

OPINIA
KRAJOWEJ RADY SĄDOWNICTWA

z dnia 8 maja 2009 r.

w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o ochronie przed nieuczciwymi praktykami w obrocie niektórymi złożonymi instrumentami finansowymi.

Krajowa Rada Sądownictwa negatywnie opiniuje poselski projekt ustawy o ochronie przed nieuczciwymi praktykami w obrocie niektórymi złożonymi instrumentami finansowymi.

W ocenie Krajowej Rady Sądownictwa projekt zawiera rozwiązania prawne nieadekwatne do deklarowanych w uzasadnieniu celów, jest niespójny zarówno pod względem merytorycznym, błędnie sformułowany pod względem technicznym.

Jak wynika z założeń projektodawców, nowa regulacja prawna ma na celu ochronę przedsiębiorców przed nieuczciwymi praktykami podmiotów inwestycyjnych, w wyniku których przedsiębiorcy zawarli asymetryczne złożone umowy o opcje walutowe. W umowach tych nałożone na nich ryzyko było znacznie większe, niż ryzyko obciążające podmioty inwestycyjne, o czym nie zostali należycie i w sposób zrozumiały pouczeni. Wobec gwałtownego i niespodziewanego spadku wartości złotej wartość świadczenia, które muszą spełnić na rzecz kontrahenta jest tak duża, że może doprowadzić do ich upadłości, a w konsekwencji do wzrostu bezrobocia. Za ochroną przedsiębiorców przemawiają, najogólniej mówiąc, względy słuszności oraz konieczność ochrony rynku, zwłaszcza w sytuacji kryzysu gospodarczego. Ochrona ta ma być realizowana w odniesieniu do asymetrycznych złożonych umów o opcje walutowe zawartych po dniu 31 października 2007 r. Strony tych umów uzyskałyby uprawnienie do przymuszenia drugiej strony do podjęcia działań (negocjacji, mediacji, sporu przed sądem polubownym) w celu zmiany warunków umów, a po bezskutecznym upływie określonego terminu, do odstąpienia od nich.

Chociaż *ratio legis* projektu jest zrozumiała, należy zważyć, że rozwiązania ochronne działające wstecz, mają charakter nadzwyczajny. Naruszają bowiem zarówno zasadę stabilności i pewności prawa, jak i zasadę *pacta sunt servanda*, dlatego powinny być tak skonstruowane, by naruszenie było możliwie jak najmniejsze.

W przypadku zawierania umów, od obu stron wymaga się „należytej staranności”. Gdy stroną umowy jest przedsiębiorca, powinien on wykazać staranność na profesjonalnym poziomie. Gdy nadto przedsiębiorca ten nabywa złożone instrumenty finansowe, jak ma to miejsce w umowach o opcje walutowe, powinien sam rozważyć łączące się z tym ryzyko. Od podmiotu inwestycyjnego należy wymagać ostrożności i rozwagi wynikającej z uczestnictwa w rynku. Nie znajduje wytłumaczenia w ocenie Krajowej Rady Sądownictwa uzasadnienie projektu, w którym stwierdzono, że umowy te były zawierane „w pośpiechu”, a przedstawiciele podmiotów inwestycyjnych „naciskali” na szybkie podejmowanie decyzji. Z drugiej strony opisane działanie (niewyczerpujące informowanie klientów, pomijanie istotnych informacji o ryzyku, wywieranie presji psychicznej na nierozsądne, pochopne wiązanie się umową) nie jest uczciwe, tak samo jak skrajnie nieproporcjonalne rozłożenie obowiązków i ryzyka pomiędzy stronami. Dlatego w ocenie Rady zasadniczą kwestią przy konstruowaniu ustawy ochronnej stron zobowiązanych z umów o opcje walutowe powinna być odpowiedź na pytanie, jak dalece chronić lekkomyślnych profesjonalistów – przedsiębiorców, przed nieuczciwymi podmiotami inwestycyjnymi.

