



V.510.158.2020.MT

## ZAŁĄCZNIK

### do pisma procesowego Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 10 grudnia 2020 r.

W związku z przystąpieniem przez Rzecznika Praw Obywatelskich do postępowania o sygn. akt I ACa 801/19, toczącego się przed Sądem Apelacyjnym w Gdańsku (I Wydział Cywilny), na prawach przysługujących prokuratorowi, przedstawiam następujące stanowisko w sprawie:

#### I. Motywy przystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich

1. Rzecznik Praw Obywatelskich zdecydował o przystąpieniu do niniejszej sprawy na wniosek strony. Mimo, że jest to sprawa indywidualna, dotyczy rynku finansowego i transakcji opiewających na bardzo wysokie kwoty, to rozstrzygnięcie, jakie w niej ostatecznie zapadnie, będzie miało ogromny, wieloaspektowy wpływ na funkcjonowanie prawa konsumenckiego w Polsce. Chodzi tu – najogólniej rzecz ujmując – o niebezpieczeństwo osłabienia skuteczności ochrony polskiego konsumenta. Rzecznik Praw Obywatelskich stoi natomiast na stanowisku, że standard rynkowy ochrony konsumenta w Polsce powinien zostać ukształtowany co najmniej na poziomie wymaganym przez prawo Unii Europejskiej.

2. Sprawa zawisła przed Sądem Apelacyjnym jest obszerna i wielowątkowa. Rzecznik Praw Obywatelskich w swoim przystąpieniu chciałby **ograniczyć się do przedstawienia stanowiska dotyczącego oceny czy może (bądź powinna) zostać uznana za konsumenta osoba, posiadająca specjalistyczną wiedzę, dokonująca często czynności w związku z zawartą umową ramową dotyczącą walutowych transakcji terminowych, których podejmowanie obarczone jest wysokim ryzykiem i przynosi duży zysk.** Uznanie takiej osoby za konsumenta determinuje konieczność zastosowania do rozstrzygnięcia sprawy przepisów dyrektywy 93/13, w szczególności dotyczących wykładni *contra proferentem* oraz dokonania (nawet bez wniosku strony w tym zakresie) kontroli abuzywności nienegocjowanych postanowień umowy. Rzecznik chciałby jednocześnie podkreślić, że wykładnia *contra proferentem* powinna być stosowana w przypadku umów adhezyjnych

opartych na wzorcach również poza obrotem konsumenckim. W pozostałym koniecznym do rozstrzygnięcia zakresie Rzecznik popiera stanowisko procesowe powoda.

3. Niniejsza **sprawa wpisuje się w dostrzegalną tendencję, mającą na celu ograniczenie ochrony polskich konsumentów** poprzez uwzględnianie indywidualnej charakterystyki osoby, która dokonuje czynności prawnej. Tworzy to pozanormatywne przesłanki umożliwiające wyłączenie różnych grup osób spod zakresu ochrony konsumenckiej bądź podwyższające oczekiwany standard staranności, jaki powinny realizować takie osoby. **Nie znajduje to jednak pokrycia w przepisach obowiązującego prawa i prowadzi do obniżenia poziomu ochrony konsumenckiej.** W niniejszej sprawie zachodzi niebezpieczeństwo ograniczenia zakresu definicji konsumenta, ze względu na wysoką wartość przedmiotu umowy, czas jej trwania, sposób wykonywania oraz specjalistyczną wiedzę posiadaną przez konsumenta. Podobne rozumowanie można odnaleźć np. w wyroku Sądu Najwyższego z 8 maja 2014 r. (sygn. akt III SK 45/13), gdzie w sposób całkowicie nieuprawniony wywiedziono ograniczenia w ochronie konsumenta w oparciu o jego indywidualne przymioty: zasobność bądź dokonywanie zakupów w specjalistycznym sklepie. Potencjalna zamożność konsumenta to jednak niejedyny aspekt, jaki może przesądzić o próbie ograniczenia ochrony, przysługującej w świetle prawa europejskiego polskim konsumentom. Równie dobrze taki mechanizm może zostać zastosowany w sytuacji zupełnie odmiernej: powodem ograniczenia ochrony może być subiektywny brak zamożności i odpowiedniej wiedzy, prowadzący do „niewłaściwego” zajmowania się swoimi sprawami (tak w pytaniu prejudycjalnym, skierowanym przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Woli w sprawie C-198/20 Bank X). Prawo europejskie tworzy natomiast wzorzec normatywny konsumenta, oparty na obiektywnych kryteriach formalnych. Rzecznik Praw Obywatelskich stoi więc na stanowisku, że zgodnie z treścią obowiązującego w Polsce prawa, w szczególności w świetle **art. 76 Konstytucji, każdej osobie, spełniającej kryteria wskazane w art. 22<sup>1</sup> k.c., tj. osobie fizycznej, która podejmuje czynności w zakresie niezwiązanym bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową, powinna przysługiwać skuteczna ochrona konsumencka w związku z czynnościami podejmowanymi przez tę osobę z przedsiębiorcą.**

4. Należy podkreślić, że zakresie, w jakim Rzecznik wypowiada się w niniejszym przystąpieniu (stwierdzenie statusu konsumenta posiadanego przez stronę), **sprawa ma charakter europejski.** Oznacza to, że z jednej strony na sądzie krajowym, który działa jako sąd europejski, ciąży obowiązek dokonania proeuropejskiej wykładni przepisów prawa polskiego. Przede wszystkim zaś sąd krajowy zobowiązany jest do prawidłowego stosowania prawa europejskiego i związany jest w tym zakresie orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „Trybunał” lub „TSUE”). W zakresie spraw konsumenckich oznacza to obowiązek udzielenia skutecznej ochrony prawnej (sądowej) konsumentowi, przy jednoczesnym zapewnieniu, że **zastosowana sankcja odniesie efekt**

**odstraszający wobec przedsiębiorcy, który dopuszcza się naruszeń praw przysługujących konsumentom.** Z drugiej strony, tak prawo europejskie, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego, dostarcza sądom powszechnym instrumentarium, możliwe do zastosowania w sytuacji, kiedy zapada wyrok niezgodny z treścią normatywną prawa europejskiego (w tym orzecznictwa Trybunału).

5. W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy wypowiedział się już dwukrotnie. W kwestii, której dotyczy niniejsze przystąpienie, tj. stwierdzenia tego, czy powód posiada status konsumenta, wypowiedzi Sądu Najwyższego logicznie się wykluczają. Przy tym w drugim wyroku kasacyjnym z 18 września 2019 r. (sygn. akt IV CSK 334/18) Sąd Najwyższy dokonuje wykładni niezgodnej z orzecznictwem TSUE, stosując kryteria subiektywne, dotyczące statusu powoda, w sposób sprzeczny z treścią obowiązującego w Polsce prawa. Brak możliwości zastosowania kryteriów wskazanych w wyroku kasacyjnym w ten sposób wynika jasno z orzeczeń wydanych później przez TSUE: z dnia 3 października 2019 r., *Petruchová*, C-208/18 oraz z dnia 2 kwietnia 2020 r., *Reliantco Investments LTD*, C-500/18.

