



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 25 czerwca 2021 r.

Adam Bodnar

V.510.66.2021.PF/AWD/MT

**Sąd Najwyższy
Izba Cywilna
plac Krasińskich 2/4/6
00-951 Warszawa**

**Wnioskodawca:
Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego**

**Uczestnik:
Prokurator Generalny**

sygn. akt III CZP 11/21

Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich

w wykonaniu postanowienia Sądu Najwyższego w składzie całej Izby Cywilnej z 11 maja 2021 r., sygn. akt III CZP 11/21, o którym Rzecznik Praw Obywatelskich został zawiadomiony pismem Pierwszej Prezes Sądu Najwyższego z 24 maja 2021 r. (doręczonym 27 maja 2021 r.), przedstawiam następujące stanowisko.

Spis treści

I.	Wstęp	3
II.	Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich – uwagi ogólne	5
III.	Nieprawidłowy skład Izby Cywilnej SN i jego konsekwencje	5
1.	Uwagi wprowadzające	5
2.	Kwestia ustanowienia sądu na mocy ustawy	8
2.1.	„Sąd” w rozumieniu prawa Unii	8
2.2.	Wymóg sądu ustanowionego na mocy ustawy	9
2.3.	Okoliczności dotyczące ukształtowania, obsadzenia i działania KRS	10
2.4.	Ukształtowanie i przebieg procesu nominacyjnego do SN	14
2.5.	Ocena Izby Cywilnej w świetle wymogu ustanowienia na mocy ustawy	17
3.	Kwestia niezależności, niezawisłości i bezstronności Izby Cywilnej SN	18
3.1.	Wymogi niezależności, niezawisłości i bezstronności w orzecznictwie TS	18
3.2.	Okoliczności wpływające na niezawisłość i bezstronność sądu	19
3.3.	Ocena Izby Cywilnej SN w świetle wymogów niezależności, niezawisłości i bezstronności	22
4.	Wadliwość powołania Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w 2020 r.	24
IV.	Uwagi odnoszące się do sformułowanych zagadnień prawnych	26
1.	Czy w razie uznania, że postanowienie umowy kredytu indeksowanego lub denominowanego odnoszące się do sposobu określania kursu waluty obcej stanowi niedozwolone postanowienie umowne i nie wiąże konsumenta, możliwe jest przyjęcie, że miejsce tego postanowienia zajmuje inny sposób określenia kursu waluty obcej wynikający z przepisów prawa lub zwyczajów?	26
2.	Czy w razie niemożliwości ustalenia wiążącego strony kursu waluty obcej w umowie kredytu indeksowanego do takiej waluty umowa może wiązać strony w pozostałym zakresie?	33
3.	Czy w razie niemożliwości ustalenia wiążącego strony kursu waluty obcej w umowie kredytu denominowanego w walucie obcej umowa ta może wiązać strony w pozostałym zakresie?	36
4.	Czy w przypadku nieważności lub bezskuteczności umowy kredytowej, w wykonaniu której bank wypłacił kredytobiorcy całość lub część kwoty kredytu, a kredytobiorca dokonywał spłat kredytu, powstają odrębne roszczenia z tytułu nienależnego świadczenia na rzecz każdej ze stron, czy też powstaje jedynie jedno roszczenie, równe różnicy spełnionych świadczeń, na rzecz tej strony, której łączne świadczenie miało wyższą wysokość?	37
5.	Czy w przypadku nieważności lub bezskuteczności umowy kredytowej z powodu niedozwolonego charakteru niektórych jej postanowień bieg przedawnienia roszczenia banku o zwrot kwot wypłaconych z tytułu kredytu rozpoczyna się od chwili ich wypłaty?	40
6.	Czy, jeżeli w przypadku nieważności lub bezskuteczności umowy kredytowej którejkolwiek ze stron przysługuje roszczenie o zwrot świadczenia spełnionego w wykonaniu takiej umowy, strona ta może również żądać wynagrodzenia z tytułu korzystania z jej środków pieniężnych przez drugą stronę?	42
V.	Uwagi końcowe	47

I. Wstęp

1. Rzecznik Praw Obywatelskich został wezwany do przedstawienia stanowiska w sprawie sześciu pytań przedstawionych do rozstrzygnięcia przez skład całej Izby Cywilnej Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 11/21). Formę realizacji tego postanowienia determinuje okoliczność, że nie sprecyzowano prawnej podstawy udziału Rzecznika w sprawie.
2. Zagadnienia prawne przedstawione do rozstrzygnięcia Izbie Cywilnej SN dotyczą rozbieżności występujących w sporach sądowych dotyczących konsumenckich kredytów na cele mieszkaniowe, denominowanych bądź indeksowanych do franka szwajcarskiego.
3. Szersza wypowiedź SN w tych sprawach jest, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, niezwykle potrzebna. W ostatnich latach Rzecznik podejmował intensywne działania dotyczące licznych toczących się sporów sądowych na tle umów frankowych. Jednym z podstawowych ujawniających się problemów jest nieprawidłowe stosowanie przez sądy prawa Unii Europejskiej (przepisów dyrektywy 93/13¹). W swoim stanowisku Rzecznik skupia się więc na tym aspekcie, wskazując sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE, Trybunał Sprawiedliwości albo Trybunał) wytyczne wskazujące granice swobody orzeczniczej, jaka pozostała sądom polskim oraz skutki, jakie - zgodnie z orzecznictwem TSUE – mają wywołać krajowe rozstrzygnięcia sądowe. Rzecznik pragnie podkreślić, że rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego zapadnie w przestrzeni prawnej, w której dochodzi do intensywnych interakcji pomiędzy prawem unijnym i prawem krajowym, a treść prawa unijnego wyznacza granice swobody orzeczniczej, także posiadanej przez Sąd Najwyższy.
4. Po pierwsze, Sąd Najwyższy, jak każdy inny organ, w zakresie kompetencji którego leży stosowanie prawa unijnego, zobowiązany jest do zapewnienia skutecznego jego stosowania, w tym interpretacji prawa krajowego w możliwie najszerszym zakresie w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią

¹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.U. L 095 z 21.04.1993, s. 29.

przewidziany, a co za tym idzie, aby zapewnić zgodność z art. 288 akapit trzeci TFUE (wyroki: od C-397/01 do C-403/01 *Pfeiffer i. in.*, pkt 113 i przytoczone tam orzecznictwo; C-441/14 *DI*, pkt 31). Wymóg zapewnienia wykładni zgodnie z prawem Unii obejmuje konieczność zmiany krajowego orzecznictwa przez sądy krajowe, jeżeli opiera się ono na interpretacji prawa krajowego, której nie da się pogodzić z celami dyrektywy (zob. podobnie wyroki C-441/14 *DI*, pkt 32, 33 i przytoczone tam orzecznictwo; C-385/17 *Torsten Hein*).

5. Po drugie, obowiązek zapewnienia zgodności z prawem unijnym dla Sądu Najwyższego, oznacza, że ma on obowiązek zwrócić się do TSUE, jeżeli powstaną wątpliwości co to treści prawa europejskiego (wyroki: 283/81 *Cilfit i in.*, pkt 21; C-348/89 *Mecanarte*, pkt 42; a także C-689/13 *PFE*, pkt 32).
6. Rzecznik pragnie podkreślić, że jasne rozstrzygnięcie na tle sformułowanych zagadnień prawnych posiada ogromny potencjał, jeśli chodzi o ujednoczenie orzecznictwa sądów powszechnych. Sądy borykają się obecnie z ustaleniem sposobu stosowania prawa polskiego, który jednocześnie umożliwiłby poprawne rozstrzygnięcie sporów i zapewniał wywiązanie się z ciężącego na sądach obowiązku zapewnienia skuteczności prawa UE (dyrektywy 93/13).
7. Wyjaśnienie kwestii spornych na tle prawa polskiego może przyczynić się również do intensyfikacji procesu polubownego rozstrzygnięcia sporów frankowych. Występujący obecnie brak pewności prawnej, w szczególności co do skutków, jakie stwierdzenie abuzywności klauzuli przeliczeniowej wywiera na dalszą możliwość obowiązywania umowy oraz rozliczenia stron, przy jednoczesnej niezwykle intensywnej kampanii lobbingowej prowadzonej przez strony sporu, nie sprzyja zawieraniu ugód. Oznacza to, że to na sądy spada ciężar rozwiązania problemu frankowego, którego rozmiar ujawnia rosnąca lawinowo liczba spraw sądowych.
8. Rzecznik pragnie jednak zaakcentować, że rozwiązanie przez Sąd Najwyższy sporów dotyczących stosowania prawa nie rozwiąże całości problemu kredytów frankowych w kontekście ekonomicznym oraz społecznym. Jedyne podjęcie działań legislacyjnych daje bowiem możliwość kompleksowego rozwiązania kryzysu frankowego z uwzględnieniem tła pozaprawnego. W sprawach indywidualnych, rozstrzygnięcia podejmowane przez sądy opierać się mogą wyłącznie na przesłankach

sformułowanych w przepisach prawa, ze szczególnym uwzględnieniem treści i celu dyrektywy 93/13. Czynniki ekonomiczne czy społeczne mogą być więc uwzględniane przez sądy tylko o tyle, o ile wpisują się to w możliwą do przyjęcia interpretację znajdującego zastosowanie przepisu.

II. Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich – uwagi ogólne

9. Przedstawione zagadnienia prawne skupiają się na konsekwencjach, jakie ze stwierdzenia abuzywnego charakteru postanowienia wynikają dla samego postanowienia, umowy oraz potencjalnych dalszych roszczeń stron.
10. Rozstrzygnięcie SN dokonywane będzie w obszarze, który w dużym stopniu został już zagospodarowany przez orzecznictwo TSUE. Z tego powodu uwagi Rzecznika skupiają się na unijnym aspekcie rozstrzygnięcia. Biorąc pod uwagę związanie sądów krajowych orzecznictwem TSUE, nie można pominąć potencjalnych skutków, jakie mogą pojawić się na tle rozstrzygnięcia składu całej Izby Cywilnej, w związku z jej częściowym nieprawidłowym obsadzeniem, o czym poniżej.
11. Stanowisko Rzecznika obejmuje więc dwie części. Pierwsza odnosi się do kwestii związanych ze statusem sędziów biorących udział w rozstrzygnięciu i skutków, jakie będzie rodziło to dla przyszłej uchwały (pkt III). Druga część koncentruje się na aspekcie europejskim analizowanych zagadnień materialnoprawnych (pkt IV).

III. Nieprawidłowy skład Izby Cywilnej SN i jego konsekwencje

1. Uwagi wprowadzające

12. Wystąpienie Izby Cywilnej Sądu Najwyższego rodzi zasadnicze wątpliwości wynikające z wadliwości obsadzenia Izby osobami powoływanymi od 2018 r. do Sądu Najwyższego z oczywistym naruszeniem prawa krajowego oraz wymogów prawa Unii. Zostały one nominowane przez Krajową Radę Sądownictwa (KRS), obsadzoną na nowo w 2018 r. z naruszeniem Konstytucji RP, oraz powołane przez Prezydenta RP

mimo braku prawomocnego zakończenia toczącego się wtedy przed Naczelnym Sądem Administracyjnym postępowania odwoławczego od uchwały KRS, którą zostali rekomendowani na stanowiska do Sądu Najwyższego. Kolejne osoby dołączające do Izby Cywilnej zostały powołane w podobnych okolicznościach, z oczywistym naruszeniem prawa.

13. Tymczasem, Sąd Najwyższy – a w jego ramach Izba Cywilna – należy do systemu krajowych środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii. W szczególności zagadnienia klauzul abuzywnych w umowach o kredytach frankowych w świetle dyrektywy 93/13 należą do tematyki regulowanej prawem Unii. Zatem zgodnie z unijną zasadą skutecznej ochrony sądowej, wyrażoną w art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE), Izba Cywilna SN musi odpowiadać wymogom tej zasady.
14. W ocenie RPO, Sąd Najwyższy orzekający w pełnym składzie Izby Cywilnej (tj. łącznie z osobami powołanymi do tej Izby w sposób wskazany w pkt 12 powyżej), ze względu na wadliwe powołanie części jej składu, nie odpowiada jednak dwu konstytucyjnym kryteriom „sądu” w rozumieniu zasady skutecznej ochrony sądowej: ustanowienia na mocy ustawy oraz niezależności, niezawisłości i bezstronności. Niespełnienie tych wymogów, łącznie lub nawet samodzielnie, wystarczy do uznania, że Izba Cywilna SN w pełnym składzie nie jest uprawniona do orzekania w sprawach z elementem unijnym.
15. Po pierwsze, Izba Cywilna SN nie może być traktowana jako „sąd” w rozumieniu prawa Unii, bowiem charakter i waga nieprawidłowości zaistniałych przy powołaniu od 2018 r. na stanowisko sędziego SN części osób wchodzących w jej skład, zniweczyły skutek procesu mianowania, i z tego powodu dyskwalifikują te osoby jako sędziów, a organy z ich udziałem jako sądu. Nie pozwalają bowiem uznać, że doszło do skutecznego powołania osoby i ukształtowania sądu spełniającego kryterium „ustanowienia na mocy ustawy”.
16. Po drugie, całościowa ocena okoliczności prawnych i faktycznych procesu, w którym począwszy od 2018 r. na sędziów SN zostały powołane osoby wchodzące w skład Izby, nie pozwala wykluczyć uzasadnionych wątpliwości co do niezależności, niezawisłości Izby od czynników zewnętrznych.

