

Anastazja Kołodziej

Charakterystyka cywilnoprawnej sankcji niedozwolonych postanowień w umowach z konsumentami

1. Wprowadzenie

Przepisy dotyczące kontroli klauzul abuzywnych wprowadzone do kodeksu cywilnego ustawą z dnia 2 marca 2000 r.¹, weszły w życie 1 lipca 2000 r. w ramach implementacji dyrektywy 93/13 z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenciek². Pierwotnie ustawodawca planował wprowadzenie regulacji, według której niedozwolone postanowienia umowne byłyby nieważne. Przed uchwaleniem ustawy jej brzmienie w tym zakresie zmieniono, zastępując sankcję nieważności konstrukcją, według której postanowienia niedozwolone nie wiążą konsumenta, natomiast w pozostałym zakresie strony są umową związane. Początkowo sformułowanie „nie wiąże konsumenta” rodziło sporo wątpliwości w piśmiennictwie. Poglądy różniły się tak znacznie, że niektórzy uważali, iż mamy do czynienia z nieważnością, inni,

¹ Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271).

² Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L 95/29 z dnia 21 kwietnia 1993 r. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pl/dd/15/02/31993L0013PL.pdf>), dalej: dyrektywa 93/13.

że z nową, nieznaną dotychczas prawu cywilnemu sankcją. Po ośmiu latach obowiązywania tej regulacji, w brzmieniu w omawianym zakresie niezmienionym, warto przeanalizować cechy charakterystyczne „niewiązania konsumenta” postanowieniami niedozwolonymi umowy i podsumować poglądy wyrażane w piśmiennictwie i orzecznictwie sądów w celu odpowiedzi na pytanie, czy sankcja bezskuteczności niedozwolonych postanowień w umowach z konsumentami wykazuje cechy odróżniającą ją od sankcji nieważności.

2. Relacja przepisów ustanawiających sankcję naruszenia granic swobody umów do przepisu o sankcji przewidzianej dla klauzul abuzywnych

Punktem wyjścia dla rozważań o niedozwolonych postanowieniach umownych musi być przywołanie treści art. 353¹ k.c. statuującego ogólną normę kompetencyjną dla podmiotów prawa cywilnego, która uprawnia je do kształtowania treści stosunków zobowiązaniowych. Ograniczeniami swobody w kształtowaniu treści i celu stosunku zobowiązaniowego są właściwość (natura) stosunku, ustawa i zasady współzycia społecznego. Czynności prawne przekraczające granice swobody umów uznaje się za dokonane poza zakresem ustawowej kompetencji. Sankcją czynności dokonanej poza zakresem kompetencji jest nieważność czynności prawnej (całkowita lub częściowa).

Sytuacja faktyczna, w której treść umowy zostanie ukształtowana niezgodnie z dobrymi obyczajami (zasadami współzycia społecznego)³, naruszając przy tym rażąco interesy konsumenta, teoretycznie mogłaby być kwalifikowana na podstawie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 385¹ § 2 k.c., art. 58 § 2 k.c. art. 388 k.c., art. 5 k.c.⁴ Nie ulega

³ Zważywszy, że większość przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, iż klauzule generalne „dobre obyczaje” i „zasady współzycia społecznego” mają ten sam zakres znaczeniowy, posługując się tymi pojęciami zamiennie. Zob. Z. R a d w a ń s k i, M. Z i e - l i ń s k i, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, Przegląd Legislacyjny 2001, nr 2, s. 28. Inaczej jednak M. L e m k o w s k i, *Materiałna ochrona konsumenta*, RPEiS 2002, nr 3, s. 83.

⁴ Zważywszy, że przedmiotem moich rozważań są wyłącznie takie konsekwencje ukształtowania treści czynności prawnej, które skutkują nieważnością (lub bezskuteczno-

wątpliwości, że zakresy zastosowania norm wyinterpretowanych z przepisów art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 385¹ § 2 k.c. w zw. z § 1 tego artykułu pokrywają się częściowo. Nie wymaga także tłumaczenia stwierdzenie, że zakres zastosowania regulacji dotyczącej klauzul abuzywnych jest węższy niż zakres zastosowania sankcji naruszenia granic swobody umów, choćby dlatego, że regulacja art. 385¹ k.c. odnosi się tylko do obrotu konsumenckiego i nie dotyczy postanowień umownych określających główne świadczenia stron jednoznacznie. W myśl art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. sankcją czynności dokonanej poza zakresem kompetencji, a zatem w sprzeczności z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub właściwością zobowiązania jest nieważność czynności prawnej (całkowita lub częściowa). Poza zakresem kompetencji stron umowy konsumenckiej jest także ukształtowanie w umowie praw i obowiązków konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (art. 385¹ k.c.), które rodzi skutek w postaci niewiązania stron przez konkretną klauzulę umowną.

Dla porządku trzeba podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy są takie sytuacje, w których zakresy zastosowania przywołanych przepisów krzyżowałyby się, tj. sytuacje, w których zawarcie w umowie klauzuli abuzywnej nie byłoby jednocześnie przekroczeniem granic swobody umów. Z jednej strony, gdy analizujemy postanowienia konkretnej umowy, odpowiedź na postawione pytanie będzie negatywna. Ilekroć mamy do czynienia z klauzulą niedozwoloną w konkretnym stosunku zobowiązaniowym, tym samym jest to czynność dokonana poza zakresem kompetencji wyznaczonym przez art. 353¹ k.c. Z drugiej strony, przepisy art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. nie dotyczą jednak wzorców umów ocenianych w oderwaniu od konkretnego kontraktu, a art. 385¹ § 1 k.c. ma przecież zastosowanie przy kontroli abstrakcyjnej wzorca. Dlatego uznać trzeba, że zakresy zastosowania omawianych przepisów krzyżują się, a zakres zastosowania art. 385¹ k.c. nie zawiera się w zakresie zastosowania art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. Jednakże uznanie postanowienia wzorca za niedozwolony w ramach kontroli abstrakcyjnej

ścią), pominię art. 388 k.c., jako że mamy tu do czynienia z innym rodzajem sankcji (wzruszalność). Podobnie, z powodu innego rodzaju konsekwencji prawnych niż nieważność lub bezskuteczność, nie omówię w niniejszym opracowaniu przepisu art. 5 k.c.

nie rodzi sankcji cywilnoprawnych. Wszystkie sankcje cywilnoprawne dotyczą bowiem czynności prawnych. Dlatego należy rozróżnić zakresy zastosowania omawianych przepisów w ramach kontroli incydentalnej i abstrakcyjnej i uznać, że przy kontroli incydentalnej zakres zastosowania regulacji dotyczącej klauzul abuzywnych jest węższy niż zakres zastosowania sankcji naruszenia granic swobody umów i że się w nim zawiera. W omawianych przypadkach może więc dochodzić do zbiegu norm, w których jedna zawiera sankcję nieważności, a druga sankcję bezskuteczności. Przyjmując klasyfikację zbiegów norm opisaną przez E. Łętowską uznać trzeba, że mamy tu do czynienia z pozornym zbiegiem norm⁵.

Eliminacja „konkurencji” sankcji może nastąpić przez zastosowanie reguły wyłączenia wielości ocen wyrażonej w paremii *lex specialis derogat legi generali*. Przyjąwszy jednak prezentowany w literaturze pogląd, zgodnie z którym dopuszczalne jest zastosowanie normy ogólnej mimo istnienia normy szczególnej, uznać trzeba również możliwość eliminacji zbiegu norm (sankcji) przez przyznanie kompetencji adresatowi normy do rozstrzygnięcia o konsekwencjach zbiegu przez wybór normy, która znajdzie zastosowanie w danym przypadku. W literaturze podkreśla się, że „brak tu reguły stałej, względy formalno-logiczne rozumowania ustępują względem teleologicznym”⁶.