6. Taka wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, powoduje odebranie ochrony konsumenckiej osobie, której ochrona przysługuje. Stawia to Sąd orzekający w trudnej sytuacji. Aby rozstrzygnąć zgodnie z treścią obowiązującego prawa, powinien rozstrzygnąć (pozornie) wbrew treści art. 398<sup>20</sup> k.p.c., zgodnie z którym sąd, któremu sprawa została przekazana jest związany wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Taka możliwość odejścia od wiążącego skutku wyroku kasacyjnego SN wynika z prawa Unii Europejskiej. Z tego też powodu, Rzecznik Praw Obywatelskich uznał swoje przystąpienie za celowe i uzasadnione.

## **II. Zakres związania sądu krajowego orzecznictwem TSUE**

### **Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej**

7. Prawo europejskie ma wartość nadrzędną nad prawem krajowym państw członkowskich i dotyczy wszystkich aktów unijnych, które mają moc wiążącą. Zasada pierwszeństwa została ustalona w wyroku z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 *Costa przeciwko ENEL* ([1964], ECR 585), w którym Trybunał wyjaśnił, że ponieważ prawo wspólnotowe jest nadrzędne w stosunku do prawa krajowego, jeśli norma krajowa, w rozumieniu nadawanym w orzecznictwie Trybunału (zob. wyrok z dnia 28 października 2010 r. *Volvo Car Germany*, C-203/09, pkt 10 i 23-28 czytane łącznie) jest sprzeczna z przepisem wspólnotowym, władze państw członkowskich muszą stosować przepis wspólnotowy. Prawo krajowe nie zostaje zniesione czy uchylone, jedynie jego moc wiążąca jest zawieszona. W wyroku z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie 26/62 *Van Gend en Loos* ([1963], ECR 1), Trybunał wyjaśnił ponadto, że to same państwa członkowskie, tworząc

Wspólnotę „zredukowały, jakkolwiek w ograniczonym zakresie, swe prawa suwerenne” i ustanowiły „nowy porządek prawny, którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, ale także jednostki” (zob. również: wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 *Gerhard Köbler* przeciwko *Republike Austrii*, [2003], ECR I-10239; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie C-314/08 *Krzysztof Filipiak* przeciwko *Dyrektorowi Izby Skarbowej w Poznaniu*, [2009], ECR I-11049).

8. Zasada prymatu prawa unijnego została ponadto ujęta w Deklaracji nr 17, załączonej do Aktu końcowego Konferencji Międzyrządowej opracowującej Traktat z Lizbony. Stwierdza ona, że „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Traktaty i prawo przyjęte przez Unię na podstawie Traktatów mają pierwszeństwo przed prawem państw członkowskich na warunkach ustanowionych przez wspomniane orzecznictwo”.

### **Zakres związania sądu krajowego orzecznictwem Trybunału**

9. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że wyrok wydany przez Trybunał w trybie prejudycjalnym wiąże sąd krajowy w zakresie dotyczącym wykładni lub ważności rozpatrywanych aktów instytucji Unii przy rozstrzyganiu zawisłego przed nim sporu (zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 czerwca 1969 r. w sprawie 29/68 *Milch-, Fett- und Eierkontor*, pkt 3; z dnia 3 lutego 1977 r. w sprawie 52/76 *Benedetti*, pkt 26; postanowienie z dnia 5 marca 1986 r. w sprawie 69/85 *Wünsche*, pkt 13; wyrok z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-446/98 *Fazenda Pública*, pkt 49 oraz z dnia 5 października 2010, *Elczinow*, C-173/09, pkt 29). Wynika z tego, że sąd krajowy, który wykonuje uprawnienie przyznane mu w art. 267 akapit drugi TFUE, jest przy rozstrzyganiu zawisłego przed nim sporu **związany dokonaną przez Trybunał wykładnią spornych przepisów i w danym przypadku nie powinien uwzględniać oceny sądu wyższej instancji, jeśli mając na uwadze tę wykładnię, uzna, że ocena ta nie jest zgodna z prawem Unii** (tak: wyroki: *Elczinow*, C-173/09, pkt 30; z dnia 15 stycznia 2013, *Križan i in.*, C-416/10, pkt 69).

10. Żadne z przywoływanych w niniejszym piśmie orzeczeń TSUE nie zostało wydane w związku z toczącym się postępowaniem. Wniosek o skierowanie pytań prejudycjalnych do TSUE (pismo z 23 lipca 2020 r.), został przez Sąd zwrócony na rozprawie 22 września 2020 r. Prejudycjalne orzeczenia wykładnicze TSUE posiadają tzw. względną moc wiążącą poza sprawą, w ramach której zadane zostały pytania do TSUE. To **Trybunał uprawniony jest do dokonania ostatecznej wykładni przepisów dyrektyw europejskich, a państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność za niezapewnienie w ramach swojego systemu prawa ochrony konsumenckiej, o skuteczności wymaganej w świetle orzecznictwa TSUE.**

11. Na tle prawa polskiego, Sąd Najwyższy wyjaśnił w uchwale z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt III CZP 45/19, że kompetencja do dokonania przez TSUE wiążącej wykładni dyrektyw wynika z treści art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie treścią którego Trybunał jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii, co oznacza, że **dokonana przez Trybunał wykładnia** wspomnianych aktów **ma charakter wiążący**. Jeżeli zatem TSUE dokonał wykładni konkretnego przepisu prawa unijnego, np. zawartego w dyrektywie, przesądzając, który z dwóch lub więcej potencjalnie wchodzących w grę sposobów rozumienia tego przepisu uważa za prawidłowy to **taki sam sposób interpretacji powinien być przyjmowany w później wydawanych wyrokach sądów krajowych, w których znajdzie zastosowanie ten przepis**. Sąd Najwyższy, odwołując się do wyroku Trybunału z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA.*, C-109/89 podkreślił, że wynikające z dyrektywy zobowiązanie państw członkowskich do osiągnięcia rezultatu przewidzianego przez dyrektywę, podobnie jak przewidziany na mocy art. 5 Traktatu (obecnie art. 4 ust. 3 TUE) **obowiązek podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania, ciąży na wszystkich organach państw członkowskich, w tym, w ramach ich jurysdykcji, również na sądach**. Wynika stąd, że stosując prawo krajowe, bez względu na to, czy sporne przepisy zostały przyjęte przed czy po wydaniu dyrektywy, sąd krajowy, który musi dokonać jej wykładni, powinien tego dokonać, tak dalece jak to tylko możliwe, zgodnie z brzmieniem i celem dyrektywy, po to, by osiągnąć przewidywany przez nią rezultat, i w ten sposób zastosować się do wymogów przepisu art. 189 akapit trzeci Traktatu (obecnie art. 288 akapit czwarty TFUE). **Zasada powszechnego związania wykładnią prawa unijnego dokonaną przez TSUE, jak podkreśla Sąd Najwyższy, wynika z istoty i funkcji postępowania prejudycjalnego oraz autonomii prawa unijnego względem prawa krajowego, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie samego Trybunału** (zob. wyroki: z dnia 27 marca 1980 r., *Amministrazione delle finanze dello Stato przeciwko Denkavit italiana Srl.*, 61/79; z dnia 4 czerwca 2009 r., *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08; z dnia 10 kwietnia 1984 r., *Sabine von Colson i Elisabeth Kamann a Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83), **oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego** (zob. m. in. wyroki z dnia 10 kwietnia 2019 r., sygn. akt II UK 504/17, z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt III PO 7/18, postanowienie składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt III UZP 4/18). **Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że orzeczenie TSUE, wiąże sądy krajowe, skoro wydanie przez sąd krajowy orzeczenia z oczywistym naruszeniem wyroku TSUE może stanowić podstawę odpowiedzialności państwa członkowskiego za szkody wyrządzone jednostkom wskutek naruszenia prawa**

wspólnotowego (wyrok TSUE z dnia 30 września 2003 r., w sprawie C-224/01 *Köbler*, pkt 56 i 57).

