

Skutki uznania abuzywności postanowienia umowy w kontroli incydentalnej

Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Cele dyrektywy 93/13 w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich
- III. Poglądy doktryny i orzecznictwa
- IV. Redukcja utrzymująca skuteczność
- V. Zmiany w umowie
- VI. Konkluzje

Streszczenie

Artykuł analizuje obowiązujące przepisy, judykaturę (w szczególności aktualne orzecznictwo TSUE) oraz poglądy doktryny odnoszące się do problematyki związanej z określeniem skutków uznania postanowienia umowy jako nieuczciwego, w kontroli incydentalnej. Przedmiotem rozważań są zatem problemy praktyczne pojawiające się w sytuacji, w której postanowienie umowy ma charakter nieuczciwy, z czym mogą się wiązać restytucyjne roszczenia konsumenta. Celem artykułu jest również rozważenie dopuszczalności, a także wad i zalet, stosowania przez sąd wybranych mechanizmów i instrumentów, które mogłyby służyć do zastąpienia luki w umowie spowodowanej uchynieniem nieuczciwego postanowienia umowy. W związku z tym podejmowana jest próba opisanie i analizy mechanizmu określanego w doktrynie mianem redukcji utrzymującej skuteczność.

Słowa kluczowe: ochrona konsumenta; umowy konsumenckie; nieuczciwe postanowienia umowy; skutki restytucyjne.

JEL: K12, K15, K41

I. Uwagi wstępne

Celem artykułu jest analiza prezentowanych w doktrynie, a także w polskim i unijnym orzecznictwie poglądów na temat skutków uznania postanowienia umowy jako niedozwolonego w kontroli incydentalnej, a także zabranie głosu w dyskusji. Problematyka obejmuje te sytuacje, w których sąd bada skonkretyzowany stosunek prawny, którego podstawą jest umowa oraz odpowiednie (inkorporowane do niej) wzorce umowy, np. regulaminy, OWU, załączniki, tabele opłat czy też aneksy mające do niej zastosowanie (stanowiące jej integralną część). Przedmiotem analizy są

* Radca prawny; zastępca dyrektora Wydziału Klienta Rynku Bankowo-Kapitałowego w Biurze Rzecznika Finansowego. Artykuł prezentuje poglądy autora i nie powinien być traktowany jako stanowisko innych podmiotów, organów lub instytucji. E-mail: bartosz.wyzykowski@gmail.com.

skutki uznania abuzywności postanowienia w kontroli incydentalnej, którą odróżnić należy od kontroli abstrakcyjnej. W uproszczeniu można powiedzieć, że w przypadku kontroli abstrakcyjnej badany jest określony wzorzec umowy, jednakże zasadniczo w oderwaniu od skonkretyzowanego stosunku prawnego¹. Natomiast w ramach kontroli incydentalnej dokonywana jest wykładnia oświadczeń woli stron umowy, ustalana jest normatywna treść umowy i badane są pozostałe okoliczności sprawy, w tym okoliczności przed zawarciem umowy (co można określić mianem materialnej przejrzystości umowy²), np. wykonanie obowiązków informacyjnych itd. Omawiane zagadnienie jest niezwykle interesujące z uwagi na coraz większą świadomość prawną obywateli, którzy jako konsumenci w sporach sądowych z przedsiębiorcami coraz częściej powołują się na abuzywny charakter poszczególnych postanowień umowy. W praktyce pojawiają się jednak wątpliwości, jakie skutki dla konsumenta i przedsiębiorcy jako stron umowy wynikają w sytuacji, w której sąd rzeczywiście uzna dane postanowienie lub postanowienia umowy za nieuczciwe. Nie jest jasne czy sąd może uznać dane postanowienie za abuzywne tylko w określonym zakresie lub części, czy też musi to nastąpić w całości. Wiąże się to również z pytaniem, czy przedmiot badania pod kątem abuzywności stanowi literalne brzmienie postanowienia, czy jego normatywna treść. Głównym zagadnieniem będącym przedmiotem analizy będą więc konsekwencje wynikające z zastosowania przez sąd w ramach kontroli incydentalnej art. 385¹ § 1 zd. 1 i § 2 k.c.³, natomiast z uwagi na złożoność omawianej problematyki nie sposób całkowicie pominąć powiązanych z tym zagadnień, a w szczególności kwestii dotyczących samych przesłanek uznania klauzuli za abuzywną. Warto dodać, że w art. 385¹ § 1 k.c. mowa jest o niedozwolonych postanowieniach umowy, dyrektywa⁴ zaś – a w ślad za nią również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) – posługuje się pojęciem „nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich”⁵. W dalszej części artykułu mowa będzie o „warunku umowy” tylko w przypadku odwołań do dyrektywy lub orzeczeń TSUE. Z kolei w języku prawniczym mówi się o „klauzulach abuzywnych”. W istocie każde z tych pojęć oznacza postanowienia zawarte w umowie lub wzorcu umowy spełniające przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 dyrektywy i art. 385¹ k.c.

II. Cele dyrektywy

Na wstępie należy wskazać, że przepisy k.c. regulujące zarówno materialne przesłanki uznania klauzuli za abuzywną, jak i określające skutki z tego wynikające, stanowią implementację dyrektywy, stąd co do zasady należy dążyć do ich pronijnijnej interpretacji⁶. Zresztą bezpośrednio na tle omawianej dyrektywy, TSUE wskazał, że sąd krajowy jest obowiązany, gdy stosuje przepisy prawa

¹ Z tego powodu wnioski wynikające z analizy postanowień umownych językowo tożsamych mogą być różne w zależności od „trybu” kontroli. Teoretycznie więc tożsame językowo postanowienie uznane za abuzywne w kontroli abstrakcyjnej może być uznane za uczciwe w kontroli incydentalnej i odwrotnie (zob. Trzaskowski, 2011).

² Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 21, 50 i 51; Wyr. TSUE z 21.03.2013 r. w sprawie C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180) pkt 44; wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 74; wyr. TSUE z 23.04.2015 r. w sprawie C-96/14 (ECLI:EU:C:2015:262) pkt 47. W sprawie zasady materialnej przejrzystości umowy; zob. Romanowski, 2017, rozdz. VI.

³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93 ze zm.; dalej: k.c.).

⁴ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34; dalej: dyrektywa).

⁵ Oczywiście warunku umowy w rozumieniu dyrektywy nie wolno utożsamiać z warunkiem, o którym mowa w art. 89 k.c., wszak w polskim prawie cywilnym przez warunek rozumie się zdarzenie przyszłe i niepewne.

⁶ Wyr. TSUE z 10.04.1984 r. w sprawie 14/83 (Zbiór Orzeczeń 1984 – 01891; ECLI:EU:C:1984:153) pkt 15 i 26; Wyr. TSUE z 27.06.2000 r. w sprawach połączonych: od C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero* (C-240/98) i *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) i *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98) (Zbiór Orzeczeń 2000 I-04941; ECLI:EU:C:2000:346) pkt 31 i 32. Wyr. TSUE z 24.01.2012 r. w sprawie C-282/10 (elektroniczny Zbiór Orzeczeń; ECLI:EU:C:2012:33) pkt 24; Uchwała SN z 13.07.2006 r., III SZP 3/06 (OSNAPiUS 2007 nr 1–2, poz. 35, str. 73).

krajowego – zarówno te, które weszły w życie po przyjęciu dyrektywy, jak i te przed jej przyjęciem – do ich interpretowania tak dalece, jak to jest możliwe, zgodnie z literą (brzmieniem) i celem tej dyrektywy⁷. Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy: „Państwa Członkowskie stanowią, że 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”⁸. Z kolei, warunki ustalone przez prawa krajowe, do których odnosi się art. 6 ust. 1 dyrektywy nie mogą stanowić zagrożenia dla istoty prawa, jakie konsumenci wywodzą z tego przepisu, a polegającej na niezwiązaniu warunkiem uznanym za nieuczciwy⁹. Jednocześnie nie wolno tracić z pola widzenia, że w świetle art. 8 dyrektywy, ta wyznacza jedynie pewien minimalny zakres ochrony konsumenta, w związku z czym ustawodawcy krajowi upoważnieni są do zapewnienia dalej idącej ochrony¹⁰.

Aby zapewnić realizację ww. celów, TSUE przyjął zasadę, iż sąd z urzędu (a zatem nawet w braku żądania zgłoszonego przez konsumenta) powinien zbadać, a gdy jest to uzasadnione również stwierdzić abuzywność i bezskuteczność danego postanowienia i odmówić jego stosowania¹¹. Pogląd taki przyjęty został również w orzecznictwie SN¹² i w doktrynie (zob. Trzaskowski, 2013). Ponadto, sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter postanowienia zawartego w umowie, na mocy art. 6 ust. 1 dyrektywy jest zobowiązany wyciągnąć wszelkie wynikające stąd na mocy prawa krajowego konsekwencje, tak aby konsumenci nie byli tym postanowieniem związani¹³ – w tym także konsekwencje na przyszłość¹⁴. TSUE wyjaśnił również, że jeżeli sąd krajowy uzna dany warunek umowy za nieuczciwy, ma obowiązek jego niezastosowania, chyba że konsument, po poinformowaniu go przez rzeczony sąd, sprzeciwi się temu¹⁵. Co do zasady umowa zawarta

⁷ Wyr. TSUE z 10.04.1984 r. w sprawie 14/83 (ECLI:EU:C:1984:153) pkt 15 i 26; wyr. TSUE z 27.06.2000 r. w sprawach połączonych: od C-240/98 do C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero* (C-240/98) i *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) i *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98) (Zbiór Orzeczeń 2000 I-04941; ECLI:EU:C:2000:346) pkt 32; wyr. TSUE z 24.01.2012 r. w sprawie C-282/10 (elektryczny Zbiór Orzeczeń; ECLI:EU:C:2012:33) pkt 24; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 71.

⁸ Również w motywach do dyrektywy, stwierdza się, że: „Państwa Członkowskie powinny zapewnić, aby nieuczciwe warunki nie były zamieszczane w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami oraz, jeżeli jednak takie warunki zostają w nich zawarte, aby nie były one wiążące dla konsumenta, oraz zagwarantować, żeby umowa obowiązywała strony zgodnie z zawartymi w niej postanowieniami, pod warunkiem że po wyłączeniu z umowy nieuczciwych warunków może ona nadal obowiązywać”.

⁹ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 71.

¹⁰ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 70; Wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 47 zd. 2; wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 17.11.2016 r., III Ca 1427/15; (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Łodzi: [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001)).

¹¹ Wyr. TSUE z 4.06.2009 r. w sprawie C-243/08 (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04713; ECLI:EU:C:2009:350) pkt 24 i 28; wyr. TSUE z 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10 (ECLI:EU:C:2012:242) pkt 41; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 42, 43 i 53; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 27, 28, 42, 48 i 53; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 40, 41, 50 i 51; wyr. TSUE z 27.02.2014 r. w sprawie C 470/12 (ECLI:EU:C:2014:101) pkt 41; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 58.

¹² Wyr. SN z 19.04.2007 r., I CSK 27/07 (OSNC – Zb. dodatkowy 2008 nr A, poz. 25, s. 154).

¹³ Wyr. TSUE z 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10 (ECLI:EU:C:2012:242) pkt 42 i 43; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 63; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 42, 48, 51 i 53; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 49; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 59.

¹⁴ Wyr. TSUE z 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10 (ECLI:EU:C:2012:242) pkt 43.

¹⁵ Wyr. TSUE z 4.06.2009 r. w sprawie C-243/08 (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04713; ECLI:EU:C:2009:350) pkt 34 i 35; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 41; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 49. Takie podejście stanowi argument za poglądami przybliżającymi sankcję wynikającą z art. 3851 k.c. do sankcji bezskuteczności zawieszonyj. Za przyjęciem poglądu, zgodnie z którym konsument mógłby następczo (po zawarciu umowy) potwierdzić (konwalidować) nieuczciwe postanowienie umowy, można by się jednak opowiedzieć tylko wówczas – pomijając w tym miejscu wszelkie inne wątpliwości z tym związane – gdyby konsument miał pełną świadomość, że postanowienie jest nieuczciwe, a także skutków z tym związanych. Ponadto takowe oświadczenie – jeżeli przyjęte za dopuszczalne – musiałoby zostać złożone w sposób wyraźny a nie domniemany. Niemniej, przyjęcie, że sankcja wynikająca z art. 3851 k.c. zbliżona jest do sankcji bezskuteczności zawieszonyj nie tłumaczy co się dzieje w przypadku, w którym konsument nie potwierdzi (nie konwaliduje) nieuczciwego postanowienia umowy. O możliwości „konwalidacji” nieuczciwego postanowienia i ujęcia sankcji wynikającej z art. 3851 § 1 k.c. jako zbliżonyj do sankcji bezskuteczności zawieszonyj; zob. Trzaskowski, 2013. Jednocześnie w doktrynie wyrażono – dyskusyjny jak się wydaje i szerzej nieuzasadniony – pogląd, iż w przypadku uznania klauzule za abuzywną, konsument nawet wówczas, gdyby akceptował jej treść, będzie musiał pogodzić się z zakazem jej wykorzystania oraz z faktem, że zastępują ją przepisy dyspozytywne; zob. Bednarek w: Łętowska, 2013, nb. 392.

między przedsiębiorcą a konsumentem będzie nadal obowiązywała strony w pozostałej części, jeżeli jest to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków¹⁶. Innymi słowy, nie powinna nastąpić jakiegokolwiek zmiana inna niż ta wynikająca z uchylecia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego¹⁷. Warunek umowy uznany za nieuczciwy należy więc co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta, w związku z czym sądowe stwierdzenie nieuczciwego charakteru takiego warunku powinno mieć skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczonego warunku – w konkretnych okolicznościach może zatem również nastąpić skutek restytucyjny¹⁸. Jednocześnie, dyrektywa nie sprzeciwia się możliwości „uznania za nieważną”¹⁹ całej umowy zawartej pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem zawierającej jeden lub więcej nieuczciwych warunków, jeśli takie rozwiązanie jest obiektywnie uzasadnione²⁰ lub zapewni lepszą ochronę konsumenta²¹, przy czym korzystniejsza sytuacja konsumenta nie może zostać uznana za decydujące kryterium rozstrzygające o dalszym losie tej umowy²². Koniecznym jest zatem zbadanie indywidualnego interesu konsumenta²³. Implementacji omawianych norm prawnych wynikających z dyrektywy polski ustawodawca dokonał w art. 385¹ i nast. k.c.