Zaproponowane rozwiązania ingerują w ukształtowany stosunek prawny i dają przedsiębiorcom przewagę nad kontrahentami umów o opcje walutowe, co może skłaniać do ich nadużywania. W ocenie Krajowej Rady Sądownictwa szczególnej uwagi wymaga ocena opiniowanego projektu w kontekście ingerencji ustawodawcy w ukształtowany stosunek prawny. Projektodawca wskazał, że Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza odstępiania od zasady nieretroakcji, gdy przemawia za tym inna zasada konstytucyjna, np. sprawiedliwości społecznej. W szczególnych okolicznościach dopuszcza się, że ustawodawca, powodowany wyraźnym i przemożnym interesem społecznym (publicznym) usprawiedliwiającym jego ingerencję w treść ukształtowanych stosunków prawnych może dokonać zmiany obowiązującego prawa także wtedy, gdy zmiany takie niosą ze sobą rozwiązania prawne niekorzystne dla potencjalnych adresatów tak ustanowionych norm prawnych.

Pogląd ten jest trafny. Jednakże taka ingerencja musi pozostawać proporcjonalna do celu, dla którego realizacji jest czyniona. W ocenie Krajowej Rady Sądownictwa należy przede wszystkim wykorzystać wszystkie istniejące instytucje prawne, dostosowując je odpowiednio, dopiero gdy te są niewystarczające, należy uznać za dopuszczalne wprowadzenie przepisów prawa materialnego cywilnego działających wstecz. W polskim systemie prawnym istnieją przepisy chroniące uczestników obrotu prawnego

przed nieuczciwymi praktykami, a także przed niedającymi się przewidzieć nadzwyczajnymi zmianami okoliczności oraz reguły interpretacyjne oświadczeń woli czy treści umowy.

Są to w szczególności:

- art. 388 k.c. – wyzysk; przepis ten daje możliwość zmiany wielkości świadczenia jednej ze stron, a nawet unieważnienia umowy,
- art. 357¹ k.c. – klauzula nadzwyczajnej zmiany stosunków; przepis ten daje możliwość oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia lub nawet rozwiązania umowy,
- art. 353¹ k.c. – statuuje zasadę swobody umów, jednak ich cel lub treść nie mogą sprzeciwiać się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego; tymczasem umowy, które jakoby miały chronić przedsiębiorców przed ryzykiem zmiany kursu walut, częstokroć miały w istocie cel spekulacyjny, przynajmniej dla podmiotu inwestycyjnego,
- art. 58 § 2 k.c. – o nieważności czynności prawnej sprzecznej z zasadami współżycia społecznego; rażąco asymetryczne umowy o opcje walutowe, przy których klient podmiotu inwestycyjnego nie był należycie powiadomiony o możliwym ryzyku, z pewnością są niezgodne z zasadami współżycia społecznego,
- art. 5 k.c. – klauzula zasad współżycia społecznego, zgodnie z którą nie korzysta z ochrony czynienie użytku ze swego prawa, które jest sprzeczne ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego,
- art. 320 k.p.c. - możliwość rozłożenia przez sąd świadczenia na raty.

Przepisy te, właściwie zastosowane, mogą posłużyć także dla ochrony stron asymetrycznych, złożonych umów o opcje walutowe.

W ocenie Krajowej Rady Sądownictwa analiza projektu nasuwa także ogólną refleksję nadzwyczajnej ochrony jednej grupy podmiotów, tj. strony asymetrycznej umowy o opcje walutowe. W tym kontekście należy zauważyć, że mimo iż zakres regulacji ustawowej (art. 1 i art. 2 projektu) jest szerszy, obejmuje jeszcze inne rodzaje (typy) umów, to szczególna ochrona zostaje przyznana tylko inwestorom wskazanych wyżej umów (art. 4 w zw. z art. 3 projektu). Takie rozwiązanie budzi wątpliwości już ze względu na zakres podmiotów chronionych i sposób ochrony.

Nie stanowi argumentu za wprowadzeniem ustawy potrzeba implementacji Dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków

instrumentów finansowych zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG. Jednakże wymogi stawiane w tej dyrektywie mają charakter intencjonalny i wskazują na potrzebę ujednoczenia poziomu niezbędnego do zaoferowania inwestorom wyższego poziomu ochrony oraz umożliwienie przedsiębiorstwom inwestycyjnym świadczenia usług w całej Wspólnocie, będącej rynkiem jednolitym, w oparciu o nadzór kraju rodzimego, przy czym ma dotyczyć to instrumentów finansowych, a nie tylko wybranego instrumentu. Nadto wskazana dyrektywa nie wymaga tak szerokiej ochrony, jak przewiduje to projekt ustawy. Dyrektywa 2004/39/WE wskazuje, jakie standardy powinny być spełnione (do jakich należy dążyć), nie wskazuje jednak konkretnych rozwiązań przyjętych w projekcie ustawy, a rozwiązania te mogą budzić wątpliwości co do ogólnych założeń, jak i rozwiązań szczegółowych.