12. Sąd Najwyższy stwierdził również, że istnieją ważne argumenty przemawiające za uznaniem względnej mocy wiążącej *erga omnes* wyroków wykładniczych Trybunału, mają one bowiem poza sprawą główną względną moc wiążącą wobec Sądu Najwyższego. Ich oddziaływanie jest zatem podobne do tego, jakie cechuje uchwały Sądu Najwyższego mające status zasad prawnych, które są wiążące dla wszystkich składów orzekających Sądu Najwyższego (tak postanowienie składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt: I KZP 10/15). Z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 2012 r., sygn. akt I CSK 5/12; wyrok z dnia 10 sierpnia 2007 r., sygn. akt III UK 23/07, z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt I CSK 632/17) wynika jednocześnie wprost, że przesłanka mocy wiążącej z art. 398<sup>20</sup> k.p.c. odpada wówczas, gdy inna wykładnia wynika z późniejszej uchwały Sądu Najwyższego, która ma moc zasady prawnej. Skoro zatem orzeczenia TSUE mają moc równą z zasadami prawnymi, to w razie konfliktu między wykładnią prawa dokonaną przez Sąd Najwyższy w wyroku przekazującym sprawę do ponownego rozpoznania, a wykładnią dokonaną przez TSUE w późniejszym orzeczeniu wykładniczym, pierwszeństwo ma wykładnia dokonana przez TSUE niezależnie od tego, że orzeczenie TSUE zapadło na gruncie innej sprawy.

### III. Kontekstowy charakter statusu konsumenta, ustalany na podstawie kryteriów obiektywnych

13. Orzecznictwo TSUE wyjaśnia, że konsument jest chroniony w prawie europejskim, ponieważ znajduje się w słabszej pozycji niż przedsiębiorca, zarówno pod względem możliwości negocjacyjnych, jak i ze względu na stopień poinformowania, i w związku z tym godzi on się na postanowienia umowne sporządzone uprzednio przez przedsiębiorcę, nie mając wpływu na ich treść (wyroki: z dnia 30 maja 2013 r., *Asbeek Brusse i de Man Garabito*, C-488/11, pkt 31; z dnia 15 stycznia 2015 r., *Šiba*, C-537/13, pkt 22; z dnia 3 września 2015 r., *Costea*, C-110/14, pkt 18; z dnia 21 marca 2019 r., *Pouvin*, C-590/17, pkt 25; postanowienie z dnia 19 listopada 2015 r., *Tarcău*, C-74/15, pkt 24; postanowienie z dnia 14 września 2016 r., *Dumitras*, C-534/15, pkt 29; wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 47.) **Konsumentem jest się jednak ze względu na przynależność do określonej grupy (grupy konsumentów), która jako taka charakteryzuje się w określonymi cechami (strukturalnie słabsza pozycja względem przedsiębiorcy), a nie ze względu na posiadanie konkretnych cech przez konkretną osobę.**

14. Zgodnie z prawem UE, status konsumenta ma charakter kontekstowy. Jak wyjaśnia to Trybunał, jedna i ta sama osoba może występować w charakterze konsumenta w ramach

określonych czynności, a w charakterze przedsiębiorcy w ramach innych (wyroki: *Costea*, C-110/14, pkt 20; z dnia 25 stycznia 2018 r., *Schrems*, C-498/16, pkt 29, z dnia 3 lipca 1997 r., *Benincasa*, C-269/95, pkt 16; z dnia 20 stycznia 2005 r., *Gruber*, C-464/01, pkt 36; z dnia 3 października 2019 r., *Petruchová*, C-208/18, pkt 41).

15. Oznacza to, że ta sama osoba będzie posiadała status konsumenta bądź nie, w zależności od tego, czy działa w celu bezpośrednio związanym ze swoją działalnością gospodarczą lub zawodową i czy druga strona umowy działa w zakresie własnej działalności gospodarczej lub zawodowej. To jest również zasadnicze kryterium decydujące o stosowaniu dyrektywy 93/13, czego *de facto* dotyczy niniejsza sprawa. Jak wyjaśnia Trybunał, dyrektywa 93/13 definiuje umowy, do których ma zastosowanie, poprzez odniesienie do statusu kontrahentów, w zależności od tego, czy działają oni w ramach swojej działalności zawodowej, czy też nie (zob. wyroki *Asbeek Brusse i de Man Garabito*, C-488/11, pkt 30; a także *Šiba*, C-537/13, pkt 21; postanowienie *Tarcău*, C-74/15, pkt 23).

16. Trybunał uznał za niezbędne, aby kryteria, według których sąd dokonuje oceny, czy dany podmiot w konkretnym stosunku działa jako konsument miały charakter obiektywny, niezależny od konkretnych cech, jakimi ten podmiot wykazuje się w danym stosunku (wyrok *Costea*, C-110/14, pkt 20; postanowienie *Tarcău*, C-74/15, pkt 27; wyrok *Dumitras*, C-534/15, pkt 52). Zdaniem Rzecznika, zastosowanie kryteriów subiektywnych do stwierdzenia statusu konsumenta zostało przez Trybunał wykluczone ze względu na kontekstowy charakter tego statusu. W wielu przypadkach, zastosowanie kryterium subiektywnego uniemożliwiłoby bowiem identyfikację konsumenckiego charakteru umowy i mogło prowadzić do zawężenia zakresu ochrony przysługującego konsumentom na tle dyrektywy 93/13. Zgodnie jednak z brzmieniem motywu dziesiątego dyrektywy 93/13 **jednolite normy prawne dotyczące nieuczciwych postanowień umownych powinny odnosić się do „wszelkich umów” zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami**, zgodnie z definicjami zawartymi w art. 2 lit. b) i c) dyrektywy 93/13 (zob. wyroki: *Asbeek Brusse i de Man Garabito*, C-488/11, pkt 29; a także *Šiba*, C-537/13, pkt 20 oraz *Tarcău*, C-74/15, pkt 21). Co ważne, przedmiot umowy jest, z zastrzeżeniem wyjątków wyliczonych w motywie dziesiątym 93/13, bez znaczenia dla określenia zakresu stosowania tej dyrektywy (*Tarcău*, C-74/15, pkt 22).

17. Warte podkreślenia jest również to, że Trybunał wskazuje konieczność stosowania kryteriów obiektywnych tak na tle art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13 (*Costea*, C-110/14, pkt 21), jak i art. 17 i 18 rozporządzenia nr 1215/2012 (wyroki: *Benincasa*, C-269/95, pkt 16; *Gruber*, C-464/01, pkt 36; *Schrems*, C-498/16, pkt 29; z dnia 3; *Petruchová*, C-208/18, pkt 41). Na tle rozporządzenia nr 1215/2012 znajdują zastosowanie bardziej ścisłe kryteria kwalifikacyjne – pojęcie konsumenta należy interpretować w sposób ścisły (*Petruchová*, C-208/18, pkt 41 *Schrems*, C-498/16, pkt 29; *Benincasa*, C-269/95, pkt 16; *Gruber*, C-464/01, pkt 36; *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 47), ze względu na wyjątek, którego dotyczy jego

stosowanie. Wytyczne interpretacyjne sformułowane na tle rozporządzenia *a fortiori* znajdują więc zastosowanie do kwalifikacji na tle dyrektywy 93/13.