17. Wskazane tu wymogi są częścią zasady skutecznej ochrony sądowej (art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE), uszczegółowionej gwarancjami prawa do rzetelnego procesu sądowego wyrażonego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE. Są wsparte ugruntowanym już orzecznictwem TSUE (zob. zwłaszcza wyrok w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 *A.K. i in.*, potwierdzony ostatnio w wyroku C-824/18 *A.B. i in.*, a także wyrok TSUE w sprawach C-542/18 *RX-II* i C-543/18 *RX-II Simpson i HG*), jak również bogatym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) (zob. w szczególności wyrok w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*²).
18. Co więcej, RPO pragnie wskazać, że trzema wyrokami z dnia 6 maja 2021 r., Naczelny Sąd Administracyjny uchylił uchwałę Krajowej Rady Sądownictwa, w części która obejmowała rekomendację kandydatur do Izby Cywilnej SN. Wyroki te zapadały po udzieleniu przez TSUE odpowiedzi na odesłanie prejudycjalne Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie C-824/18 *A.B. i in.* i stanowiły implementację wyroku TSUE. Uchylenie uchwały KRS w części zawierającej rekomendację sędziowską oznacza też, że z obrotu prawnego usunięty został wniosek do Prezydenta RP o powołanie rekomendowanych nim osób do Izby Cywilnej Sądu Najwyższego. Status tych osób opiera się zatem jedynie na akcie Prezydenta, nie mającym podstawy w akcie przygotowawczym wymaganym na mocy art. 179 Konstytucji RP.
19. W ocenie RPO, przeprowadzenie analizy na podstawie Konstytucji RP, wymogów prawa Unii oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak i orzecznictwa obu trybunałów europejskich, z uwzględnieniem całokształtu czynników i okoliczności relewantnych dla niniejszej sprawy, nie pozostawia wątpliwości, co do negatywnej oceny możliwości i dopuszczalności orzekania przez Izbę Cywilną SN w pełnym składzie. W kolejnych częściach stanowiska pisemnego, Rzecznik pragnie odnieść się do następujących zagadnień: okoliczności obsady Izby Cywilnej SN na podstawie prawa oraz oceny spełniania przez nowych sędziów i organy z ich udziałem wymogów niezawisłości i bezstronności.

² Wyrok ETPC [Wielka Izba] z 1.12.2020 r. *Guðmundur Andri Ástráðsson przec. Islandii*, skarga nr 26374/18.

2. Kwestia ustanowienia sądu na mocy ustawy

2.1. „Sąd” w rozumieniu prawa Unii

20. Odpowiedź na pytanie, czy Izba Cywilna stanowi „sąd” w rozumieniu prawa Unii jest kluczowe dla uznania, czy jej orzeczenia mogą wywołać skutki prawne w sferze prawa unijnego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału unijne pojęcie „sądu” ma charakter autonomiczny, a dla oceny czy organ jest „sądem” TSUE bierze pod uwagę szereg okoliczności, takich jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjność jego jurysdykcji, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (C-272/19 *VQ*, pkt 43; C-64/16 *ASJP*, pkt 38). Wymogi te Trybunał wskazał na gruncie art. 267 TFUE regulującego tryb zapytań prejudycjalnych, z którymi mogą się do TSUE zwracać sądy krajowe. Wymogi te odpowiadają wymogom sądu niezawisłego i bezstronnego ustanowionego na mocy ustawy określonym przez Trybunał w świetle art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE i art. 47 KPP UE, a także standardom art. 6 ust. 1 EKPC (zob. C-274/14 *Banco de Santander*, pkt 56).
21. Pośród wymogów uznania organu za „sąd” kluczowymi są kryteria podstawy prawnej (ustanowienia na mocy ustawy) oraz niezależności i bezstronności organu. Mają one charakter konstytutywny, bez ich spełnienia organ nie może zostać uznany za sąd w rozumieniu prawa Unii, niezależnie od tego, jaką nazwę nosi. W świetle orzecznictwa TSUE nie jest bowiem decydujące, jak organ odsyłający sam siebie określa, czy jak określa go prawo krajowe.
22. Wymóg sądu „ustanowionego na mocy ustawy”, ujęty w art. 6 ust. 1 EKPC oraz art. 47 KPP UE, ma charakter naturalnie pierwotny, ponieważ stanowi w ogóle o istnieniu sądu w świetle prawa. Zakorzeniony w zasadzie rządów prawa, odnosi się nie tylko do podstawy prawnej istnienia organu sądowego, ale także do jego składu w każdym rozpatrywanym przypadku. Organy sądowe, w których skład wchodzi osoby mianowane niezgodnie z prawem, nie będą zatem spełniać wymogu zgodnego z prawem umocowania.

2.2. Wymóg sądu ustanowionego na mocy ustawy

23. Europejski standard sądu wymaga ustanowienia zgodnie z wolą ustawodawcy, tj. na mocy aktu uchwalonego przez Parlament. Sąd nieustanowiony w taki sposób będzie pozbawiony legitymacji wymaganej w społeczeństwie demokratycznym do rozstrzygania sporów prawnych. W świetle orzecznictwa ETPC, przyjętego także przez Trybunał Sprawiedliwości, wymóg ustanowienia sądu na mocy ustawy służy zapewnieniu, aby ustroj sądownictwa w demokratycznym społeczeństwie nie był zależny od arbitralnego uznania władzy wykonawczej.
24. Wymóg ustanowienia na mocy ustawy obejmuje tak podstawę prawną istnienia „sądu”, jak właściwość organów sądowych, lecz także proces powoływania sędziów, jak również udział sędziów w rozpoznawaniu sprawy. Sam proces mianowania sędziów musi być prowadzony zgodnie z regułami prawa krajowego obowiązującymi w danym czasie, a reguły te muszą być rzeczywiście ściśle przestrzegane, zaś warunki materialne i zasady proceduralne dotyczące mianowania sformułowane w sposób nieprowadzący do powstania uzasadnionych wątpliwości w odniesieniu do mianowanych sędziów (*A.K. i in.*, pkt 123; *Simpson i HG*, pkt 71).
25. Nie każda nieprawidłowość w procesie powoływania sędziów oznaczać będzie bezskuteczność aktu powołania osoby. Natomiast poważne nieprawidłowości, które mogły mieć wpływ na wynik procesu mianowania osoby, nie zapewniają możliwości – wadliwie powołanym sędziom i sądom, w skład których wchodzi – wypełniania roli powierzonej im na mocy prawa Unii.
26. W orzecznictwie Trybunału Strasburskiego (wyrok *Ástráðsson*, pkt 243 i nast.) przyjęto trójstopniowy test dla oceny, czy nieprawidłowości procesu mianowania sędziów były na tyle poważne, by pociągać za sobą naruszenie prawa do sądu ustanowionego na mocy ustawy. Test obejmuje następujące pytania: (1) czy naruszenie prawa krajowego było oczywiste? (*manifest breach*); (2) czy dotyczyło reguły o podstawowym znaczeniu dla procedury mianowania sędziów (*fundamental rule*); oraz (3) czy naruszenie było skutecznie ocenione i naprawione przez sąd krajowy (*effective review and remedy*). Zasadniczo równoważną formułę przyjął także Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Simpson i HG* (pkt 75).

27. W konsekwencji, nieprawidłowości w procesie powoływania sędziów osiągające próg oczywistego naruszenia prawa krajowego regulującego procedurę powoływania sędziów – stanowią o naruszeniu art. 6 ust. 1 EKPC i dyskwalifikują sędziego i sąd, o ile nie mogły być ocenione i naprawione przez sąd krajowy.
28. W ocenie RPO pod uwagę powinno się brać także i to, czy przepisy krajowe zostały naruszone umyślnie lub czy naruszenie polegało na ich jawnym nieposzanowaniu. Nie można zadowolić się pozorami, lecz należy ustalić, czy naruszenie stosownych norm krajowych w przedmiocie powoływania sędziów stworzyło realne ryzyko, że inne organy władzy, w szczególności władza wykonawcza, mogłyby skorzystać z nienależnych im uprawnień dyskrejonalnych, podważając prawidłowość skutku procesu mianowania (*Ástráðsson*, pkt 247; *Simpson i HG*, pkt 75).
29. Taka formuła otwiera w przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich drogę do oceny kumulatywnej, metodą analogiczną do formuły A.K. przyjętej do badania niezawisłości i bezstronności. Brak spełnienia przez organ wymogu ustanowienia na mocy ustawy może zatem wynikać, po pierwsze – z pojedynczego naruszenia mającego charakter „oczywisty”, jak, po drugie – z całokształtu okoliczności procesu mianowania.
30. W kontekście polskim warto również zaznaczyć, że kryterium intencjonalności naruszenia, wprowadzone bezpośrednio w orzecznictwie ETPC, może uzasadniać wywiedzenie jeszcze dalej idących skutków braku spełnienia wymogu ustanowienia sądu na mocy ustawy niż te przyjęte w wyroku TSUE. Podobnie zresztą w wyroku w sprawie C-619/18 dotyczącej niezależności Sądu Najwyższego, Trybunał wskazał, że badanie zmian wprowadzanych przez władze krajowe powinno obejmować także weryfikację rzeczywistych celów, które im przyświecają. Podejście to zostało później potwierdzone przez Trybunał w wyroku w sprawie C-824/18 *A.B. i inni* (pkt 138).

2.3. Okoliczności dotyczące ukształtowania, obsadzenia i działania KRS

31. W ocenie RPO, wadliwość ustanowienia nowych sędziów Izby Cywilnej SN od 2018 r. wynika z czynników i okoliczności dotyczących ukształtowania procesu nominacyjnego sędziów Sądu Najwyższego i jego faktycznego przebiegu w 2018 r., w

tym także udziału w nim Krajowej Rady Sądownictwa, organu uformowanego i obsadzonego w sposób rażąco niezgodny z prawem krajowym.

32. Konstytucyjną rolę Krajowej Rady Sądownictwa w procesie nominacji sędziów Sądu Najwyższego określają dwa podstawowe zadania: po pierwsze, przedkładanie Prezydentowi RP wniosków w sprawie powołania osób na stanowiska sędziowskie (art. 179 Konstytucji), a po drugie, stanie na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów (art. 186 ust. 1 Konstytucji). Ukształtowanie i obsadzenie KRS powinno zatem zapewniać możliwość wypełniania przez Radę jej roli w sposób nie budzący uzasadnionych wątpliwości co do umocowania i niezależności tego organu, a w rezultacie umocowania i przymiotów osób przez nią nominowanych (por. *A.K. i in.*, pkt 138–139).
33. Zasadnicze znacznie dla oceny, czy KRS spełnia wymogi pozwalające nominowanych przez nią sędziów uznać za ustanowionych na mocy ustawy, a jednocześnie osoby o niepodważalnej niezawisłości i bezstronności, mają: a) tryb i charakter zmian legislacyjnych w ustawie o KRS; b) przebieg procesu ustanowienia nowego składu Rady; a uzupełniająco również c) dalsza działalność KRS od czasu jej ponownego obsadzenia.
34. Po pierwsze, ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa wprowadzono nowe reguły wyboru sędziowskich członków Rady. Wybór 15 sędziów, do tej pory wybieranych przez samych sędziów, powierzono Sejmowi, wbrew normie konstytucyjnej (art. 187 ust. 1 Konstytucji RP), zgodnie z którą Sejm dokonuje wyboru jedynie czterech członków Rady spośród posłów. Interpretację przyjmującą, że Konstytucja ustanawia zasadę wyboru sędziów do KRS przez samych sędziów, potwierdził Trybunał Konstytucyjny (TK) wskazując, że Konstytucja wyraźnie określa, że członkami KRS mogą być sędziowie, wybierani przez sędziów.
35. W wyniku wprowadzonej zmiany organy władzy ustawodawczej i wykonawczej przyznały sobie niemal monopol na kształtowanie osobowego składu Rady, wbrew konstytucyjnej zasadzie podziału i równoważenia się władz (art. 10 ust. 1 Konstytucji RP). Obecnie 23 spośród wszystkich 25 członków Rady pochodzi z ich nadania. Przez to zyskały one nadmierny wpływ na proces obsady stanowisk sędziowskich i

zaprzepaściły możliwość przyczyniania się KRS do obiektywizacji procesu powoływania sędziów (*A.K. i in.*, pkt 137).

36. Po drugie, tą samą nowelizacją, ustawodawca zdecydował również o przedwczesnym przerwaniu trwającej, czteroletniej kadencji dotychczasowych członków Rady, naruszając tym samym kolejną normę konstytucyjną (art. 187 ust. 3 Konstytucji RP; por. też *A.K. i in.*, pkt 143).
37. Po trzecie, wybór nowych sędziów-członków Rady, przeprowadzony wiosną 2018 r., został zbojkotowany przez zdecydowaną większość polskich sędziów, wyrażających w ten sposób stanowczy sprzeciw wobec niekonstytucyjnych rozwiązań przyjętych w ustawie. Skutkiem tego na łączną liczbę około 10 tysięcy polskich sędziów, zgłoszono jedynie 18 kandydatur na 15 miejsc. Zniweczyło to jeden z celów deklarowanych przez organy władzy ustawodawczej i wykonawczej – reprezentatywności składu KRS. Kolejny z deklarowanych celów – transparentności procesu wyboru – został zaprzepaszczony przez same władze krajowe wskutek utajnienia list poparcia kandydatów na członków KRS i wielomiesięczną odmowę ich upublicznienia mimo wiążącego orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego nakazującego ujawnienie. Uniemożliwiło to także społeczną kontrolę prawidłowości zgłoszenia kandydatur i legitymacji członków KRS.
38. Po czwarte, do nowego składu Rady wybrano osoby związane z organami władzy wykonawczej, a zwłaszcza z Ministrem Sprawiedliwości, w tym sędziów delegowanych do Ministerstwa Sprawiedliwości lub mianowanych przez Ministra na stanowiska prezesów sądów w czasie poprzedzającym wybór. Nowi członkowie KRS pozostawali zatem w relacji zależności służbowej lub osobistej wdzięczności od piastuna organu władzy wykonawczej. Element ten dostrzegł już TSUE w wyroku w sprawie C-824/18 *A.B. i inni* (pkt 131 *in fine*).
39. Po piąte, nowy skład KRS został uformowany nawet wbrew samym przepisom uchwalonym w dniu 8 grudnia 2017 r. W składzie Rady zasiada osoba (sędzia Maciej Nawacki), która została wybrana przez Sejm mimo braku spełnienia formalnego warunku zgłoszenia kandydatury do KRS przewidzianego w ustawie, tj. uzyskania minimalnej liczby 25 podpisów sędziów lub podpisów 2 tysięcy obywateli. Jej

uczestnictwo w przyjmowaniu uchwał organu kolegialnego podważa zatem moc prawną wszystkich aktów KRS przyjętych z jej udziałem.