Zaproponowane rozwiązania prawne dają stronom asymetrycznych złożonych umów o opcje walutowe prawo „złożenia oświadczenia, że korzystają z przepisów ustawy” (art. 4 ust. 1 projektu). Już sama treść tego oświadczenia budzi wątpliwości, jest bowiem bardzo ogólna. Jego złożenie ma zobowiązywać strony do podjęcia negocjacji zmierzających do zawarcia ugody w sprawie zmiany postanowień umownych, podjęcia mediacji w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego albo poddania sporu dotyczącego umowy pod sąd polubowny przy KNF (art. 5 ust. 1 projektu). Powstaje wątpliwość, która ze stron jest uprawniona do wyboru jednego z tych trzech rozwiązań i jakie będą skutki, gdy żadna ze stron, po złożeniu oświadczenia, nie wykaże dalszej inicjatywy w rozwiązaniu sporu, czekając na działanie drugiej. Skoro zaś z chwilą złożenia oświadczenia „o skorzystaniu z przepisów ustawy” wykonanie umowy wstrzymuje się, to przedsiębiorca może nie być wcale zainteresowany podjęciem dalszych działań, uznając, że to przede wszystkim jego kontrahent ma interes w tym, by spór zakończyć. Wniosek ten jest tym bardziej trafny, że jeżeli w terminie 4 miesięcy od dnia złożenia oświadczenia, nie dojdzie do zawarcia ugody albo sąd polubowny nie wyda rozstrzygnięcia, strona umowy może od niej odstąpić w terminie kolejnych 30 dni (art. 6 projektu). Umowę uważa się wówczas za niezawartą (art. 7 ust. 2 projektu). Jeśli więc umowa jest bardzo dla przedsiębiorcy niekorzystna, w sposób oczywisty będzie on dążył do tego, by od niej odstąpić. Dopiero spory wynikłe na tle oświadczenia o odstąpieniu od umowy mają rozpoznawać sądy powszechne (art. 8 projektu).

Opisaną konstrukcję prawną należy ocenić krytycznie. Rozsądniejsze i bardziej ekonomiczne pod względem prawnym byłoby, gdyby przedsiębiorca korzystał z istniejących instrumentów prawnych, takich jak zawiązanie do próby ugodowej lub pozew o ukształtowanie stosunku prawnego.

Wątpliwości budzi w opinii Krajowej Rady Sądownictwa samo założenie szczególnej procedury ochronnej. Uprawnienie do odstąpienia od umowy jest za daleko idące. W uzasadnieniu projektu dostrzegane są inne możliwości ochrony praw stron (pkt IV ppkt 2), chociaż uznawane są za niewystarczające. W tym miejscu należy wskazać na art. 353¹k.c. w zw. z art. 58 k.c. Treść tego przepisu jest wskazywana w innym miejscu uzasadnienia, ale nie podkreślono, że naruszenie w przypadku zawarcia umowy, ustawy lub zasad współżycia społecznego, skutkuje nieważnością czynności prawnych. Skutki nieważności czynności prawnej uregulowano w art. 497 k.c., stąd brak jest potrzeby odstępowania od umowy (art. 6 projektu) skoro umowa jest z mocy prawa nieważna. Charakterystyczne jest, że już w tytule ustawy wskazano, iż ma ona dotyczyć ochrony przed nieuczciwymi praktykami, a więc sytuacji patologicznej (np. naruszającej regulację ustawową w zakresie obowiązków informacyjnych). W tej sytuacji konieczność korzystania z rozwiązań projektu budzi wątpliwości w kontekście uznania automatycznej nieważności umowy w trybie art. 58 k.c. Należy podkreślić, że wskazane umowy mają z reguły rozbudowane wzorce umowne (nierzadko kilkudziesięciostronicowe). W tym kontekście należy przypomnieć art. 384 § 1 k.c., który wskazuje wyraźnie, że ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy (§ 2 nie będzie miał w tej sytuacji zastosowania). Jeżeli więc do zawarcia umowy dochodzi w drodze telefonicznej, mailowej, to z reguły wymóg doręczenia (nie tylko poinformowania o jego istnieniu) nie jest zrealizowany. Praktyka wskazuje, że umowy dotyczące instrumentów finansowych były kwestionowane przez strony właśnie z wykorzystaniem istniejących rozwiązań prawnych, a mając na uwadze możliwości zabezpieczenia roszczeń sytuacja inwestorów nie wydaje się na tyle zła, by chronić ich w szczególnym trybie. Warto dodatkowo zauważyć, że zgodnie z art. 8 projektu sprawa i tak w razie sporu ostatecznie trafi do sądu powszechnego – po wydłużonym postępowaniu specjalnym, przewidzianym w projekcie.