Przeoglądając skrótowo poglądy poszczególnych autorów, którzy wyrazili swoje zdanie w kwestii relacji przepisów art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 58 § 2 k.c. oraz 385¹ § 2 k.c., zauważymy, że większość z nich prezentuje sposoby usunięcia kolizji tych przepisów, stosując regułę *lex specialis derogat legi generali*. Przeważający jest więc pogląd, zgodnie z którym, w zakresie swojego zastosowania, przepisy o skutkach postanowień umownych uznanych za niedozwolone mają pierwszeństwo przed regulacją ogólną⁷. Nie ma jednak zgodności co do tego, czy przepis art.

⁵ E. Łętowska, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 493 i nast.

⁶ E. Łętowska, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 511 i nast.

⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 133. Tak samo: M. Lemkowski, *Materiałna ochrona konsumenta*, RPEiS 2002, nr 3, s. 89 oraz M. Skory, *Klauzule abuzywne w polskim prawie ochrony konsumenta*, Kraków 2005, s. 75.

385¹ § 2 k.c. stanowi ograniczenie ustawowe swobody umów, wówczas mielibyśmy do czynienia z kwalifikacją sankcji na podstawie art. 58 § 1 k.c., czy też należy go traktować jako przepis szczególny wobec art. 58 § 2 k.c.

Zdaniem P. Machnikowskiego nie jest zasadne traktowanie art. 385¹ § 1 k.c. jako przepisu szczególnego względem art. 353¹ k.c. w zakresie, w jakim przepis ten ustanawia normę kompetencyjną, ponieważ przepis art. 385¹ § 1 k.c. nie wyraża swobody umów, ale ją ogranicza. Dlatego Autor uznaje, że przepis art. 385¹ § 1 k.c. stanowi ograniczenie ustawowe swobody umów, o którym mowa w art. 353¹ k.c. W przypadkach abuzywności klauzuli i jednocześnie jej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego Autor proponuje dać prymat regulacji art. 385¹ k.c., uznając, że sprzeczność z ustawą wyłącza potrzebę badania relacji tej czynności do zasad współżycia społecznego⁸. Zważywszy zatem, że przekroczenie ustawy skutkuje nieważnością, komentując art. 58 k.c., ten sam Autor wskazuje na art. 385¹ § 2 k.c. jako przepis szczególny regulujący odrębne skutki niż nieważność⁹.

M. Bednarek natomiast jednoznacznie stwierdza, że klauzula niedozwolona nie jest równoznaczna z klauzulą sprzeczną z ustawą. Autorka ustawia ten przepis w relacji do art. 58 § 2 k.c., czyli sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i w tym zakresie uważa regulację dotyczącą klauzul niedozwolonych za szczególną do art. 58 § 2 k.c. Uważa ona przy tym, że w przypadku jednocześnie abuzywności umowy i jej sprzeczności z ustawą pierwszeństwo należy dać sankcji częściowej (lub całkowitej) nieważności na podstawie art. 58 § 1 lub 3 k.c. przed sankcją bezskuteczności¹⁰. Jak się wydaje, pogląd ten zakłada, że sprzecz-

⁸ P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 187 i nast. Podobnie R. Trzaskowski, posługując się regułą *lex specialis derogat legi generali*, uznaje, że regulacja dotycząca niedozwolonych postanowień umownych – w zakresie swojego zastosowania – jest przepisem szczególnym względem ograniczenia zasady swobody umów przez zasady współżycia społecznego; zob. R. Trzaskowski, [w:] *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005, s. 457 i nast.

⁹ P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 133, podobnie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 133.

¹⁰ M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 186 i nast. oraz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa

ność z jakimkolwiek innym przepisem ustawy (o charakterze imperatywnym lub semiimperatywnym) niż art. 385¹ § 1 k.c. jest podstawą do stwierdzenia nieważności na podstawie art. 58 § 1 k.c., także wówczas, gdy dana klauzula jest równocześnie niezgodna z zasadami współzycia społecznego. Jednocześnie Autorka podziela pogląd E. Łętowskiej, która, uznając, że mamy tu do czynienia ze zbiegiem norm, dopuszcza wybór „mechanizmu kontrolnego” przez uprawnionego¹¹. Według tego poglądu w przypadkach, w których zakres zastosowania przepisów art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 58 § 2 k.c. oraz 385¹ § 2 k.c. pokrywa się, wybór podstawy prawnej roszczenia, tym samym kwalifikacji prawnej stanu faktycznego i związanej z tym sankcji, należał będzie do uprawnionego¹². O ile dobrze odczytałam intencję E. Łętowskiej, pogląd ten zakłada możliwość zastosowania w omawianym przypadku alternatywnie obu sankcji (nieważność albo bezskuteczność) w zależności od dokonania przez uprawnionego (konsumenta) wyboru podstawy prawnej¹³. Niezależnie więc, czy uznamy, że klauzula sprzeczna z dobrymi obyczajami, rażąco naruszająca interes konsumenta jest sprzeczna z ustawą, czy z zasadami współzycia społecznego, należyte uzasadnienie przez konsumenta, że nie zawarłby umowy bez kwestionowanej klauzuli, byłoby dla sądu wiążące (art. 58 § 3 k.c.).

2006, s. 666 i nast. Tak też: J. Pi s u l i Ń s k i, *Niedozwolone klauzule umowne w obrocie bankowym*, PB 2005, nr 6, s. 23 i nast.; P. M a c h n i k o w s k i, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 133.

¹¹ E. Ł ę t o w s k a, *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 96 oraz – jak się wydaje – [w:] *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 335; M. B e d n a r e k, *Wzorce umów...*, s. 175 oraz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna...*, s. 658. Tak też W. P o p i o ł e k, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2004, s. 892. Nie zgadza się z tym poglądem P. M a c h n i k o w s k i, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 524.

¹² Podobnie jest przy instytucji rękojmi, która przecież występuje w zbiegu z odpowiedzialnością kontraktową sprzedawcy, a konsument może pominąć rękojmię, a zamiast niej dochodzić jedynie naprawienia szkody z tytułu niewykonania zobowiązania.

¹³ Ponieważ omówienie procesowych konsekwencji zbiegu roszczeń wynikających ze zbiegu norm jednostkowego zastosowania oraz zasady *da mihi factum dabo tibi ius* wykraczają poza zakres niniejszego opracowania, zob. szerzej E. Ł ę t o w s k a, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 531 i nast.

Z przywołanych wyżej reprezentatywnych poglądów na temat sposobu rozstrzygnięcia pozornego zbiegu w omawianym zakresie można wnioskować, że możliwe są dwie główne drogi ustalenia relacji omawianych przepisów. Po pierwsze, niedozwolona klauzula umowna jest przekroczeniem granic swobody umów w postaci ustawy, lecz ustalenie tej okoliczności nie będzie skutkowało stwierdzeniem nieważności, jest bowiem przepis szczególnie, który przewiduje inną sankcję, sankcję bezskuteczności¹⁴. Jednakże w przypadku sprzeczności z innym przepisem imperatywnym lub semiimperatywnym niż art. 385¹ § 1 k.c. zastosowanie znajdą przepisy art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. Po drugie, sprzeczność klauzuli umownej z bezwzględny lub semiimperatywnym przepisem ustawy skutkować będzie jej nieważnością, zaś przy naruszeniu przez treść umowy zasad współzycia społecznego wybór podstawy prawnej, a tym samym sankcji, należał będzie do uprawnionego.