40. Po szóste, dla oceny przymiotów KRS i ich wpływu na wynik procesu nominacyjnego znaczenie może mieć także analiza działalności KRS po jej obsadzeniu w 2018 r. (por. *A.K. i in.*, pkt 144). W ocenie RPO organ ten nie wypełnia konstytucyjnej roli strażnika niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Rada nie podejmuje interwencji w sprawach sędziów, wobec których inicjowane są postępowania dyscyplinarne lub zarządzane środki administracyjne motywowane politycznie. Mimo posiadania ku temu prerogatyw, Rada nie podnosi w procesie legislacyjnym zagrożeń dla niezawisłości sędziowskiej wynikających ze zmian wprowadzanych w prawie krajowym.
41. Rada natomiast podejmuje środki na rzecz własnej legitymizacji. Tak należy ocenić wniosek KRS z dnia 22 listopada 2018 r. do Trybunału Konstytucyjnego. Został on sformułowany jako wniosek o kontrolę konstytucyjności prawa jedynie pozornie, co przyznał również TK, zaś w istocie zmierzał do uzyskania potwierdzenia własnego statusu i konstytucyjności wprowadzonych zmian ustawowych dotyczących KRS.
42. Działalność nominacyjna nowej KRS również budzi zasadnicze wątpliwości, bowiem rekomendacje na stanowiska sędziowskie uzyskało wielu tych sędziów, którzy uprzednio poparli kandydatury nowych członków Rady, podpisując listy, których władze nie chciały ujawnić. Wskazuje to na mechanizm, w którym nowi członkowie Rady traktują nominacje na wyższe stanowiska sędziowskie jako sposób wynagrodzenia osób popierających ich kandydatury do KRS.
43. Rekomendacje awansowe ze strony KRS uzyskują także przedstawiciele organów władzy wykonawczej (np. Anna Dalkowska, podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, czy Łukasz Piebiak – były podsekretarz stanu w tym ministerstwie) i sami członkowie Rady (np. Dagmara Pawełczyk-Woicka, prezes Sądu Okręgowego w Krakowie; Maciej Nawacki, prezes Sądu Rejonowego w Olsztynie). Wskazane wyżej praktyki budzą poważne wątpliwości co do neutralności członków Rady wobec rekomendowanych kandydatur.

2.4. Ukształtowanie i przebieg procesu nominacyjnego do SN

44. W świetle kryteriów sformułowanych w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, dla oceny statusu nowych sędziów Izby Cywilnej SN podstawowe znaczenie mają zmiany ustawowe dotyczące ukształtowania i obsadzenia Sądu Najwyższego oraz wszczęcie i przebieg procedury kwalifikowania i powołania na stanowiska sędziowskie w SN.
45. W wyniku uchwalenia pod koniec 2017 r. nowej ustawy o Sądzie Najwyższym dokonano radykalnej zmiany modelu wyborów sędziów SN. Wyłączono jakkolwiek udział Sądu Najwyższego w ocenie przydatności i dorobku zawodowego kandydatów na sędziów SN, a jednocześnie zasadniczo spłycono proces ich oceny, rezygnując z wieloetapowej oceny przez SN i KRS, zawierając ją w pełni KRS, po uprzednim jej ponownym obsadzeniu stosownie do woli organów władzy politycznej.
46. RPO nie kwestionuje samej możliwości kształtowania przez ustawodawcę procesu nominacyjnego sędziów. Uznaje także, że wymogi prawa Unii nie narzucają konkretnego modelu powoływania sędziów. Prawo Unii, w świetle orzecznictwa TSUE, wymaga natomiast, aby państwo członkowskie kształtując proces nominacyjny do sądu krajowego, zapewniało poszanowanie wymogów skutecznej ochrony sądowej. Proces wyboru sędziów SN od 2018 r. tym wymogom nie odpowiada.
47. Po pierwsze, wszczęcie procedury nominacyjnej nastąpiło na podstawie aktu Prezydenta RP, wydanego bez wymaganej przez Konstytucję kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów, zgodnie z art. 144 ust. 3 Konstytucji RP zawierającym enumeratywną listę prerogatyw, w odniesieniu do których Prezydent RP działa samodzielnie. Obwieszczenie o wolnych stanowiskach w SN, uruchamiające procedurę kwalifikacyjną, nie znajduje się na tej liście. Procedura została wszczęta na podstawie aktu, który wobec pominięcia wymaganej kontrasygnaty i w świetle art. 143 ust. 2 Konstytucji – nigdy nie nabrał ważności. Wszczęcie procedury nastąpiło zatem z oczywistym naruszeniem krajowej Konstytucji, wskutek czego całość procesu wyboru i mianowania sędziów SN *ab initio* obarczona jest pierwotną wadą prawną skutkującą nieważnością procesu nominacyjnego i uznaniem aktów powołania za nieistniejące (*non existens*), względnie nieważne z mocy prawa.

48. Po drugie, tak ogłoszony konkurs w Sądzie Najwyższym został zbojkotowany przez przeważającą większość środowiska prawniczego – do konkursów stanęło jedynie 216 kandydatów spośród sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy na 44 ogłoszone stanowiska. Tym samym, niezależnie od innych okoliczności wpływających na wadliwość procesu nominacyjnego – faktycznie zaprzepaszczono możliwość wyłonienia do najważniejszego sądu w Polsce kandydatów dających możliwie najwyższe gwarancje fachowości.
49. Po trzecie, Krajowa Rada Sądownictwa nie przeprowadziła realnej weryfikacji kandydatur. Proces był bardzo powierzchownym zapoznaniem się z kandydaturami, dokonany w oparciu o ograniczone materiały w większości przedstawiane jedynie przez samych kandydatów. Proces oceny kandydatów w zakresie wymagań merytorycznych i etycznych odbywał się w wyjątkowo pospiesznym tempie, cztery zespoły Rady poświęcały średnio zaledwie kilkanaście minut na rozmowę z indywidualnymi kandydatami, stawiając podstawowe, niepogłębione pytania.
50. Przesłuchania kandydatów na stanowiska w Sądzie Najwyższym były pospieszne i pobieżne. Potwierdza to analiza protokołów przesłuchań i ramy czasowe rozmów z kandydatami. Selekcja kandydatów nie spełniała wymogów rzetelności. W istocie nie przeprowadzono weryfikacji kandydatur, odpowiadającej randze naboru do najważniejszego sądu w Polsce.
51. Po czwarte, w procesie wyboru kandydatów rekomendowanych do objęcia urzędu sędziego SN wyraźnie przejawiał się wpływ polityczny przedstawicieli organów władzy wykonawczej. Krajowa Rada Sądownictwa udzielała rekomendacji wyłącznie kandydatom związanym z organami władzy. Duże znaczenie kryteriów politycznych przy dokonywaniu przez KRS wyboru kandydatów na wolne stanowiska sędziowskie było przedmiotem publikacji prasowych.
52. Po piąte, uchwała KRS, w której udzielono rekomendacji kandydatom do Izby Cywilnej SN, została zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego przez niektórych tych kandydatów, którym odmówiono rekomendacji. Prawomocnymi postanowieniami z dnia 27 września i 8 października 2018 r. NSA wstrzymał wykonanie uchwały Rady rekomendującej na stanowiska w Izbie Cywilnej SN (sygn. akt II GW 27/18 i II GW 31/18).

53. Mimo to Prezydent RP powołał je do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego SN. Zaś osoby te, wiedząc o wiążącym zabezpieczeniu udzielonym przez NSA, akty powołania przyjęły. Akt powołania sędziowskiego w takich okolicznościach stanowi oczywiste i rażące naruszenie prawa krajowego i wymogów prawa Unii, co stwierdził także rzecznik generalny E. Tanchev w niedawnej opinii w sprawie C-487/19 *W.Ż.* (pkt 63, 65 i 85–87).
54. Jak już Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał wyżej, uchwała Krajowej Rady Sądownictwa nominująca osoby do Izby Cywilnej SN została uchylona w części rekomendującej kandydatów wyrokami Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2021 r. Jest to równoznaczne z brakiem konstytucyjnej podstawy dla wydania przez Prezydenta RP aktów powołania osobom tworzącym skład organy odsyłającego (art. 179 Konstytucji).
55. Po szóste, formą legitymizacji statusu osób powołanych na urząd sędziego SN było doprowadzenie przez organy władzy politycznej, najpierw – do ograniczenia skuteczności środka zaskarżenia uchwał KRS w sprawie odmowy udzielenia rekomendacji, a następnie – do całkowitego wyłączenia sądowej kontroli procesu nominacyjnego i nakazanie umorzenia *ex lege* trwających postępowań odwoławczych. Miało to skutkować niemożnością przeprowadzenia sądowej weryfikacji prawidłowości powołania nowych sędziów. Podjęte przez władze krajowe środki były arbitralne, a dotyczyły jedynie konkursów na stanowiska w Sądzie Najwyższym. Zostały przyjęte z intencją zagwarantowania niepodważalności nominacji przeprowadzanych pod przemożnym wpływem czynników politycznych, nawet jeśli wybór i powołanie osób nastąpiło z naruszeniem norm konstytucyjnych i ustawowych. Okoliczności te istotnie potwierdził TSUE w wyroku w sprawie C-824/18 *A.B. i in.* (zob. zwłaszcza pkt 159–164).
56. W konsekwencji, RPO pragnie wskazać, że proces powoływania sędziów Sądu Najwyższego, w tym do Izby Cywilnej, nie mógł być poddany skutecznej kontroli i naprawie przez sądy krajowe, ani na etapie przyjmowania przez KRS aktu wstępnego (przygotowawczego) – tj. rekomendacji w sprawie powołania niektórych kandydatów i odmowy jej udzielania innym, ani po akcie końcowym, tj. wręczeniu aktu powołania przez Prezydenta RP.

2.5. Ocena Izby Cywilnej SN w świetle wymogu ustanowienia na mocy ustawy

57. Omówione wyżej okoliczności wskazują, że począwszy od 2018 r. wybór i powołanie osób wchodzących w skład Izby Cywilnej nastąpiło z oczywistym i intencjonalnym naruszeniem reguł prawa krajowego oraz standardów europejskich. Proces wyboru i powołania na urząd sędziego Sądu Najwyższego był w oczywisty sposób sprzeczny z jednoznacznymi nakazami prawa. Oczywistość naruszenia polega tu na rzucającej się w oczy rozbieżności między tym, jak proces powołania sędziego SN powinien przebiegać zgodnie z prawem, a tym, jak w rzeczywistości przebiegał.
58. Wszystkie wskazane wyżej wady procesu powołania osoby na stanowisko sędziego SN mają poważny charakter, choć w świetle formuły kumulatywnej przyjętej przez TSUE dla oceny przymiotów sądu (*mutatis mutandis*, *A.K. i in.*, pkt 142 i 153), nie ma potrzeby wykazania, iż każdy z nich oddzielnie wypełnia kryteria wskazane w wyroku *Simpson i HG*, pkt 75 – wystarczy, że łącznie prowadzą do wniosku o braku prawidłowego umocowania sędziego lub sądu.
59. Trybunał Sprawiedliwości oraz ETPC („oczywiste”, względnie „rażące”) naruszenie prawa wiąże z „rzeczywistym ryzykiem” nadużycia władzy – tj. skorzystania przez legislaturę lub egzekutywę z nienależnych im uprawnień dyskrecjonalnych. RPO pragnie wskazać, że w kontekście zmian w Polsce, w tym także w odniesieniu do nowych sędziów w Izbie Cywilnej SN, spełniony został dalej idący, bardziej rygorystyczny próg. Nie tylko wystąpiło „rzeczywiste ryzyko” nadużycia władzy, ale w istocie nastąpił stan dokonany – skorzystano z nienależnych uprawnień dyskrecjonalnych. Może mieć to znaczenie dla określania zaostrzonych konsekwencji wadliwości procesu powołania.
60. Przebieg procesu legislacyjnego dotyczącego zmian w KRS i SN, w którym zignorowano zastrzeżenia dotyczące proponowanych rozwiązań zgłaszane przez parlamentarzystów, ekspertów i przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego, następnie zaś przebieg procesu wyboru nowych członków KRS oraz przebieg procesu selekcji kandydatów i powołania na stanowiska sędziowskie w SN świadczą, że naruszenia zostały dokonane intencjonalnie, aby zapewnić organom władzy

politycznej, dominujący wpływ na obsadę stanowisk sędziowskich i – w ten sposób, co najmniej pośredni wpływ na treść wydawanych przez nich orzeczeń.

61. Rzecznik Praw Obywatelskich uważa, że świetle wskazanych wyżej czynników i okoliczności faktycznych i prawnych samo wszczęcie oraz przebieg procesu mianowania zostały dotknięte wadami tak poważnymi, że rozstrzygnięcie zapadłe w takim procesie staje się nieakceptowalne. Oczywiście, intencjonalne i rażące naruszenia prawa zniweczyły skutek procesu mianowania i nie pozwoliły uzyskać legitymacji osobom w ten sposób powołanym. W konsekwencji zasadnym jest przed podjęciem uchwały wyłączenie od orzekania w jej przedmiocie osób zasiadających w Izbie Cywilnej SN, które uzyskały powołanie do niej z rażącym naruszeniem prawa celem zagwarantowania, aby w sprawie orzekały wyłącznie osoby, których status sędziowski nie budzi wątpliwości. W tym kontekście należy nawiązać do sprawy *Ástráðsson przeciwko Islandii* (skarga nr 26374/18) toczącej się przed ETPC w Strasburgu, i wskazać, że badanie czy sąd został ustanowiony ustawą w znaczeniu przyjętym w art. 6 ust. 1 EKPC musi obejmować także badanie prawidłowości procesu nominacyjnego sędziów, wchodzących w skład tego sądu.

3. Kwestia niezależności, niezawisłości i bezstronności Izby Cywilnej SN

3.1. Wymogi niezależności, niezawisłości i bezstronności w orzecznictwie TS

62. Wymogi niezależności niezawisłości i bezstronności mają kluczowe znaczenie dla unijnego porządku prawnego, wchodzą w zakres istoty prawa do skutecznej ochrony sądowej oraz prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego, są gwarancją ochrony wszystkich praw wywodzonych przez jednostki z prawa Unii, oraz zachowania wartości wspólnych państwom członkowskim (zob. *A.K. i in.*, pkt 120; *A.B. i in.*, pkt 116).
63. Wymogi te zakładają istnienie zasad, w szczególności co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączenia lub odwołania, pozwalających wykluczyć, w przekonaniu jednostek, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu oraz mianowanych

sędziów od czynników zewnętrznych oraz neutralności względem ścierających się przed nim interesów (*A.K. i in.*, pkt 123; *A.B. i in.*, pkt 117; *Simpson i HG*, pkt 71).

