajemnego pozwanych, przy czym postanowienia abuzywne dotyczą głównych świadczeń stron w tym sensie, że po wyłączeniu postanowień abuzywnych, w żaden sposób nie są uregulowane świadczenia główne objęte niniejszą umową. To zaś oznacza, że umowa nie może obowiązywać po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków. W tej sytuacji nieważność stosunku podstawowego oznacza, że nie może on wywoływać jakichkolwiek skutków prawnych objętych wola stron, poza powstaniem ubocznych skutków, które ustawa wiąże z czynnością prawną nieważną, jak np. obowiązek zwrotu świadczeń wzajemnych.

W aneksach nr (...) do umowy strony zmodyfikowały sposób określania oprocentowania kredytu eliminując stawkę bazową ustalaną przez bank bez żadnych obiektywnych ograniczeń, a wprowadzając w jej miejsce odwołującą się

do mierników zobiektywizowanych stawkę odniesienia. Treść powyższych wskaźników może wskazywać, że celem zawarcia aneksów było „wyjście” z abuzywności postanowienia określającego sposób ustalania stawki bazowej. W żadnym z aneksów nie zmodyfikowano jednak pozostałych opisanych powyżej postanowień umowy, zatem zawarcie aneksów nie wpływa istotnie na przedstawione powyżej przyczyny nieważności umowy.

Powództwo podlegało oddaleniu już w oparciu o argumenty, jakie przytoczono wyżej. W tej sytuacji zbędne było rozważanie zarzutów apelacji, które dotyczyły kwestii potrącenia (art. 498 k.c.), bądź też nieudowodnienia wysokości dochodzonego roszczenia, bowiem nawet ich zaaprobowanie - w świetle niewykazania ważności łączącej strony umowy kredytowej nie miałyby wpływu na treść rozstrzygnięcia. Podkreślić przy tym należy, że powód nie wskazywał alternatywnej podstawy dochodzonego roszczenia – nie domagał się rozliczenia stron na wypadek nieważności umowy. Takie rozliczenie nie byłoby jednak możliwe z uwagi na to, że powód nie ma wiedzy i nie wykazał, zaś sąd nie był w stanie ustalić z urzędu jaką kwotę w złotych z tytułu kredytu wypłacił poprzednik prawny powoda pozwanym (zbywcy nieruchomości).

W efekcie, Sąd Apelacyjny za konieczną uznał zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości (art. 386 §1 k.p.c.). Skutkowało to także korektą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego poprzez zasądzenie na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. od powoda, jako strony przegrywającej sprawę, na rzecz pozwanej A. K. (1) kosztów zastępstwa procesowego z urzędu, których wysokość (17.712 zł) została ustalona zgodnie z § 2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015r. poz.1804) oraz kwoty 535 zł tytułem zwrotu wydatków. W oparciu o art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach w sprawach cywilnych nakazano pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łomży kwotę 3.194,10 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (opinie biegłych k.324 i k.356)

O kosztach postępowania w instancji odwoławczej Sąd Apelacyjny postanowił w myśl art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015r. poz.1804). Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach w sprawach cywilnych nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łomży kwotę 30.646,88 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym, które obejmowały koszty nieopłaconej opinii biegłego w wysokości 3.467,88 zł (k. 599- 600) oraz nieuiszczone opłaty od apelacji pozwanego (8.383 zł) i pozwanej (18.796 zł).

(...)