Moim zdaniem niedozwolona klauzula umowna jest przekroczeniem granic swobody umów w postaci ustawy¹⁵, dlatego przepis art. 58 § 2 k.c. nie ma zastosowania do wyznaczania sankcji zawarcia w umowie z konsumentem klauzul niedozwolonych. Określenie sankcji przekroczenia ustawy w umowie z konsumentem zależeć będzie od tego, czy mamy do czynienia z klauzulą niedozwoloną, czy przekroczeniem innego imperatywnego lub semiimperatywnego przepisu. W przypadku ustalenia, że w konkretnym przypadku znajdzie zastosowanie art. 385¹ § 1 k.c., wówczas ustalenie tej okoliczności nie będzie skutkowało stwierdzeniem nieważności, jest bowiem przepis szczególnie, który przewiduje inną sankcję, sankcję bezskuteczności. W razie innego przekroczenia ustawy (niż art. 385¹ § 1 k.c.) zastosowanie znajdzie art. 58 § 1 k.c. i w grę wejdzie nieważność lub inny skutek przewidziany przez ustawę¹⁶. W przypadkach, w których zajdzie niezgodność z ustawą w postaci innego przepisu niż art. 385¹ § 1 k.c., lecz jednocześnie objętego zakresem zastosowania art. 385¹ § 1 k.c., stanimy przed wyborem, czy dać pierwszeństwo sankcji bezskuteczności, czy nieważności, jako dalej idącej. W mojej ocenie, jeśli niedozwolona klauzula jest jednocześnie sprzeczna

¹⁴ Art. 385¹ § 2 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 385¹ § 1 k.c.

¹⁵ Art. 385¹ § 1 k.c.

¹⁶ Przykładowo art. 359 § 2² k.c.

z przepisem bezwzględnie obowiązującym, wówczas sankcja nieważności powinna wyprzedzać sankcję bezskuteczności. Jeśli jednak inny przepis przewiduje inny skutek niż nieważność, należy zastosować w pierwszej kolejności ten inny przepis.

Ustosunkowując się do zagadnienia dopuszczenia wyboru przez konsumenta między sankcją nieważności¹⁷ a sankcją bezskuteczności¹⁸, na początek stwierdzić trzeba, że faktycznie wyboru dokonywał będzie organ orzekający na podstawie faktów przedstawionych przez konsumenta. Można by powiedzieć, że wyłączając uprawnienie do wyboru między takimi rodzajami sankcji, odebraliśmy konsumentowi możliwość „wyjścia z umowy”, która w rażąco sposób narusza jego interesy. Takie ograniczenie praw konsumenta nie jest przecież zgodne z celem dyrektywy 93/13, przeciwnie – dyrektywa ma na celu zagwarantowanie realnego wykonania umowy bez klauzuli abuzywnej, jeśli jest to w interesie konsumenta, lecz nie ogranicza możliwości przyznania konsumentowi dalej idącej ochrony. W mojej ocenie trudno jednak o przypadki, w których konsument mógłby wykazać, że bez niekorzystnej dla niego klauzuli nie zawarłby umowy. Dlatego, w zakresie przeze mnie omawianym, nie ma uzasadnienia dla przyznawania konsumentowi „wyboru” między sankcjami. Trzeba więc pozostać przy wyżej zaprezentowanej metodzie wykładni (*lex specialis derogat legi generali*). Uniknęlibyśmy powyższych problemów interpretacyjnych i jednocześnie osiągnęli pożądaną skutek, gdyby ustawodawca posłużył się sankcją bezwzględnej nieważności w przypadku postanowień abuzywnych w umowie z konsumentem, a wyłącznie słabszej stronie umowy, tj. konsumentowi, przyznał uprawnienie powołania się na art. 58 § 3 k.c. *in fine*.

3. Nieważność bezwzględna a sankcja bezskuteczności czynności prawnej

Powszechnie przyjmowane kryterium rozróżnienia sankcji wadliwych czynności prawnych oparte jest na elemencie konstrukcyjnym czynności prawnej jako czynności konwencjonalnej, której reguły dokonania wy-

¹⁷ Art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.

¹⁸ Art. 385¹ § 2 k.c.

znaczone są przez przepisy prawa¹⁹. W literaturze wyróżnia się jako elementy konstytutywne (konstrukcyjne) czynności prawnej tzw. reguły konstrukcyjne (kto, jak ma się zachować, aby można było rozpoznać znaczenie tego zachowania) oraz tzw. reguły konsekwencyjne (wyznaczające konsekwencje prawne z takim zachowaniem związane). Z. Radwański wyróżnia reguły konstytutywne oraz niekonstytutywne. Niestosowanie pierwszych powodować będzie nieważność czynności prawnej, natomiast naruszenie reguł niekonstytutywnych powoduje inne niż nieważność sankcje wadliwych czynności prawnych²⁰. Jako jedną z reguł wskazującą na prawidłowe dokonanie czynności wyróżnia się brak sprzeczności z normami bezwzględnie wiążącymi lub zasadami współżycia społecznego (art. 58 k.c.).

W literaturze przeważa pogląd, że czynności wadliwe stanowią klasę najszerszą, która zawiera w sobie także takie postacie wadliwości czynności prawnych, jak ich nieważność i bezskuteczność. Zgodnie z poglądem M. Gutowskiego czynności prawne nieważne to czynności dokonane wbrew normatywnie wyznaczonym regułom konstrukcyjnym, zaś czynności prawne bezskuteczne, to czynności ważne, a zatem dokonane zgodnie z normatywnie wyznaczonymi regułami konstytutywnymi, lecz z uwagi na ich szczególne unormowanie określone skutki tych czynności prawnych nie powstają²¹. Autor ten uznaje, że czynności bezwzględnie nieważne nie zawierają się w klasie czynności bezskutecznych²². Zgadzając się z tym poglądem, za wyjściowe dla dalszych rozważań uczynię założenie, że nieważność bezwzględna czynności prawnej i jej bezskuteczność to dwie odmienne sankcje wadliwych czynności prawnych.

¹⁹ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 436 i nast.; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 44. Inne stanowisko zajmuje P. Machnikowski, który uważa, że nie należy przeceniać przywołanego kryterium dla przydatności następstw nieprawidłowości czynności prawnych – P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 360.

²⁰ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne...*, s. 428 i nast.

²¹ Warty przywołania jest pogląd M. Gutowskiego, zgodnie z którym termin „bezskuteczność” kładzie nacisk na skutki czynności prawnej, zaś „wadliwość” na konstrukcję. Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 62 i nast. Zob. też E. Till, *O nieważności i bezskuteczności czynności prawnych*, Lwów 1922, s. 304.

²² Inaczej, jak się wyraża, P. Machnikowski, *Swoboda...*, s. 360.

Dla jasności terminologicznej dalszego toku wypowiedzi konieczne jest oznaczenie **przedmiotu nieważności lub bezskuteczności**. Tak więc przedmiotem kontroli incydentalnej są postanowienia wzorca kształtujące treść konkretnego stosunku zobowiązaniowego (inkorporowane do umowy), jak i postanowienia umowne niezgodnione indywidualnie z konsumentem²³. W wyniku kontroli incydentalnej sąd może więc stwierdzić bezskuteczność postanowienia umowy w zakresie indywidualnie narzuconych postanowień kontraktu lub wzorca, o ile wyznacza on treść konkretnego stosunku zobowiązaniowego. **Przedmiotem bezskuteczności jest więc treść czynności prawnej**, ukształtowana przez umowę lub wzorzec. Podobnie w **przypadku sankcji nieważności – kontroli podlega treść i cel czynności prawnej** (umowy) zawarta w oświadczeniach woli lub we wzorcu inkorporowanym do umowy. Wprawdzie według klasycznego poglądu treść czynności prawnej jest zawarta w oświadczeniach woli stron, nie obejmuje natomiast tych skutków czynności prawnej, które nie są zawarte w oświadczeniach woli, ale wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 56 k.c.)²⁴, co mogłoby wskazywać na to, że pogląd ten dotyczy również wzorców umownych. Wszak wzorce umów są dodatkowym czynnikiem kształtującym treść stosunku prawnego wynikającego z umowy, obok wymienionych w art. 56 k.c. przepisów prawa, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów²⁵. Jednakże wzorzec umowy jest kwalifikowanym oświadczeniem woli proponenta kształtującym poza konsensem treść stosunku prawnego wynikającego z umowy jedynie na wzór określony w art. 56 k.c.²⁶ dlatego treść czynności prawnej ukształtowana przez postanowienia wzorca może podlegać ocenie w kontekście nieważności bezwzględnej.