18. Sąd krajowy rozpoznający spór powinien więc zbadać, biorąc pod uwagę wszystkie dowody, a w szczególności brzmienie tej umowy, czy daną osobę będącą stroną umowy można zakwalifikować jako „konsumenta” w rozumieniu art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13. W tym celu **sąd krajowy powinien uwzględnić wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności charakter towaru lub usługi będących przedmiotem rozpatrywanej umowy, które to okoliczności mogą wskazywać na cel nabycia tego towaru lub tej usługi** (wyroki: *Costea*, C-110/14 pkt 22, 23; z dnia 21 marca 2019 r., *Pouvin*, C-590/17, pkt 26).

19. Na tle rozporządzenia nr 1215/2012, gdzie stosuje się ostrzejsze kryteria w odniesieniu do stwierdzenia statusu konsumenta, niż na tle dyrektywy 93/13, Trybunał wywiódł, że jedynie umowy zawarte poza ramami jakiegokolwiek działalności o charakterze zawodowym lub gospodarczym, lub jakiegokolwiek celu o takim charakterze i niezależnie od nich, to jest zawarte jedynie w celu zaspokojenia własnych potrzeb prywatnej konsumpcji danej osoby, są objęte zakresem szczególnego reżimu, przewidzianego w owym rozporządzeniu w celu ochrony konsumenta uznawanego za słabszą stronę umowy (wyroki: z dnia 20 stycznia 2005 r., *Gruber*, C-464/01, pkt 36; *Schrems*, C-498/16, pkt 30; *Petruchová*, C-208/18, pkt 42; *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 48). Nawet jednak i tu, **rozstrzygając o statusie konsumenta, sąd krajowy powinien przede wszystkim stwierdzić, czy zawarta przez daną osobę umowa ma na celu zaspokojenie jej osobistych potrzeb** (*Petruchová*, C-208/18, pkt 56).

20. Możliwość przyznania danej osobie statusu „konsumenta” należy więc analizować, odwołując się jedynie do pozycji danej osoby w ramach określonej umowy, z uwzględnieniem natury i celu tej umowy (zob. wyroki: *Benincasa*, C-269/95, pkt 16; *Gruber*, C-464/01, pkt 36; *Schrems*, C-498/16, pkt 29; *Petruchová*, C-208/18, pkt 56). **Subiektywne cechy, charakteryzujące konkretną osobę nie mają więc – zgodnie z prawem europejskim – żadnego znaczenia dla stwierdzenia, czy dana osoba w ramach danej czynności ma status konsumenta.**

#### **IV. Subiektywne cechy, które nie wpływają na status konsumenta**

21. **Subiektywna charakterystyka podmiotu, który nawiązuje stosunek umowny z przedsiębiorcą, nie wpływa na kwalifikację danej umowy jako konsumenckiej.** Nawet kwalifikacja na tle art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012 nie wymaga, aby w ramach umowy zawartej w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą konsument zachowywał się w określony sposób (*Petruchová*, C-208/18, pkt 58).



22. Trybunał w swoim orzecznictwie **zidentyfikował już konkretne cechy, które w szczególności nie wpływają na utratę statusu konsumenta w konkretnym stosunku prawnym.**

23. Na konieczność stwierdzenia statusu konsumenta **nie wpływa konkretny zasób wiedzy, jaki może mieć dana osoba, posiadane przez nią w rzeczywistości informacje** (tak wyroki: *Costea*, C-110/14, pkt 21; *Pouvin*, C-590/17, pkt 24; *Schrems*, C-498/16, pkt 39; *Petruchová*, C-208/18, pkt 55) czy nawet **wiedza fachowa w dziedzinie instrumentów finansowych** (wyroki: *Petruchová*, C-208/18, pkt 54; *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 53). Trybunał (wyrok *Costea*, C-110/14, pkt 25) nie wykluczył możliwości zakwalifikowania jako konsumenta w rozumieniu art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13 nawet adwokata, gdy adwokat ten działa w celach niemieszczących się w zakresie jego działalności zawodowej (zob. analogicznie wyrok z dnia 14 marca 1991, *Di Pinto*, C-361/89, pkt 15), choć przecież można byłoby argumentować, że adwokat, korzysta z wiedzy i umiejętności zdobytych z tytułu wykonywanego przez siebie zawodu przy zawieraniu każdej umowy w swoim życiu. Trybunał wyjaśnił jednak, że jeżeli adwokat zawiera z przedsiębiorcą umowę, która nie jest związana z wykonywaniem zawodu adwokata znajduje się względem owej osoby na słabszej pozycji (wyrok *Costea*, C-110/14, pkt 26). Nawet uznanie, że adwokat reprezentuje wysoki poziom wiedzy fachowej (zob. wyrok *Šiba*, C-537/13, pkt 23), nie uzasadnia przyjęcia domniemania, że adwokat nie jest stroną słabszą w stosunku z przedsiębiorcą (wyrok *Costea*, C-110/14, pkt 27).

24. Na status konsumenta nie wpływa ponadto fakt, że zawarcie określonej umowy wiąże się dla danego podmiotu z poważnym ryzykiem strat finansowych (wyroki *Petruchová*, C-208/18, pkt 53, 59; *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 53).

25. Za pozbawione znaczenia Trybunał uznał również czynniki takie jak **wartość transakcji** przeprowadzonych na podstawie zawartych przez konsumenta umów ramowych jak również **aktywna postawa w ramach takich transakcji** (zob. wyroki *Petruchová*, C-208/18, pkt 59; *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 53), oraz fakt, że konsument dokonał **dużej liczby transakcji w stosunkowo krótkim czasie, lub że w te transakcje zainwestował znaczne kwoty** (*Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 54.)

26. Podobnie, aktywna postawa na rynku Forex osoby, która składa zlecenia za pośrednictwem spółki brokerskiej i pozostaje tym samym odpowiedzialna za dochodowość swoich inwestycji, nie ma, jako taka, wpływu na możliwość uznania tej osoby za „konsumenta” – i to w rozumieniu art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012 (*Petruchová*, C-208/18, pkt 57).

27. Na tle art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012 Trybunał uznał ponadto, że okoliczność, że dana osoba ta jest „klientem detalicznym” w rozumieniu art. 4 ust.1 pkt 12 dyrektywy 2004/39 jest co do zasady pozbawiona znaczenia dla uznania jej za „konsumenta” w rozumieniu rozporządzenia (wyroki *Petruchová*, C-208/18, pkt 77; *Reliantco Investments*

LTD, C-500/18 pkt 55). Za pozbawioną znaczenia uznał również kwestię, czy pojęcie „klienta detalicznego” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 12 dyrektywy 2004/39 należy interpretować w świetle tych samych kryteriów co kryteria mające znaczenie dla wykładni pojęcia „konsumenta”, o którym mowa w art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13 (*Reliantco Investments LTD*, C-500/18, pkt 56).

#### **V. Stany faktyczne, na tle których TSUE dopuścił przyjęcie statusu konsumenta przez stronę**

28. Jak wskazał to Trybunał (*Pouvin*, C-590/17, pkt 28), tak **szerokie rozumienie pojęcia „konsumenta” w rozumieniu art. 2 lit. b) dyrektywy 93/13 pozwala na zapewnienie ochrony przyznanej przez tę dyrektywę wszystkim osobom fizycznym znajdującym się w słabszej pozycji** (przynależność do grupy konsumentów), zarówno pod względem możliwości negocjacyjnych, jak i ze względu na stopień poinformowania.