III. Poglądy doktryny i orzecznictwa

W piśmiennictwie, poglądy na temat skutków uznania danej klauzuli za abuzywną nie są w pełni jednolite²⁴, niemniej, w przypadku kontroli incydentalnej, w zasadzie wszystkie sprowadzają się do uznania, że mamy do czynienia z pewnym rodzajem bezskuteczności (częściowej), czyli brakiem mocy wiążącej danego postanowienia – przynajmniej wobec konsumenta²⁵. Przyjmuje się, że klauzule o charakterze niedozwolonym są bezskuteczne i nie wiążą konsumentów *ex lege*, *ex tunc* i *inter partes*, natomiast fakt bezskuteczności danego postanowienia zostaje jedynie potwierdzony orzeczeniem o charakterze deklaratoryjnym, nie zaś konstytutywnym (Bednarek, w: Łętowska, 2013, nb. 391 i 392; Popiołek, w: Pietrzykowski, 2013, komentarz do art. 385¹ k.c.; Zagrobelny, w: Gniewek i Machnikowski, 2017, komentarz do art. 385¹ k.c.; Namysłowska

¹⁶ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 64–66; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 44, 45, 47 i 48, w pkt 44 tego wyr., TSUE wskazał, że: „Sąd krajowy powinien ponadto ocenić wpływ stwierdzenia nieuczciwego charakteru spornego warunku na ważność danej umowy i ustalić, czy rzeczona umowa może dalej istnieć bez tego warunku (zob. podobnie postanowienie z dnia 16 listopada 2010 r. w sprawie C-76/10 *Pohotovost*, Zb.Orz. s. I-11557, pkt 61)”. Wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 56 i 57 zd. 2.

¹⁷ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 57, 60 i 61.

¹⁸ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 61 i 62.

¹⁹ Wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 47 zd. 2.

²⁰ Wyr. TSUE z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 (ECLI:EU:C:2012:144) pkt 32–34; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 64–66; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 44, 45, 47 i 48; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 56 i 57 zd. 2.

²¹ Wyr. TSUE z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 (ECLI:EU:C:2012:144) pkt 26, 35 i 36; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 47 zd. 2; wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 83 i 84.

²² Wyr. TSUE z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 (ECLI:EU:C:2012:144); pkt 32 i 33.

²³ Wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 83 i 84.

²⁴ W sprawie charakteru sankcji wynikającej z art. 385¹ § 1 k.c. zob. Trzaskowski, 2013 oraz wskazane tam odesłania; Pisuliński, 2017; Bławat i Pasko, 2016, s. 8 i 9 oraz wskazane tam odesłania.

²⁵ Wydaje się, że pogląd o asymetrycznym charakterze sankcji wynikającej z art. 385¹ § 1 k.c. polegający na tym, iż przedsiębiorca związany jest abuzywnym postanowieniem, nie wiąże zaś ono konsumenta panuje w doktrynie (zob. Bednarek, w: Łętowska, 2013, nb. 391; Pisuliński, 2017; Trzaskowski, 2013, przypis 1764, 1798). W takim ujęciu powołanie się przez konsumenta na nieuczciwe postanowienie umowy nie może samo przez się prowadzić do jego „konwalidacji” (skuteczności), w tym sensie, że nie uprawnia przedsiębiorcy do powoływania się na nie, jego stosowania i wywodzenia skutków prawnych wobec konsumenta. W szczególności nie powinno być automatycznie kwalifikowane jako następcze złożenie (potwierdzenie) oświadczenia woli w przedmiocie związania takim postanowieniem konsumenta. Przyjęcie, że nieuczciwe postanowienie nie wiąże jedynie konsumenta, odróżniałoby tę sankcję od sankcji nieważności, mającej charakter *erga omnes* (Trzaskowski, 2013).

i Skoczny, 2015, s. 2, 11, 16, 18 i 33)²⁶. Jedyne wyjątek w tym zakresie to wspomniana sytuacja, w której konsument wyraźnie sprzeciwi się niezastosowaniu (wyłączeniu) nieuczciwego warunku przez sąd²⁷. Prezentowany jest również pogląd, że mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem sankcji, który należy odróżnić od nieważności, wzruszalności oraz bezskuteczności względnej i zawieszanej, a art. 385¹ § 1 k.c. przewiduje sankcję bezskuteczności częściowej *ex lege*, która znajduje zastosowanie z mocy ustawy i działa *ex tunc*²⁸.

Trochę inaczej należy rozpatrywać problematykę związaną z uznaniem klauzuli za abuzywną w tzw. kontroli abstrakcyjnej i skutkami z tego wynikającymi. Zagadnienie to wykracza poza zakres niniejszego artykułu i stąd jest jedynie sygnalizowane w tym miejscu. Kwestia skutków uznania klauzuli za abuzywną w kontroli abstrakcyjnej – długo budząca liczne wątpliwości prawne (Trzaskowski, 2011; Romanowski, 2010) – rozstrzygnięta została w uchwale SN z 2015 r.²⁹. W świetle tej uchwały, inne skutki będą wynikały dla przedsiębiorcy, który został pozwany³⁰ i którego wzorzec był przedmiotem kontroli abstrakcyjnej, inne zaś – dla pozostałych przedsiębiorców³¹. W przytoczonej uchwale SN wskazał, że prawomocny wyrok, w którym stwierdzana jest abuzywność klauzuli w kontroli abstrakcyjnej działa na rzecz wszystkich (strony powodowej i wszystkich osób trzecich), ale tylko przeciwko pozwanemu przedsiębiorcy³². Nie ma potrzeby, aby inne osoby mogły wszczynać na nowo postępowanie o uznanie za niedozwolone postanowienia wzorca umowy o tej samej treści normatywnej przeciwko temu samemu pozwanemu przedsiębiorcy, gdyż skutki wyroku działają na ich rzecz w indywidualnych sporach z tym przedsiębiorcą³³. Wyrok taki nie będzie miał zatem bezpośredniego skutku wobec innych niż pozwany przedsiębiorca³⁴. Warto dodać, że przytoczona uchwała SN odnosiła się bezpośrednio do systemu kontroli abstrakcyjnej przed jego reformą dokonaną w 2015 r.³⁵, a więc do stanu prawnego obowiązującego przed dniem 17 kwietnia 2016 r.³⁶. Po tej dacie kontrola abstrakcyjna jest dokonywana w ramach postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa UOKiK³⁷, choć decyzje Prezesa UOKiK rzecz jasna podlegają następczej kontroli sądowej³⁸. Artykuły 385¹–385³ k.c. znajdują zastosowanie zasadniczo do obydwu rodzajów kontroli (Mikłaszewicz, w: Osajda, 2017, komentarz do art. 385¹ k.c.).

²⁶ Wyr. SN z 30.05.2014 r., III CSK 204/13 (numer Legalis: 1048707); wyr. SN z 14.05.2015 r., II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58); wyr. SN z 8.09.2016 r., II CSK 750/15 (numer Legalis: 1555664).

²⁷ Wyr. TSUE z 4.06.2009 r. w sprawie C-243/08 (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04713; ECLI:EU:C:2009:350) pkt 34 i 35; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 41; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 49.

²⁸ Autor stwierdza również, że: „Orzeczenie sądowe, w którym dane postanowienie umowne zostaje uznane za niedozwolone, ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny”; zob. Mikłaszewicz, w: Osajda, 2017, komentarz do art. 385¹ k.c.

²⁹ Uchwała składu 7 sędziów SN z 20.11.2015 r., III CZP 17/15 (OSNC 2016 nr 4, poz. 40, str. 1); Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawie C-119/15 (ECLI:EU:C:2016:987) pkt 47.

³⁰ Uchwała składu 7 sędziów SN z 20.11.2015 r., III CZP 17/15 (OSNC 2016 nr 4, poz. 40, str. 1).

³¹ Co się tyczy skutków wobec innych przedsiębiorców, w doktrynie zaproponowano pogląd, że: „Najbardziej racjonalną, uzasadnioną aksjologicznie i celowościowo, kwalifikacją postanowienia uznanego za niedozwolone przez SOKiK, jest bowiem uznanie go za specyficzną klauzulę „podejrzaną” o abuzywność, potencjalnie szkodliwą, ukształtowaną na zasadzie podobnej do normy prawnej. Nie można wykluczyć, że w przypadku takiej swoistej „normy” należałoby przyjąć, że „podejrzanie” o abuzywność ma charakter domniemania, a nie tylko reguły interpretacyjnej jak w przypadku listy klauzul określonej w art. 385³ k.c.” (zob. Romanowski, 2010, s. 23).

³² Uchwała składu 7 sędziów SN z 20.11.2015 r., III CZP 17/15 (OSNC 2016 nr 4, poz. 40, str. 1).

³³ Ibidem.

³⁴ Zob. też wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawie C-119/15 (ECLI:EU:C:2016:987) pkt 47.

³⁵ Ustawa z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634).

³⁶ Procedura ta do 17 kwietnia 2016 r. uregulowana była w ramach postępowania w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, a więc w art. 479³⁶–479⁴⁵ k.p.c.; zob. też art. 9 ustawy z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634).

³⁷ Art. 23a–23d oraz art. 99a–99f ustawy z 16.12.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2017, poz. 229).

³⁸ Art. 81–85 ustawy z 16.12.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2017, poz. 229) oraz art. 479²⁸–479³⁵ k.p.c.

Wracając do kontroli incydentalnej, sporne jest zatem to, w jaki sposób określić (nazwać) sankcję i skutki wynikające z art. 385¹ § 1 k.c., a także czy zakwalifikować ją jako jedną spośród istniejących i znanych polskiemu prawu cywilnemu sankcji, czy też uznać, że stanowi ona sankcję o charakterze *sui generis*. Niezależnie jednak od tego, który pogląd przyjąć za właściwy, niezmienny pozostaje skutek wynikający z art. 6 ust. 1 dyrektywy i art. 385¹ § 1 k.c., a mianowicie abuzywne postanowienie uznaje się za nigdy nieistniejące³⁹ i stąd nie wiąże ono konsumenta. Z orzecznictwa TSUE wynika, że w takim wypadku sama umowa nadal obowiązuje, bez jakiegokolwiek zmiany, poza wyłączeniem z niej nieuczciwych klauzul⁴⁰, oczywiście z tym zastrzeżeniem, że zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy jej dalsze wykonywanie jest możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków, co powinno być przedmiotem zbadania przez sąd⁴¹. Kryteria umożliwiające dokonanie oceny czy dana umowa może rzeczywiście nadal obowiązywać po wyłączeniu z niej owych nieuczciwych warunków, powinny mieć charakter obiektywny⁴². Warto dodać, że tak samo przewiduje projekt rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży⁴³. Podobne rozwiązanie zawarte jest zresztą w DFCR⁴⁴.

Wyłączenie danej klauzuli z umowy może (a w praktyce najczęściej będzie) prowadzić do powstania luki w treści stosunku zobowiązaniowego i w zależności od treści nieuczciwego postanowienia oraz jego znaczenia w kontekście całej umowy, przyjmuje się, że luka ta może zostać wypełniona przez odpowiednie przepisy prawa o charakterze dyspozytywnym (Namysłowska i Skoczny, 2015, s. 18, pkt 46)⁴⁵. Oczywiście stanie się tak jedynie wówczas, gdy istnieją w systemie obowiązującego prawa przepisy dyspozytywne, które dotyczą kwestii regulowanych odmiennie w postanowieniu uznanym za klauzulę niedozwoloną, w przeciwnym razie nie będzie to możliwe (Namysłowska i Skoczny, 2015, s. 18, pkt 46). Ponadto, wskazuje się, że możliwość zastosowania przepisu dyspozytywnego istnieje tylko wtedy, kiedy utrzymanie w mocy umowy bez niedozwolonego postanowienia nie było możliwe (Pisuliński, 2017). Podobne wnioski wynikają z orzecznictwa TSUE, który wprost wskazał na dopuszczalność zastąpienia nieuczciwego warunku przepisem prawa krajowego o charakterze dyspozytywnym⁴⁶. W praktyce kwestia ta może się jednak okazać znacznie bardziej skomplikowana. W zależności od okoliczności sprawy, może pojawić się pytanie, które przepisy, jakie normy z nich wynikające i w jakim zakresie mogą znaleźć zastosowanie, w celu zastąpienia powstałej luki. Wątpliwości może również budzić pytanie, czy

³⁹ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 61 i 62.

⁴⁰ Podobnie w wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 17.11.2016 r., III Ca 1427/15 (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Łodzi. Pozyskano z: [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001)).

⁴¹ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 64–66; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 44, 45, 47 i 48; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 56 i 57 zd. 2.

⁴² Zob. orzecznictwo TSUE przytoczone w przypisie nr 20. W tym kontekście nie sposób się zgodzić z poglądem, iż główne świadczenia stron w praktyce nie mogą zostać uznane za abuzywne, gdyż prowadziłoby to do zobowiązania o charakterze jednostronnym i powodowałoby koniczność obejścia zasady określonej w art. 385¹ § 2 k.c. i zastosowanie art. 58 § 3 k.c. (Trzaskowski, 2013). W takim wypadku należałoby się właśnie odwołać do art. 6 ust. 1 dyrektywy i uznać, że umowa nie może być obiektywnie wykonywana.

⁴³ Art. 79 ust. 1 i 2 projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, Bruksela, dnia 11.10.2011 KOM (2011) 635 wersja ostateczna 2011/0284 (COD) (dalej: projekt rozporządzenia w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży). Zob. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011PC0635>.

⁴⁴ II. – 9:408 pkt 1 i 2 Draft Common Frame of Reference Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (dalej: DFCR). Zob. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf. W komentarzu do DFCR wskazano, że żadne skutki prawne nie mogą wynikać z nieuczciwego postanowienia, czyli ani uprawnienia przeciwko drugiej stronie, ani wyłączenie lub ograniczenie jej uprawnień lub zarzutów (Zoll, 2012, s. 182). Postanowienie nie wywołuje skutków przeciwko tej stronie, chociaż może zostać powołane przeciwko proponentowi, jeżeli druga strona tak zdecyduje (Zoll, 2012, s. 183).