²³ M. Bednarek drugą grupę wymienionych postanowień nazywa „postanowieniami indywidualnie narzuconymi”. Zob. M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań...*, s. 684.

²⁴ P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 131.

²⁵ M. Śmigiel, *Wzorce umów jako czynnik kształtujący zobowiązaniowe stosunki prawne – ewolucja instytucji*, [w:] *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, E. Gniewek, Kraków 2000, s. 373.

²⁶ E. Łętowska, *Ochrona...*, s. 85 i nast. Zob. przegląd poglądów nt. źródeł mocy wiążącej wzorców: J. Haberko, *Moc wiążąca wzorców umownych*, Przegląd Sądowy 2007, nr 7-8, s. 109 i nast.; M. Śmigiel, *Wzorce umów...*, s. 373.

Według powszechnie akceptowanego poglądu, przedstawionego przez Z. Radwańskiego, **nieważna czynność prawna** nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych *ex tunc* i *ex lege*, sąd uwzględnia ją z urzędu na każdym etapie postępowania, każda osoba zainteresowana w ustaleniu tej cechy może się na nią powołać (*erga omnes*). Ponadto nieważność ma charakter definitywny, tj. czynność prawna nigdy nie stanie się ważna, nawet wówczas, gdy przyczyna nieważności odpadnie²⁷, a także, zgodnie z art. 58 § 3 k.c., nieważność niektórych postanowień czynności prawnej nie wpływa na ważność pozostałej części czynności prawnej, jeśli bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność zostałaby dokonana (postanowienia ważne stanowią minimum treści czynności danego typu) oraz jeżeli bez nieważnego postanowienia nie zostaje naruszona tożsamość czynności (nieważność postanowienia umowy wzajemnej zobowiązującego jedną ze stron do świadczenia)²⁸. Sankcja ta może być jednak w szczególnych przypadkach przez ustawę wyłączona na rzecz innej, lepiej dostosowanej do danego przypadku sankcji dokonania wadliwej czynności prawnej²⁹.

Odnośnie do **sankcji bezskuteczności czynności prawnej**, w literaturze wyróżnia się co najmniej trzy jej postaci³⁰. Dla niniejszych rozważań wystarczy przywołać główne stanowiska w doktrynie wyjaśniające istotę bezskuteczności względnej, częściowej i bezskuteczności *sensu stricto*. Z. Radwański w ramach **sankcji bezskuteczności względnej** wyróżnia bezskuteczność z mocy samego prawa oraz bezskuteczność na podstawie orzeczenia sądu. Autor podkreśla, że ustawodawca posługuje się konstrukcją bezskuteczności względnej, aby czynność prawna nie uniemożliwiała wykonania prawa osobie nieuczestniczącej w danej

²⁷ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna...*, s. 428 i nast.

²⁸ P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 134. Ciężar przedstawienia dowodu na okoliczności, że bez postanowień nieważnych czynność nie zostałaby dokonana, spoczywa na tym, kto opiera swoje powództwo lub obronę na twierdzeniu o jej nieważności.

²⁹ Jako przykład takiej sankcji podaje się często w literaturze bezskuteczność niedozwolonych postanowień umownych w umowie z konsumentem (art. 385¹ § 2 k.c.). Tak: P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 133 i 504.

³⁰ Bezskuteczność zawieszona, bezskuteczność względna, bezskuteczność *sensu stricto*.

czynności prawnej. Konstrukcja ta chroni zatem zawsze prawo osoby trzeciej³¹. Co ciekawe, Autor dodaje, że jeśli czynności nie wywierają skutków między stronami, to jest to konsekwencją uznania ich za nieważne³². W dalszej części opracowania wypadnie uznać, że z takim rodzajem nieważności mamy do czynienia w przypadku klauzul abuzywnych. Ponadto Z. Radwański wyróżnił odrębnie sytuacje, w których tylko część postanowień zawartych w oświadczeniu woli jest prawnie skuteczna, i nazwał je **częściową bezskutecznością czynności prawnej**. Konstrukcja ta obejmuje przypadki, w których czynność prawna została dokonana ważnie, lecz niektóre jej postanowienia są sprzeczne z *ius cogens*, zasadami współżycia społecznego lub niemożliwe do wykonania, a w konsekwencji tego bezskuteczne³³. Warto zauważyć jednak, że Autor nie rozstrzyga w tym miejscu, czy mamy do czynienia z postanowieniem bezskutecznym, czy nieważnym, a jedynie stwierdza, że jest to przypadek niewywoływania skutków prawnych przez część czynności bez możliwości zastosowania przepisu ogólnego, tj. art. 58 § 3 k.c.

Inny pogląd co do podziału i istoty konstrukcji bezskuteczności czynności prawnej wyraził M. Gutowski. Wyróżnia on wśród czynności prawnych ważnych, lecz prawnie bezskutecznych **czynności prawne bezskuteczne sensu stricto** (w całości lub w części) i czynności prawne względnie bezskuteczne (z mocy prawa lub konstytucyjnego orzeczenia sądu), przy czym wśród tych pierwszych wymienia niedozwolone postanowienia umowne. Wyróżniając czynności prawne bezskuteczne *sensu stricto*, Autor kieruje się „konstrukcjami, dla opisanego których używa tego terminu ustawa”, a także stwierdza, że konstrukcja czynności bezskutecznej *sensu stricto*, inaczej niż czynności nieważnej, jest zgodna z normami obejmującymi reguły konstytucyjne czynności prawnej. W wypadku czynności bezskutecznych *sensu stricto* pomimo zachowania reguł kon-

³¹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 342 oraz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna...*, s. 444 i nast.

³² Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna...*, s. 342.

³³ Autor jako przepis ogólny dla tego rodzaju konstrukcji przywołuje art. 58 § 3 k.c. i podaje, że niekiedy szczególnie przepisy prawne jednoznacznie rozstrzygają, jakie postanowienia czynności prawnej są niedozwolone, a zatem bezskuteczne. Jako przykład takiego przepisu podaje art. 385¹ k.c. – Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna...*, s. 438 i nast.

stytutowych nie zostaje, na mocy właściwych reguł konsekwencyjnych, kreowany skutek prawny³⁴.

Odnosząc się do tego poglądu zauważyć trzeba, że w przypadku niedozwolonych postanowień umownych naruszone zostają te same reguły konstytutywne czynności prawnych co przy nieważności czynności prawnej. Mamy tu bowiem do czynienia z przekroczeniem kompetencji stron do kreowania treści stosunku zobowiązaniowego przez ukształtowanie go sprzecznie z tzw. słusnością kontraktową. Uważam więc, że wyżej wspomniany argument Autora nie uzasadnia w omawianym zakresie wyróżnienia konstrukcji bezskuteczności *sensu stricto*. Przyznać jednak trzeba, że brzmienie przepisu art. 385¹ k.c. skłania do wniosku, że mamy tu do czynienia z sankcją inną niż nieważność, którą dla porządku będę nazywać dalej sankcją bezskuteczności *sensu stricto*.