64. W świetle orzecznictwa TSUE wymóg niezawisłości obejmuje dwa aspekty. Pierwszy aspekt, o charakterze zewnętrznym, wymaga, aby dany organ wypełniał swoje zadania w pełni autonomicznie, bez podległości w ramach hierarchii służbowej, bez podporządkowania komukolwiek, w sposób wolny od nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła, pozostając w ten sposób pod ochroną przed ingerencją i naciskami z zewnątrz, które mogą zagrozić niezależności osądu jego członków i wpływać na ich rozstrzygnięcia (*AK i in.*, pkt 121; *A.B. i in.*, pkt 119). Drugi aspekt, o charakterze wewnętrznym, łączy się z kolei z pojęciem bezstronności i dotyczy jednakowego dystansu do stron sporu i ich odpowiednich interesów w odniesieniu do jego przedmiotu. Aspekt ten wymaga przestrzegania obiektywizmu oraz braku wszelkiego interesu w rozstrzygnięciu sporu poza ścisłym stosowaniem przepisu prawa (*AK i in.*, pkt 122).
65. Orzecznictwo Trybunału wskazuje, że w celu ustalenia, czy sąd można uznać za „niezawisły” należy zwrócić uwagę między innymi na sposób powoływania jego członków i długość ich kadencji, na istnienie gwarancji chroniących ich przed naciskami z zewnątrz oraz na to, czy dany organ przejawia oznaki niezależności – stawką jest bowiem samo zaufanie, jakie każdy sąd powinien budzić w jednostkach w społeczeństwie demokratycznym (*AK i in.*, pkt 127). Z kolei ocena obiektywności, polega na zadaniu sobie pytania, czy niezależnie od indywidualnego zachowania sędziego, pewne weryfikowalne fakty dają podstawy do podejrzeń co do jego stronniczości. W tym zakresie nawet pozory mogą mieć znaczenie. Również tutaj stawką jest zaufanie, jakie w społeczeństwie demokratycznym sądy powinny budzić w jednostkach, poczynając od stron postępowania (*AK i in.*, pkt 128).

3.2. Okoliczności wpływające na niezawisłość i bezstronność sądu

66. Rzecznik Praw Obywatelskich pragnie wskazać następujące uwarunkowania dotyczące obsady Izby Cywilnej SN od 2018 r., które należy wziąć pod uwagę.

67. Po pierwsze, szereg osób powołanych do Izby Cywilnej SN, było uprzednio powiązanych z Ministrem Sprawiedliwości.
68. Po drugie, uchwała rekomendująca kandydatów na stanowiska sędziego w Sądzie Najwyższym została zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego, który udzielił również zabezpieczenia, zawieszając jej wykonalność. Mimo to do powołania doszło. Osoby nominowane wiedziały o wiążącym, prawomocnym zabezpieczeniu wydanym przez NSA, były świadome, że podstawą powołania była nieprawomocna (bo zaskarżona) oraz niewykonalna (bo zawieszona) uchwała KRS. Mimo to przyjęły z rąk Prezydenta RP akty powołania do pełnienia urzędu na stanowisku Sędziego Sądu Najwyższego. Świadczy to o gotowości osób powołanych jako sędziowie Sądu stojącego na szczycie struktury polskiego sądownictwa, do naruszania powagi orzeczenia sądowego, jeśli jest to w ich osobistym interesie. Okoliczność ta podważa zarówno ich kwalifikacje merytoryczne, jak etyczne.
69. Po trzecie, proces nominowania osób na stanowisko w Sądzie Najwyższym nie mógł zostać poddany skutecznej kontroli sądowej przed ich powołaniem. Mimo dopuszczalności, w momencie otwarcia konkursu, zaskarżenia uchwały KRS w sprawie udzielenia rekomendacji o powołaniu do SN – już w trakcie trwania konkursu ograniczono skuteczność odwołania do NSA. Następnie całkowicie wyłączono kontrolę sądową procesu nominacji, najpierw w świetle wyroku TK z dnia 25 marca 2019 r. (sprawa K 12/18), oraz w drodze nowelizacji ustawowej z dnia 26 kwietnia 2019 r. Organy władzy politycznej intencjonalnie doprowadziły zatem do arbitralnego wyłączenia kontroli procesu nominowania kandydata i upewnienia się, że powołane zostaną wyłącznie osoby przez nie popierane.
70. Po czwarte, następcza kontrola skutków powołania oraz spełniania wymogów niezawisłości i bezstronności sędziego, prowadzona w sposób określony w wyroku *A.K. i in.*, została pozbawiona realnego znaczenia w wyniku szeregu działań władz krajowych o zróżnicowanym charakterze: działań ustawodawczych, administracyjnych, dyscyplinarnych, orzeczniczych, a także czysto faktycznych. Tym samym niweczona jest pełna skuteczność (*effet utile*) prawa Unii i orzeczenia TS. RPO pragnie wskazać w szczególności na:

- (1) Wszczywanie postępowań dyscyplinarnych i stosowanie środków o charakterze administracyjnym (odwołanie z delegacji do sądu wyższej instancji, odsunięcie od wykonywania czynności służbowych, przeniesienie do innego wydziału) wobec sędziów działających na rzecz zachowania niezawisłości sędziowskiej, a w szczególności podejmujących – stosownie do wyroku TSUE w sprawie *A.K. i in.* – ocenę niezawisłości sędziów mianowanych z udziałem nowej KRS. W ocenie RPO system odpowiedzialności dyscyplinarnej jest intencjonalnie i systemowo wykorzystywany do odstraszenia sędziów od kierowania się wskazówkami Trybunału.
- (2) Przyjęcie szeregu ustawowych rozwiązań udaremniających kontrolę sądową w przypadku wątpliwości dotyczących niezawisłości sędziów powołanych z udziałem nowej KRS (tzw. ustawa kagańcowa)³. Po pierwsze, ustawa zakazuje badania prawidłowości powołania sędziów z udziałem nowej KRS. Po drugie, ustawa powierza kompetencję orzekania w zakresie niezawisłości sędziów na wyłączność Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych obsadzonej osobami, których dotyczą podobne wątpliwości do tych, o których mają rozstrzygać (*nemo iudex*).⁴ Po trzecie, ustawa nakazuje kontynuację biegu postępowania sądowego w przypadku zakwestionowania niezależności sądu lub niezawisłości sędziego.⁵ Po czwarte, ustawa nakazuje pozostawianie bez rozpoznania wniosków dotyczących ustalenia lub zgodności z prawem powołania lub umocowania sędziego.⁶
- (3) Wszczywanie pozornych postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym w celu delegitymizacji wyroku TSUE w sprawie *A.K. i in.* i pozbawienia skuteczności uchwały połączonych izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. (sygn. akt BSA I-4110-1/20) wykonującej wyrok Trybunału – zob. (1) postanowienie TK z dnia 21 kwietnia 2020 r. w sprawie sporu kompetencyjnego między Sejmem RP a Sądem Najwyższym oraz między Prezydentem RP a Sądem Najwyższym (sygn. Kpt 1/20); (2) wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2020 r. w

³ Ustawa z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2020 r., poz. 190.

⁴ Art. 26 § 2, art. 82 § 2–3 Ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym, Dz.U. z 2019 r., poz. 825.

⁵ Art. 26 § 2 *in fine* Ustawy o SN.

⁶ Art. 26 § 3 Ustawy o SN.

sprawie wniosku Prezesa Rady Ministrów o zbadanie zgodności uchwały SN z Konstytucją RP, Traktatem o UE, EKPC i ustawodawstwem polskim (sygn. akt U 2/20).

- (4) Przyjmowanie uchwał przez Izbę Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego, wypaczających znaczenie wyroku Trybunału Sprawiedliwości, zwłaszcza zaś uchwałę tej izby z dnia 8 stycznia 2020 r. (sygn. akt I NOZP 3/19) zakazującej badania skuteczności aktu ustrojowego powołania sędziego oraz wynikającego z niego stosunku ustrojowego oraz ograniczającej zastosowanie wyroku TSUE w pozostałym zakresie – badania przymiotów sędziego po powołaniu.

3.3. Ocena Izby Cywilnej SN w świetle wymogów niezależności, niezawisłości i bezstronności

71. W świetle metodologii przedstawionej przez Trybunał Sprawiedliwości dla oceny niezależności organu sądowego przyjętej w wyroku *A.K. i in.*, która – w ocenie kumulatywnej – nakazuje uwzględnić wszelkie czynniki i okoliczności mogące prowadzić do powzięcia wątpliwości co do niezależności organu, nawet gdyby pojedynczo każdy z nich nie wystarczał dla ich uzasadnienia (por. *A.K. i in.*, pkt 142).
72. W uchwale połączonych izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., wydanej w celu wykonania wyroku *A.K. i in.* oraz określenia jego procesowych konsekwencji na gruncie prawa polskiego, Sąd Najwyższy uznał, że gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego SN na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. zachodzi nienależyta obsada sądu (w świetle przepisów kodeksu postępowania karnego) albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa (w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego (zob. pkt 1 uchwały). W konsekwencji udział takich osób w składzie orzekającym Izby Cywilnej może być przyczyną nieważności postępowania.
73. Przedstawione w niniejszym stanowisku pisemnym RPO okoliczności powołania i obsadzenia Krajowej Rady Sądownictwa, następnie zainicjowania i przebiegu

procedury kwalifikowania sędziów do Sądu Najwyższego w 2018 r., postępowanie samych osób rekomendowanych do Sądu Najwyższego, a także okoliczności przedstawienia Prezydentowi RP wniosków w sprawie powołania i wręczenia aktów powołania w pełni uzasadniają wątpliwości co do niezależności i bezstronności tak mianowanych sędziów SN i składów orzekających z ich udziałem.

74. Po pierwsze, przedwczesne przerwanie 4-letniej, konstytucyjnie gwarantowanej kadencji poprzednich członków Rady, niekonstytucyjny wybór nowych 15 sędziowskich członków KRS, brak wystarczającej niezależności KRS od innych organów władzy publicznej, oraz faktyczna rezygnacja KRS z wypełniania konstytucyjnej roli stania na straży niezawisłości sędziowskiej – dyskwalifikują Radę jako niezależnego, obiektywnego inicjatora wniosków do Prezydenta RP w sprawie powołania na stanowiska sędziowskie.
75. Po drugie, zainicjowanie procedury nominacyjnej do SN aktem, który nigdy nie nabrał ważności, powszechny bojkot wyborów przez środowiska sędziowskie i inne zawody prawnicze, brak rzeczywistej weryfikacji kandydatur, widoczny wpływ polityczny w procesie selekcji nominatów, naruszenie prawomocnych orzeczeń sądu zawieszających wykonanie uchwał nominacyjnych, zniweczenie sądowej kontroli procesu mianowania, a wreszcie usilne działania władz publicznych na rzecz legalizacji wadliwie powołanych sędziów – niweczą procedurę nominacyjną do Sądu Najwyższego, przekreślają skutek nominacyjny i odbierają legitymację powołanym osobom do rozstrzygania sporów prawnych. Nie zaistniały bowiem obiektywne warunki, by tacy sędziowie i takie organy sądowe mogli być postrzegani jako niezawisli i obiektywni. Rażąco naruszenie zarówno zasad materialnych jak i reguł proceduralnych powoływania sędziów sprawiły, że w sposób zasadniczy i trwały podważone zostało zaufanie do nich.
76. Po trzecie, udział kandydatów w niezgodnej z Konstytucją RP procedurze, ich powiązanie z przedstawicielami władzy politycznej, a także postępowanie już po powołaniu do Sądu Najwyższego – nie pozwalają pozbyć się poważnych wątpliwości co do zachowania przez nich standardów niezawisłości i bezstronności w podejmowanych działaniach orzeczniczych.

4. Wadliwość powołania Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w 2020 r.

77. W sposób pierwotny wymogi zasady skutecznej ochrony sądowej chronią niezależność, bezstronność i zgodne z prawem ustanowienie organów sądów mogących orzekać w sprawach z elementem unijnym. Pochodną ochrony udzielanej krajowym sądom europejskim jest zapewnienie, aby ustanowienie osób zajmujących stanowiska kierownicze w organach wymiaru sprawiedliwości również objęte było wymogami tej zasady, w szczególności dotyczy to uregulowania procedury powoływania na te stanowiska. Skoro osoby te mogą wywierać wpływ na działalność organów sądowych, jeśli nie bezpośredni to nawet poprzez bardziej pośrednie formy oddziaływania, to materialne warunki oraz zasady proceduralne ich powołania nie mogą prowadzić do powstania żadnych uzasadnionych wątpliwości co do wykorzystywania kompetencji i funkcji tego organu jako narzędzi nacisku w odniesieniu do działalności orzeczniczej oraz kontroli politycznej tej działalności.
78. Tymczasem zasadnicze wątpliwości obejmują powołanie Małgorzaty Manowskiej na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (PPSN). W istocie ukształtowanie i okoliczności procesu wyboru kandydatów na PPSN podważają prawomocność powołania obecnej PPSN przez Prezydenta RP, a brane łącznie z działaniami Pierwszej Prezes wzbudzają poważne wątpliwości co do możliwości zachowania przez nią niezależności i bezstronności w wykonywaniu kompetencji PPSN.
79. Po pierwsze, w okresie poprzedzającym wybór kolejnego PPSN, ustawodawca intencjonalnie ukształtował procedurę wyboru kandydatów na PPSN w taki sposób, aby wybrana mogła zostać osoba powołana do Sądu Najwyższego w procedurze z udziałem nowej KRS. Rozwiązania wprowadzone ustawą z dnia 20 grudnia 2019 r. (tzw. ustawa kagańcowa) podporządkowały wewnętrzny proces wyboru kandydatów na to stanowisko organowi władzy wykonawczej – Prezydentowi RP, mimo że uprawnienia kreacyjne Prezydenta RP związane z obsadą stanowiska Pierwszego Prezesa SN są ograniczone na mocy Konstytucji RP do aktu powołania, spośród przedstawionych mu kandydatów.
80. Przyjęta zmiana ustawowa rozszerzyła uprawnienia Prezydenta RP, obchodząc przepisy Konstytucji RP. Przyznano bowiem Prezydentowi RP dyskrecyjną

kompetencję powierzenia wykonywania obowiązków PPSN dowolnie wybranemu przez siebie sędziemu SN, wbrew dotychczasowemu znacznie bardziej legitymizowanemu rozwiązaniu, że funkcję tę pełnić ma Prezes SN najstarszy służbą na stanowisku sędziemu. Wprowadzono także zmiany dotyczące kworum w Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów SN, wymaganego do wyboru kandydatów na stanowisko PPSN. Nowe reguły przełamały kolegialny charakter Zgromadzenia Ogólnego – skoro o wyborze kandydatów mogło przesądzić w składzie 32 członków Zgromadzenia, tj. około 1/4 ogólnej liczby sędziów SN.