29. Rzecznik chciałby podkreślić, że z orzecznictwa TSUE jasno wynika, że **nawet niezwykle bliskie powiązanie strukturalne zawartej umowy z działalnością zawodową danej osoby, jak również wysoce specjalistyczny charakter zawieranych umów, wymagający niezwykle zaawansowanej wiedzy, duża częstotliwość ich zawierania oraz zaangażowanie finansowe na wysokim poziomie nie przesądza o utracie statusu konsumenta tej osoby w ramach umowy, która została zawarta poza zakresem działalności gospodarczej lub zawodowej danej osoby, w celu zaspokojenia potrzeb** (na przykład dokonywanie inwestycji na rynkach kapitałowych na własne potrzeby, w zakresie zarządzania własnymi środkami finansowymi). Dwa wyroki Trybunału, zapadłe już po wydaniu wyroku kasatoryjnego w niniejszej sprawie, to jest *Reliantco Investments LTD*, C-500/18 oraz *Petruchová*, C-2018/18 podsumowują oraz doprecyzowują kryteria, jakie sąd krajowy powinien zastosować, rozstrzygając na poziomie krajowym, jasno wskazując jakie cechy subiektywne danej osoby bądź umowy nie mają wpływu na jej status konsumenta.

30. Przywołane stany faktyczne, na tle których orzekał Trybunał, ilustrują jak szerokie i inkluzywne jest w praktyce orzecznictwo Trybunału w tym zakresie.

31. W sprawie *Costea*, C-110/14 TSUE **za konsumenta uznał adwokata specjalizującego się w prawie handlowym, który jako osoba fizyczna zawarł umowę kredytu z bankiem**. Umowa nie określała przeznaczenia kredytu, a wierzytelność powstała na skutek zawarcia umowy kredytu została zabezpieczona hipoteką, ustanowioną przez adwokata, występującego jako przedstawiciel swojej kancelarii prawnej na składnikach majątkowych przeznaczonych do prowadzenia przez niego działalności gospodarczej (nieruchomość należąca do kancelarii). Okoliczność, że powstała wierzytelność została zabezpieczona hipoteką ustanowioną przez adwokata działającego w charakterze przedstawiciela swojej kancelarii prawnej na składnikach majątkowych przeznaczonych do

wykonywania działalności zawodowej tego adwokata, TSUE uznał za nieposiadającą znaczenia, ponieważ dotyczy ona „umowy akcesoryjnej” (pkt 28, 29).

32. W wyroku *Pouvin*, C-590/17 (pkt 43) Trybunał uznał, że konsumentem na tle dyrektywy 93/13 jest **pracownik przedsiębiorstwa i jego współmałżonka, którzy zawierają z tym przedsiębiorstwem umowę o kredyt, zasadniczo zastrzeżoną dla członków personelu przedsiębiorstwa**, przeznaczoną na sfinansowanie zakupu nieruchomości do celów prywatnych.

33. W postanowieniach *Tarcău*, C-74/15 oraz *Dumitras* C-534/15 (z dnia 14 września 2016 r.) Trybunał zdecydował się na skorzystanie z doktryny *acte éclairé*, uznając, że dotychczasowe orzecznictwo pozwala na stwierdzenie, że dyrektywa 93/13 może mieć zastosowanie do umowy gwarancji na nieruchomości lub poręczenia zawartej pomiędzy osobą fizyczną i instytucją kredytową w celu zagwarantowania zobowiązań spółki handlowej powziętych względem tej instytucji w ramach umowy kredytu, jeżeli taka osoba fizyczna działała w celach niezwiązanych z jej działalnością zawodową i nie ma powiązań funkcjonalnych z tą spółką. Szczególnie w sprawie *Dumitras* stan faktyczny był nadzwyczaj skomplikowany, ponieważ doszło tam dwukrotnie do udzielenia poręczenia kredytów przez tę samą osobę, z czego pierwsze poręczenie zostało dokonane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej (P. Dumitraş, który występował jako gwarant hipoteczny umów, był członkiem zarządu i jedynym wspólnikiem spółki handlowej, będącej kredytobiorcą), a drugie - po nowacji - w okolicznościach sugerujących, że doszło do niego poza prowadzoną działalnością. Trybunał uznał, że choć umowa gwarancji lub poręczenia jest umową akcesoryjną względem umowy głównej będącej źródłem długu, który zabezpiecza, to z punktu widzenia stron umowy jest to umowa odrębna, gdyż została zawarta pomiędzy osobami innymi aniżeli strony umowy głównej. To więc w odniesieniu do stron umowy gwarancji lub poręczenia należy oceniać charakter, w jakim strony te działały. Do sądu krajowego rozpoznającego spór należy sprawdzenie, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy i dowodów, czy danego kredytobiorcę można zakwalifikować jako „konsumenta” w rozumieniu tej dyrektywy (tak również wyrok *Costea*, C-110/14, pkt 22, 23). W przypadku osoby fizycznej, która wystąpiła jako gwarant względnie poręczyciel wykonania przez spółkę handlową jej zobowiązań, do sądu krajowego należy ustalenie, czy osoba ta działała w ramach swej działalności zawodowej, bądź to z powodu powiązań funkcjonalnych, jakie ma z tą spółką, takich jak zarządzanie, bądź to z uwagi na znaczący udział w jej kapitale zakładowym, czy też działała w celach prywatnych.

34. Sprawa *Petruchová* C-2018/18, wydana po wyroku kasatoryjnym w niniejszej sprawie dotyczyła kontraktu finansowego na transakcje różnicowe (instrument finansowy, którego istota polega na osiągnięciu zysków z tytułu różnic w kursach wymiany obowiązujących odpowiednio przy zakupie i przy sprzedaży waluty bazowej w odniesieniu do waluty krzyżowej na rynku Forex), zawartego w ramach umowy ramowej, jaka łączyła powódkę ze

spółką brokerską. Umowa, której dotyczył spór, dotyczyła 35 „lotów” (jeden lot miał wartość ok. 88 000 EUR) i została zawarta przy wykorzystaniu efektu dźwigni (z udziałem większych środków finansowych, niż te którymi dysponowała powódka). Chodziło w niej o zakupu lotów po kursie wymiany względem jena japońskiego, które zostało zrealizowane z opóźnieniem 16 sekund. Powódka twierdziła, że gdyby jej zlecenie zakupu waluty bazowej zostało zrealizowane bez opóźnienia, osiągnęłaby zysk trzykrotnie wyższy. Trybunał orzekł, że to do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy w ramach stosunków umownych ze spółką brokerską powódka rzeczywiście działała poza ramami wszelkiej działalności zawodowej lub gospodarczej (sprawa dotyczyła stosowania rozporządzenia nr 1215/2012) i stwierdzenie czy w związku z tym posiadała status konsumentki, ale jednocześnie wskazał **kryteria, które pozbawione są znaczenia dla celów kwalifikacji**: czynniki takie jak wartość transakcji przeprowadzonych na podstawie umów takich jak kontrakty finansowe na transakcje różnicowe, istotne ryzyko strat finansowych związane z zawarciem takich umów, ewentualna fachowa wiedza takiej osoby w dziedzinie instrumentów finansowych czy też jej aktywna postawa w ramach takich transakcji, oraz, okoliczność, że instrumenty finansowe nie są objęte zakresem stosowania art. 6 rozporządzenia nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) lub że osoba ta jest „klientem detalicznym” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 12 dyrektywy 2004/39/WE dnia 21 kwietnia 2004 r.