4. Sankcja niedozwolonych klauzul w umowie z konsumentem

Ukształtowanie postanowień umowy z konsumentem w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz w sposób rażąco naruszający interes konsumenta powoduje, że mamy do czynienia z czynnością niezgodną z normami obejmującymi jej reguły konstytutywne, co zwykle skutkuje nieważnością czynności prawnej. Jednakże w celu ochrony konsumenta ustawodawca nakazuje stosować sankcję inną niż nieważność³⁵. Jako uzasadnienie zastosowania takiej sankcji podaje się w pierwszej kolejności potrzebę uniknięcia możliwych niekorzystnych skutków wynikających ze stosowania art. 58 § 3 k.c., tym samym zagwarantowanie konsumentowi realnego wykonania umowy w pozostałym, niedotkniętym bezskutecznością zakresie³⁶. Ochrona konsumenta polega na uniemożliwieniu przedsiębiorcy unieważnienia, wbrew woli konsumenta, całej umowy³⁷. Niekie-

³⁴ M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 86 i nast.

³⁵ Zob. art. 58 § 1 k.c.

³⁶ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 343 oraz F. Zołł, *Niedozwolone klauzule w umowach konsumenckich. Wprowadzenie do dyrektywy Rady EWG 93/13*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1993, z. 2, s. 195.

³⁷ J. Gólczyński, *Wzorce i niedozwolone klauzule umowne w praktyce bankowej po wejściu w życie ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny*, *Przegląd Sądowy* 2001, nr 11-12, s. 106.

dy podnosi się także, że bezskuteczność czynności prawnej jest właściwszą sankcją niedozwolonych postanowień umownych, ponieważ ma ona węższy zakres podmiotowy od bezwzględnej nieważności, na którą zawsze i każdy może się powołać³⁸. Z tym poglądem, z powodów przywołanych w dalszej części tego opracowania opisującej cechy sankcji bezskuteczności, trudno się zgodzić. Warto przywołać przy tym trafne spostrzeżenie E. Łętowskiej, która zauważa, że praktyczne skutki nieważności i uregulowanej w art. 385¹ § 2 k.c. sankcji bezskuteczności *ex lege* są podobne³⁹.

W literaturze brak zgody co do rodzaju i cech charakterystycznych sankcji przewidzianej w art. 385¹ § 2 k.c. Niektórzy z autorów uznają, że mamy tu do czynienia z nową, nieznaną klasycznej cywilistyce sankcją wadliwej czynności prawnej i proponują zastąpienie jej sankcją nieważności⁴⁰ lub bezskuteczności względnej⁴¹. M. Lemkowski próbuje wytłumaczyć sformułowanie art. 385¹ § 2 k.c. „nie wiąże konsumenta” w ten sposób, że dzieli postanowienia wiążące strony w ramach danego stosunku zobowiązaniowego na takie, które wynikają ze wzorca i takie, które objęte zostały umową. Jeśli postanowienie wywodzi się ze wzorca, a jest niedozwolone, to nie wiąże, analogicznie jak wzorec „nie wiąże”, jeśli nie został prawidłowo inkorporowany od umowy⁴². Jeśli natomiast niedozwolone postanowienie zostało objęte umową, przekształcając koncepcję konsensu normatywnego, Autor proponuje uznać, że następują skutki, jakby oświadczenie woli zostało złożone bez niedozwolonego postanowienia umownego⁴³. Natomiast Z. Radwański uważa, że mamy tu do czynienia z częściową bezskutecznością czynności prawnej⁴⁴.

³⁸ K. Kohutek uważa, że **na bezskuteczność powołać może się tylko konkretny konsument**. Tak K. Kohutek, *Kontrola treści ogólnych warunków umów bankowych na tle nowelizacji kodeksu cywilnego w dziedzinie ochrony konsumenta*, PB 2000, nr 12, s. 35 i nast.

³⁹ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 343.

⁴⁰ M. Skory, *Klauzule abuzywne...*, s. 194.

⁴¹ M. Smigiel, *Wzorce umów...*, s. 361. Wobec okoliczności (którą zauważa Autor), że podstawą konstrukcji bezskuteczności względnej jest ochrona możliwości wykonania prawa podmiotowego przysługującego podmiotowi niebędącemu stroną określonej czynności prawnej, przywołany pogląd jest bardzo trudny do obrony.

⁴² Art. 384 k.c.

⁴³ M. Lemkowski, *Materialna ochrona...*, z. 3, s. 87 i nast.

⁴⁴ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna...*, s. 438 i nast.

Przeważa jednak pogląd, zgodnie z którym sformułowanie kodeksowe „nie wiąże konsumenta” rozumieć trzeba jako bezskuteczność tego postanowienia⁴⁵, choć nie ma zgody co do cech charakterystycznych tej sankcji. W piśmiennictwie znajdziemy rozbieżne poglądy przykładowo co do tego, czy omawiana regulacja znajduje zastosowanie dopiero wtedy, gdy nie zachodzi podstawa nieważności⁴⁶, czy na miejsce postanowień bezskutecznych wchodzi przepisy dyspozytywne⁴⁷, czy badając umowę pod względem abuzywności jej postanowień sąd związany jest granicami żądania⁴⁸ lub czy niedozwolona klauzula jest bezskuteczna wobec stron, czy tylko wobec konsumenta⁴⁹.

Podjmując próbę przedstawienia zbiorczo według poglądów dominujących w literaturze cech sankcji z art. 385¹ § 2 k.c., stwierdzić należy, że bezskuteczność niedozwolonej klauzuli umownej zastępuje sankcję

⁴⁵ W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I: *Komentarz*, Warszawa 2004, red. K. Pietrzykowski, s. 895; K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 594; E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 343 oraz *Ochrona...*, s. 106; M. Bednarek, *Wzorce...*, s. 196 oraz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna...*, s. 666; F. Zoll, *Kilka uwag na temat tzw. Redukcji utrzymującej skuteczność*, TPP 2000, nr 1-2, s. 13 i nast.; Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia. *Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2006, wersja elektroniczna LexPolonicaMaxima, *komentarz do art. 385¹ k.c.*; J. Gołaczyński, *Wzorce...*, s. 106.

⁴⁶ Pozytywnej odpowiedzi udziela J. Pisuliński, *Niedozwolone klauzule umowne w obrocie bankowym na wybranych przykładach*, PB 2005, nr 6, s. 6 i nast. Inaczej Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 133.

⁴⁷ Pozytywnej odpowiedzi udziela większość autorów. Zamiast wielu M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 666. Inaczej Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia. *Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2006, wersja elektroniczna LexPolonicaMaxima, *komentarz do art. 385¹ k.c.*,

⁴⁸ Zob. art. 321 § 1 k.p.c. Pozytywnej odpowiedzi udziela M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 686. Autorka wyprowadza swój wniosek z tego, że sankcja nieważności wywiera skutek *erga omnes*, a bezskuteczność skutkuje tylko wobec konsumenta. Tak samo F. Zoll, *Niedozwolone klauzule...*, s. 195. Inaczej większość autorów. Zamiast wielu W. Popiołek, *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895.