Warto podkreślić, że w uzasadnieniu projektu wskazano, iż rozwiązanie ma dotyczyć umów rażąco asymetrycznych (choć sam projekt posługuje się pojęciem umowy

asymetrycznej). Użycie sformułowania „rażąco” lub jego pominięcie w wykładni prawa cywilnego ma ogromne znaczenie. Wątpliwości można mieć w tym kontekście do definicji zawartej w art. 2 pkt 7 projektu, który tej kwestii nie podkreśla w sposób prawnie doniosły.

Krajowa Rada Sądownictwa bardzo krytycznie ocenia regulację art. 9 projektu, w szczególności ustępu 2 i 3. Ten przepis stanowi istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu prawnego i gospodarczego w Polsce. Według ust. 1 tego przepisu od dnia złożenia oświadczenia o skorzystaniu z przepisów ustawy wobec strony, która to uczyniła, nie stosuje się art. 586 Kodeksu spółek handlowych (penalizacja niezłożenia we właściwym czasie wniosku o upadłość). Ust. 2 zaś stanowi, że w razie złożenia oświadczenia o skorzystaniu z przepisów ustawy, do dnia zawarcia ugody lub – ogólnie mówiąc – rozwiązania sporu o umowę, nie może być ogłoszona upadłość podmiotu, który zawarł asymetryczną umowę o opcje walutowe. Wreszcie w myśl ust. 3 postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości oraz egzekucyjne wobec podmiotu, który zawarł taką umowę podlega zawieszeniu z dniem złożenia oświadczenia, do dnia rozwiązania sporu o umowę. Przepisy te nie precyzują, czy chodzi tylko o postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości lub egzekucyjne prowadzone ze względu na nierealizowanie spornej umowy o opcje walutowe, czy też o każde takie postępowanie, bez względu na przyczynę możliwej upadłości lub egzekucji. Należy podkreślić, że mimo wskazania w uzasadnieniu projektu, że częstokroć jedyną przyczyną podstawy do ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy jest zawarta umowa o opcje, to brak jest podstaw do wyłączenia w ogóle zdolności upadłościowej podmiotów – stron umowy opcjonalnej. Te podmioty często w praktyce nie regulują innych swoich zobowiązań wobec innych podmiotów (również małych czy średnich przedsiębiorców). Przyczyną pierwotną może być zawarta niefortunnie umowa o opcje walutowe, ale równie często taka umowa jest tylko jednym z nietrafionych kontraktów. Nie ma żadnych racjonalnych podstaw, by przedsiębiorców chronić wobec innych podmiotów rynku (także pracowników tych przedsiębiorców) poprzez wyłączenie zdolności upadłościowej lub zawieszanie postępowań upadłościowych oraz egzekucyjnych. Wskazana regulacja może doprowadzić do powstania na rynku uprzywilejowanych przedsiębiorców, którzy działając poza zagrożeniem upadłościowym oraz egzekucyjnym będą mogli zawierać dowolne umowy bez gwarancji ich realizacji dla drugiej strony umowy. Sposobem będzie w takiej sytuacji zawarcie umowy o opcję i wszczęcie procedury przewidzianej w projekcie ustawy (samo oświadczenie określone w art. 4 projektu). Będzie to niebezpieczne nie tylko dla banków i firm inwestycyjnych, lecz także dla wszystkich innych uczestników rynku.