81. Po drugie, sama procedura wyboru pięciu kandydatów, z których Prezydent RP miał powołać nowego Pierwszego Prezesa została przeprowadzona z oczywistym naruszeniem prawa. Wskazani przez Prezydenta RP dwaj kolejni pełniący obowiązki PPSN, Kamil Zaradkiewicz oraz Aleksander Stępkowski, stronnictwo prowadzili obrady Zgromadzenia Ogólnego Sędziów SN. Kierując obradami arbitralnie odbierali głos występującym sędziom, lub nie udzielali im głosu; jednoosobowo, dyskrejonalnie odrzucali wnioski składane przez sędziów, albo nie poddawali ich pod głosowanie. Samodzielnie także ustalono wyniki głosowania nad składem komisji skrutacyjnej, wbrew protokołowi komisji powołanej w tym celu.
82. Co więcej, w ogóle nie podjęto uchwały o przedstawieniu Prezydentowi RP pięciu kandydatów, mimo że obowiązek podjęcia takiej uchwały wynika z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP. Czyniono tak po to, by zapewnić, że nowym Pierwszym Prezesem Sądu Najwyższego będzie osoba z puli osób nowo mianowanych do SN. Wobec skali i natury naruszeń, nominacja odbyła się sprzecznie z prawem i nie doszło do skutecznego wyboru kandydatów na PPSN. A zatem nie została spełniona konieczna przesłanka powołania Pierwszego Prezesa SN przez Prezydenta RP i akt powołania opiera się na próżni prawnej.
83. Po trzecie, zachowanie i wypowiedzi Małgorzaty Manowskiej w trakcie procesu wyboru kandydatów oraz po powołaniu na stanowisko PPSN nie pozwalają się pozbyć uzasadnionych wątpliwości co do jej niezależności i bezstronności. Jako kandydatka uczestniczyła w wadliwej procedurze, mając świadomość wielokrotnego naruszania prawa. Nie protestowała, nie podnosiła zastrzeżeń – a mimo podstawowych wad

prawnych tak przeprowadzonej procedury nominacyjnej, przyjęła akt powołania z rąk Prezydenta RP.

84. Z kolei po objęciu funkcji PPSN, w dniu 30 listopada 2020 r. wniosła do Trybunału Konstytucyjnego wniosek (sprawa o sygn. K 24/20) o zbadanie zgodności z Konstytucją art. 189 KPC, przewidującego możliwość żądania przez powoda ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. We wniosku PPSN wyraziła wątpliwość, czy zgodny z przepisami Konstytucji jest pozew zmierzający do ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku służbowego sędziego powołanego przez Prezydenta RP na wniosek KRS.
85. W ocenie RPO wniosek ten ma charakter instrumentalny, a został złożony przez osobę, która ma bezpośredni interes w wydaniu rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny. Obecna Pierwsza Prezes SN należy bowiem do kręgu sędziów Sądu Najwyższego, których status i skuteczność nominowania jest kwestionowana, ponieważ odbyła się w wadliwej procedurze. Nie sposób przy tym nie dostrzec, że wniosek złożony przez PPSN zmierza w istocie do umorzenia postępowań rozpoznawanych w Sądzie Najwyższym – Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w sprawach o ustalenie nieistnienia stosunku służbowego sędziego SN. Tym samym godzi w prawo jednostki do sądu. Przy tym samo pozbawienie możliwości procesowego sprawdzenia, czy osoba istotnie uzyskała status sędziego – nie spowoduje, że taki sędzia lub organ sądowy z jego udziałem będzie postrzegany jako niezawisły i bezstronny, oraz ustanowiony na mocy prawa.

IV. Uwagi odnoszące się do sformułowanych zagadnień prawnych

1. **Czy w razie uznania, że postanowienie umowy kredytu indeksowanego lub denominowanego odnoszące się do sposobu określania kursu waluty obcej stanowi niedozwolone postanowienie umowne i nie wiąże konsumenta, możliwe jest przyjęcie, że miejsce tego postanowienia zajmuje inny sposób określenia kursu waluty obcej wynikający z przepisów prawa lub zwyczajów?**

86. Pytanie to dotyczy kwestii regulowanej w sposób wyłączny przez dyrektywę 93/13, która została już w sposób wyczerpujący wyjaśniona w orzecznictwie TSUE. Biorąc pod uwagę bezwzględne związanie sądów krajowych orzecznictwem TSUE, brak jest więc, zdaniem Rzecznika, możliwości udzielenia odpowiedzi na to pytanie w sposób odbiegający jakkolwiek od jasnych wytycznych sformułowanych w tym względzie przez Trybunał. Sąd Najwyższy może jednak wykorzystać tę możliwość, aby wyjaśnić sądom powszechnym w sposób niebudzący wątpliwości, że w świetle orzecznictwa TSUE nie istnieje obecnie na tle prawa polskiego możliwość zastąpienia abuzywnej klauzuli przeliczeniowej. Jeżeli Sąd Najwyższy stwierdzi, że istnieją jeszcze kwestie wymagające doprecyzowania w tym zakresie, zdaniem Rzecznika, powinien on zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym, mającym na celu wyjaśnienie tychże.
87. Wyroki TSUE dostarczają precyzyjnych wytycznych, dotyczących mechanizmu, jaki kształtuje dyrektywa 93/13 w odniesieniu do skutków stwierdzenia abuzywności postanowienia. Z utrwalonej linii orzeczniczej TSUE wynika więc, że zasadą jest, że jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że badane postanowienie ma charakter abuzywny (wyroki C-618/10 *Banco Español de Crédito*, pkt 65; C-176/17 *Profi Credit Polska*, pkt 41; C-154/15, C-307/15 i C-308/15 *Gutiérrez Naranjo i in.*, pkt 57) w celu zapewnienia ochrony konsumenta i zapobieżenia stałemu stosowaniu nieuczciwych postanowień w umowach z konsumentami, powinien on „wyłącznie i jedynie wykluczyć stosowanie nieuczciwego warunku umownego”. Sąd krajowy nie jest więc uprawniony do zmiany treści postanowienia. Sąd krajowy jest jednak zobowiązany wyłączyć stosowanie nieuczciwego postanowienia umownego tylko jeżeli wyłączeniu nie sprzeciwi się konsument (tak wyrok C-260/18 *Dziubak*, pkt 67).
88. Następnie sąd krajowy powinien ocenić wpływ, jaki usunięcie nieuczciwego postanowienia z umowy wywiera na możliwość dalszego trwania umowy. W myśl art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 „na mocy prawa krajowego nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta, a umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych

warunków”. Jak wynika z niezwykle stabilnej linii orzeczniczej Trybunału to do sądu krajowego należy ocena, czy możliwe jest utrzymanie w mocy konkretniej umowy po usunięciu z niej postanowień uznanych za nieuczciwe (por. m.in. wyroki *Kásler i Káslerné Rábai* C-26/13, pkt 82-83; C-118/17 *Dunai*, pkt 54; C-96/16 i C-94/17 *Banco Santander SA*, pkt 74; C-51/17 *OTP Bank i OTP Faktoring*, pkt 61; C-260/18 *Dziubak*, pkt 45; C-453/10 *Pereničová*, pkt 31; C-618/10 *Banco Español*, pkt 40). Sąd powinien wówczas ustalić, czy ewentualne unieważnienie umowy spowoduje skutki rażąco niekorzystne dla konsumenta (wyroki C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, pkt 80–84; C-70/17 i C-179/17 *Abanca*, pkt 64; C-260/18 *Dziubak*, pkt 48).

89. Z orzecznictwa TSUE wynika, że unieważnienie umowy wywiera co do zasady takie same następstwa jak postawienie pozostałej do spłaty kwoty kredytu w stan natychmiastowej wymagalności. Takie ukształtowanie skutków prawnych unieważnienia umowy, zdaniem TSUE, może przekraczać możliwości finansowe konsumenta i z tego względu penalizować raczej konsumenta niż kredytodawcę, który „nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach” (wyrok C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, pkt 83).
90. Jednakże, jak Trybunał wskazał również w sprawie C-260/18 *Dziubak*, system ochrony przed stosowaniem nieuczciwych warunków umowy przez przedsiębiorców, który dyrektywa 93/13 wprowadziła na korzyść konsumentów, nie jest obowiązkowy. Nawet więc w sytuacji, kiedy sąd uważa, że skutki powołania się na nieuczciwy charakter postanowienia są niekorzystne dla konsumenta, decydujące znaczenie ma wola wyrażona w tym względzie przez konsumenta (pkt 68). Z orzeczenia w sprawie C-260/18 *Dziubak* wynika więc jasno, że konsument musi *a fortiori* mieć prawo do sprzeciwienia się objęcia ochroną, w ramach systemu ochrony przed nieuczciwymi postanowieniami umowy, przed szkodliwymi skutkami spowodowanymi unieważnieniem umowy jako całości, jeżeli nie chce powoływać się na tę ochronę (pkt 55). Decydujące znaczenie dla podjęcia decyzji o unieważnieniu umowy ma więc wola wyrażona przez konsumenta (pkt 54, 56).

91. Dopiero jeśli sąd ustali, biorąc pod uwagę stanowisko konsumenta, że na skutek unieważnienia umowy mogą wystąpić skutki rażąco niekorzystne dla konsumenta, sąd jest zobowiązany rozważyć możliwość uzupełnienia luk powstałych w umowie. Wyrok w sprawie C-260/18 *Dziubak* podsumowuje dotychczasowe orzecznictwo TSUE, dotyczące możliwości, jakie posiada sąd krajowy w zakresie uzupełniania umowy. Jest więc ono dopuszczalne jako wyjątek od ogólnej zasady, zgodnie z którą dana umowa pozostaje wiążąca dla stron tylko wówczas, gdy może ona dalej obowiązywać bez zawartych w niej nieuczciwych postanowień umownych (C-260/18 *Dziubak*, pkt 59). W celu uzupełnienia umowy, sąd krajowy może odwołać się wyłącznie do kategorii przepisów krajowych wyraźnie wskazanych w tym celu przez TSUE. Trybunał zidentyfikował dotychczas dwa rodzaje takich przepisów: (1) przepisy dyspozytywne (C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, pkt 80-81), oraz przepis mające zastosowanie, o ile strony się na to zgodzą (C-70/17 i C-179/17 *Abanca*, pkt 64). Jak wyjaśnił Trybunał, wyróżnienie to opiera się w szczególności na tym, że takie przepisy nie mogą zawierać nieuczciwych warunków (C-260/18 *Dziubak*, pkt 59; podobnie C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, pkt 81; a także C-70/17 i C-179/17 *Abanca*, pkt 59). Trybunał wyjaśnił (C-260/18 *Dziubak*, pkt 60), że są to przepisy, które mają odzwierciedlać równowagę, którą prawodawca krajowy starał się ustanowić między całością praw i obowiązków stron określonych umów na wypadek, gdyby strony albo nie odstąpiły od standardowej normy ustanowionej przez ustawodawcę krajowego dla danych umów, albo wyraźnie wybrały możliwość zastosowania normy wprowadzonej w tym celu przez ustawodawcę krajowego. W sprawie C-260/18 *Dziubak* TSUE wyjaśnił jednoznacznie (pkt 61), że przepisy takie jak te, na które powołał się sąd odsyłający, zbliżone do możliwości, na które powołuje się rozpatrywane zagadnienie prawne (czyli przepisy, które przewidują uzupełnienie skutków czynności prawnej wyrażonych w jej treści również przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów) nie mogą zostać wykorzystane do uzupełnienia umowy. Zdaniem TSUE, zważywszy na ogólny charakter i konieczność stosowania takich przepisów, choć mogłyby one „z pożytkiem” zastąpić nieuczciwe postanowienia w drodze przeprowadzanej przez sąd krajowy zwykłej operacji zastąpienia, to jednak nie wydaje się, aby były one

przedmiotem szczególnej analizy prawodawcy w celu określenia równowagi między stronami. Tym samym przepisy te nie korzystają z domniemania braku nieuczciwego charakteru. Doprowadziło to Trybunał do konkluzji (C-260/18 *Dziubak*, pkt 62), że art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 stoi on na przeszkodzie wypełnieniu luk w umowie, spowodowanych usunięciem z niej nieuczciwych warunków, które się w niej znajdowały, wyłącznie na podstawie przepisów krajowych o charakterze ogólnym, przewidujących, że skutki wyrażone w treści czynności prawnej są uzupełniane w szczególności przez skutki wynikające z zasad słuszności lub ustalonych zwyczajów, które nie stanowią przepisów dyspozytywnych lub przepisów mających zastosowanie, w przypadku gdy strony umowy wyrażą na to zgodę.