⁴⁹ Za bezskutecznością wobec konsumenta zamiast wielu M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 665. Natomiast za bezskutecznością wobec obu stron W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895; E. Łętowska, *Ochrona...*, s. 106.

wadliwego ukształtowania treści umowy przez strony przez naruszenie słuszności kontraktowej (nieważności umowy lub jej części), a więc w tym wypadku postanowienie umowne jest ważne, ale bezskuteczne. Konstrukcję tę charakteryzuje to, że niedozwolona klauzula umowna nie wiąże *ex lege*⁵⁰ i *ex tunc*, co ma charakter definitywny, tj. nie jest możliwe przywrócenie skuteczności abuzywnego postanowienia, a na miejsce postanowień bezskutecznych wchodzi przepisy dyspozytywne. Badając umowę pod względem abuzywności jej postanowień, sąd nie jest związany granicami żądania⁵¹. Ponadto bezskuteczność dotyczy tylko konkretnego postanowienia niedozwolonego, a zatem strony są związane umową w pozostałym zakresie (bezskuteczność częściowa)⁵². Sporne jest natomiast, czy bezskuteczność następuje tylko wobec konsumenta⁵³.

Mając powyższe na względzie, warte wyróżnienia są **podobieństwa i różnice** między sankcją bezskuteczności *sensu stricto* a nieważności bezwzględnej. Tożsame cechy to: skutek *ex lege* i *ex tunc*, obowiązek sądu

⁵⁰ Cz. Ż u ł a w s k a, *Komentarz do Kodeksu Cywilnego*, t. I..., s. 138; E. Ł ę t o w s k a, *Ochrona...*, s. 106; M. J a g i e l s k a, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego, kontrola umów i wzorców umownych*, MoP 2000, nr 11, s. 701; M. G u t o w s k i, *Nieważność...*, s. 90.

⁵¹ W. P o p i o ł e k, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895 oraz wyrok ETS z dnia 26 października 2006 r. w sprawie Elisa María Mostaza Claro przeciwko Centro Móvil Milenium SL, C-168/05, zgodnie z tezą 29 i 30: „Ochrona przyznana konsumentom w dyrektywie rozciąga się zatem na sytuacje, w których konsument, który zawarł z przedsiębiorcą umowę zawierającą nieuczciwe postanowienie, nie podnosi zarzutu nieuczciwości tego postanowienia, czy to z tego powodu, że nie jest on świadom swych praw, czy też ze względu na wysokie koszty postępowania przed sądem. Dlatego też celu art. 6 dyrektywy – który, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by konsumenci nie byli związani nieuczciwymi warunkami umów – nie dałoby się osiągnąć, gdyby sąd rozpoznający sprawę o uchylenie orzeczenia sądu polubownego nie mógł stwierdzić nieważności tego orzeczenia z tej tylko przyczyny, że konsument nie podniósł zarzutu nieważności zapisu na sąd polubowny w toku postępowania arbitrażowego.”, <http://curia.europa.eu/juris>. Inaczej M. B e d n a r e k, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 686.

⁵² Wyłączone jest możliwość analogicznego zastosowanie przepisu art. 58 § 3 k.c., a tym samym doniosłość dla stron postanowienia uznanego za bezskuteczne nie ma skutku dla całej umowy.

⁵³ Za bezskutecznością wobec konsumenta zamiast wielu M. B e d n a r e k, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 665. Natomiast za bezskutecznością wobec obu stron W. P o p i o ł e k, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895; E. Ł ę t o w s k a, *Ochrona...*, s. 106.

uwzględniania okoliczności niewiązania konsumenta danym postanowieniem umownym z urzędu, zastąpienie bezskutecznych/nieważnych postanowień przez przepisy dyspozytywne. Podstawowe różnice między tymi sankcjami to skutek bezskuteczności postanowienia umowy tylko wobec konsumenta, a nadto okoliczność, że doniosłość dla stron postanowienia uznanego za bezskuteczne nie ma skutku dla całej umowy. Najbardziej intrygujące i sporne w literaturze są te właśnie z cech bezskuteczności, które odróżniają ją od nieważności. Dlatego wymagają one dokładniejszego omówienia.

Jak wyżej wspomniałam, w literaturze nie ma zgody co do tego, czy klauzula uznana za bezskuteczną **nie wiąże stron**, czy – jak stanowi *expressis verbis* przepis – klauzula „**nie wiąże konsumenta**”⁵⁴. Jak wiadomo, większość z umów, do których będą miały zastosowanie przepisy o klauzulach abuzywnych, to umowy wzajemne. Jedną z charakterystycznych cech takich umów jest to, że nieważność zobowiązania wzajemnego jednej strony powoduje nieważność zobowiązania drugiej strony, jako kauzalnie uzależnionego od świadczenia wzajemnego. Brzmienie przepisu art. 385¹ k.c. wskazuje, że mamy tu do czynienia z sytuacją, w której jedna ze stron może być zwolniona ze swojego świadczenia, a druga mimo to będzie zobowiązana spełnić świadczenie wzajemne⁵⁵. Oczywiście, nawet w zobowiązaniach wzajemnych są takie obowiązki jednej strony, które nie stanowią ścisłego równoważnika obowiązków drugiej strony, ale ustawodawca nie ograniczył bezskuteczności tylko do tych obowiązków.

Ponadto we wszystkich rodzajach umów, w tym dwustronnie zobowiązujących, które w obrocie konsumenckim przeważają, może powstać taka sytuacja, że po stronie przedsiębiorcy będziemy mieli do czynienia

⁵⁴ Przepis ten jest dosłownym powtórzeniem art. 6 dyrektywy 93/13. Do ustawodawstw krajowych Francji, Niemiec, Hiszpani, Włoch został on implementowany w ten sposób, że postanowienia abuzywne są nieważne lub nie wiążą stron. Jedynie w systemie prawa angielskiego *common law* przyjmuje się, że umowa może, nawet w całości, nie wiązać jednej strony (konsumenta), a pozostawać wiążąca dla drugiej strony (przedsiębiorcy). Zob. G.H. Treitel, *The Law of Contract*, London 2003, s. 280 i nast.

⁵⁵ Poza komentarzem pozostają oczywiście postanowienia określające główne świadczenia stron, o ile zostały oznaczone jednoznacznie. Ich bowiem nie dotyczy regulacja art. 385¹ k.c.

z ważnym i skutecznym uprawnieniem, a po stronie konsumenta, na skutek uznania klauzuli za bezskuteczną, obowiązek będzie ważny, ale bezskuteczny⁵⁶. Taki kształt zobowiązania pozbawiałby je cechy charakterystycznej dla stosunków zobowiązaniowych – korelatywności długu i wierzytelności. Ponadto, jak przesądził ETS⁵⁷, według prowszólnotowej interpretacji omawianego przepisu sąd powinien uwzględniać bezskuteczność z urzędu, co jest charakterystyczne dla sankcji wywierającej skutek *erga omnes* (nieważność) oraz pozostaje w sprzeczności z bezskutecznością tylko wobec konsumenta⁵⁸. W mojej ocenie zatem ochrona konsumenta, a więc cel, jaki ma spełniać sankcja bezskuteczności postanowień niedozwolonych, nie wymaga, aby owa bezskuteczność miała jedynie „jednostronny” charakter. Przejęte przez ustawodawcę sformułowanie dyrektywy komplikuje bowiem obrót, wykładnia staje się nazbyt utrudniona, a nadto powoduje nieuzasadnione odstępstwo od klasycznej cechy zobowiązania, jaką jest korelatywność długu i wierzytelności. Dlatego uważam, że bezskuteczność klauzul niedozwolonych należy odnosić do konkretnych postanowień umownych w całości i wobec obu stron umowy⁵⁹.

Kolejną cechą, która odróżnia sankcję bezskuteczności od nieważności jest **brak wpływu nieskutecznej klauzuli umownej na skuteczność pozostałej części umowy**⁶⁰. Należy się więc zastanowić, które z elemen-

⁵⁶ Krytykę tego rozwiązania przeprowadza M. Skory, *Klauzule abuzywne...*, s. 187.