⁴⁵ W doktrynie przyjmuje się, że w miejsce bezskutecznych postanowień, treść stosunku zobowiązaniowego mogą wyznaczać przepisy dyspozytywne (zob. Zagrobelny, w: Gniewek i Machnikowski, 2017, komentarz do art. 385¹ k.c.); wyr. SN z 8.09.2016 r., II CSK 750/15 (numer Legalis: 1555664); zob. też Karasek-Wojciechowicz, 2017.

⁴⁶ Wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 82.

musiały one obowiązywać już w chwili zawarcia umowy, czy też mogły wejść w życie po jej zawarciu⁴⁷. Zresztą dopuszczalność stosowania omawianego instrumentu w prawie polskim wcale nie jest taka oczywista. W doktrynie wskazuje się, iż w polskim systemie prawnym nie ma przepisu, który uprawniałby polski sąd do zastąpienia niedozwolonego postanowienia umowy przepisem o charakterze dyspozytywnym (Romanowski, 2017, rozdz. I). Co więcej, w kontekście art. 56 k.c. zwraca się uwagę, iż przepis ten nie dopuszcza automatyzmu w zakresie zastępowania przepisami dyspozytywnymi lub zwyczajami luki wynikającej z tego, iż dane postanowienie uznane zostało za abuzywne (Romanowski, 2017, rozdz. I)⁴⁸. Również SN wskazał, że określenie zakresu uznania określonych postanowień za niedopuszczalne powinno uwzględniać, że art. 385¹ § 2 k.c. wyklucza odwołanie się do art. 56 k.c. jako instrumentu uzupełnienia treści stosunku umownego⁴⁹. Istota problemu sprowadza się zatem do pytania, czy mimo iż strony zdecydowały się na wprowadzenie do umowy postanowień odbiegających od regulacji ustawowej, to z uwagi na ich abuzywność należy przyjąć, że w tym zakresie strony świadomie nie określiły treści czynności prawnej, co ewentualnie mogłoby uzasadniać stosowanie przepisu dyspozytywnego⁵⁰. W doktrynie wskazuje się bowiem, że ustawa, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje mogą uzupełniać treść czynności prawnej w zakresie, w jakim nie została ona określona wolą stron (Sobolewski, w: Osajda, 2017, komentarz do art. 56 k.c.). W każdym razie, dopuszczalność zastosowania przepisu dyspozytywnego powinna być rozpatrywana indywidualnie, uwzględniając okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności interes, a być może nawet wolę konsumenta. Z ostrożnością należy się również odnieść do postulatu, aby przy uzupełnianiu luki powstałej w wyniku uznania postanowienia jako nieuczciwego odwoływać się do ustalonych zwyczajów (Cudna-Wagner i Miąskiewicz, 2016). Mogą się bowiem pojawić jeszcze większe problemy praktyczne, np. z przesądzeniem czy i kiedy rzeczywiście istnieje ustalony zwyczaj w danym rodzaju stosunków i czy będzie mógł znaleźć zastosowanie w relacji z konsumentem. Warto też dodać, iż pewien narzucony sposób lub praktyka stosowana przez przedsiębiorcę lub przedsiębiorców nie powinny być automatycznie kwalifikowane jako zwyczaj akceptowany przez konsumentów⁵¹. W orzecnictwie nie wyklucza się też możliwości zastąpienia nieuczciwych postanowień uzgodnieniami dokonanyymi przez strony⁵².

Dopuszczalność zastępowania nieuczciwych postanowień uznanych za abuzywne, dyspozytywnymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego lub uzgodnieniami stron wpisuje się w postulat przywrócenia równowagi kontraktowej stron⁵³. Jednocześnie TSUE jasno wskazał,

⁴⁷ Problematyczna może być zatem ocena wpływu zmiany przepisów dokonanych w trakcie obowiązywania umowy na test abuzywności. Postanowienie SN z 28.05.2014 r., I CSK 607/13 (numer Legalis: 1187127). Wyr. SN z 19.03.2015 r., IV CSK 362/14 (OSNC – Zb. dodatkowy 2016 nr C, poz. 49, str. 73); wyr. SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z 5.02.2014 r., I ACa 801/13 (OSAB 2014 nr 1, str. 32).

⁴⁸ Taki pogląd jest konsekwencją przyjmowanego założenia, iż *ratio legis* art. 56 k.c. polega na tym, aby uzupełniał one treść stosunku prawnego ponad konsens i treść umowy ustalonej przez strony.

⁴⁹ Uchwała SN z 29.06.2007 r., III CZP 62/07 (OSNC 2008 nr 7–8, poz. 87, str. 115).

⁵⁰ W doktrynie wskazuje się, że ustawą wywołującą skutki prawne w rozumieniu art. 56 k.c. może być zarówno regulacja obejmująca przepisy imperatywne, jak i dyspozytywne, chociaż w tym drugim przypadku oddziaływanie przepisu na treść i skutki prawne czynności prawnej będzie zależało od woli podmiotów jej dokonujących, które mogą zdecydować o wprowadzeniu do treści czynności postanowień odbiegających od regulacji ustawowej (zob. Safjan, w: Pietrzykowski, 2015, komentarz do art. 56 k.c.).

⁵¹ Przyjmuje się, że znaczenie prawne mają tylko te zwyczaje, które nie są sprzeczne z prawem ani z zasadami współżycia społecznego (Machnikowski w: Gniewek i Machnikowski, 2017, komentarz do art. 56 k.c.).

⁵² Wyr. SN z 8.09.2016 r., II CSK 750/15 (numer Legalis: 1555664).

⁵³ Wyr. TSUE z 4.06.2009 r. w sprawie C-243/08 (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04713; ECLI:EU:C:2009:350) pkt 25; wyr. TSUE z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 (ECLI:EU:C:2012:144) pkt 28; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 40; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 46; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 38 i 39; wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 82; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 55 i 58.

że sądy krajowe są zobowiązane wyłącznie do zaniechania stosowania nieuczciwego warunku umowy, aby nie wywierał on obligatoryjnych skutków wobec konsumenta, przy czym nie są one uprawnione do zmiany jego treści⁵⁴. Przyjmuje się również, że sąd nie może – stwierdzając bezskuteczność klauzuli jako niedozwolonej – zastąpić takiej klauzuli innym postanowieniem (Sikorski i Ruchała w: Gutowski, 2016, (komentarz do art. 385¹ k.c.). Z powyższych powodów z ogromną ostrożnością należy podchodzić do postulatu, aby sąd, interpretując umowę, miał prawo wypełnić powstałą lukę treścią odpowiadającą jej celowi lub zgodnemu zamiarowi stron (Cudna-Wagner i Miąskiewicz, 2015)⁵⁵. Jakkolwiek takie podejście czyniłoby narzędzie, jakim jest kontrola incydentalna, bardziej elastycznym, to jednocześnie niesłoby to za sobą zagrożenie polegające na tym, że przedsiębiorcom mogłoby się opłacać umieszczanie w umowach klauzul abuzywnych, mieliby oni bowiem świadomość, że nawet gdyby miały one być w przyszłości wyłączone, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd poprzez interpretację jej celu lub zgodnego zamiaru stron⁵⁶. Sprzeciwiałoby się to prewencyjnemu charakterowi omawianych przepisów dyrektywy⁵⁷. Takie działanie w istocie mogłoby być zbliżone do zastępowania nieuczciwego postanowienia inną treścią normatywną, niewynikającą z treści przepisu dyspozytywnego lub uzgodnień stron, lecz ukształtowaną przez sąd, co w świetle orzecznictwa TSUE nie wydaje się pożądane. Należy też pamiętać, że podstawowym celem wykładni jest ustalenie treści czynności prawnej (w której skład wchodzi interpretowane oświadczenie woli), a więc praw i obowiązków (treści stosunku prawnego) powstającego w wyniku dokonania tej czynności prawnej (Sobolewski w: Osajda, 2017, komentarz do art. 65 k.c.). Zatem reguły wykładni (przewidziane w art. 65 § 2 k.c.⁵⁸), służą ustaleniu treści normatywnej czynności prawnej (danego postanowienia) i usunięciu wątpliwości, jeżeli tekst umowy jest niejasny⁵⁹. Ponadto wzmacniane są regułą wykładni *contra proferentem* wynikającą z art. 385 § 2 zd. 2 k.c. (art. 5 zd. 2 dyrektywy)⁶⁰ – inaczej regułą wykładni na korzyść adherenta (konsumenta)⁶¹. Chronologicznie więc, w pierwszej kolejności następuje wykładnia umowy (i jej postanowień), w celu ustalenia ich treści normatywnej. To na tym etapie badany jest cel umowy i zgodny zamiar stron. Dopiero w następnej kolejności – gdy ewentualnych wątpliwości nie da się usunąć za pomocą ww. reguł wykładni lub też zostały one usunięte⁶² – przeprowadzany jest test zgodności postanowień umowy z prawem⁶³, a następnie

⁵⁴ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65, 66, 69, 70, 71, 73; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 57–60; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 57 i 60.

⁵⁵ Autorzy wskazują, że niezrozumiałe jest ograniczenie kompetencji sądu do stwierdzenia, że abuzywne postanowienie nie wiąże konsumenta i przyjęcie, że sąd nie jest uprawniony do żadnego innego działania polegającego na przykład na tym, że sąd interpretując umowę, nie mógłby wypełnić powstałej w umowie luki treścią odpowiadającą jej celowi czy zgodnemu zamiarowi stron.

⁵⁶ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 69 i 70.

⁵⁷ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 69 i 70; wyr. TSUE z 27.02.2014 r. w sprawie C-470/12 (ECLI:EU:C:2014:101) pkt 41; wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 83; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 60; zob. też: Pisuliński, 2017.

⁵⁸ Wyr. SN z 5.04.2007 r., II CSK 546/06 (numer Legalis: 164768).

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Przy czym należy dodać, że w doktrynie prezentowany jest również pogląd, iż konstrukcja wynikająca z art. 5 zd. 2 dyrektywy ma charakter subsydiarny, w tym sensie, że zastosowanie wykładni *contra proferentem* możliwe jest dopiero pozytywnym przejściu testu abuzywności (Gorzko, 2013, s. 17).

⁶¹ Warto dodać, że zgodnie z art. 385 § 2 zd. 3 k.c. (art. 5 zd. 3 dyrektywy), zasady, mówiącej o tym, iż postanowienia niejednoznaczne (a więc wszelkie wątpliwości) tłumaczy się na korzyść konsumenta, nie stosuje się w postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, a więc w kontroli abstrakcyjnej. Jest to więc jedna z cech odróżniająca kontrolę incydentalną od kontroli abstrakcyjnej. Zob. też wyr. TSUE z 10.01.2001 r. w sprawie C-144/99 (ECLI:EU:C:2001:257) oraz wyr. TSUE z 9.09.2004 r. w sprawie C-70/03 (ECLI:EU:C:2004:505) pkt 16.

⁶² Wydaje się, że nawet wykładnia nietransparentnego postanowienia na korzyść konsumenta nie wyklucza następczego przeprowadzenia testu abuzywności, wszak zarówno postanowienie od początku transparentne, jak i postanowienie nietransparentne, następnie poddane wykładni przychylniej konsumentowi może zostać uznane za abuzywne, jeżeli spełnia przesłanki zawarte w art. 385¹ § 1 k.c.

⁶³ Test zgodności z prawem w rozumieniu art. 58 k.c.

test abuzywności. Oczywiście w praktyce wykładnia danego postanowienia i umowy, a następnie test abuzywności mogą się wzajemnie przenikać. Jeżeli zaś w wyniku przeprowadzenia testu abuzywności okaże się, że spełnione zostały materialne przesłanki abuzywności, następuje uznanie postanowienia lub postanowień za nieuczciwe w związku z czym nie będą one wiązały konsumenta⁶⁴. Istotnie, ponownej wykładni podlegać będzie finalnie cała umowa (w celu ustalenia jej normatywnej treści), lecz dzieje się tak z pominięciem nieuczciwego, a zatem uchylonego i niewiążącego konsumenta postanowienia. Wykładnia ta ma jednak na celu „ponowne” ustalenie praw i obowiązków stron oraz znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy w wyniku uchylenia nieuczciwego postanowienia (i ewentualnie w przypadku wypełnienia powstałej luki), możliwym jest dalsze jej obowiązywanie. Natomiast zbyt daleko idącym wydaje się zastąpienie ewentualnie powstałej luki, nową treścią normatywną wyinterpretowaną przez sąd z celu umowy lub zgodnych zamiarów stron, w szczególności, jeżeli w istocie miałyby się to dziać z odwołaniem do treści postanowienia uznanego za niedozwolone⁶⁵, a także zastąpienie luki zasadami współżycia społecznego⁶⁶ lub ustalonymi zwyczajami – takie zabiegi w istocie zbliżone byłyby do mechanizmu zastąpienia nieuczciwego postanowienia nową treścią normatywną ustaloną przez sąd. Wydaje się, że również reguła wykładni wynikająca art. 5 zd. 2 dyrektywy nie jest instrumentem mającym na celu zmianę lub zastąpienie postanowienia uznanego za abuzywne. Służy ona tylko temu, aby wątpliwości wynikające z formalnej treści postanowienia (o ile w ogóle się pojawiają) interpretować na korzyść konsumenta⁶⁷. Omawiana reguła stanowi więc raczej element procesu wykładni, a zatem służy ustaleniu praw i obowiązków stron umowy. Dopiero następnie przeprowadzany jest test abuzywności, którego przedmiotem jest normatywna treść postanowień (umowy) ustalona za pomocą ww. reguły wykładni.

W kontekście powyższego, wydaje się również, iż dopuszczanie przez SN możliwości dookreślenia niejasnych postanowień umowy przez odwołanie się do oceny słusznościowej zachowania się przedsiębiorcy w toku jej wykonywania⁶⁸, aktualizuje się dopiero w przypadku uznania, że dana klauzula (lub przynajmniej jej część⁶⁹) jest zgodna z prawem i uczciwa⁷⁰. Chronologicznie najpierw przeprowadzany jest test abuzywności i tylko wówczas, gdy jego wynik okaże się pozytywny, a więc gdy sąd uzna – przynajmniej częściową⁷¹ – uczciwość badanego postanowienia,

⁶⁴ W doktrynie wskazuje się, że ramach samego testu abuzywności postanowienie powinno być poddane analizie pod kątem jego potencjalnie najbardziej niekorzystnego sposobu interpretacji lub zastosowania wobec konsumenta (Gorzko, 2013, s. 17 i 18).