92. Jeśli chodzi o możliwość uzupełnienia luk powstałych w umowie na skutek eliminacji nieuczciwych postanowień, Rzecznik stoi na stanowisku, że w prawie polskim nie istnieją obecnie przepisy, które spełniałyby kryteria określone przez Trybunał w sprawie C-260/18 *Dziubak*.
93. Należy jednocześnie pamiętać o innym ważnym argumencie płynącym z orzecznictwa Trybunału, to jest o tym, że klauzula abuzywna, po zakończonym procesie sądowej kontroli abuzywności może pozostać w umowie tylko wówczas, gdy konsument udzieli świadomej zgody na jej pozostawienie. W wyroku w sprawach połączonych od C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA* Trybunał odniósł się (pkt 95) do postanowień, które ograniczają ryzyko ponoszone przez instytucję bankową, a jednocześnie nie nakładają ograniczeń na ryzyko ponoszone przez konsumenta. Postanowienia takie nakładają na konsumenta ryzyko kursowe w wypadku spadku wartości waluty krajowej w stosunku do waluty obcej. Trybunał przypomniał kryteria, jakimi powinien kierować się sąd krajowy oceniając, czy postanowienie jest abuzywne. Wskazał, że sąd krajowy zobowiązany jest do kontroli czy w świetle całości okoliczności faktycznych sprawy i z uwzględnieniem w szczególności fachowej wiedzy przedsiębiorcy w zakresie ewentualnych wahań kursów wymiany i ryzyka wiążącego się z zaciągnięciem kredytu w walucie obcej, po pierwsze, doszło do niedochowania wymogu dobrej wiary, a po drugie, czy zaistniała znacząca nierównowaga w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 (pkt 96, podobnie wyrok C-186/16 *Andriuc*

i in., pkt 56). W odniesieniu do wymogu dobrej wiary, z motywu szesnastego dyrektywy 93/13, wynika, że w ramach oceny sąd zobowiązany jest wziąć w szczególności pod uwagę siłę pozycji negocjacyjnych stron oraz kwestię, czy konsument został zachęcony do wyrażenia zgody na dane postanowienie (pkt 97). Aby natomiast stwierdzić, czy postanowienie – wbrew wymogowi dobrej wiary i ze szkodą dla konsumenta – wywołuje znaczną nierównowagę praw i obowiązków stron (pkt 98) sąd krajowy powinien sprawdzić czy przedsiębiorca traktujący konsumenta w sposób sprawiedliwy i słuszny, mógłby racjonalnie spodziewać się, iż konsument ten przyjąłby takie postanowienie w drodze negocjacji indywidualnych (zob. w szczególności wyrok C-84/19, C-222/19 i C-252/19 *Profī Credit Polska*, pkt 93 i przytoczone tam orzecznictwo). Sąd powinien więc wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, o których bank mógł wiedzieć w chwili zawierania umowy, w szczególności przy uwzględnieniu jego fachowej wiedzy, jeśli chodzi o możliwe wahania kursu wymiany i ryzyko związane z zaciągnięciem takiego kredytu, i które to okoliczności mogły mieć wpływ na późniejsze wykonanie umowy jak również i na sytuację prawną konsumenta (pkt 99). TSUE wskazał (pkt 100), że w świetle wiedzy i większych środków, jakimi dysponuje bank w celu antycypowania ryzyka kursowego, które może urzeczywistnić się w dowolnym momencie w trakcie obowiązywania umowy, a także nieobjętego górnym pułapem ryzyka wahań kursów wymiany walut, jakim obciążają konsumenta postanowienia, które przerzucają na niego ryzyko kursowe, takie postanowienia mogą prowadzić do znaczącej nierównowagi wynikających z umowy kredytu praw i obowiązków stron ze szkodą dla konsumenta. Podkreślając, że ustalenia w tym zakresie powinny dokonać sądy krajowe, TSUE wyjaśnił (pkt 101), że tego typu postanowienia wydają się obciążać konsumenta, w zakresie, w jakim przedsiębiorca nie przestrzegał wymogu przejrzystości względem konsumenta, ryzykiem nieproporcjonalnym do świadczeń i kwoty otrzymanego kredytu. Stosowanie takich postanowień skutkuje bowiem tym, że konsument musi długoterminowo ponieść koszt zmiany kursu wymiany. Trybunał wyjaśnił, że jest tak w szczególności wówczas, gdy owo zwiększenie kapitału pozostałego do spłaty w walucie krajowej nie jest zrównoważone różnicą między stopą oprocentowania waluty obcej a stopą waluty krajowej, przy czym istnienie takiej różnicy stanowi dla

kredytobiorcy zasadniczą korzyść kredytu. Doprowadziło to Trybunał do wniosku (pkt 102), że mając na uwadze wymóg przejrzystości wynikający z art. 5 dyrektywy 93/13, nie można stwierdzić, że przedsiębiorca, postępując w sposób przejrzysty z konsumentem, mógł racjonalnie oczekiwać, iż konsument ten przyjąłby takie warunki w drodze indywidualnych negocjacji (analogicznie C-84/19, C-222/19 i C-252/19, *Profi Credit Polska*, pkt 96, ale również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 stycznia 2016 r., sygn. akt I CSK 125/15, OSNC-ZD 2017/A/9), co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

94. Rzecznik chciałby przypomnieć, że do podobnego wniosku doszedł również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 października 2019 r. (sygn. akt IV CSK 309/18), w którym stwierdził, że gdyby rzeczywiście zostało należycie wyjaśnione znaczenie zmiany kursu waluty i ponoszonego ryzyka, to racjonalny kredytobiorca nie decydowałby się na kredyt powiązany z kursem waluty obcej w sposób wadliwy w perspektywie jego spłacania przez kilkadziesiąt lat, chyba żeby z okoliczności sprawy wyraźnie wynikało co innego. Gdyby natomiast kredytujący bank zamierzał wystarczająco poinformować kredytobiorcę będącego osobą fizyczną - konsumentem o niebezpieczeństwach wynikających z kredytu powiązanego z kursem waluty obcej, to nie proponowałby w ogóle zawierania takich umów kredytowych, zdając sobie sprawę jako profesjonalista, że umowa taka może zostać łatwo oceniona jako nieuczciwa.
95. Podsumowując, prawo polskie nie zawiera obecnie jakichkolwiek przepisów, które spełniałyby wytyczne sformułowane przez TSUE w odniesieniu do przepisów krajowych, jakie można wykorzystać do uzupełnienia umowy. Ponadto, zdaniem Rzecznika, klauzula, która przewiduje przeliczenie franków po średnim kursie NBP i obciążenie konsumenta całym ryzykiem kursowym, w świetle praktyk stosowanych przy zawieraniu umów kredytu obciążonych ryzykiem walutowym w Polsce i orzecznictwa TSUE, powinna zostać uznana za abuzywną. Utrzymanie takiej klauzuli w umowie jest więc możliwe tylko o ile konsument udzieli świadomej zgody na jej pozostawienie. Również z tego powodu uzupełnienie umowy przepisem nakazującym przeliczanie na podstawie średniego kursu NBP jest niedopuszczalne.

2. Czy w razie niemożliwości ustalenia wiążącego strony kursu waluty obcej w umowie kredytu indeksowanego do takiej waluty umowa może wiązać strony w pozostałym zakresie?

96. Rozstrzygnięcie o tym, czy umowa może obowiązywać po wyeliminowaniu z niej klauzuli abuzywnej, zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 dokonywane jest poprzez zastosowanie przepisów prawa krajowego. Sąd krajowy ocenia, czy możliwe jest utrzymanie w mocy konkretnej umowy po usunięciu z niej postanowień uznanych za nieuczciwe (zob. orzecznictwo TSUE przywołane w pkt 88). Jeśli sąd dojdzie do wniosku, że nie jest to możliwe – potrzebna jest identyfikacja na gruncie prawa krajowego podstawy prawnej stwierdzenia nieważności umowy.
97. Aby przesądzić, zgodnie z wymogami dyrektywy 93/13, czy umowa może dalej funkcjonować na tle prawa krajowego, sąd krajowy powinien zastosować kryteria obiektywne. TSUE przesądził o tym w sprawie C-453/10 *Pereničová* (pkt 32), gdzie stwierdził wprost, że „brzmienie artykułu 6 ust. 1 dyrektywy 93/13, jak i wymogi pewności prawa przy prowadzeniu działalności gospodarczej przemawiają za przyjęciem przy wykładni tego przepisu podejścia obiektywnego”. Trybunał podkreślił również, że sytuacja jednej ze stron umowy (w tej sprawie: konsumenta), nie może zostać uznana na tle dyrektywy 93/13 za kryterium rozstrzygające o losie umowy. W kontekście argumentacji podnoszonej w dyskursie publicznym, zdaniem Rzecznika ważne jest, aby zaakcentować, że obiektywne podejście, do którego odwołuje się TSUE, dotyczy stwierdzenia czy cechy stosunku zobowiązaniowego istniejącego między konkretnymi stronami po wyeliminowaniu klauzuli abuzywnej są wystarczające dla dalszego trwania umowy. Co ważne, w sprawie C-618/10 *Banco Español* (pkt 69), TSUE wyraźnie wyeliminował możliwość uwzględnienia interesu przedsiębiorcy w procesie kontroli abuzywności. Trybunał stwierdził tam, że możliwość zmiany treści postanowień abuzywnych przez sąd zachęcałaby przedsiębiorców do stosowania takich postanowień, bo „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 rzeczonych przedsiębiorców”. TSUE odwołał się do konieczności zapewnienia zniechęcającego skutku wywieranego przez sąd na przedsiębiorców, co jest jedną z osi, na której opiera się orzecznictwo TSUE na tle dyrektywy 93/13 (wyroki: C-473/00 *Cofidis*, pkt 32; C-168/05 *Mostaza Claro*, pkt 27; postanowienie C-76/10 *Pohotovost*, pkt 41).

98. Aby sformułować odpowiedź w odniesieniu do tego zagadnienia prawnego, Sąd Najwyższy, zdaniem Rzecznika, powinien ponadto uwzględnić linię orzeczniczą TSUE dotyczącą kwalifikacji klauzul przeliczeniowych jako postanowień dotyczących głównego świadczenia umowy, a tym samym podlegających wyłączeniu na tle art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 i sformułować wnioski dotyczące jej stosowania na tle prawa polskiego. W wyroku w sprawie C-260/18 *Dziubak* (pkt 44) Trybunał podsumował swoją linię orzeczniczą, odwołując się do wyroku w sprawie C-118/17 *Dunai* (pkt 48, 52 i przytoczone tam orzecznictwa) i stwierdził, że klauzule dotyczące ryzyka wymiany określają główny przedmiot umowy kredytu. Stanowisko Trybunału dotyczy tak klauzul zamieszczonych w kredytach indeksowanych do waluty obcej (takiej dotyczyła sprawa *Dziubak*), jak i kredytów denominowanych (C-51/17 *OTP Bank i OTP Faktoring*; C-186/16 *Andriciuc i in.*; C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*).
99. Konstrukcja głównego przedmiotu umowy została wyjaśniona przez TSUE w wyrokach C-26/13, *Kásler i Káslerné Rábai* (pkt 49 - 51), C-143/13 *Matei* (pkt 54) oraz C-96/14 *Van Hove* (pkt 33). Wynika z nich, że postanowienia umowne, które mieszczą się w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13 to takie, które określają podstawowe świadczenia w ramach danej umowy i które z tego względu charakteryzują tę umowę. Postanowienia, które wykazują posiłkowy charakter względem postanowień definiujących samą istotę stosunku umownego nie mogą być natomiast objęte pojęciem głównego przedmiotu umowy w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13. Kwalifikacja klauzul przeliczeniowych jako głównego przedmiotu umowy przesądza jednak wyłącznie o tym, w oparciu o jaki mechanizm takie postanowienia podlegają kontroli abuzywności, nie jest jednak decydująca jeśli chodzi o kwalifikacje dogmatyczne dokonywane na tle prawa krajowego. Innymi słowy, fakt zakwalifikowania konkretnego typu postanowienia jako głównego przedmiotu umowy

na tle dyrektywy 93/13 nie przesądza automatycznie o uznaniu takiego postanowienia za *essentialium negotii*. Na tle prawa polskiego niezbędne jest więc przesądzenie o kwalifikacji klauzul przeliczeniowych w ramach polskich konstrukcji dogmatycznych, tak aby ustalić, czy upadek klauzuli tego typu determinuje brak możliwości dalszego obowiązywania umowy.

100. *Essentialia negotii* to kategoria dogmatyczna, która umożliwia zakwalifikowanie konkretnej umowy w ramach określonego typu umowy (Z. Radwański, Teoria umów, Warszawa 1977, s. 249). *Essentialia negotii* są to przedmiotowo istotne elementy umowy, o charakterze obiektywnym (niezależnym od woli stron) i opiera się na nich konstrukcja danej umowy, o czym przesądza ustawodawca (zob. Z. Radwański, R. Trzaskowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 332). Rozważając charakter określonych postanowień umownych na tle umów kredytu należy wziąć pod uwagę art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2010 r. poz. 1896 ze zm.) oraz art. 353¹ k.c. (por. uzasadnienie wyr. SN z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn. akt I CSK 1049/14, OSNC 2016, nr 11, poz. 134). Strony, które zawierają umowę kredytu ograniczone są więc nie tylko koniecznością uwzględnienia treści art. 353¹ k.c., ale muszą ująć w zawieranej przez siebie umowie postanowienia przedmiotowo dla niej istotne, wskazane w art. 69 ust. 1 (czas trwania umowy, obciążający kredytodawcę obowiązek pozostawienia do dyspozycji kredytobiorcy określonej kwoty, która ma być przeznaczona na uzgodniony cel, oraz obciążający kredytobiorcę obowiązek zwrotu tej kwoty z odsetkami i prowizją). Artykuł 69 ust. 2 (w tym punkt 4a) określają jedynie konieczną treść umowy (choć charakter tego ustępu budzi wątpliwości w doktrynie polskiej, zob. G. Tracz, Kredyt jako typ umowy, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2019, z. 4, s. 93-94). Kryteria i cel wyróżnienia *essentialia negotii* nie pokrywa się więc z kryteriami oraz celem wyróżnienia postanowień należących do kategorii określających główne świadczenia stron na tle art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13. W konsekwencji, zdaniem Rzecznika przesądzenia wymaga kwestia, budząca wątpliwości na tle orzecznictwa sądów powszechnych, czy postanowienie, które wyraża w umowach kredytu indeksowanego do waluty obcej wysokość świadczenia w walucie obcej to klauzula waloryzacyjna w rozumieniu art. 358¹ § 2 k.c. Konstrukcja

kredytów indeksowanych, gdzie wartość świadczenia zostaje wyrażona w walucie polskiej, wypłata świadczenia następuje w walucie polskiej, a jedynie wysokość kredytu jest określona w walucie obcej, wydaje się wskazywać, że waluta obca wykorzystywana jest przez strony wyłącznie jako miernik wartości, czyli klauzula waloryzacyjna.