35. W wyroku *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, również wydanym po wyroku kasatoryjnym sprawa dotyczyła obrotu kontraktami różnicy cenowej (contracts for difference - CFD). Skarżący utworzył konto transakcyjne na platformie UFX, należącej do Reliantco Investments, aby obracać takimi instrumentami finansowymi, korzystając z domeny internetowej spółki handlowej. Korespondencję z Reliantco Investments prowadził również jako dyrektor rozwoju tej spółki. Skarżący zawarł z Relianco Investments umowę w sprawie korzyści wynikających z obrotu instrumentami finansowymi, w której wskazano, że przeczytał, zrozumiał i wyraził zgodę na warunki i zasady oferty. Na mocy tej umowy wszelkie spory wynikające z tak zawartej umowy lub z nią związane miały być wnoszone do sądów cypryjskich, zaś owa umowa, a także wszelkie stosunki między stronami dotyczące obrotu podlegały prawu cypryjskiemu. Skarżący złożył na platformie UFX szereg zleceń z limitem ceny, w których stawiał na obniżkę ceny ropy naftowej, i twierdził, że w wyniku tych transakcji stracił całą kwotę odłożoną na rachunku przeznaczonym do obrotu, to znaczy 1 919 720 dolarów amerykańskich (USD) (około 1 804 345 EUR). W pozwie, jaki wniósł do sądu odsyłającego, twierdził, że padł ofiarą manipulacji, która doprowadziła do utraty tej kwoty, i w tych okolicznościach żąda (między innymi), aby UFX został pociągnięty do odpowiedzialności deliktowej z tytułu naruszenia przepisów dotyczących ochrony konsumentów. Pozwany w postępowaniu głównym twierdził, że powód osobą fizyczną działającą w celu zarobkowym, ponieważ dokonał czynności właściwych dla działalności

zawodowej, osiągając podczas wykonywania umowy zysk w wysokości 644 413,53 USD (około 605 680 EUR) w wyniku 197 transakcji przeprowadzonych w okresie od listopada 2016 r. do 13 stycznia 2017 r., z których tylko sześć zostało zakwestionowanych.

36. Przy takim stanie faktycznym, Trybunał stwierdził, że art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012 należy interpretować w ten sposób, że osobę fizyczną, która na podstawie umowy takiej jak CFD zawartej ze spółką finansową przeprowadza transakcje finansowe za pośrednictwem tej spółki, można uznać za „konsumenta” w rozumieniu tego przepisu, jeżeli zawarcie tej umowy nastąpiło w celu niezwiązanym z jakąkolwiek działalnością zawodową lub gospodarczą tej osoby, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego. Dla celów tego uznania, po pierwsze, czynniki takie jak okoliczność, że wspomniana osoba dokonała licznych transakcji w stosunkowo krótkim czasie lub że zainwestowała znaczne kwoty w te transakcje, są co do zasady nieistotne, a po drugie, okoliczność, że ta sama osoba jest „klientem detalicznym” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 12 dyrektywy 2004/39, jest, jako taka, co do zasady pozbawiona znaczenia.

## **VI. Nieprawidłowa wykładnia prawa UE zastosowana w wyroku IV CSK 334/18**

37. W wyroku kasacyjnym Sąd Najwyższy dokonał prawidłowej identyfikacji europejskiego charakteru zagadnienia, będącego przedmiotem niniejszego przystąpienia, tj. stwierdzenia, czy w ramach konkretnej umowy dana osoba posiada status konsumenta. Sąd Najwyższy przywołał orzecznictwo Trybunału zapadłe przed wydaniem wyroku kasacyjnego, jak również prawidłowo (co do zasady) je implementujące orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym zakresie (np. zgodnie z postanowieniem z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. akt IV CSK 667/16 dokonywanie transakcji na rynku Forex nie wyklucza nadania statusu konsumenta).

38. Niestety, w wyroku kasacyjnym wydanym w niniejszej sprawie Sąd Najwyższy podjął decyzję o przełamaniu linii orzeczniczej tak Sądu Najwyższego (co zasadniczo nie dawałoby podstaw do kwestionowania jego treści), jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (co do czego, w zakresie stosowania prawa europejskiego Sąd Najwyższy nie posiada kompetencji). **Wadliwość orzeczenia kasacyjnego Sądu Najwyższego została potwierdzona w orzeczeniach wykładniczych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wydanych już po wyroku, tj.: z dnia 3 października 2019 r., *Petruchová*, C-208/18 oraz z dnia 2 kwietnia 2020 r., *Reliantco Investments LTD*, C-500/18.**

39. Sąd Najwyższy, rozstrzygając skargę kasacyjną związany był wykładnią treści prawa europejskiego, dokonaną przez Trybunał (patrz punkty 7-12 powyżej). W przypadku, gdyby Sąd Najwyższy powziął wątpliwości co do treści znajdującej zastosowanie normy, powinien był zawiesić postępowanie i wystąpić z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, uprawnienie do zadania pytania prejudycjalnego przysługujące sądom

krajowym przekształca się bowiem, co do zasady, w obowiązek, w odniesieniu do sądów orzekających w ostatniej instancji (wyroki: z dnia 6 października 1982 r., *Cilfit* i in. 283/81, pkt 21; z dnia 27 czerwca 1991 r., *Mecanarte* C-348/89, pkt 42; z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE* C-689/13, pkt 32). Biorąc pod uwagę, jak bogate było orzecznictwo TSUE w zakresie rozstrzygnięcia niniejszej sprawy już w chwili wydania orzeczenia kasatoryjnego, konieczność zwrócenia się do TSUE na poziomie Sądu Najwyższego wydaje się jednak być wątpliwa.

40. Stwierdzenie, że powód w niniejszej sprawie posiada status konsumenta, powoduje, że zastosowanie w sprawie znajdują przepisy dyrektywy 93/13. Dyrektywa ta powinna stosować się do wszystkich umów między konsumentami a przedsiębiorcami (patrz punkt 16 niniejszego pisma). Prawidłowe zastosowanie definicji konsumenta jest więc niezbędne dla prawidłowej implementacji dyrektywy 93/13 na poziomie krajowym.

41. Rzecznik Praw Obywatelskich pragnie podkreślić, że dyrektywa 93/13 jest aktem o znaczeniu absolutnie fundamentalnym dla ochrony konsumenta w Unii Europejskiej, biorąc pod uwagę jaki wpływ ma jej stosowanie na tworzenie krajowego standardu ochrony konsumenta na poziomie zgodnym z wymogami prawa unijnego. Ze względu na jej cel i ogólną systematykę, a także mając na uwadze charakter i znaczenie interesu publicznego, na którym oparta jest ochrona zagwarantowana konsumentom, dyrektywa ta zobowiązuje państwa członkowskie (art. 6 ust. 1), do zapewnienia, „że [...] nieuczciwe warunki w umowach zawieranych przez sprzedawców lub dostawców z konsumentami nie będą wiążące dla konsumenta” oraz (art. 7 ust. 1), do zapewnienia stosownych i skutecznych środków „mających na celu zapobieganie stałemu [dalszemu] stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami” (zob. np.: wyroki z dnia 2006 r. października 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, pkt 37; z dnia 4 czerwca 2009 r., *Pannon GSM*, C-243/08, pkt 26; z dnia 6 października 2009 r., *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 pkt 51; z dnia 14 września 2012 r., *Banco Español de Crédito*, C-618/10, pkt 66 -69; *Asbeek Brusse i de Man Garabito*, C-488/11, pkt 58; z dnia 21 kwietnia 2016 r., *Radlinger i Radlingerová*, C-377/14, pkt 98; z dnia 20 września 2018 r., *OTP*, C-51/17, pkt 55).