⁶⁵ Z drugiej strony, na przykładzie nieważnego postanowienia umowy wskazuje się, że nie jest ono pozbawione w całości znaczenia normatywnego, m.in. dlatego że określa ono, jaki był zgodny zamiar stron w chwili zawierania umowy, co często będzie ważną wskazówką w procesie dokonywania wykładni tych oświadczeń woli (Grykiel w: Grykiel i Lemkowski, 2010, komentarz do art. 56 k.c.).

⁶⁶ Wydaje się, iż w zasadzie każdą lukę można by zastąpić zasadami współżycia społecznego (zasadami słuszności), jednak takie podejście w istocie oznaczałoby tworzenie nowej treści normatywnej umowy przez sąd, co sprzeciwiało by się z kolei prewencyjnemu i odstraszczałemu charakterowi przepisów dyrektywy i art. 385¹ oraz następujących k.c.

⁶⁷ Wydaje się więc, że nie jest ona elementem testu abuzywności, wszak zarówno postanowienie transparentne (a więc sytuacja, w której nie ma potrzeby zastosowania reguły wykładni wynikającej z art. 5 zd. 2 dyrektywy), jak i postanowienie nietransparentne, które następnie zostało poddane wykładni przychylniej konsumentowi (a więc wówczas, gdy zastosowano regułę wykładni wynikającą z art. 5 zd. 2 dyrektywy) może być uznane za abuzywne. W drugim przypadku można przy tym rozróżnić następujące sytuacje. Po pierwsze, nawet w wyniku zastosowania reguły wykładni wynikającej z art. 5 zd. 2 dyrektywy (a także innych reguł wykładni), postanowienie pozostanie nietransparentne w tym sensie, że nie sposób będzie precyzyjnie ustalić jego treści normatywnej. Po drugie, ustalona za pomocą wykładni (w tym reguły *contra proferentem*) treść postanowienia mimo to spełnia przesłanki abuzywności.

⁶⁸ Wyr. SN z 14.05.2015 r., II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58).

⁶⁹ Przy założeniu, że taki zabieg oznaczać za dopuszczalny.

⁷⁰ SN stwierdził, że: „Rola biegłego jest stwierdzenie, czy w związku z dość otwartym i szerokim katalogiem kryteriów zmiany stopy procentowej, niestosowanym obecnie przez pozwanego, przyjętym w treści kwestionowanej klauzuli, w okresie objętym pozwem Bank kierował się najbardziej racjonalnymi, ekonomicznie uzasadnionymi i dającymi się odpowiednio zweryfikować czynnikami, ustalając poziom ostatecznego zadłużenia odsetkowego kredytobiorców. (...) Oznacza to konieczność specjalistycznego zweryfikowania postępowania pozwanego Banku we wspomnianym okresie w sferze definitywnego określenia zmiennej stopy procentowej przy założeniu i wcześniejszym ustaleniu, że na Banku ciążył obowiązek kontraktowy odpowiedniego podziału (repartycji) między stronami wzrostu lub obniżenia poziomu stopy procentowej”.

⁷¹ Przy założeniu, że taki zabieg oznaczać za dopuszczalny.

aktualizuje się rola biegłego (lub konieczność przeprowadzenia innych dowodów) w celu ewentualnego ustalenia czy przedsiębiorca zachowywał się uczciwie, a więc w istocie, w celu ustalenia czy nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowienia (umowy)⁷².

Bezskuteczność abuzywnego postanowienia umowy co do zasady nie powoduje zatem, że cała umowa przestaje obowiązywać. W szczególności wskazuje się, że w odróżnieniu od sankcji przewidzianej w art. 58 § 3 k.c., w przypadku bezskuteczności klauzuli z powodu jej nieuczciwego charakteru niedopuszczalne jest uznanie całej umowy za nieważną ze względu na to, iż z okoliczności wynika, że bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana (Bednarek w: Łętowska, 2013, nb.: 396; Mikłaszewicz w: Osajda, 2017, komentarz do art. 3851 k.c.). Wynika to z przyjmowanego założenia, że uznanie klauzuli za abuzywną nie oznacza, iż jest ona nieważna na podstawie art. 58 k.c. I odwrotnie, przyjmuje się, iż w przypadku uznania klauzuli za nieważną z mocy 58 k.c. brakuje podstaw do uznania jej za abuzywną w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c.⁷³. Chronologicznie pierwsza jest zatem kontrola postanowienia przez pryzmat art. 58 k.c., a dopiero wówczas, gdy nie zostanie ono uznane jako sprzeczne z prawem (lub z zasadami współżycia społecznego bądź też jako mające na celu obejście prawa), możliwa jest jego kontrola przez pryzmat art. 385¹ § 1 k.c.⁷⁴. Jednak nawet przyjęcie, że zastosowanie art. 58 § 3 k.c. uznać należy za niedopuszczalne w przypadku uznania danej klauzuli za abuzywną na podstawie art. 385¹ § 1 k.c.⁷⁵, nie zmienia faktu, że zgodnie z dyrektywą, umowa w pozostałej części będzie nadal obowiązywała strony, wszakże pod tym warunkiem, że będzie to możliwe po wyłączeniu z niej postanowień nieuczciwych⁷⁶. Art. 6 ust. 1 dyrektywy nie odnosi się więc do analizy hipotetycznej woli stron na etapie przedkontraktowym, lecz nakazuje zbadać czy po wyłączeniu klauzul abuzywnych możliwe jest dalsze wykonywanie umowy⁷⁷. Chodzi zatem raczej o obiektywną możliwość realizacji praw i obowiązków wynikających z umowy, aniżeli subiektywną wolę stron w tym zakresie⁷⁸.

Można się zatem zgodzić z poglądem, iż art. 6 ust. 1 dyrektywy zmierza do wprowadzenia rzeczywistej (a nie tylko formalnej) równowagi między prawami i obowiązkami stron bez konieczności unieważnienia umowy zawierającej nieuczciwe warunki, o ile jest to możliwe⁷⁹. Takie podejście koresponduje również z samym przedmiotem badania abuzywności. Przecież to m.in. rzeczywista równowaga praw i obowiązków wynikająca z postanowień umowy⁸⁰ lub jej brak przesądza o tym

⁷² W doktrynie wskazuje się, że: „W szczególności zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/13/EWG dla stwierdzenia abuzywności nie ma znaczenia, w jaki sposób nieuczciwe postanowienie jest wykorzystywane przez przedsiębiorcę w trakcie trwania umowy” (Karasek-Wojciechowicz, 2017, przypis 2). Zob. również wniosek Rzecznika Finansowego z 3.04.2017 r. skierowany do SN o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa; Pozyskano z: https://rf.gov.pl/pdf/Wniosek_SN_klauzule_abuzwyne.pdf.

⁷³ Uchwała SN z 13.01.2011 r., III CZP 119/10 (OSNC 2011, Nr 9, poz. 95); Wyr. SA w Warszawie – VI Wydział Cywilny z 16.01.2014 r., VI ACa 832/13 (numer Legalis: 863043); Wyr. SA w Warszawie z 3.02.2016 r., VI ACa 12/15 (numer Legalis: 1446689).

⁷⁴ Wychodząc z takich założeń, uzasadniony wydaje się pogląd, że art. 385¹ § 1 i nast. k.c. stanowią odrębną podstawę prawną dla oceny szeroko rozumianej zgodności z prawem postanowień umowy, w oderwaniu od art. 58 k.c., a zatem również w oderwaniu od art. 58 § 3 k.c.

⁷⁵ Wyr. SN z 21.02.2013 r., I CSK 408/12 (OSNC 2013/11/127).

⁷⁶ W takim ujęciu przesłanki – przesądzające o nieważności całej umowy (bądź o utrzymaniu jej w mocy) – o których mowa w art. 58 § 3 k.c., są odmiennie od tych zawartych art. 6 ust. 1 dyrektywy w zw. z art. 385¹ § 2 k.c.

⁷⁷ Wyr. TSUE z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 (ECLI:EU:C:2012:144) pkt 32–36; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 64; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 44.

⁷⁸ Na tle DCFR wskazuje się, że umowa nie może natomiast zostać utrzymana w mocy, jeżeli nieuczciwe postanowienie jest istotne dla umowy i nie może zostać zastąpione przez odesłanie do reguł względnie obowiązujących lub postanowień ogólnych (Zoll, 2012, s. 183).

⁷⁹ Wyr. TSUE z 4.06.2009 r. w sprawie C-243/08 (Zbiór Orzeczeń 2009 I-04713; ECLI:EU:C:2009:350) pkt 25; wyr. TSUE z 15.03.2012 r. w sprawie C-453/10 (ECLI:EU:C:2012:144) pkt 28; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 40; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 46; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 38 i 39; wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 82; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 55 i 58.

⁸⁰ Znacząca nierównowaga praw i obowiązków stron na szkodę konsumenta, zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy stanowi jedną z przesłanek kształtujących nieuczciwe postanowienie.

czy mamy do czynienia z uczciwą klauzulą, czy też dochodzi do naruszenia interesów konsumenta. Wynika to wprost z treści art. 3 ust. 1 dyrektywy i zostało potwierdzone w orzecznictwie TSUE⁸¹. Co ciekawe, ostrożność przed unieważnianiem całej umowy podyktowana jest nie tylko zasadą jej trwałości (Bednarek w: Łętowska, 2013, nb.: 397), lecz także koniecznością ochrony interesów konsumenta. TSUE wskazał bowiem, że w przypadku unieważnienia całej umowy, konsument mógłby zostać narażony na szczególnie niekorzystne konsekwencje, skutkiem czego osiągnięcie skutku odstraszającego byłoby zagrożone⁸². W kontekście powyższego warto jednak zaznaczyć, że w doktrynie prezentowane są również poglądy dopuszczające na gruncie art. 385¹ § 1 k.c. możliwość zastosowania art. 58 § 3 k.c. w drodze analogii (Bławat i Pasko, 2016, str. 11 i 12, Romanowski, 2017, Rozdział I)⁸³.

Kończąc, warto również dodać, że na tle stosowania art. 58 § 3 k.c. przyjmuje się, że norma ta może znaleźć zastosowanie tylko i wyłącznie w przypadku postanowień nienależących do *essentialia negotii*⁸⁴, ponieważ w razie uznania nieważności elementów przedmiotowo istotnych, czynność prawna automatycznie nie spełnia minimum treści warunkującej jej skuteczność (Bławat i Pasko, 2016, s. 20). Wydaje się, że zbliżony wniosek wynika właśnie z normy zawartej w art. 6 ust. 1 dyrektywy, która przewiduje, że umowa nie będzie dalej obowiązywała, jeżeli nie będzie to możliwe z uwagi na wyłączenie z niej nieuczciwych postanowień⁸⁵.

IV. Redukcja utrzymująca skuteczność

W Polsce pewien przełom w zakresie omawianej problematyki stanowi wyrok SN⁸⁶, wydany na kanwie sprawy dotyczącej tzw. klauzuli modyfikacyjnej określającej przesłanki (warunki) zmiany oprocentowania, zawartej w umowie kredytu zabezpieczonego hipoteką (zob. też: Cudna-Wagner i Miąskiewicz, 2015; Czabański, 2015; Czech, 2016; Wiewiórowska-Domagalska, 2015). SN wskazał, że eliminacja danej klauzuli umownej jako konsekwencja tej abuzywności nie może prowadzić do sytuacji, w której następowalaby zmiana prawnego charakteru stosunku obligacyjnego łączącego twórcę wzorca i kontrahenta⁸⁷. Ponadto, SN dokonał wyróżnienia dwóch części (elementów) klauzuli modyfikacyjnej⁸⁸ na:

- 1) część odsyłającą do kryteriów ustalania (weryfikowania) stopy procentowej w czasie trwania stosunku kredytowego (element parametryczny lub ekonomiczny);

⁸¹ Wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 40.

⁸² Wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 83 i 84.

⁸³ Wskazuje się na taką interpretację przepisów, zgodnie z którą nieuczciwość postanowienia stanowi postać sprzeczności z zasadami współzycia społecznego – art. 58 § 2 k.c. (Bławat i Pasko, 2016, s. 15). Istotnie, przyznanie konsumentowi prawa wyboru między skutkami określonymi w art. 58 § 3 k.c. i w art. 385¹ § 2 k.c. w zw. z art. 6 ust. 1 dyrektywy bądź też przyznanie prawa do powoływania się na obie podstawy jednocześnie byłoby zabiegiem zwiększającym prawa i ochronę konsumenta. Za dopuszczalnością powoływania się przez konsumenta na art. 58 § 3 k.c. opowiadają się Bławat i Pasko (2016, s. 25). Taki zabieg należy uznać za sprzeczny z literalnym brzmieniem art. 6 ust. 1 dyrektywy, przy czym jego dopuszczalności można poszukiwać w art. 8 dyrektywy, który nie wyklucza stosowania przez poszczególne kraje dalej idących środków mających na celu ochronę konsumentów.

⁸⁴ Elementy przedmiotowo istotne czynności prawnej (w tym umowy) to jej cechy konstytutywne, określające minimalną treść czynności prawnej – w przypadku umów nazwanych wskazane są w przepisach konstruujących dany typ czynności prawnej.

⁸⁵ Pierwsza sytuacja będzie miała miejsce właśnie wówczas, gdy następuje wyłączenie postanowienia lub postanowień stanowiących *essentialia negotii* umowy i luka nie zostanie w żaden sposób uzupełniona. Wydaje się, że w takim wypadku, dalsze jej obowiązywanie nie będzie możliwe, gdyż nie będzie ona spełniać minimum treści warunkującej jej skuteczność (podobnie Pisuliński, 2017). Druga sytuacja będzie miała miejsce, gdy postanowienie, co prawda nie stanowi elementu przedmiotowo istotnego, jednak z uwagi na inne obiektywne okoliczności (np. konstrukcję umowy) jej dalsze wykonywanie nie będzie możliwe. Innymi słowy, z uwagi na powstałe luki i brak możliwości ich uzupełnienia, w wyniku następczej wykładni umowy nie sposób będzie precyzyjnie ustalić praw i obowiązków stron z niej wynikających.

⁸⁶ Wyr. SN z 14.05.2015 r., II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58).