⁵⁷ Wyrok ETS z dnia 26 października 2006 r. w sprawie Elisa María Mostaza Claro przeciwko Centro Móvil Milenium SL, C-168/05, <http://curia.europa.eu/jurisp>.

⁵⁸ Odmienne M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 686. Podobnie K. Kohutek, *Kontrola treści...*, s. 35 i nast.

⁵⁹ Tak też: W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895; E. Łętowska, *Ochrona...*, s. 106, jednakże bez podania argumentacji. Jak się wydaje, także P. Machnikowski, *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 524.

⁶⁰ Zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy 93/13 „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 to możliwe po wyłączeniu z niej nieuczciwych warunków.**” Choć ustawodawca nie transponował wprost tego postanowienia dyrektywy, prowszólnotowa wykładnia nakazuje mieć je na względzie przy odczytywaniu znaczenia omawianego przepisu kodeksu cywilnego. Szerzej zob. S. Bernat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich*, [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 131 i nast.

tów umowy wyróżnianych w klasycznej nauce mogłyby być uznane za bezskuteczne bez wpływu na dalsze obowiązywanie umowy. I tak w przypadku bezskuteczności *naturalia negotii* zastosowanie znajdują przepisy dyspozytywne, zaś w razie bezskuteczności *accidentalia negotii* umowa będzie nadal obowiązywała strony, lecz bez danego *accidentalia*⁶¹. Uznanie za bezskuteczne elementów *naturalia* lub *accidentalia negotii* nie będzie więc miało skutku dla pozostałej części umowy. Uznać trzeba, że właśnie tych postanowień przeważnie dotyczy kontrola abuzywności.

Rozważania na temat skutku w postaci możliwości **uznania za bezskuteczne postanowienia dotyczącego głównych świadczeń stron** rozpocząć trzeba od uwagi, że nie jest jasne, co ustawodawca miał na myśli, dosłownie implementując tekst dyrektywy. Dla większości autorów sformułowania „główne świadczenia stron” to tyle, co postanowienia przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*), a zatem umożliwiające kwalifikację czynności prawnej do jakiegoś typu⁶². „Główne świadczenia stron” interpretuje się też za pomocą pojęcia „świadczenia głównego” (w odróżnieniu od „świadczenia ubocznego”), które zmierza do zaspokojenia wierzyciela⁶³. Pojęcie „*essentialia negotii*” zawiera się w „świadczeniach głównych”, lecz są takie świadczenia główne, które nie są elementami przedmiotowo istotnymi⁶⁴. Do tego dla jasności dalszej wypowiedzi zastrzec trzeba, że elementy przedmiotowo istotne mają charakter minimalnej (koniecznej) treści zobowiązania⁶⁵.

⁶¹ Niekiedy nieważność *accidentalia negotii* będzie wyprzedzać sankcję bezskuteczności. Zob. warunek zawieszający sprzeczny z ustawą jest nieważny (art. 94 k.c.), czyli regulacja dot. klauzul niedozwolonych nie ma zastosowania.

⁶² M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego. Zobowiązania...*, s. 655; K. Zagrobelny, *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 593; W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895. Inaczej wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2004 r., I CK 472/03 (PB 2004, nr 11, s. 21).

⁶³ K. Zagrobelny, *Kodeks cywilny. Komentarz...*, s. 593; W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz...*, s. 895.

⁶⁴ E. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 43. Autor stwierdza, że strony mają wpływ na zakwalifikowanie niektórych obowiązków do głównych. Autor podaje przykład obowiązku świadczenia w terminie, którego niewykonanie prowadzi tylko do nienależytego wykonania zobowiązania, jeśliby jednak strony nadały świadczeniu charakter ściśle terminowego, obowiązek spełnienia świadczenia w terminie będzie miał charakter obowiązku głównego.

⁶⁵ P. Machnikowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań...*, s. 460.

Brak przejrzystości postanowień określających główne świadczenia stron może być pierwszym zwiastunem dopuszczalności ich oceny w kontekście abuzywności. Brzmienie przepisu art. 385¹ § 1 k.c. pozwala postawić tezę, że nie podlegają jednak wspomnianej ocenie postanowienia określające główne świadczenia stron, o ile były uzgodnione indywidualnie. Z kolei według niektórych autorów badaniu pod względem abuzywności podlegają postanowienia określające główne świadczenia stron także wówczas, gdy zostały indywidualnie uzgodnione, lecz są nietransparentne⁶⁶.

W tym kontekście rozważenia wymaga kwestia, czy umowa dochodzi do skutku, skoro główne świadczenia stron nie zostają uzgodnione indywidualnie. Zgodnie z poglądem M. Bednarek postanowienia określające główne świadczenia stron nie mogą stanowić postanowień nieuzgodnionych indywidualnie⁶⁷. Przyjąwszy ten pogląd, z którym się nie zgadzam, należałoby postawić znak równości między zawarciem umowy (konsens) a indywidualnym uzgodnieniem⁶⁸. Uznać jednak trzeba, że nawet istnienie konsensu nie wyklucza braku rzeczywistego wpływu konsumenta na treść klauzuli określającej główne świadczenia stron, tj. braku rzetelnych i wyrównanych negocjacji⁶⁹. Dlatego jest możliwe istnienie takich postanowień określających główne świadczenia stron, które nie zostały uzgodnione indywidualnie, czyli co do których jest konsens, ale postanowienia nie mogły, z powodów faktycznych, być przez konsumenta negocjowane, a zatem nie miał na nie rzeczywistego wpływu. W mojej ocenie brzmienie przepisu art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c. uzasadnia wniosek, że zd. 1 tego artykułu nie dotyczy tylko takich postanowień określających główne świadczenia stron, które zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. Jeśli zaś te postanowienia nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, to podlegają badaniu pod względem abuzywności, o ile nie zostały

⁶⁶ W uzasadnieniu podaje się, że w tym przypadku zasada autonomii woli ustępuje przed zasadą transparentności, co M. Bednarek tłumaczy tym, że istnieją wówczas wątpliwości, czy rzeczywiście został w tym wypadku osiągnięty konsens. Tak M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego. Zobowiązania...*, s. 655 oraz E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 342.

⁶⁷ M. Bednarek, *System Prawa Prywatnego, Zobowiązania...*, s. 655. Podobnie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 161.

⁶⁸ Zob. art. 385¹ § 3 k.c.

⁶⁹ Brak indywidualnego uzgodnienia może mieć miejsce tak w przypadku postanowień indywidualnie narzuconych, jak i wynikających z inkorporowanego do umowy wzorca.

uzgodnione indywidualnie⁷⁰. Uważam, że klauzula dotycząca głównych świadczeń stron, którą konsument wynegocjował lub może nawet zaproponował, nie powinna podlegać badaniu pod względem abuzywności. Jeśli jest ona nietransparentna, to należy ją wyklądać na korzyść konsumenta, uwzględniając też regułę ogólną z art. 65 k.c., a w dalszej kolejności przyznać konsumentowi ochronę na podstawie art. 388 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.