42. Jeśli umowa ma charakter konsumencki, na sądzie krajowym ciężą określone, daleko idące obowiązki, które mają nie tylko doprowadzić do wyeliminowania postanowienia abuzywnego z konkretnej umowy, ale również wyrzucić skutek odstraszący wobec tak przedsiębiorcy dopuszczającego się naruszenia praw konsumenta jak i innych przedsiębiorców, funkcjonujących na rynku. Dyrektywa wymaga więc – co do zasady – przyjęcia perspektywy konsumenta.

43. W wyroku kasatoryjnym sygn. akt IV CSK 334/18 Sąd Najwyższy przyjmuje jednak optykę sprzeczną z wytycznymi sformułowanymi przez Trybunał Sprawiedliwości.

44. Sąd Najwyższy, zamiast zgodnie z orzecznictwem TSUE, dokonać oceny czy działalność inwestycyjna prowadzona jest przez powoda w celu zaspokojenia jego interesów prywatnych, dąży do ustalenia, czy działalności powoda można przypisać cechy prowadzenia działalności gospodarczej. Sąd Najwyższy wykorzystuje kryteria, uznane przez Trybunał za nierelevantne dla zakwestionowania statusu konsumenta (patrz pkt IV, oraz pkt 35-36 niniejszego pisma), aby wykazać, że powód podejmował czynności w ramach działalności gospodarczej.

45. Wszystkie kryteria, na które wprost powołuje się Sąd Najwyższy, to jest: ilość zawartych transakcji, ich wartość, fachowa, specjalistyczna wiedza, czy doświadczenie praktyczne powoda, zostały wprost zidentyfikowane przez TSUE, jako nieposiadające znaczenia dla stwierdzenia statusu konsumenta (patrz pkt IV, oraz pkt 35-36 niniejszego pisma).

46. Rozumowanie zaprezentowane w wyroku kasatoryjnym nie tylko narusza prawo unijne, ale prowadzi w praktyce do wystąpienia skutków paradoksalnych. Dokonywanie inwestycji na rynkach kapitałowych na własne potrzeby, w zakresie zarządzania własnymi środkami finansowymi, nie jest działalnością gospodarczą ani zawodową, lecz wchodzi w zakres sprawowania zarządu własnym majątkiem (tak: K. Osajda w opracowaniu pt. „Ochrona inwestora – konsumenta na rynku instrumentów finansowych (rynek kapitałowym)” (Państwo i Prawo, w druku; opracowanie to stanowi Załącznik 1 do niniejszego pisma). Odmierna wykładnia prowadziłyby do absurdalnych rezultatów, bo w jej świetle za przedsiębiorcę, nie konsumenta, należałoby uznawać być może osobę lokującą środki finansowe w różnych bankach, co logicznie i funkcjonalnie, a także aksjologicznie jest nieakceptowalne (zob. Załącznik 1, s. 3).

47. Co więcej, wykładnia taka oznaczałaby, że każda osoba zaangażowana w działalność banku czy firmy inwestycyjnej (np. jako pracownik) mogłaby zostać pozbawiona statusu konsumenta w przypadku podjęcia działalności inwestycyjnej w celu pomnażania prywatnego majątku, która to działalność wymagałaby zainwestowania znacznych środków i okazałaby się zyskownym przedsięwzięciem. Cechą charakterystyczną działalności inwestycyjnej jest bowiem duża ilość zawieranych transakcji (składanych zleceń kupna sprzedaży), tak więc kryteria sformułowane przez SN w orzeczeniu kasatoryjnym mogłyby zostać spełnione nadzwyczaj szybko.

48. Uzasadniając swoje stanowisko, że osoba o określonych cechach („która jest w istocie przedsiębiorcą, zawodowcem, profesjonalistą”) nie może być uważana za konsumenta w świetle art. 22<sup>1</sup> k.c., Sąd Najwyższy argumentuje, że uznanie jej za konsumenta prowadziłyby do zamazywania różnic między konsumentem i nie-konsumentem i powstania niebezpieczeństwa manipulowania statusem przez takie osoby, co mogłoby zagrażać interesom banków. Z tego też względu SN uznał, że powód nie jest konsumentem w świetle

art. 22<sup>1</sup> k.c. i w związku z tym wyłączone jest w stosunku do niego przepisów zapewniających szczególną ochronę przysługującą konsumentom (dyrektywa 93/13).

49. Ten fragment uzasadnienia wyjaśnia na czym polega błąd popełniony przez SN, a także wskazuje jego głębię. Rozumowanie, nakierowane na ochronę interesu banku, górującego siłą negocjacyjną i wiedzą nad swym klientem, jest wprost i fundamentalnie sprzeczne z podstawowymi założeniami prawa europejskiego, którego działania nakierowane są na ochronę słabszej strony umowy (o tendencjach rozszerzania takiej ochrony – patrz stanowisko Rzecznika Finansowego, s. 21, a o przesłankach aksjologicznych wynikających z rzeczywistości rynkowej – patrz opracowanie K. Osajdy). Wykładnia zastosowana przez Sąd Najwyższy łamie więc ciężący na Sądzie Najwyższym obowiązek dokonania wykładni proeuropejskiej (patrz punkty 7-12 powyżej), którego to obowiązku SN jest świadomy, ponieważ przywołuje go w uzasadnieniu wyroku.

50. Za uznaniem powoda za konsumenta w niniejszej sprawie przemawiają ponadto względy aksjologiczne. Celem przypisania podmiotowi statusu konsumenta jest bowiem rozciągnięcie ochrony prawnej na strukturalnie słabszą stronę stosunku prawnego (zob. Załącznik 1, s. 4-5). W związku z tym konieczne jest przyjęcie szerokiego, funkcjonalnego ujęcia konsumenta na tle prawa polskiego. Należy podkreślić, że zdarza się zakwalifikowanie do kategorii konsumentów niektórych podmiotów nawet wówczas, gdy nie zawierają umowy z profesjonalistami, ze względu na ich strukturalną słabość (P. Mikłaszewicz, Komentarz do art. 76 Konstytucji, [w:] Konstytucja. Komentarz, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis, Nb 21). Istotne jest, że nie chodzi o ocenę słabości indywidualnego, konkretnego podmiotu, lecz wynikającą z jego przynależności do określonej grupy. Tak też należy ocenić pozycję inwestora indywidualnego na rynku kapitałowym. Wykładnia nadmiernie zwężająca zakres podmiotowy normy z art. 22<sup>1</sup> k.c. jest sprzeczna z jej założeniem i celem, a zatem niedopuszczalna (patrz: Załącznik 1, s. 5).