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Brzmienie klauzuli modyfikacyjnej, będącej przedmiotem sporu było następujące: „Zmiana wysokości oprocentowania kredytu może nastąpić w przypadku zmiany stopy referencyjnej określonej dla danej waluty oraz zmiany parametrów finansowych rynku pieniężnego i kapitałowego w kraju (lub krajów zrzeszonych w UE), którego waluta jest podstawą waloryzacji”.

- 2) część stwierdzającą, że zmiana wysokości oprocentowania kredytu może nastąpić „przy pojawieniu się zmian” wspomnianych parametrów (element decyzyjny, kompetencyjny)⁸⁹ – uznając tylko element decyzyjny za abuzywny⁹⁰.

Dalej SN wskazał, że uznanie za abuzywną tylko części kwestionowanej klauzuli umowy pozwala na pozostawienie jako wiążącej strony pozostałej części klauzuli⁹¹. SN zatem nie tylko dopuścił możliwość zastosowania w sprawie tzw. redukcji utrzymującej skuteczność, który to zabieg wcześniej wykluczał⁹² i który był wykluczany w doktrynie⁹³, lecz dodatkowo wskazał, że eliminacja danej klauzuli umowy (czyli uznanie jej za abuzywną) nie może prowadzić do zmiany charakteru prawnego stosunku obligacyjnego łączącego strony⁹⁴.

W kontekście dalszych rozważań, warto wskazać na możliwość rozróżnienia zabiegu redukcji utrzymującej skuteczność od zabiegu wykładni utrzymującej skuteczność. Precyzyjne ujęcie granic między oboma mechanizmami nie jest jednak proste. W przypadku wykładni utrzymującej skuteczność można przyjąć, że polega ona na tym, iż poprzez interpretację danego postanowienia w istocie zmienia się normatywna treść sprzeczna z porządkiem prawnym do akceptowalnego, czyli uczciwego poziomu. Taki zabieg, mógłby jednak stać w sprzeczności z orzecznictwem TSUE⁹⁵, gdyż oznaczałby, że w istocie za pomocą reguł wykładni następowałaby sądowa zmiana postanowienia uznanego wcześniej jako nieuczciwego. Jak się wydaje, wykraczałby zarówno poza dyrektywy wykładni zawarte w art. 65 k.c., jak i poza cele wynikające z reguły wykładni *contra proferentem* zawartej w art. 5 zd. 2 dyrektywy, która jedynie stanowi, że wątpliwości – jeżeli się w ogóle pojawiają – powinny być interpretowane na korzyść konsumenta, o ile jest to możliwe, biorąc pod uwagę treść danego postanowienia.

Wydaje się, że od takiego zabiegu odróżnić można mechanizm polegający na utrzymaniu w mocy uczciwej części postanowienia umowy, a mówiąc ściśle, uznanej za uczciwą, normatywnej treści postanowienia. W takim ujęciu uznawana za bezskuteczną i wyłączana byłaby jedynie ta „zawartość” postanowienia, która jest nieuczciwa i pozostawienie w mocy pozostałej – uczciwej – części. Taki zabieg można określić właśnie jako redukcję utrzymującą skuteczność⁹⁶.

⁸⁹ Wyr. SN z 14.05.2015 r., II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58).

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Uchwała SN z 29.06.2007 r., III CZP 62/07 (OSNC 2008 nr 7-8, poz. 87, str. 115).

⁹³ „Niedozwolone postanowienie nie wiąże konsumenta w całości, a nie tylko w takim zakresie, w jakim jego treść jest niedopuszczalna. Przepis art. 385¹ § 1 k.c. nie przewiduje tzw. redukcji utrzymującej skuteczność” (Bednarek w: Łętowska, 2013, nb.: 393; Gorzko, 2013, s. 17 i 18; Trzaskowski, 2013, przypis 1776).

⁹⁴ W najnowszym orzecznictwie (niekiedy nieprawomocnym) dostrzegalne jest jednak stosowanie zabiegu redukcji utrzymującej skuteczność. Wyr. SN z 21.02.2013 r., I CSK 408/12 (OSNC 2013 nr 11, poz. 127, str. 35), w którym SN stwierdził, że: „Nie ma uzasadnionych podstaw, by zakwestionować zaskarżony wyrok i podzielić zapatrywanie skarżącego, dotyczące konieczności eliminacji ze stosunku umownego łączącego strony całego postanowienia umownego w sytuacji, w której niedozwoloną regułą postępowania stanowi jedynie postanowienie zawarte w wyodrębnionej w jego ramach części. Posłużenie się przez pozwanego taką rozczłonkowaną konstrukcją omawianego postanowienia pozwala wyeliminować z umowy tylko tę część jej, a przez to uniknąć negatywnych skutków, jakie wiążą się z usunięciem z umowy niedopuszczalnego postanowienia o szerszej treści normatywnej. Takie radykalne eliminowanie postanowień umowy w pełnym brzmieniu może prowadzić do powstania zakresu częściowo nieuregulowanego umową albo poddanego regulacji ustawowej nieuwzględniającej w pełni woli stron wyrażonej przy zawieraniu umowy”. Wyr. Sądu Rejonowego w Łodzi z 18.03.2016 r., I C 150/14 (Portal orzeczeń Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieście w Łodzi). Pozyskano z: [http://orzeczenia.lodz.sr.gov.pl/content/\\$N/152510100000303_I_C_000150_2014_Uz_2016-04-08_001](http://orzeczenia.lodz.sr.gov.pl/content/$N/152510100000303_I_C_000150_2014_Uz_2016-04-08_001). Wyr. Sądu Okręgowego w Warszawie z 9.11.2015 r., XXIV C 837/14 (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Warszawie). Pozyskano z: [http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000007203_XXIV_C_000837_2014_Uz_2015-11-09_002](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000007203_XXIV_C_000837_2014_Uz_2015-11-09_002). Wyr. Sądu Okręgowego w Warszawie z 2.03.2016 r., XXV C 1005/15 (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Warszawie). Pozyskano z: [http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505000007503_XXV_C_001005_2015_Uz_2016-03-21_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505000007503_XXV_C_001005_2015_Uz_2016-03-21_001).

⁹⁵ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65, 66, 69, 70, 71, 73; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 57–60; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 57 i 60.

⁹⁶ O redukcji utrzymującej skuteczność przykładowo można mówić w przypadku stosowania art. 359 § 2² w zw. z art. 58 § 1 k.c. W sytuacji w której dane postanowienie umowy kształtuje odsetki na poziomie przekraczającym wysokość odsetek maksymalnych, w zakresie przekraczającym ten limit postanowienie to będzie sprzeczne z prawem i w konsekwencji nie będzie wywoływać skutków dla dłużnika. Natomiast w pozostałym – zgodnym z prawem – zakresie, zarówno postanowienie określające wysokość odsetek, jak również cała umowa co do zasady pozostaną skuteczne.

Omawiana problematyka sprowadza się zatem również do pytania o to, czym w ogóle jest postanowienie umowy w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. Możliwe do przyjęcia są dwa podejścia. Pierwsze, stawiające znak równości między postanowieniem umowy a jednostką redakcyjną umowy (czy też fragmentem tekstu zawartym w umowie) i drugie polegające na tym, że przesądzającego znaczenia nie ma formalna treść i kształt postanowienia, lecz jego materialny i normatywny aspekt. W takim ujęciu, przez postanowienie umowy w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. należałoby przyjąć pewną (hipotetyczną) regułę postępowania, wynikającą z danego postanowienia umowy, czyli jego normatywną treść. Innymi słowy, przesądzającego znaczenia nie ma forma postanowienia (a więc to czy zawarte ono jest w jednej, czy też kilku jednostkach redakcyjnych umowy), lecz łączna interpretacja jednego lub więcej zapisów⁹⁷ umowy (które ponadto mogą być zawarte w różnych dokumentach, np. regulaminie, załącznikach) w wyniku czego określana byłaby reguła (lub reguły) postępowania, a więc prawa i obowiązki stron umowy. Można to zobrazować na poniższym przykładzie (dla uproszczenia przyjęto założenie, że spełnione są wszystkie materialne przesłanki abuzywności).

Przykład – dotyczy dwóch umów konsumenckich, które zawierają postanowienia związane z odpowiedzialnością sklepu.

1) Umowa nr 1 zawiera postanowienie ujęte w jednej jednostce redakcyjnej:

Sklep odpowiada za opóźnienie w dostawie, wynikłe z winy sklepu, natomiast nie odpowiada, gdy wynikło ono z winy firmy przewozowej lub z siły wyższej.

2) Umowa nr 2 zawiera postanowienie ujęte w dwóch jednostkach redakcyjnych:

a) *Sklep odpowiada za opóźnienie w dostawie wynikłe z winy sklepu.*

b) *Sklep nie odpowiada za opóźnienie w dostawie wynikłe z winy firmy przewozowej lub z siły wyższej.*

W rejestrze klauzul abuzywnych⁹⁸ pod numerem 2732⁹⁹ widnieje następujące postanowienie: „Firma nie odpowiada za opóźnienia wynikające z winy firmy przewozowej”. Przyjmując dla celów niniejszych rozważań założenie, że wyłączenie przez przedsiębiorcę (sklep) odpowiedzialności za opóźnienie, np. w dostawie, wynikłe z winy firmy przewozowej, w konkretnych okolicznościach może być uznane za nieuczciwe, taka niedopuszczalna reguła zawarta została w obu umowach. Jednakże w pierwszym przypadku, przyjmując zakaz stosowania redukcji utrzymującej skuteczność, całe postanowienie – łącznie z regułą mówiącą o tym, że przedsiębiorca odpowiada, gdy opóźnienie w dostawie wynikło z jego winy, a także że nie odpowiada, gdy wynikło ono z siły wyższej należałoby uznać za abuzywne. Tym samym, sąd orzekając o abuzywności takiego postanowienia w całości, częściowo mógłby działać na niekorzyść konsumenta, uchylając regułę wskazującą na odpowiedzialność sklepu, gdy opóźnienie w dostawie wynikałoby z jego winy¹⁰⁰. Jednocześnie, jak się wydaje w sposób nieuzasadniony zwiększałaby się odpowiedzialność przedsiębiorcy, gdyż

⁹⁷ Tu rozumianych jako jednostki redakcyjne umowy.

⁹⁸ Rejestr postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone prowadzony Przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c.

⁹⁹ Wyr. SOKiK z 15.09.2011 r., XVII AmC 68/11 (numer Legalis 1046246).

¹⁰⁰ Pomijana jest w tym miejscu ewentualna możliwość zastąpienia takiego postanowienia przepisami dyspozytywnymi, określającymi ogólne zasady odpowiedzialności opartej na przesłance winy. Ponadto, przyjmując pogląd, iż nieuczciwe postanowienie nie wiąże jedynie konsumenta, zastanowienia wymagałoby, czy w związku z tym, konsument mógłby się powołać na postanowienie – mimo jego abuzywności – w zakresie w jakim ustanawia ono odpowiedzialność sklepu na zasadzie winy.

odpowiadałby również w tych przypadkach, w których opóźnienie wynikało z siły wyższej (co trudno w sposób automatyczny uznać jako nieuczciwe). W drugim przypadku uznano by natomiast tylko abuzywność postanowienia zawartego w jednostce redakcyjnej umowy nr 2 oznaczonej jako lit. b). Byłoby to działanie na korzyść konsumenta, aczkolwiek, podobnie jak w pierwszym przypadku, wątpliwości budziłoby automatyczne wyłączenie również tej reguły mówiącej o tym, że przedsiębiorca nie odpowiada w przypadku opóźnień wynikających z siły wyższej. Oczywiście regułę tę w konkretnych okolicznościach można by – odrębnie – również poddać testowi abuzywności.

Powyższe konkluzje trudno uznać za logiczne, wszak przypadku obu umów mamy do czynienia z identyczną treścią normatywną postanowień, mimo – formalnie – odmiennego ich sformułowania. Natomiast stosując zabieg redukcji utrzymującej skuteczność, uchylona zostałaby tylko nieuczciwa reguła postępowania polegająca na wyłączeniu odpowiedzialności przedsiębiorcy za opóźnienia wynikłe z winy przewoźnika, natomiast w pozostałym zakresie postanowienia obu umów w dalszym ciągu wiązałyby strony.

Warto też wskazać, że na tle analizowanego przykładu możliwość zastosowania redukcji utrzymującej skuteczność nie stoi w sprzeczności z postulatem transparentności wzorca umowy (Zoll, 2000). Wydaje się, że zapisy umowy sformułowane zostały prostym i zrozumiałym językiem (zasada formalnej przejrzystości umowy¹⁰¹), co nie zmienia faktu, że zawierały złożoną treść normatywną, co jednak samo przez się trudno uznać jako naruszające interesy konsumentów. Jednocześnie nie sposób wykluczyć, że stosowanie zabiegu redukcji utrzymującej skuteczność w przypadku bardziej rozbudowanych postanowień umowy, określających znacznie bardziej złożoną treść normatywną, może się okazać o wiele bardziej skomplikowane i w efekcie skutkować nieuzasadnionym osłabieniem ochrony konsumenta¹⁰².

Ponadto, należy też bardzo wyraźnie podkreślić, że nawet przyjęcie dopuszczalności stosowania redukcji utrzymującej skuteczność nie oznacza, że w określonych sytuacjach nie powinna znaleźć zastosowania norma wynikająca z art. 6 ust. 1 dyrektywy, a mianowicie, że umowa nie będzie obowiązywała stron, jeżeli nie będzie to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych postanowień. W konkretnych okolicznościach bowiem nawet uznanie, że tylko pewna (normatywna) część danego postanowienia – a więc pewna reguła postępowania – jest nieuczciwa i w konsekwencji utrzymanie w mocy pozostałej części postanowienia, może nie wykluczać sytuacji, w której dalsze wykonanie umowy obiektywnie nie będzie możliwe, zwłaszcza, gdy brakować będzie odpowiednich przepisów dyspozytywnych lub uzgodnień stron, które mogłyby wypełnić powstałą lukę lub luki.

Za poglądem, zgodnie z którym przez postanowienie umowy należy rozumieć regułę postępowania (a więc określoną treść normatywną) przemawia fakt, że przecież w celu ustalenia czy dane postanowienie jest abuzywne, w pierwszej kolejności należy ustalić dokładne jego znaczenie z zastosowaniem dyrektyw wynikających z art. 65 k.c.¹⁰³. Z kolei na tle problematyki związanej z rozszerzoną skutecznością prawomocnych wyroków uznających abuzywność postanowienia w tzw. kontroli abstrakcyjnej, SN zwrócił uwagę, że przedmiotem testu abuzywności jest material-

¹⁰¹ Wymóg wyrażania warunków umowy prostym i zrozumiałym językiem wynika z motywu 20, art. 4 ust. 2 i art. 5 dyrektywy.