Ponadto należy rozważyć kwestię istnienia stosunku zobowiązaniowego, jeśli główne świadczenia stron, czy to indywidualnie narzucone, czy inkorporowane ze wzorca, są nietransparentne (niejednoznaczne). Odnośnie do postanowień przedmiotowo istotnych **indywidualnie narzuconych** powstaje pytanie o istnienie konsensu co do postanowień niejasnych lub budzących wątpliwości. Jeśli wykładnia⁷¹ nie doprowadzi do jednoznacznego oznaczenia tych postanowień, a przy tym brak przepisów dyspozytywnych, które mogłyby zastąpić niejednoznaczne postanowienia przedmiotowo istotne z korzyścią dla konsumenta⁷², uznać wówczas trzeba, że mamy do tu czynienia z brakiem konsensu⁷³. Umowa więc

⁷⁰ Podobnie K. K o h u t e k, *Kontrola treści...*, s. 36, a także SN w wyroku z dnia 6 kwietnia 2004 r., I CK 472/03, (PB 2004, nr 11, s. 21), w którym SN stwierdza: „(...) możliwość uznania danego postanowienia umownego za niedozwolone i wyeliminowanie go z praktyki stosowania zależna jest od spełnienia następujących przesłanek: Po pierwsze, postanowienie nie zostało uzgodnione indywidualnie, a więc nie podlegało negocjacom, lecz zostało niejako narzucone konsumentowi, np. w postaci taryfy opłat za czynności związane z prowadzeniem rachunku bankowego (por. art. 385¹ § 3 k.c.). Po drugie, ukształtowane w ten sposób prawa i obowiązki pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami. Po trzecie, ukształtowane we wskazany sposób prawa i obowiązki rażąco naruszają interesy konsumenta. Po czwarte, postanowienie umowy nie dotyczy sformułowanych w sposób jednoznaczny głównych świadczeń stron. **Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie.**”

⁷¹ *In dubio contra proferentem* (art. 385 § 2 k.c., art. 65 k.c.).

⁷² Szerzej na temat wykładni *in dubio contra proferentem* M. B e d n a r e k, *System Prawa Prywatnego. Zobowiązania...*, s. 649 i nast.

⁷³ W takich przypadkach nie będzie bowiem możliwe ustalenie tzw. konsensu naturalnego, czyli zgodności oświadczeń woli stron co do elementów przedmiotowo istotnych umowy, ani nawet do tzw. konsensu normatywnego, bowiem brak tu „obiektywnej podstawy” do jego ustalenia, niejasne lub wieloznaczne są „materialne substraty znaku i obowiązujące go reguły znaczeniowe”. Zob. szerzej: M. B e d n a r e k, *System Prawa Prywatnego. Zobowiązania...*, s. 655; W. C z a c h ó r s k i, A. B r z o z o w s k i, M. S a f j a n, E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Zobowiązania – zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 161.

w całości nie dochodzi do skutku wobec tego, że elementy przedmiotowo istotne nie zostały przyjęte przez strony świadomie, w ramach konsensu⁷⁴. Stwierdzić przy tym można, że mamy tu czynienia z czynnością prawną sprzeczną z ustawą⁷⁵ ponieważ nie ma wymaganego przez ustawę dla jej skuteczności minimum treści. W tych przypadkach natomiast, w których wykładnia *in dubio contra proferentem* doprowadzi nas do jednoznacznego ustalenia głównych świadczeń stron, wyłączona zostaje możliwość ich badania w kontekście niedozwolonych postanowień umownych. Pozostaje jeszcze grupa postanowień określających główne świadczenia stron, które jednak nie stanowią minimum treści czynności prawnej (elementów przedmiotowo istotnych). W przypadku niezgodnienia tych postanowień indywidualnie oraz oznaczenia ich w sposób niejednoznaczny, a przy tym braku jednoznacznego rezultatu wykładni *in dubio contra proferentem*, istnieje możliwość badania ich treści w ramach kontroli abuzywności, a w konsekwencji ustalenia ich bezskuteczności.

W razie nietransparentności **postanowień wzorca**⁷⁶, które jednocześnie są niezrozumiałe, nie następuje w tym zakresie inkorporacja wzorca do umowy⁷⁷. Jeśli więc postanowienia określające główne świadczenia stron przejęte ze wzorca byłyby niezrozumiałe, wówczas umowa nie doszłaby do skutku. Natomiast w przypadku postanowień określających główne świadczenia stron zrozumiałych, lecz niejednoznacznych umowa dochodzi do skutku, o ile postanowienia określające główne świadczenia stron nie określają jednocześnie elementów przedmiotowo istotnych umowy. W tym ostatnim przypadku, wobec braku minimalnej treści, umowa nie dojdzie do skutku. Konieczne będzie jednak zastosowanie wykładni *in dubio contra*

⁷⁴ Zob. Z. R a d w a ń s k i, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 67 i nast.

⁷⁵ Z innym przepisem niż art. 385¹ k.c.

⁷⁶ Postanowienia **przejęte ze wzorca** wiążą strony niezależnie od konsensu, ponieważ wzorce są samodzielnym czynnikiem kształtującym treść stosunków zobowiązaniowych. Zamiast wielu M. Ś m i g i e l, *Wzorce umów...*, s. 373.

⁷⁷ W niniejszym opracowaniu przyjmuję pogląd, zgodnie z którym oceny inkorporacji dokonuje się oddzielnie dla każdego z postanowień wzorca. Tak M. P e c y n a, *Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim*, Kraków 2003, s. 95 i nast. Inaczej M. B e d n a r e k (*System Prawa Prywatnego. Zobowiązania...*, s. 595 i 610), która jak się wydaje uzależnia inkorporację całego wzorca od zrozumiałości i jednoznaczności wszystkich jego postanowień.

*proferentem*⁷⁸. Podobnie jak przy wyżej omówionych postanowieniach indywidualnie narzuconych, w razie ustalenia w drodze tej wykładni głównych świadczeń stron jednoznacznie, nie będą one mogły być oceniane w kategoriach klauzul abuzywnych. Natomiast w przypadku braku możliwości ustalenia w drodze wykładni głównych świadczeń stron (innych niż tzw. minimalna treść umowy) pochodzących ze wzorca w sposób jednoznaczny oraz na korzyść konsumenta, dopuszczalne będzie badanie tych postanowień w kontekście klauzul niedozwolonych.

5. Podsumowanie

Niedozwolonymi postanowieniami umownymi w obrocie konsumentkim mogą być *accidentalialia* i *naturalia negotii* oraz te postanowienia, które określają niejednoznacznie główne świadczenia stron niebędące elementami przedmiotowo istotnymi oraz które nie zostały uzgodnione indywidualnie. Sankcją ukształtowania treści czynności prawnej sprzecznej z dobrymi obyczajami, czyli niezgodnie z regułami konstrukcyjnymi czynności prawnej jest „niewiązanie konsumenta”. Sformułowanie kodeksowe, zgodnie z którym postanowienia „nie wiążą konsumenta”, oznacza, że czynność prawna w tej części nie wywiera skutków prawnych *inter partes*. W pozostałej części jest jednak skuteczna, a strony nie mogą powołać się na to, że bez postanowień, które „nie wiążą” czynność prawna nie zostałaby dokonana (art. 58 § 3 k.c.). Omawiana sankcja ma charakter definitywny oraz skutek *ex tunc, erga omnes*, a sąd bierze tę wadliwość pod uwagę z urzędu.

W mojej ocenie mamy tu do czynienia z sankcją nieważności częściowej, a niewielkie odmienności podyktowane potrzebą ochrony konsumenta nie uzasadniają przyjęcia konstrukcji nowej sankcji cywilnoprawnej. Niekorzystnym zjawiskiem, częstym w przypadku wdrażania regulacji wzorowanych wprost na dyrektywach, jest skomplikowana wykładnia nowych przepisów, której można by uniknąć, posługując się w możliwie najszerszym zakresie konstrukcjami znanymi w systemie prawa krajowego. Najbardziej prawidłową formą implementacji jest przecież dostosowanie nowych regulacji do dotychczasowego prawa krajowego, przy wykorzystaniu zastanych konstrukcji.

⁷⁸ Art. 385 § 2 zd. 2 k.c.