51. Stanowisko to wzmacniane jest dodatkowo wykładnią prokonstytucyjną. Choć normy wynikające z art. 76 Konstytucji są adresowane do władz publicznych, to jednak mają również pośrednie oddziaływanie horyzontalne, ponieważ sądy, jako władze publiczne, powinny brać je pod uwagę przy wykładni stosowanych przepisów, zwłaszcza klauzul generalnych i zwłaszcza w odniesieniu do zakresu ochrony (P. Mikłaszewicz, Komentarz do art. 76 Konstytucji, [w:] Konstytucja. Komentarz, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis, Nb 42). Wymagane autonomiczne rozumienie pojęcia „konsument” na gruncie ustawy zasadniczej, którego to pojęcia użyto w art. 76 Konstytucji, prowadzi do potrzeby raczej rozszerzającej niż zwężającej wykładni ustawowych definicji konsumenta. W tym kontekście uznanie klienta na rynku finansowym za konsumenta niewątpliwie będzie zgodne z konstytucyjnym wymaganiem jego ochrony, podczas gdy nieprzyznanie mu tego statusu mogłoby budzić wątpliwości co do zgodności z ustawą zasadniczą (patrz, Załącznik 1, s. 5).



52. Rzecznik Praw Obywatelskich pragnie na koniec podkreślić, że nawet jeżeli, w ramach konkretnego stosunku zobowiązaniowego, konsument byłby w stanie wynegocjować zmianę treści określonej klauzuli, to nie wpływa to na utratę jego statusu jako konsumenta, a jedynie wyłącza daną klauzulę spod kontroli abuzywności na tle dyrektywy 93/13, w świetle jej polskiej implementacji. Warto jednocześnie nadmienić, że jest to przepis o charakterze minimalnym i niektóre z państw członkowskich zdecydowały się na podwyższenie standardu ochrony, poddając ocenie abuzywności również klauzule indywidualnie negocjowane (Dania, Finlandia, Szwecja, Francja, Belgia, Luksemburg, Czechy, Łotwa i Malta).

## VII. Rozwiązania możliwe do zastosowania przez sąd orzekający

53. Jedną z przyczyn, dla których Rzecznik przystąpił do niniejszej sprawy jest to, że sytuacja prawna, ukształtowana po wydaniu przez Sąd Najwyższy wyroku kasacyjnego sygn. akt IV CSK 334/18 jest niezwykle trudna dla sądu orzekającego w sprawie. **Z jednej bowiem strony, wyrok kasacyjny bez wątplenia narusza treść prawa europejskiego w świetle wyroków Trybunału zapadłych tak przed jak i po jego wydaniu. Realizując treść wyroku, również sąd orzekający dopuści się naruszenia prawa europejskiego, do przestrzegania którego jest – jako sąd europejski – bezwzględnie zobowiązany**, co może skutkować powstaniem odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za naruszenie prawa europejskiego (patrz pkt 11). **Stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymogów dyrektywy, sąd krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w możliwie najszerszym zakresie w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie, aby zapewnić zgodność z art. 288 akapit trzeci TFUE** (wyroki z dnia: 26 października 2016, *Canal Digital Danmark*, C-611/14, pkt 32, 5 października 2004 r., *Pfeiffer i. in.*, od C-397/01 do C-403/01, pkt 113 i przytoczone tam orzecznictwo; 19 kwietnia 2016 r., *DI*, C-441/14, pkt 31).

54. Z drugiej strony pomijając wytyczne ujęte przez Sąd Najwyższy w rozstrzygnięciu kasatoryjnym naruszy treść normy zawartej w art. 398<sup>20</sup> k.p.c., który wiąże sąd, któremu sprawa została przekazana wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy.

55. Naruszenie to – w świetle orzeczenia siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 14 października 2015 r., sygn. akt: I KZP 10/15, w związku z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 2012 r., sygn. akt I CSK 5/12; wyrok z dnia 10 sierpnia 2007 r., sygn. akt III UK 23/07, z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt I CSK 632/17) będzie miało jednak charakter pozorny (patrz również pkt 12 niniejszego pisma).

56. Po zapadnięciu wyroku kasatoryjnego w niniejszej sprawie (18 września 2019 r.) Trybunał wydał bowiem dwa orzeczenia wykładnicze (wyroki z dnia: 3 października 2019 r.,

*Petruchová*, C-208/18 oraz 2 kwietnia 2020 r., *Reliantco Investments LTD*, C-500/18). Biorąc pod uwagę, że orzeczenia TSUE mają moc równą z zasadami prawnymi, to w razie konfliktu między wykładnią prawa dokonaną przez Sąd Najwyższy w wyroku przekazującym sprawę do ponownego rozpoznania, a wykładnią dokonaną przez TSUE w późniejszym orzeczeniu wykładniczym, **pierwszeństwo ma wykładnia dokonana przez TSUE niezależnie od tego, że orzeczenia TSUE zapadło na gruncie innej sprawy.**

57. W związku z faktem, że między orzeczeniem kasatoryjnym a późniejszymi orzeczeniami wykładniczymi TSUE zachodzi bezwzględna sprzeczność, Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na stanowisku, że w niniejszej sprawie sąd orzekający jest związany wykładnią zawartą w wyrokach *Petruchová*, C-208/18 oraz *Reliantco Investments LTD*, C-500/18. Oznacza to, że powinien stwierdzić, że w związku z faktem, że prowadzona przez powoda działalność inwestycyjna, której dotyczy postępowanie w niniejszej sprawie, nie była związana z prowadzeniem działalności gospodarczej lub zawodowej, ponieważ miała na celu zaspokojenie jego osobistych potrzeb, posiada on w niniejszej sprawie status konsumenta. Wszystkie okoliczności subiektywne, dotyczące powoda i umowy, powinny zaś zostać pominięte.

58. Oznacza to konieczność zastosowania w niniejszej sprawie przepisów implementujących dyrektywę 93/13, w którym to zakresie Rzecznik popiera stanowisko procesowe powoda.

59. Rzecznik Praw Obywatelskich pragnie jednocześnie podkreślić, że Sąd orzekający dysponuje wciąż możliwością zwrócenia się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym. Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że istnienie przepisu prawa krajowego powodującego związanie sądów, które nie orzekają w ostatniej instancji, oceną prawną dokonaną przez sąd wyższego stopnia nie może samo z siebie pozbawić tych sądów tego uprawnienia (wyroki z dnia: 16 stycznia 1974 r., *Rheinmühlen-Düsseldorf* 166/73, pkt 4; 22 czerwca 2010, *Melki i Abdeli* C-188/10 i C-189/10, pkt 42; a także z dnia 6 marca 2018 r., *SEGRO i Horváth* C-52/16 i C-113/16, pkt 48). Sąd, który nie orzeka w ostatniej instancji, powinien mieć więc swobodę wystąpienia do Trybunału, szczególnie jeśli uzna, że ocena prawa dokonana przez wyższą instancję mogłaby doprowadzić do wydania przezeń orzeczenia sprzecznego z prawem Unii (wyroki z dnia: 16 stycznia 1974 r., *Rheinmühlen-Düsseldorf* 166/73, pkt 4; 9 marca 2010 r., *ERG i in.* C-378/08, pkt 32; 15 listopada 2012 r., *Bericap Záródástechnikai*, C-180/11, pkt 55; a także 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, pkt 27).

60. Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszej sprawie, w szczególności w kontekście stanu faktycznego w sprawie *Reliantco Investments LTD*, C-500/18, oraz dostrzegalną skłonność Trybunału do wydawania *acte éclairé* w tym zakresie, należy przypuszczać, że Trybunał zdecyduje się na wydanie *acte éclairé*. Naturalnie, ze względu na znaczenia

rozstrzygnięcia dla funkcjonowania prawa konsumenckiego w Polsce, Rzecznik będzie zainteresowany wyrażeniem opinii w postępowaniu toczącym się przez Trybunałem.

- **Załącznik 1** – opracowanie K. Osajdy

Maciej Taborowski  
Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich  
/podpis na oryginale/