¹⁰² W szczególności trudne może się okazać precyzyjne ustalenie zakresu reguły postępowania (treści normatywnej), która jest nieuczciwa. Nie jest też jasne, czy dopuszczalnym byłoby uznanie za abuzywną tylko części określonej reguły postępowania.

¹⁰³ W polskim orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmowana jest kombinowana metoda wykładni. Uchwała SN z 29.06.1995 r., III CZP 66/95 (OSNC 1995 nr 12, poz. 168); wyr. SN z 29.01.2002 r., V CKN 679/00 (numer Legalis: 79785); wyr. SN z 7.03.2007 r., II CSK 489/06 (numer Legalis: 164750; wyr. SN z 20.09.2007 r., II CSK 244/07 (numer Legalis: 162517).

na (normatywna), a nie formalna (językowa) treść postanowienia¹⁰⁴. Zatem należy uznać, że SN przychyliła się ku pogładowi, że kluczowe znaczenie dla oceny abuzywności danego postanowienia ma nie jego literalne brzmienie i forma, czy sposób umiejscowienia w umowie, lecz jego normatywna treść ustalona na podstawie przeprowadzonej wykładni. Chodzi zatem o określony sposób postępowania przedsiębiorcy lub konsumenta, jaki może wynikać z treści takiego postanowienia (umowy). Wydaje się, że podobną konkluzję można wywieść z treści wyroku TSUE z grudnia 2016 r.¹⁰⁵, który nakazuje badać materialną tożsamość postanowień, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności właściwych danej sprawie, a także – co ciekawe – ich tożsamość pod względem wywoływanych przez nie szkodliwych dla konsumentów skutków¹⁰⁶.

W tym miejscu warto się więc zastanowić czy działanie sądu polegające na zastosowaniu tzw. redukcji utrzymującej skuteczność tożsame jest ze zmianą przez sąd treści danego postanowienia (albo, inaczej mówiąc, zastąpieniem tego postanowienia postanowieniem innej treści) czemu sprzeciwia się orzecznictwo TSUE¹⁰⁷, czy też powoduje wyłączenie jedynie tej części postanowienia (rozumianego jako pewnej reguły postępowania przedsiębiorcy), które rzeczywiście ma abuzywny charakter, pozostawiając pozostałą – uczciwą – część postanowienia w mocy.

Opisywaną technikę można na zasadzie ostrożnej analogii porównać do wyroków zakresowych Trybunału Konstytucyjnego¹⁰⁸. Wyrok zakresowy to orzeczenie, w którego sentencji Trybunał Konstytucyjny stwierdza zgodność albo niezgodność z Konstytucją RP zaskarżonego przepisu w określonym jego zakresie. W konsekwencji ocena Trybunału jest przypisywana nie tyle samemu przepisowi, ile ściśle określonej treści normatywnej „zakodowanej” w badanym przepisie. Trochę czym innym jest natomiast wyrok interpretacyjny Trybunału Konstytucyjnego, będący specyficzną formą zakresowego stwierdzenia niekonstytucyjności normy, gdyż prowadzi do eliminacji jednej z możliwych interpretacji danej normy i tym samym do nowego ukształtowania jej treści¹⁰⁹.

Podobnie stosowanie przez sąd zabiegu redukcji utrzymującej skuteczność danego postanowienia umowy (danych postanowień umowy) – jeżeli uznać to za dopuszczalne – należałoby kwalifikować jako przypisanie abuzywności tylko pewnej treści normatywnej danego postanowienia (postanowień) ustalonej w następstwie jego wykładni, która to treść kształtuje zachowanie stron umowy (ich prawa lub obowiązki) w sposób nieuczciwy, z tym zastrzeżeniem, że pozostała część postanowienia rozumiana jako inna treść normatywna (inna reguła postępowania) z uwagi na jej uczciwy charakter pozostaje w mocy i wiąże strony¹¹⁰.

¹⁰⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z 20.11.2015 r., III CZP 17/15 (OSNC 2016 nr 4, poz. 40, str. 1).

¹⁰⁵ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawie C-119/15 (ECLI:EU:C:2016:987).

¹⁰⁶ Ibidem, pkt 47.

¹⁰⁷ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65, 66, 69, 70, 71, 73; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 57–60; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 57 i 60.

¹⁰⁸ „Wyroki zakresowe to orzeczenia, w których przedmiotem rozstrzygnięcia jest albo fragment tekstu przepisu („w części obejmującej” określony zwrot – określa się je mianem wyroków częściowych), albo fragment treści normatywnej interpretowanej z przepisu (...) W takim wypadku przedmiotem orzeczenia jest nie cała jednostka redakcyjna, ale tylko ta z wyrażonych w danym przepisie norm, która odnosi się do oznaczonego zakresu sytuacji (...) Skutkiem takiego wyroku jest częściowa utrata mocy obowiązującej przepisu, polegająca na wyłączeniu możliwości jego stosowania w zakresie oznaczonym w wyroku. Utrata mocy obowiązującej, jako skutek orzeczenia negatywnego, nie dotyka całego przepisu, który nadal pozostaje elementem (jednostką redakcyjną) ustawy (zob. np. wyr. TK z 18.12.2008 r., K 19/07, OTK-A 2008, Nr 10, poz. 182)”; Mączyński i Podkowiak w: Safjan i Bosek, 2016, komentarz do art. 190 Konstytucji RP.

¹⁰⁹ „Przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku interpretacyjnym jest określona treść normatywna stanowiąca rezultat pozajęzykowej wykładni badanego przepisu. (...) Wyrok interpretacyjny zawiera wskazanie przepisu – jednostki redakcyjnej aktu normatywnego, dopełnione przez wskazanie określonego sposobu jego rozumienia (wykładni), który jest zgodny lub niezgodny z określonym wzorcem kontroli”; Mączyński i Podkowiak w: Safjan i Bosek, 2016, komentarz do art. 190 Konstytucji RP.

¹¹⁰ Przy czym w konkretnych okolicznościach, nawet zastosowanie mechanizmu redukcji utrzymującej skuteczność w takim rozumieniu, iż nie następuje zastąpienie nieuczciwej części postanowienia nową treścią, nie wyklucza sytuacji, w której z uwagi na powstałą lukę (gdym brak jest możliwości jej

Warto się również odnieść do poglądu SN¹¹¹, iż eliminacja danej klauzuli umowy nie może prowadzić zmiany charakteru prawnego stosunku obligacyjnego. Pogląd ten *prima facie* mógłby się wydawać słuszny. Jednak powstaje pytanie, czy w sytuacji, w której sąd uznaje dane postanowienie za abuzywne i przyjmując, że takie orzeczenie sądowe ma charakter deklaratoryjny, a nie konstytutywny, abuzywność zaś wynika z mocy prawa i *ex tunc*, w ogóle można mówić o niedopuszczalnej ingerencji przez sąd w stosunek prawny. Warte zastanowienia jest również, czy przyjęcie takiego poglądu w istocie w wielu przypadkach nie wykluczałoby możliwości zastosowania skutku (sankcji) bezskuteczności w przypadku stwierdzenia abuzywności danego postanowienia polegającego na braku związania konsumenta tymże postanowieniem (na odstraszcający i sankcyjny charakter przepisów dyrektywy wskazuje się w orzecznictwie¹¹²). Większość, jeżeli nie wszystkie postanowienia, które dotyczą głównych świadczeń stron, w istocie współtworzą podstawy (istotę) danego stosunku prawnego. A należy pamiętać, że takie postanowienia również mogą być przedmiotem badania, jeżeli tylko nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny¹¹³. Co więcej, postanowienia, które nie stanowią głównych świadczeń stron w rozumieniu art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. w konkretnej umowie również mogą mieć duże znaczenie na jej kształt. Kwalifikacja postanowień określających główne świadczenia stron powinna być dokonywana w odniesieniu do indywidualnych okoliczności danej sprawy¹¹⁴. Jednakowoż wydaje się przeważać pogląd, że pojęcie głównych świadczeń stron¹¹⁵, o którym mowa w art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c., należy interpretować raczej wąsko, w nawiązaniu do elementów przedmiotowo istotnych umowy¹¹⁶. Zatem wiele postanowień, które mogą mieć istotne znaczenie dla konstrukcji całej umowy może nie określać głównego świadczenia stron w rozumieniu art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. W konsekwencji takie postanowienia mogą zostać poddane testowi abuzywności bez względu na to czy zostały sformułowane transparentnie. Eliminacja takich postanowień w większości wypadków (jeżeli nie zawsze) prowadzi będzie do zmiany stosunku prawnego w tym sensie, że nastąpi jego modyfikacja w porównaniu z sytuacją, która miałaby miejsce, gdyby klauzula była dla stron wiążąca¹¹⁷. Zatem w wyniku orzeczenia sądu uznającego klauzulę jako abuzywną może nastąpić zmiana praw i obowiązków stron i sposobu wykonywania umowy w porównaniu z okresem przed wydaniem takiego orzecz-

uzupełnienia) i ziszczenie się przesłanki zawartej w art. 6 ust. 1 dyrektywy, dalsze obowiązywanie umowy obiektywnie nie będzie możliwe, a co za tym idzie umowa nie będzie obowiązywała stron.

¹¹¹ Wyr. SN z 14.05.2015 r., II CSK 768/14 (OSNC 2015 nr 11, poz. 132, str. 58).

¹¹² Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 69 i 70; wyr. TSUE z 27.02.2014 r. w sprawie C 470/12 (ECLI:EU:C:2014:101) pkt 41; wyr. TSUE z 30.04.2014 r. w sprawie C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282) pkt 83; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 60. Wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 17.11.2016 r., III Ca 1427/15 (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Łodzi: [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/15251000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/15251000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001)).

¹¹³ Art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. (zob. również Trzaskowski, 2013). W praktyce zapewne bardzo rzadko albo nigdy się nie zdarzy, że postanowienia określające główne świadczenia stron (np. cenę) sformułowane zostaną niejednoznacznie. Często natomiast postanowienia określające sposób ustalenia ceny, wynagrodzenia lub wysokości innego świadczenia mogą być określone w sposób niejednoznaczny, a w konsekwencji podlegać będą testowi abuzywności nawet gdyby przyjąć, że określają główne świadczenie umowy. Przykładowo k.c. w przypadku umowy sprzedaży przewiduje, że cenę można ustalić poprzez wskazanie podstaw jej ustalenia (art. 536 § 1 k.c.).

¹¹⁴ Wyr. SN z 30.09.2015 r., I CSK 800/14 (numer Legalis: 1372861).

¹¹⁵ W art. 4 ust. 2 dyrektywy mowa jest o głównym przedmiocie umowy.

¹¹⁶ Wyr. SN z 8.06.2004 r., I CK 635/03 (numer Legalis: 208591); wyr. SN z 12.03.2015 r. I CSK 165/14 (numer Legalis: 1200672); wyr. SN z 2.04.2015 r., I CSK 257/14 (numer Legalis: 1242506); wyr. SN z 22.01.2016 r., I CSK 1049/14 (OSNC 2016 nr 11, poz. 134, str. 92); wyr. SN z 1.01.2017 r., IV CSK 285/16 (numer Legalis: 1618112); wyr. SA w Warszawie z 18 września 2013 r., VI ACa 201/13 (numer Legalis: 1049197); wyr. SA w Warszawie – VI Wydział Cywilny z 9.04.2014 r., VI ACa 1828/13 (numer Legalis: 1091923); wyr. SA we Wrocławiu z 16.02.2017 r. I ACa 1585/16 (numer Legalis: 1681910); Wyr. TSUE z 23.04.2015 r. w sprawie C-96/14 (ECLI:EU:C:2015:262) pkt 33; wyr. TSUE z 26.02.2015 r. w sprawie C-143/13 (ECLI:EU:C:2015:127) pkt 50, 54–56, 58, 62, 63 i 78.

¹¹⁷ Wyr. SA z 30.04.2014 r., I ACa 1209/13, I ACz 1424/13 uchylony wyrokiem SN z 14.05.2015 r., II CSK 768/14, w którym sąd stwierdził, że: „Stwierdzenie bezskuteczności klauzuli abuzywnej zawsze rodzi ingerencję w postanowienia umowy i kształtuje inną rzeczywistość zobowiązaniową. (...) Czym innym jest zatem wydanie orzeczenia kształtującego w rozumieniu procedury cywilnej, czym innym zaś ekonomiczny skutek rozstrzygnięcia, wiążący się ze zmianą praw i obowiązków stron na skutek stwierdzenia abuzywności określonej części umowy”.

nia. Zmiana ta będzie miała jednak charakter faktyczny, co oznacza, że zachowanie stron będzie inne, jednakże w sensie prawnym taka zmiana nie nastąpi, gdyż abuzywne postanowienie nigdy konsumenta nie wiązało – orzeczenie sądu ma przecież charakter deklaracyjny. Wydaje się, że przyjęcie poglądu odmiennego stałoby w sprzeczności z artykułowanym w orzecznictwie TSUE poglądem, iż warunek umowy uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący¹¹⁸, a sądy krajowe zobowiązane są do zaniechania stosowania nieuczciwego warunku umowy, aby nie wywierał on obligatoryjnych skutków wobec konsumenta¹¹⁹ i wyciągnięcia w tym celu wszelkich wynikających z prawa krajowego konsekwencji¹²⁰. Przecież sąd tylko uznaje czy postanowienie jest abuzywne i stwierdza, że nie wiąże ono konsumenta, a zarazem orzekając o dalszych losach umowy, przesądza czy jest możliwe jej dalsze wykonywanie. Co więcej, nawet w przypadku orzeczeń restytucyjnych sąd nie ingeruje w treść stosunku prawnego. Ta bowiem leży w gestii stron umowy (Lehmann, 2016, str. 17) i w przypadku uznania abuzywności danego postanowienia, a jednocześnie, że umowa może być dalej wykonywana, rolą stron jest wynegocjowanie nowej treści postanowień umowy, które będą obowiązywały w okresie po wydaniu orzeczenia (od momentu wejścia ich w życie np. na mocy aneksu do umowy)¹²¹. Wydaje się więc, że uznanie danego postanowienia jako abuzywnego i jego wyłączenie z umowy, rozumiane w taki sposób, iż nie wiąże i nie wiązało ono konsumenta od samego początku (od chwili zawarcia umowy), nie prowadzi do zmiany charakteru danego stosunku prawnego – a nawet przyjęcie odmiennej optyki nie zmienia faktu, że należałoby takie działanie uznać jako zgodne z art. 6 ust. 1 dyrektywy.