101. Rozstrzygnięcie, że klauzule przeliczeniowe nie należą do kategorii *essentialia negotii*, i że powinny być kwalifikowane jako klauzule waloryzacyjne, umożliwia stwierdzenie, że umowa może dalej obowiązywać po wyeliminowaniu z niej klauzul przeliczeniowych. Rzecznik chciałby pokreślić, że Sąd Najwyższy opowiedział się już za możliwością dalszego trwania umów indeksowanych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt III CSK 159/17, z dnia 9 maja 2019 r., sygn. akt I CSK 242/18, i z dnia 29 października 2019 r., sygn. akt IV CSK 309/18)
102. Rzecznik chciałby jednocześnie podkreślić, że TSUE nie przesądził o konieczności stwierdzenia braku możliwości dalszego trwania umowy, po usunięciu z niej klauzuli przeliczeniowej. W wyroku w sprawie C-260/18 *Dziubak* (pkt 44) stwierdził wyłącznie, że obiektywna możliwość utrzymania obowiązywania takiej umowy kredytu wydaje się niepewna w tych okolicznościach (podobnie: C-118/17 *Dunai*, pkt 52). Na stanowisko TSUE w tym zakresie wpływa ocena faktów i prawa, dokonana przez sąd odsyłający, której TSUE nie ma prawa weryfikować (wyrok C-188/10 i C-189/10 *Melki i Abdeli*, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo), pod względem prawidłowości na tle prawa krajowego.

3. Czy w razie niemożliwości ustalenia wiążącego strony kursu waluty obcej w umowie kredytu denominowanego w walucie obcej umowa ta może wiązać strony w pozostałym zakresie?

103. Umowa kredytu denominowanego opiera się na innej konstrukcji niż umowa kredytu indeksowanego. W przypadku kredytów denominowanych, wysokość kredytu zostaje wyrażona w walucie obcej, natomiast kredytobiorcy wypłacana jest jego równowartość w złotych. Kredytobiorca w chwili zawierania umowy nie wie więc, jaką otrzyma kwotę środków w złotych (może być ona niższa lub wyższa niż kwota w

złotych, o którą wnioskował, ze względu na wahania kursowe pomiędzy dniem zawarcia umowy a dniem uruchomienia kredytu). Spłata może nastąpić w walucie obcej lub w złotych, o ile umowa wyraźnie tego nie wyklucza, na podstawie art. 358 § 1 k.c.

104. Ze względu na swoją konstrukcję, ten rodzaj kredytu budzi w praktyce orzeczniczej dużo poważniejsze wątpliwości niż kredyt indeksowany. Podnoszone argumenty odwołują się do faktu, że wysokość świadczenia (a więc *essentialium negotii*) została określona w walucie obcej, a więc nie jest to klauzula waloryzacyjna. Jednocześnie jednak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 października 2019 r., sygn. akt IV CSK 309/18, zdecydował o możliwości utrzymania umowy denominowanej do franka szwajcarskiego, po eliminacji z umowy postanowienia uznanego za abuzywne, które sąd uznał za „kamouflażowe”.
 105. Jeśli chodzi o wpływ orzecznictwa TSUE na rozstrzygnięcie na tle prawa polskiego, jest ono takie samo jak w odniesieniu do kredytów indeksowanych. W rozważaniach dotyczących kwalifikacji klauzul umownych na tle art. 4 ust. 2 dyrektywy Trybunał Sprawiedliwości nie dokonuje bowiem rozróżnienia pomiędzy kredytami indeksowanymi i denominowanymi.
 106. Wychodząc poza zakres prawa unijnego, Rzecznik chciałby jednak wskazać, że umowy tego typu były zawierane masowo w celu uzyskania środków w walucie polskiej, zazwyczaj w celu sfinansowania zakupu nieruchomości mieszkalnej. Mimo zastosowania konstrukcji, na tle której wysokość świadczenia wyrażona jest w walucie obcej, stronom chodziło więc o uzyskanie określonego świadczenia w walucie polskiej, co można wywieść na tle art. 65 k.c., uwzględniając zgodny zamiar stron i cel umowy, raczej niż brzmienie jej konkretnych postanowień.
- 4. Czy w przypadku nieważności lub bezskuteczności umowy kredytowej, w wykonaniu której bank wypłacił kredytobiorcy całość lub część kwoty kredytu, a kredytobiorca dokonywał spłat kredytu, powstają odrębne roszczenia z tytułu nienależnego świadczenia na rzecz każdej ze stron, czy też powstaje jedynie jedno roszczenie, równe różnicy spełnionych świadczeń, na rzecz tej strony, której łączne świadczenie miało wyższą wysokość?**

107. Udzielenie odpowiedzi na to zagadnienie należy do dziedziny prawa krajowego. Trybunał nie sformułował w tym zakresie wytycznych, które bezwzględnie nakazywałyby wybór jednej ze wskazanych opcji dotyczących rozliczeń stron w przypadku stwierdzenia niemożliwości dalszego obowiązywania umowy. Sąd Najwyższy w tym zakresie opowiadał się tak za odwołaniem się do teorii salda (wyrok z dnia 9 maja 2019 r., sygn. akt I CSK 242/18), jak i teorii dwóch kondykcji (wyrok z dnia 11 grudnia 2019 r., sygn. akt V CSK 382/18).
108. Trybunał sformułował jednak wytyczne dotyczące skutków, jakie wynikają ze stwierdzenia abuzywnego charakteru umowy i uwzględniania woli konsumenta przy rozstrzygnięciu o tych skutkach przez sądy krajowe. Mechanizm prawa krajowego, na zastosowanie którego zdecyduje się Sąd Najwyższy powinien umożliwiać realizację tych wytycznych.
109. W tym względzie Rzecznik chciałby zwrócić uwagę na element pominięty w sformułowanych przez Sąd Najwyższy zagadnieniach prawnych, to jest sposób poinformowania konsumenta przez sąd o skutkach braku możliwości dalszego obowiązywania umowy. Jest to zagadnienie, które nie trafia do sentencji wyroków, lecz z praktyki sądowej z pewnością można wywieść, że realizacja nałożonych przez prawo unijne obowiązków informacyjnych wobec konsumentów sprawia sądom problemy.
110. Aby stwierdzić, czy na skutek unieważnienia umowy mogą wystąpić skutki rażąco niekorzystne dla konsumenta, sąd powinien wziąć pod uwagę stanowisko wyrażone w tym względzie przez konsumenta, które przeważa nawet nad oceną dokonaną przez sąd. System ochrony przed stosowaniem nieuczciwych warunków umowy przez przedsiębiorców, który dyrektywa 93/13 wprowadziła na korzyść konsumentów, nie jest obowiązkowy. Nawet więc w sytuacji, kiedy sąd uważa, że skutki powołania się na nieuczciwy charakter postanowienia są niekorzystne dla konsumenta, decydujące znaczenie ma wola wyrażona w tym względzie przez konsumenta (C-260/18 *Dziubak*, pkt 68). Wola wyrażona przez konsumenta ma decydujące znaczenie również dla podjęcia decyzji o unieważnieniu umowy (C-260/18 *Dziubak*, pkt 54, 56). *Per analogiam* zastosowanie znajdują wówczas zasady

wypracowane przez TSUE w odniesieniu do niepodnoszenia nieuczciwego charakteru umowy, ze względu na wyrażoną w tym zakresie wolę konsumenta (C-260/18 *Dziubak*, pkt 53, 55). Oznacza to, że konsument musi wyrazić dobrowolną i świadomą zgodę na skutki, wynikające z unieważnienia umowy będącego następstwem stwierdzenia nieuczciwego charakteru jednego z postanowień umowy (C-260/18 *Dziubak*, pkt 53, 66; C-472/11 *Banif Plus Bank*, pkt 23, 27, 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

111. Zdaniem Rzecznika, wyrażenie świadomej zgody przez konsumenta możliwe jest jednak tylko wówczas, gdy konsument ma informacje nie tylko na temat jurydycznej kwalifikacji, jaką ma zamiar zastosować sąd po ustaleniu, że umowa nie może obowiązywać po stwierdzeniu nieuczciwego charakteru jej postanowień, ale również pełną wiedzę, jeśli chodzi o skutki ekonomiczne unieważnienia umowy. Należy więc przyjąć, że jedynie po przedstawieniu tej informacji możliwe będzie wyrażenie przez konsumenta świadomej zgody na unieważnienia umowy.
112. Zdaniem Rzecznika, konieczność poinformowania konsumenta o skutkach unieważnienia umowy, powinna zostać wzięta pod uwagę przy określaniu mechanizmu rozliczania świadczeń stron. Jeśli bowiem do rozliczenia świadczeń będzie dochodziło w odrębnym procesie, sąd rozstrzygający o unieważnieniu umowy (bez względu na formę, w jakiej zostanie to dokonane), nie będzie w stanie poinformować o skutkach finansowych rozstrzygnięcia, ponieważ te zapadną w odrębnym wyroku.
113. Za przesądzeniem o rozstrzygnięciu o wszystkich skutkach wynikających ze stwierdzenia abuzywnego charakteru postanowienia w jednym postępowaniu, zdaniem Rzecznika, przemawia tak konieczność zapewnienia konsumentom skutecznej ochrony na tle dyrektywy 93/13 jak i zasada ekonomii procesowej, to jest ograniczenie liczby procesów.
114. Sąd Najwyższy powinien więc z jednej strony udzielić sądom wskazówek dotyczących realizacji ciężących na nich obowiązków informacyjnych, a z drugiej, wybrać taki model rozliczeń świadczeń, który zapewnia realizację ochronnego celu dyrektywy 93/13.

5. Czy w przypadku nieważności lub bezskuteczności umowy kredytowej z powodu niedozwolonego charakteru niektórych jej postanowień bieg przedawnienia roszczenia banku o zwrot kwot wypłaconych z tytułu kredytu rozpoczyna się od chwili ich wypłaty?

115. Sposób sformułowania zagadnienia prawnego skupia się na przedawnieniu roszczeń banku o zwrot kwot wypłaconych z tytułu kredytu, uzasadnienie tego zagadnienia wskazuje jednak, że dotyczy ono momentu rozpoczęcia biegu przedawnienia roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, przysługujących stronom nieważnej lub bezskutecznej umowy kredytowej, lub roszczenia.
116. W tym zakresie Rzecznik chciałby zwrócić uwagę na orzecznictwo TSUE, które obszernie wyjaśnia kwestie związane z przedawnieniem roszczeń restytucyjnych konsumenta.
117. Po pierwsze, TSUE wskazał, że o ile roszczenie o stwierdzenie nieważności nieuczciwego postanowienia umownego nie podlega przedawnieniu, to art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy nie stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które ustanawia termin na wytoczenie powództwa, mającego na celu powołanie się na skutki restytucyjne tego stwierdzenia nieważności. Trybunał podkreślił jednak, że przepisy krajowe tego typu muszą czynić zadość wymogom wpływającym z zasady równoważności i skuteczności (tak: wyrok w sprawach połączonych od C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 39; podobnie wyroki: C-698/18 i C-699/18 *Raiffeisen Bank i BRD Groupe Société Générale*, pkt 58; a także C-224/19 i C-259/19 *Caixabank i Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, pkt 84).
118. Wyrok w sprawach połączonych od C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA* wyjaśnia (pkt 40), że przeciwstawienie terminu przedawnienia żądaniom o charakterze restytucyjnym skierowanym przez konsumentów w celu dochodzenia praw, które wywodzą oni z dyrektywy 93/13, nie jest samo w sobie sprzeczne z zasadą skuteczności, o ile jej stosowanie nie czyni praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw przyznanych przez tę dyrektywę.
119. Po drugie, w odniesieniu do długości terminu przedawnienia, któremu podlega żądanie wniesione przez konsumenta w celu zwrotu nienależnie zapłaconych kwot na

podstawie nieuczciwych postanowień, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą TSUE, zasada skuteczności nie przeciwstawia się terminom krajowym wynoszącym trzy i pięć lat. Zdaniem Trybunału o ile trzyletni termin na wytoczenie powództwa jest ustalony i znany z wyprzedzeniem, co do zasady, że jest on wystarczający na przygotowanie i wniesienie przez konsumenta skutecznego środka odwoławczego (C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 41, podobnie wyroki: C-698/18 i C-699/18 *Raiffeisen Bank*, pkt 62, 64; a także C-224/19 i C-259/19 *Caixabank i Banco Bilbao*, pkt 87 i przytoczone tam orzecznictwo). W wyroku C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA* (pkt 42) Trybunał wyjaśnił ponadto, że ustalony i znany jest z góry pięcioletni termin przedawnienia, nie wydaje się mieć takiego charakteru, aby czynił korzystanie z praw przyznanych przez dyrektywę 93/13 praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym. Termin taki jest bowiem zasadniczo faktycznie wystarczający, aby umożliwić konsumentowi przygotowanie i wniesienie skutecznego środka odwoławczego w celu dochodzenia praw wywodzonych przez niego z tej dyrektywy, w szczególności w formie roszczeń o charakterze restytucyjnym, opartych na nieuczciwym charakterze postanowienia umownego.

120. Po trzecie, jeśli chodzi o rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia, Trybunał uznał, że ustalenie go na dzień przyjęcia oferty kredytu (C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 44), stwarza znaczne ryzyko, że konsument nie będzie w stanie powoływać się w tym terminie na prawa przyznane mu przez dyrektywę 93/13 (C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 43, podobnie wyrok C-679/18 *OPR-Finance*, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo). Trybunał nakazuje więc (C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 45) uwzględnienie gorszej pozycji konsumenta wobec przedsiębiorcy zarówno pod względem możliwości negocjacyjnych, jak i ze względu na stopień poinformowania, czyli sytuację, która prowadzi konsumenta do zaakceptowania warunków umowy zredagowanych wcześniej przez przedsiębiorcę bez możliwości wpłynięcia na ich treść (zob. podobnie wyrok C-698/18 i C-699/18 *Raiffeisen Bank*, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo). Trybunał podkreśla ponadto, że konsumenci mogą nie wiedzieć o nieuczciwym charakterze warunku zawartego w umowie kredytu hipotecznego lub nie

rozumieją zakresu swoich praw wynikających z dyrektywy 93/13 (C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 45; podobnie C-224/19 i C-259/19 *Caixabank i Banco Bilbao*, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).