Warto również dodać, że redukcja utrzymująca skuteczność rozumiana w sposób opisany powyższej nie jest zabiegiem powiązany z regułą wykładni zawartą w art. 5 zd. 2 dyrektywy. Celem redukcji utrzymującej skuteczność powinno być zachowanie w mocy tej treści normatywnej postanowienia, która jest uczciwa. W zasadzie jest to zatem zabieg związany ze skutkiem testu abuzywności, z którego wynikało, że przynajmniej część badanego postanowienia ma charakter nieuczciwy, nie ma natomiast na celu sanowania nieprawidłowości jaką jest ewentualna nietransparentność postanowienia. Nie ma też na celu uzupełnienia luki powstałej z uwagi na fakt, iż określona część postanowienia okazała się nieuczciwa.

Podsumowując, zabieg redukcji utrzymującej skuteczność może być różnie kwalifikowany. W przypadku uznania, że stanowi zmianę treści postanowienia (lub zastąpienie innym postanowieniem) w kontekście polskiego systemu prawnego, który jak się wydaje nie przewiduje prawa sądu do ingerencji w treść umowy¹²², oraz biorąc po uwagę rodzaje ryzyka¹²³ wynikające z takiego

¹¹⁸ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 61.

¹¹⁹ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65.

¹²⁰ Wyr. TSUE z 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10 (ECLI:EU:C:2012:242) pkt 42 i 43; wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 63; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 42, 48, 51 i 53; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 49; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 59.

¹²¹ Umowa ta powinna bowiem w zasadzie nadal obowiązywać, bez jakiegokolwiek zmiany innej niż wynikająca z uchylenia nieuczciwych warunków, o ile takie dalsze obowiązywanie umowy jest prawnie możliwe zgodnie z zasadami prawa wewnętrznego. Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 64–66; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11 (ECLI:EU:C:2013:340) pkt 44, 45, 47 i 48; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 56 i 57 zd. 2.

¹²² Uchwała SN z 29.06.2007 r., III CZP 62/07 (OSNC 2008 nr 7-8, poz. 87, str. 115). Wyr. SN z 8.09.2016 r., II CSK 750/15 (numer Legalis: 1555664).

¹²³ W wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 17.11.2016 r., III Ca 1427/15 (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Łodzi: link: [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_001427_2015_Uz_2016-11-17_001)), sąd stwierdził, że: „Trafnie przyjmuje się, że taki zabieg prowadzi do nadmiernie dowolnych rezultatów interpretacyjnych sprzecznych z autonomią stron, stawiając jednocześnie sąd w roli „pomocnika” strony nieuczciwej (tj. stosującej klauzulę abuzywną). Godzi on w nakaz transparentności wzorca umowy. Przemawiają przeciwko niemu także względy prewencji ogólnej, ponieważ ogranicza się konsekwencje, które ponosi podmiot stosujący postanowienia nieuczciwe. Podkreślenia wymaga, iż korzystanie z „redukcji utrzymującej skuteczność” zostało zakwestionowane w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 29.06.2007 r. (III CZP 62/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 87) oraz w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14.06.2012 r. w sprawie Camino (C-618/10)”.

narzędzia, raczej powinien być rozpatrywany w kategoriach postulatów *de lege ferenda*. Również TSUE stwierdził, że skutek stosowania przepisów dyrektywy przewidujących sankcję odmowy zastosowania niedozwolonego postanowienia umowy byłby znacznie słabszy, gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w umowach¹²⁴. TSUE wskazał, że gdyby sąd krajowy mógł zmieniać treść nieuczciwych warunków zawartych w takich umowach, takie uprawnienie mogłoby zagrażać realizacji długoterminowego celu ustanowionego w art. 7 dyrektywy¹²⁵. Zdaniem TSUE, uprawnienie to przyczyniłoby się bowiem do wyeliminowania zniechęcającego skutku wywieranego na przedsiębiorców poprzez zwykły brak stosowania takich nieuczciwych warunków wobec konsumentów, ponieważ nadal byłiby oni zachęceni do stosowania rzeczonych warunków, wiedząc, że nawet gdyby miały one być unieważnione, to jednak umowa mogłaby zostać uzupełniona w niezbędnym zakresie przez sąd krajowy, tak aby zagwarantować w ten sposób interes rzeczonych przedsiębiorców¹²⁶. Stąd konkluzja TSUE, iż nawet gdyby takie uprawnienie zostało przyznane sądowi krajowemu, samo nie mogłoby ono zagwarantować równie skutecznej ochrony konsumenta, jak ta wynikająca z prostego niestosowania nieuczciwych warunków¹²⁷.

Z kolei przyjęcie, że w przypadku redukcji utrzymującej skuteczność nie mamy do czynienia ze zmianą treści postanowienia (lub zastąpienia go innym postanowieniem), nie zmienia faktu, że w zakresie, w jakim klauzula jest abuzywna, a więc w zakresie, w jakim określona treść normatywna wynikająca z postanowienia, kształtująca regułę postępowania (zachowanie) przedsiębiorcy jest nieuczciwa, nie będzie wiązała stron umowy. W takim ujęciu redukcja utrzymująca skuteczność powoduje wyłączenie – jako nieuczciwej – określonej treści normatywnej (reguły postanowienia przedsiębiorcy) zawartej w części postanowienia lub postanowień umowy, rozumianych jako jednostki redakcyjne umowy. W płaszczyźnie normatywnej nie następuje zatem zmiana postanowienia, lecz jedynie wyłączenie jego nieuczciwej części¹²⁸. Należałoby zaś zbadać czy po zastosowaniu tego instrumentu możliwe jest uzupełnienie powstałej luki, a w następnym kroku, czy możliwe jest dalsze wykonywanie umowy, przy założeniu, że obowiązywać będzie ona w pozostałej części, w tym uwzględniając tę część kwestionowanego przez konsumenta postanowienia, które nie zostało przez sąd uznane za abuzywne (którego skuteczność została utrzymana). Ponadto, nawet przyjmując, że możliwym jest zastosowanie redukcji utrzymującej skuteczność w takim rozumieniu, iż zabieg ten ma na celu „uchylenie” mocy wiążącej tylko tej części postanowienia, które rzeczywiście jest abuzywne, a utrzymanie tej części, która jest uczciwa, nie oznacza automatycznego prawa do sądu do normatywnej zmiany tej części postanowienia, która jest nieuczciwa¹²⁹. Oznaczałoby tylko tyle, że stron nie wiąże abuzywna część postanowienia, w pozostałym zakresie umowa jest natomiast ważna o ile możliwe jest dalsze jej wykonywanie. Zastąpienie uchylonego postanowienia (lub ewentualnie jego części) mogłoby nastąpić na mocy uzgodnień stron, ewentualnie na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jeżeli takowe istnieją. Przyjmując zaś

¹²⁴ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65, 66, 69, 70, 71, 73; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 57–60; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 57 i 60.

¹²⁵ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 59 i 69 zd. 1.

¹²⁶ Ibidem, pkt 69 zd. 2.

¹²⁷ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 69 i 70; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 60.

¹²⁸ Podobnie, w przypadku, gdy całe postanowienie okaże się nieuczciwe, jego treść normatywna jest „uchylana” z pozostałej treści umowy.

¹²⁹ Sąd nie miałby więc prawa zmienić lub zastąpić abuzywnego postanowienia w inny sposób, np. innym postanowieniem wedle własnego uznania lub w wyniku interpretacji umowy. Wydaje się, że uprawnienie takie leży tylko w gestii stron umowy.

dopuszczalność zastosowania art. 58 § 3 k.c., w ostatnim kroku możliwe byłoby zbadanie woli stron z chwili i w przedmiocie jej zawarcia w celu ustalenia czy została ona zawarta w treści po wyłączeniu abuzywnego postanowienia.

Rozważenia wymaga jednak czy postulat transparentności i jednoznaczności wzorca umowy, a także te same względy, które przemawiają przeciwko takiej interpretacji przepisów dyrektywy umożliwiającej zmianę przez sądy krajowe abuzywnych postanowień¹³⁰, nie sprzeciwiają się również możliwości stosowania zabiegu redukcji utrzymującej skuteczność, w szczególności wówczas, gdy postanowienie umowy formułowane jest niejasnym i budzącym wątpliwości interpretacyjne językiem.

V. Zmiany w umowie

Dotychczasowe rozważania dotyczyły stosunkowo prostej sytuacji, w której przedmiotem badania przez sąd jest umowa w brzmieniu z chwili jej zawarcia. Innymi słowy nie nastąpiła jej modyfikacja, a konsument po jakimś czasie uznał, że zawiera ona nieuczciwe postanowienie i wniósł powództwo do sądu. Nie budzi zatem wątpliwości, co stanowi przedmiot badania sądu.

Ważny problem występujący w praktyce, który jednak nie był szerzej omawiany w piśmiennictwie dotyczy sytuacji, w której przed wniesieniem powództwa nastąpiła zmiana umowy lub wzorca umowy, w którym znajdowało się postanowienie lub postanowienia abuzywne. Zmiana może wynikać z różnych przyczyn, przykładowo z jednostronnej zmiany wzorca dokonanej przez przedsiębiorcę lub ze zmiany umowy wynikającej z konsensu stron (np. na mocy aneksu zmieniającego umowę¹³¹). Mogła również nastąpić zmiana przepisów prawa powszechnego¹³², mająca wpływ na treść łączącego strony stosunku prawnego. W takich wypadkach pojawia się pytanie, czy przedmiotem badania jest umowa w treści i brzmieniu z chwili jej zawarcia, czy też umowa w brzmieniu uwzględniającym dokonane zmiany, a także, jakie konsekwencje (skutki) z tego wynikają.

Wydaje się, że brakuje prostej odpowiedzi na ww. pytania ze względu na wielość możliwych stanów faktycznych, różnorodność powództw i roszczeń w nich formułowanych. Tym niemniej, można poczynić kilka uwag o charakterze ogólnym.

Po pierwsze, fakt, iż nastąpiła zmiana umowy, której aktualna treść nie zawiera już abuzywnej klauzuli może mieć znaczenie w kontekście treści art. 6 ust. 1 dyrektywy w zw. z art. 385¹ § 2 k.c. Otóż sąd, odpowiadając na pytanie, czy możliwe jest dalsze wykonywanie umowy, będzie mógł udzielić odpowiedzi twierdzącej, jeżeli nowa treść umowy na to pozwala i nowe postanowienia są uczciwe. Umowa zatem dalej będzie wiązała strony, z wyłączeniem postanowienia abuzywnego. Jest to zresztą logiczną konsekwencją, gdyż postanowienie to w chwili orzekania i na przyszłość nie wiąże już stron, ponieważ zostało uchylone lub zmienione¹³³.

¹³⁰ Wyr. TSUE z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) pkt 65, 66, 69, 70, 71, 73; wyr. TSUE z 30.05.2013 r. w sprawie C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) pkt 57–60; wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 57 i 60.

¹³¹ Wyr. Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 20.03.2013 r., II Ca 1481/12. Pozyskano z: [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/\\$N/155025000001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/$N/155025000001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001).

¹³² Wyr. SN z 19.03.2015 r., IV CSK 362/14 (OSNC – Zb. dodatkowy 2016 nr C, poz. 49, str. 73); postanowienie SN z 28.05.2014 r., I CSK 607/13 (numer Legalis: 1187127); wyr. SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z 5.02.2014 r., I ACa 801/13 (OSAB 2014 nr 1, str. 32); wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 23.11.2016 r., III Ca 775/16. (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego w Łodzi. Pozyskano z: [http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/\\$N/152510000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001](http://orzeczenia.lodz.so.gov.pl/content/$N/152510000001503_III_Ca_000775_2016_Uz_2016-11-23_001)).

¹³³ Takie podejście wydaje się też korespondować z treścią art. 316 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy.

Powyższe pokazuje również jak słuszny – choć często niezwykle trudny do zrealizowania – jest postulat poszukiwania polubownej metody rozwiązania sporu. Wspólne wynegocjowanie nowej treści danego postanowienia lub postanowień przez konsumenta i przedsiębiorcę pozwala bowiem co do zasady na bezproblemowe kontynuowanie umowy w przyszłości. Pomijając możliwość zastosowania przepisów dyspozytywnych – jeżeli takowe istnieją – w miejsce nieuczciwego postanowienia, zastąpienie go uzgodnieniami dokonanymi przez strony jest jedną z niewielu alternatyw¹³⁴.

Nie powinno to jednak automatycznie wykluczać ewentualnych roszczeń konsumenta będących konsekwencją istnienia abuzywnej treści postanowienia w brzmieniu z chwili zawarcia umowy do momentu jej zmiany. Czym innym jest bowiem badanie możliwości dalszego wykonywania umowy, a czym innym ewentualne roszczenia (zwłaszcza restytucyjne) konsumenta mogące wynikać z faktu stosowania (w przeszłości) w umowie postanowienia lub postanowień abuzywnych. Zmiana umowy, niezależnie od sposobu jej dokonania, ma skutek na przyszłość i co do zasady nie sanuje ewentualnych nieprawidłowości, które mogły występować w okresie od chwili zawarcia umowy do jej zmiany. Innymi słowy, sama zmiana umowy rozumiana w ten sposób, że następuje uchylenie postanowienia abuzywnego, jego zmiana lub też zastąpienie go innym – uczciwym – postanowieniem, zwłaszcza jeżeli strony wyraźnie nie postanowią inaczej, nie powinna w sposób automatyczny wykluczać prawa konsumenta do dochodzenia roszczeń wynikających z faktu stosowania przez przedsiębiorcę abuzywnej klauzuli w okresie przed zmianą umowy¹³⁵. W takim przypadku przedmiotem analizy i podstawą roszczeń powinno być postanowienie umowy w brzmieniu z chwili zawarcia umowy¹³⁶.

Wydaje się, że takie stanowisko wpisuje się w wyartykułowany przez TSUE¹³⁷ pogląd, że art. 6 ust. 1 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że warunek umowy uznany za nieuczciwy należy co do zasady uznać za nigdy nieistniejący, tak by nie wywoływał on skutków wobec konsumenta, w związku z czym sądowe stwierdzenie jego nieuczciwego charakteru powinno mieć co do zasady skutek w postaci przywrócenia sytuacji prawnej i faktycznej konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczoności warunku¹³⁸. Z powyższego TSUE wywiódł, że obowiązek wyłączenia przez sąd krajowy nieuczciwego warunku umowy nakazującego zapłatę kwot, które okazują się nienależne, wiąże się co do zasady z odpowiednim skutkiem restytucyjnym dotyczącym tych kwot¹³⁹. TSUE dodał również, że brak skutku restytucyjnego mógłby podważyć skutek zniechęcający, jaki wynika ze stwierdzenia nieuczciwego charakteru warunków znajdujących się w umowach zawieranych z konsumentami przez przedsiębiorcę¹⁴⁰.

¹³⁴ Wyr. SN z 8.09.2016 r., II CSK 750/15 (numer Legalis: 1555664).

¹³⁵ Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 20.03.2013 r., II Ca 1481/12 (Portal orzeczeń Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Pozyskano z: [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/\\$N/15502500001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/$N/15502500001003_II_Ca_001481_2012_Uz_2013-04-08_001)).

¹³⁶ Podobnie aktualne brzmienie art. 4 ust. 1 dyrektywy przewiduje, że nieuczciwy charakter warunków umowy jest określany z uwzględnieniem rodzaju towarów lub usług, których umowa dotyczy i z odniesieniem, w momencie zawarcia umowy, do wszelkich okoliczności związanych z zawarciem umowy oraz do innych warunków tej umowy lub innej umowy, od której ta jest zależna. 13 października 2016 r. opublikowane zostało bowiem „Sprostowanie do dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 95 z dnia 21 kwietnia 1993 r.) (Polskie wydanie specjalne, rozdział 15, tom 2, s. 288)”. Pozyskano z: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013R\(03\)&from=PL](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013R(03)&from=PL).

¹³⁷ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 61–66 i 71–75.

¹³⁸ Ibidem, pkt 61.

¹³⁹ Ibidem, pkt 62.

¹⁴⁰ Wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 63. W efekcie TSUE stwierdził, że art. 6 ust. 1 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on orzecznictwu krajowemu ograniczającemu w czasie skutki restytucyjne związane ze stwierdzeniem nieuczciwego charakteru – w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy – warunku znajdującego się w umowie zawartej z konsumentem przez przedsiębiorcę jedynie do kwot nienależnie zapłaconych na podstawie takiego warunku po ogłoszeniu orzeczenia, w którym sąd

VI. Konkluzje

Model, o którym umowa, co do zasady, w dalszym ciągu obowiązuje i jest wykonywana (jeżeli jest to obiektywnie możliwe), a zarazem następuje ewentualna restytucja świadczeń na rzecz konsumenta dokonanych na podstawie nieuczciwego postanowienia należy uznać za optymalny. Generalnie, strony miały przecież wolę zawarcia i wykonywania umowy, z tymże na uczciwych zasadach. W kontekście zasady trwałości umowy, zasady *pacta sunt servanda*, zasady proporcjonalności i postulatu przywrócenia rzeczywistej równowagi stron, skutek czy też sankcja nieważności całej umowy z pewnością powinna mieć charakter *ultima ratio*. Jednakowoż abuzywne postanowienie lub postanowienia nie wiążą konsumenta *ex lege*, *ex tunc* i *inter partes*, natomiast fakt bezskuteczności zostaje jedynie potwierdzony orzeczeniem o charakterze deklaratoryjnym. Bezskuteczność oznacza, że nieuczciwe postanowienie nie wywołuje wobec konsumenta żadnych skutków prawnych, czyli nie rodzi przeciwko niemu żadnych praw (a więc nie obciąża go żadnymi obowiązkami wobec przedsiębiorcy) ani nie wyłącza jego praw, zarzutów itp. (Trzaskowski, 2013). Wyjątek w tym zakresie stanowi sytuacja, w której konsument wyraźnie sprzeciwił się niezastosowaniu nieuczciwego postanowienia przez sąd. Postanowienie umowy uznane za nieuczciwe należy więc co do zasady uznać za nigdy nieistniejące, tak by nie wywoływało ono skutków wobec konsumenta. Tym samym ma zostać przywrócona sytuacja prawna i faktyczna konsumenta, w jakiej znajdowałby się on w braku rzeczoności postanowienia. Wydaje się, że w tak ujęte cele mógłby się wpisywać zabieg redukcji utrzymującej skuteczność, rozumiany w ten sposób, iż prowadzi do wyłączenia tylko i wyłącznie nieuczciwej treści normatywnej postanowienia lub postanowień umowy, utrzymując w mocy ich pozostałą – uczciwą – część. Mógłby prowadzić do przywrócenia rzeczywistej równowagi między prawami i obowiązkami stron, czyniąc ochronę konsumenta bardziej elastyczną, a zarazem dostosowaną do współczesnego obrotu gospodarczego. Jednocześnie może być rozpatrywany jako stojący w sprzeczności z postulatem jednoznaczności i transparentności postanowień umowy (tak aby konsument bez konieczności pogłębionej wykładni postanowień umowy znał swoje prawa i obowiązki), a więc niegwarantujący w wystarczającym stopniu skutecznej ochrony konsumentów, do czego dążą przepisy dyrektywy¹⁴¹. Ponadto, zwłaszcza w przypadku postanowień umów cechujących się bardziej złożoną lub skomplikowaną treścią normatywną, w praktyce mógłby się okazać narzędziem trudnym do stosowania. W każdym razie, zabieg ten nie powinien prowadzić do normatywnej zmiany abuzywnego postanowienia (co raczej należałoby określić mianem wykładni utrzymującej skuteczność) bądź też zastąpienia przez sąd powstałej luki innym postanowieniem (inną treścią), co w świetle orzecznictwa TSUE byłoby sprzeczne z prewencyjnym i odstrasającym celem przepisów dyrektywy. Ponadto, zastosowanie tego zabiegu i utrzymanie w mocy tylko części danego postanowienia nie powinno wykluczać w sposób automatyczny możliwości uznania całej umowy za nieważną, w sytuacji, w której – w przypadku braku możliwości zastąpienia powstałej luki – dalsze jej wykonywanie obiektywnie nie byłoby możliwe. Nawet utrzymanie w mocy części postanowienia (a

stwierdził ów nieuczciwy charakter (wyr. TSUE z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-154/15, C-307/15 i C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) pkt 75. „W świetle wyr. z 21.12.2016 r. nie można więc kwestionować retroaktywnego charakteru skutków uznania postanowienia umownego za niedozwolone. Konsekwencją tego powinna być więc pełna restytucja nienależnie spełnionych przez konsumentów świadczeń” (Pisuliński, 2017).

¹⁴¹ Pojawia się zatem pytanie, na ile możliwość stosowania zabiegu redukcji utrzymującej skuteczność nie narusza *ratio legis* dyrektywy wyartykułowanego zwłaszcza w jej motywach wprowadzających, a zmierzającego do ochrony słabszej strony, jaką są konsumenci i zapewnienia, aby umowy konsumenckie nie zawierały nieuczciwych postanowień.

więc określonej części treści umowy) w konkretnych okolicznościach może bowiem powodować, iż powstała luka będzie obiektywnie uniemożliwiać dalsze wykonywanie umowy. TSUE dopuszcza jednak możliwość zastąpienia uchylonego lub uchylonych postanowień na mocy dyspozytywnych przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jeżeli takowe istnieją, choć stosowanie tego mechanizmu w prawie polskim nie jest jednoznaczne. Luka może być natomiast bez wątpienia zastąpiona na mocy wzajemnych uzgodnień (oświadczeń woli) stron. Jednocześnie, sąd krajowy, który stwierdza nieuczciwy charakter postanowienia zobowiązany jest wyciągnąć wszelkie wynikające stąd na mocy prawa krajowego konsekwencje, aby konsument nie był związany tym postanowieniem, nie wykluczając możliwości uznania za nieważną całość umowy zawartej pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem, jeśli takie rozwiązanie jest obiektywnie uzasadnione lub zapewnia lepszą ochronę konsumenta, przy czym korzystniejsza sytuacja konsumenta nie może stanowić jedyne i decydujące kryterium rozstrzygnięcia o dalszym losie umowy. Z kolei ewentualne zmiany w umowie, dokonane przed lub – co jest jednak mało prawdopodobne – w trakcie postępowania sądowego, nawet jeżeli doprowadziły do uchylecia nieuczciwego lub nieuczciwych postanowień, nie powinny automatycznie wykluczać ewentualnych roszczeń restytucyjnych konsumenta wynikających z faktu, iż umowa zawierała w pewnym okresie nieuczciwe postanowienia umowy. Mogą mieć natomiast wpływ na ocenę dalszej możliwości obowiązywania umowy.

Bibliografia

- Bławat, M. i Pasko, K. (2016). O zakresie zachowania mocy wiążącej umowy po eliminacji klauzul abuzywnych. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3.
- Cudna-Wagner, A. i Miąskiewicz, B. (2015). „Czy Sąd Najwyższy rzeczywiście złamał prawo”. Odpowiedź na głosę do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie mBanku. *Dziennik Gazeta Prawna*, 11.09.2015. Pozyskano z: <https://finanse.uokik.gov.pl/chf/kalendarium/odpowiedz-na-glose-do-wyroku-sadu-najwyzszego-w-sprawie-mbanku>.
- Cudna-Wagner, A. i Miąskiewicz, B. (2016). Kredyty walutowe: uznanie kursów franka z tabeli banku za abuzywne nie powoduje nieważności umowy. *Rzeczpospolita*, 20.09.2016. Pozyskano z: <http://www.rp.pl/Opinie/309209999-Kredyty-walutowe-uznanie-kursow-franka-z-tabeli-banku-za-abuzywne-nie-powoduje-niewaznosc-umowy.html#ap-2>.
- Czabański, J. (2015). *Glosa do wyroku SN z 14.05.2015 r. (II CSK 768/14)*. Pozyskano z: <https://pomoc-frankowiczom.pl/?p=588>.
- Czech, T. (2016). Odpowiedzialność banku za stosowanie abuzywnej klauzuli zmiennego oprocentowania, *Glosa do wyroku SN z 14 maja 2015 r. (II CSK 768/14)*. *Monitor Prawa Bankowego*.
- Gorzko, P. (2013). *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 września 2004 r. w sprawie Komisja UE VS. Królestwo Hiszpanii C-70/03 (krytyczna)*. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1.
- Gniewek, E. i Machnikowski, P. (2017). *Kodeks cywilny. Komentarz*. (wyd. 8). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Grykiel, J. i Lemkowski, M. (2010). *Czynności prawne. Art. 56-81 k.c. Komentarz* (wyd. 1). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Gutowski, M. (2016). *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449¹¹*. Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Karasek-Wojciechowicz, I. (2017). Wpływ niedozwolonego charakteru klauzul zmiany oprocentowania lub kursu waluty na związanie stron umową kredytu. W: M. Romanowski (red.), *Rozdział VIII Życie*

- umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE* (wyd. 1). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Lehmann, K. (2016). Eliminowanie postanowień niedozwolonych z wykonywanych umów o charakterze ciągłym w obrocie konsumenckim. Pozyskano z: https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/konferencje/25/Eliminowanie_postanowien_niedozwolonych.pdf.
- Łętowska, E. (2013). *Komentarz do ustawy: Kodeks Cywilny z 23-4-1964 (Dz.U. Nr 16, poz. 93). Opracowanie redakcyjne na podstawie: Prawo zobowiązań – część ogólna* (wyd. 2). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Namysłowska, M. i Skoczny, T. (2015). Możliwość i sposoby eliminacji z obrotu prawnego postanowień umownych uznanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów za abuzywne. Ekspertyza naukowa z 27.06.2015. Warszawa: CARS. Pozyskano z: https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/badania/07/Ekspertyza_naukowa_dla_ZBP.pdf
- Osajda, K. (2017). *Kodeks cywilny. Komentarz* (wyd. 17). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Pietrzykowski, K. (2013). *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰* (wyd. 7). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Pietrzykowski, K. (2015). *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰* (wyd. 8). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Pisuliński, J. (2017). Sankcja zamieszczenia w umowie niedozwolonego postanowienia w świetle dyrektywy 93/13/EWG i orzecznictwa TSUE. W: M. Romanowski (red.), *Rozdział II Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE* (wyd. 1). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Romanowski, M. (2010). W sprawie charakteru i skutków abstrakcyjnej kontroli niedozwolonych postanowień wzorców umownych stosowanych przez przedsiębiorcę. SPP, 3.
- Romanowski, M. (2017). Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe. W: M. Romanowski (red.), *Rozdział I Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE* (wyd. 1). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Romanowski, M. (2017). Zasada przejrzystości materialnej umowy konsumenckiej. W: M. Romanowski (red.), *Rozdział VI Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwe na tle orzecznictwa TSUE* (wyd. 1). Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Safjan, M. i Bosek, L. (2016). *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*. Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Trzaskowski, R. (2011). Wpływ uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (art. 479⁴² k.p.c.) i zakazu jego stosowania na indywidualne stosunki prawne kształtowane z wykorzystaniem tego postanowienia wzorca. W: J. Gudowski, K. Wetiz (red.), *Aurea Praxis Aurea Theoria Księga Pamiątkowa Ku Czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. Warszawa: LexisNexis.
- Trzaskowski, R. (2013). Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. Rozdział V, Inny niż nieważność skutek sprzeczności umowy z prawem B. Zmiana treści umowy ex lege i związanie stron umową o zmienionej treści 4. Sankcja z art. 385¹ § 1 k.c. Warszawa: LexisNexis.
- Wiewiórowska-Domagalska, A. (2015). „Bułgarski standard”. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego w sprawie mBanku. *Dziennik Gazeta Prawna*, 162, 21.08.2015. Pozyskano z: <https://finanse.uokik.gov.pl/chf/kalendarium/glosa-do-wyroku-sadu-najwyzszego-w-sprawie-mbanku>.
- Zoll, F. (2000). Kilka uwag na temat tzw. redukcji utrzymującej skuteczność. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1–2.
- Zoll, F. (2012). *DCFR Translation Project, English – Polish*. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_pl.pdf.