121. W niezwykle jasny sposób Trybunał wyjaśnił, że termin przedawnienia może być zgodny z zasadą skuteczności tylko wtedy, gdy konsument miał możliwość poznania swoich praw przed rozpoczęciem biegu lub upływem tego terminu (C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA*, pkt 46; podobnie wyroki: C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, pkt 45; C-698/18 i C-699/18, *Raiffeisen Bank*, pkt 67; a także C-224/19 i C-259/19 *Caixabank i Banco Bilbao*, pkt 91). Na tym tle, w sprawie C-776/19 do C-782/19 *BNP Paribas Personal Finance SA* (pkt 47) Trybunał uznał, że rozpoczęcie biegu terminu pięcioletniego od dnia przyjęcia oferty pożyczki, nie zapewnia konsumentowi skutecznej ochrony w wypadku, gdy termin ten może upłynąć, zanim konsument poweźmie wiedzę o nieuczciwym charakterze warunku zawartego w umowie. Termin taki czyni zatem nadmiernie utrudnionym wykonywanie praw przyznanych konsumentowi przez dyrektywę 93/13 (analogicznie wyroki: C-698/18 i C-699/18 *Raiffeisen Bank*, pkt 67, 75; C-224/19 i C-259/19 *Caixabank i Banco Bilbao*, pkt 91).

122. Wytyczne Trybunału wskazują na minimalne wymogi, spełnienia jakich wymaga od polskiego systemu prawo unijne. Rozwiązanie przyjęte przez Sąd Najwyższy powinno więc zapewnić co najmniej taki poziom ochrony konsumenta, jaki z nich wynika. Zasady rządzące przedawnieniem zostały wypracowane przez TSUE w oparciu o roszczenia restytucyjne powstałe na tle skutków wnikających z nieuczciwego charakteru postanowienia. Ułatwia to stworzenie spójnych konstrukcyjnie rozwiązań na tle prawa polskiego, znajdujących zastosowanie bez względu na kwalifikację podmiotową strony.

6. Czy, jeżeli w przypadku nieważności lub bezskuteczności umowy kredytowej którejkolwiek ze stron przysługuje roszczenie o zwrot świadczenia spełnionego w wykonaniu takiej umowy, strona ta może również żądać wynagrodzenia z tytułu korzystania z jej środków pieniężnych przez drugą stronę?

123. Możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia za korzystanie z kapitału nie stało się jeszcze przedmiotem wielu rozstrzygnięć sądowych. Jest to jednak kwestia o tyle paląca, że nawet sama możliwość wystąpienia przez bank z takimi roszczeniami wywołuje efekt mrozący wobec konsumentów, zniechęcając ich do występowania z powództwami wobec banków.
124. Mimo, że jest to co do zasady zagadnienie, które powinno zostać rozstrzygnięte na poziomie prawa krajowego, to dyrektywa 93/13 wyznacza standard ochrony konsumenta, wymagany w związku ze stwierdzeniem abuzywnego charakteru postanowienia, również na etapie dalszych, potencjalnych roszczeń stron. Dostrzegając, że jak dotąd żaden z upoważnionych sądów nie wystąpił z pytaniem prejudycjalnym, mającym na celu potwierdzenie treści standardu, Rzecznik Praw Obywatelskich przystąpił do czterech spraw, w których banki wystąpiły w różnych konfiguracjach procesowych z roszczeniami o zapłatę kwot przewyższających zwrot wypłaconego kapitału, popierając wniosek stron o wystąpienie do TSUE z pytaniem prejudycjalnym. W sprawie o sygnaturze XXV C 108/21, toczącej się przed Sądem Okręgowym w Warszawie, w której bank dochodzi wynagrodzenia za korzystanie z kapitału od państwa Dziubaków, z podobnym wnioskiem zwrócił się również Rzecznik Finansowy.
125. W chwili składania niniejszego stanowiska brak informacji, czy sądy podjęły decyzję o zwróceniu się do TSUE z pytaniem w tym zakresie. Rzecznik stoi jednak na stanowisku, że jest jedynie kwestią czasu, że pytanie takie zostanie sformułowane przez polski sąd.
126. Mimo, że jak dotąd Trybunał nie wypowiedział się wprost w sprawie tego typu roszczeń, Rzecznik nie ma jednak wątpliwości, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa, TSUE uzna je za niedopuszczalne. Orzeczenie innej treści oznaczałoby radykalną zmianę linii orzeczniczej ukształtowanej na tle dyrektywy 93/13 i faktyczną eliminację mechanizmów, mających na celu zapewnienie skutecznej ochrony konsumenta.
127. Trybunał stwierdził, że unieważnienie wywiera następstwa tożsame do postawienia kredytu w stan natychmiastowej wymagalności (wyroki: C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, pkt 80–84; C-70/17 i C-179/17 *Abanca*, pkt 64; C-260/18 *Dziubak*, pkt 48).

Uznał ponadto, że już takie tylko następstwo może być rażąco niekorzystne dla konsumenta, przekraczając jego możliwości finansowe. Z tego tylko powodu unieważnienie umowy może penalizować raczej konsumenta niż kredytodawcę, który „nie zostanie przez to zniechęcony do wprowadzania takich warunków w proponowanych przez siebie umowach” (C-26/13 *Kásler i Káslerné Rábai*, pkt 83). Całość negatywnych skutków, związanych z unieważnieniem umowy jakie powstają dla konsumenta realizuje się więc w postawieniu pozostałej do spłacenia kwoty w stan natychmiastowej wymagalności. Dopuszczalność dochodzenia przez banki dalszych roszczeń stałaby więc w rażącej sprzeczności z celami dyrektywy 93/13, w szczególności w odniesieniu do osiągnięcia skutku prewencyjnego, czego wymaga art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13. Stosowanie dyrektywy 93/13 ma zniechęcać przedsiębiorców do wykorzystywania w zawieranych umowach nieuczciwych postanowień umownych. Doskonale ilustruje to wyrok w sprawie C-618/10 *Banco Español* (pkt 69), w którym TSUE stwierdził, że gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w umowach z konsumentami, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy 93/13. Uprawnienie to przyczyniłoby się do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów (podobnie postanowienie w sprawie C-76/10 *Pohotovost'*, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo). Przedsiębiorcy byłiby zachęceni do stosowania nieuczciwych postanowień, 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. Oznacza to, że konieczność zagwarantowania interesu przedsiębiorcy nie może być brana pod uwagę w procesie wyciągania skutków stwierdzonej abuzynośi, w tym uznania ich dalszych roszczeń.

128. W kwestii skutków unieważnienia umowy, Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił ponadto, że brak jest możliwości ograniczenia w czasie skutków restytucyjnych obciążających banki w sytuacji uznania klauzuli zawartej w umowie za abuzywną (wyrok w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15, *Gutiérrez Naranjo i in.*). W wyroku tym TSUE wyjaśnia dokładnie podstawy aksjologiczne

rozstrzygnięcia, które powinny znaleźć zastosowanie również do rozstrzygnięć na tle dalszych roszczeń banków. Trybunał wskazał więc (pkt 61), że sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru postanowienia powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się konsument w braku takiego postanowienia. Obowiązek wyłączenia przez sąd krajowy nieuczciwego postanowienia umownego nakazującego zapłatę kwot, które okazują się nienależne, wiąże się natomiast co do zasady z odpowiednim skutkiem restytucyjnym dotyczącym tych kwot (pkt 62). Brak takiego skutku restytucyjnego jest w stanie podważyć skutek zniechęcający, jaki art. 6 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 dyrektywy 93/13 zamierzał powiązać ze stwierdzeniem nieuczciwego charakteru postanowień znajdujących się w umowach zawieranych z konsumentami przez przedsiębiorcę (pkt 63).

129. Trybunał uznał również, że ograniczenie w czasie skutków prawnych wynikających ze stwierdzenia nieważności klauzul „dolnego progu” (o nie chodziło w pytaniu prejudycjalnym), którego dokonał Tribunal Supremo (Sąd Najwyższy Hiszpanii) w wyroku z dnia 9 maja 2013 r., prowadzi do pozbawienia w sposób ogólny każdego konsumenta, który zawarł przed tą datą umowę kredytu hipotecznego zawierającą taką klauzulę, prawa do otrzymania pełnego zwrotu kwot, jakie nienależnie zapłacił on instytucji bankowej na podstawie owej klauzuli w okresie poprzedzającym dzień 9 maja 2013 r. (pkt 72). To doprowadziło Trybunał do wniosku (pkt 73), że orzecznictwo krajowe, takie jak to, które ukształtowało się na skutek orzeczenia hiszpańskiego Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., dotyczące ograniczenia w czasie skutków prawnych wynikających na podstawie art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 ze stwierdzenia nieuczciwego charakteru postanowienia umownego, pozwala jedynie na zapewnienie ograniczonej ochrony konsumentów, którzy zawarli umowę kredytu hipotecznego obejmującą klauzulę „dolnego progu” przed datą ogłoszenia orzeczenia sądu, w którym stwierdzono ów nieuczciwy charakter. Taka ochrona okazuje się zatem niekompletna i niewystarczająca oraz nie stanowi ani adekwatnego, ani skutecznego środka służącego zaprzestaniu stosowania takiego rodzaju warunków, w przeciwieństwie do tego, co przewiduje art. 7 ust. 1 dyrektywy (C-415/11 *Aziz*, pkt 60).

130. Na kierunek potencjalnego rozstrzygnięcia TSUE wpłynie też jego dotychczasowe orzecznictwo, dotyczące skutków stwierdzenia nieuczciwego charakteru któregoś z postanowień umowy. Zdaniem Rzecznika, skutki te nie powinny ulec zmianie podczas kolejnego etapu kontroli abuzywności. Wskazówki sformułowane przez Trybunał w tym zakresie powinny więc zostać wykorzystane przy rozstrzyganiu o skutkach unieważnienia umowy, będącego konsekwencją stwierdzenia nieuczciwego charakteru postanowienia. Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 nieuczciwe postanowienie umowne należy więc uznać za nieistniejące, tak by nie wywoływało ono skutków wobec konsumenta. Sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru postanowienia powinno natomiast wywołać skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku abuzywnego postanowienia (wyrok w połączonych sprawach C-154/15, C-307/15 i C-308/15, *Gutiérrez Naranjo i in.*, pkt 61).
131. Pytanie wobec TSUE, dotyczące wprost możliwości dochodzenia roszczenia za korzystanie z kapitału zostało jak dotąd sformułowane raz, w sprawie, w której dochodził go konsument (wyrok w sprawie C- 301/18 *Leonhard*). TSUE na tle dyrektywy 2002/65 stwierdził, że jest to roszczenie niedopuszczalne po odstąpieniu przez konsumenta od umowy (tam: odszkodowanie z pożytków uzyskanych z kwoty kapitału i odsetek). Podobnie, na tle dyrektywy 97/7 Trybunał orzekł w wyroku w sprawie C-489/07 *Messner*), że w przypadku odstąpienia konsumenta od umowy w trakcie okresu na odstąpienie od umowy, sprzedawcy nie przysługuje odszkodowanie za korzystanie przez konsumenta z rzeczy, nabytej na podstawie umowy zawartej na odległość.
132. Biorąc powyższe pod uwagę, Rzecznik stoi na stanowisku, że roszczenia przewyższające wysokość świadczonej kwoty kredytu powinny zostać uznane za niedopuszczalne w świetle prewencyjnego celu dyrektywy 93/13 (art. 7 ust. 1), jak również standardu ochrony konsumenta, którego dyrektywa wymaga. W celu przesądzenia wszystkich powstających w tym zakresie wątpliwości wskazane jest uzyskanie wypowiedzi TSUE.

V. Uwagi końcowe

133. Rzecznik Praw Obywatelskich chciałby podkreślić konieczność pełnego i prawidłowego uwzględnienia przez Sąd Najwyższy treści obowiązującego w Polsce prawa, a także standardów europejskich, w tym w szczególności orzecznictwa TSUE i ETPC.
134. Odnosi się to przede wszystkim do zapewnienia, że treść rozstrzygnięcia nie będzie podważana ze względu na nieprawidłową obsadę sądu. RPO wskazał w pkt III niniejszego stanowiska na obowiązujące w tym względzie standardy europejskie i istotne wątpliwości, które powstają na tym tle co do obsady niektórych stanowisk sędziowskich w Izbie Cywilnej SN, a także obsady stanowiska Pierwszej Prezes SN. Wskazane byłoby zatem, aby uchwałę podjął taki skład Izby Cywilnej SN, który nie będzie budził wątpliwości co do spełnienia standardów europejskich.
135. Sąd Najwyższy powinien również zapewnić, by stanowisko Sądu Najwyższego dotyczące merytorycznych aspektów ochrony konsumenckiej w kontekście kredytów „frankowych” zostało sformułowane przy poszanowaniu pokaźnego dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości, ewentualnie również we współpracy z TSUE w trybie prejudycjalnym. Zanim jednak SN zwróci się do TSUE z takim pytaniem, należałoby rozwiązać problem co do statusu sędziów opisany w pkt III niniejszego stanowiska.
136. Biorąc pod uwagę, jak wiele kwestii zostało już przesądzonych wyrokami TSUE, największe wyzwanie, jakie stoi przed Sądem Najwyższym to wskazanie konstrukcji prawa krajowego, które zapewnią prawidłową implementację *acquis* konsumenckiego.
137. W szerszym kontekście, rozstrzygnięcie SN niewątpliwie zwiększy świadomość prawną uczestników obrotu, co pozwoli na uniknięcie systemowych problemów, wynikających z naruszeń prawa konsumenckiego w przyszłości (np. brak pełnej informacji dotyczącej ryzyk związanych ze zmianami stóp procentowych).

(-) Adam Bodnar

zał. odpis pisma – 2 szt.