Warto zauważyć, że zgodnie z art. 10 prawa upadłościowego i naprawczego, upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Zaś zgodnie z art. 11 ust. 1 i ust. 2 dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Tak więc jedno zobowiązanie (o ile nie przekracza wartości majątku dłużnika) nie stanowi podstawy do ogłoszenia upadłości podmiotu. Z zasady więc dłużnicy, których dotyczy postępowanie upadłościowe posiadają wiele zobowiązań, które nie są realizowane. Brak podstaw do szczególnej ochrony stron umów opcjonalnych kosztem innych osób. Przepisy art. 9 projektu stwarzają możliwość znacznych nadużyć ze strony przedsiębiorców, przede wszystkim wobec wierzycieli innych niż podmioty inwestycyjne uprawnione z umów o opcje walutowe. Wierzyciele ci zostaliby pozbawieni ochrony swych interesów w postaci możliwości odebrania niegospodarnemu przedsiębiorcy zarządu majątkiem w wyniku ogłoszenia upadłości z likwidacją majątku bądź z możliwością zawarcia układu, ale przy ustanowieniu zarządcy. Dla osiągnięcia ochronnego celu ustawy wystarczające byłoby wstrzymanie wykonania spornej umowy (co powodowałoby niemożność także prowadzenia egzekucji należnego z niej świadczenia) oraz zawieszenie postępowań o ogłoszenie upadłości, jeśli przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wynikły z powodu konieczności spełnienia świadczenia z asymetrycznej złożonej umowy o opcje walutowe.

Krajowa Rada Sądownictwa wskazuje także na inne uchybienia projektu.

W myśl art. 3 projektu ustawę stosuje się do asymetrycznych złożonych umów o opcje walutowe, wobec czego niezrozumiała jest treść art. 2 ust. 1 projektu, w którym wylicza się „złożone instrumenty finansowe” i art. 1 projektu, w którym wskazuje się „nieuczciwe praktyki w obrocie złożonymi instrumentami finansowymi”, a nie tylko „nieuczciwe praktyki przy zawarciu asymetrycznych złożonych umów o opcje walutowe”. Brak w projekcie przepisów, z którymi by te normy prawne korespondowały, w szczególności żaden nie wskazuje, że strona, która zawarła umowę dotyczącą któregoś ze „złożonych instrumentów finansowych” w wyniku zastosowania wobec niej „nieuczciwej praktyki” będzie mogła się domagać określonej ochrony prawnej, jak choćby unieważnienia czy też stwierdzenia nieważności takiej umowy, albo odpowiedniego ukształtowania stosunku prawnego. Stanowią one tylko definicje ustawowe określonych pojęć, z czym nie wiążą

się żadne dalsze skutki prawne. Skutków tych można by ewentualnie poszukiwać na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego - powództwo o ukształtowanie lub ustalenie nieistnienia stosunku prawnego. Wprowadzenie definicji ustawowych nieuczciwych praktyk, bez jednoczesnego uregulowania skutku ich stwierdzenia, powoduje konieczność wykładni właśnie w celu ustalenia tego skutku. Skoro więc przewidziano art. 1 i art. 2 ust. 1 projektu, należałoby uzupełnić tę regulację i unormować w tej ustawie także skutki prawne stosowania nieuczciwych praktyk w obrocie złożonymi instrumentami finansowymi.

Art. 1 ust. 1 pkt 3 i 4 projektu określa obowiązki informacyjne podmiotu inwestycyjnego, czyli zakres informacji, które ma on udzielić klientowi oraz które musi od klienta pozyskać. Przepisy te są zbyt ogólne, nie wskazano rodzaju tych informacji. Firma inwestycyjna lub bank ma obowiązek udzielić klientowi „kompleksowych” informacji o banku lub firmie inwestycyjnej i usługach przez nie świadczonych czy podmiotach realizujących zlecenia. Jednakże trudno zdefiniować pojęcie „kompleksowości”. Stopień niedookreśloności tych przepisów jest na tyle wysoki, że powstaje wątpliwość, czy są one zgodne z konstytucyjną zasadą państwa prawa. Jeśli podmiotowi prawa nakazuje się jakieś działanie, powinien on mieć możliwość zrozumienia, czego się od niego wymaga i określenia zakresu koniecznego działania. Pojęcia „kompleksowych” informacji oraz „niezbędnych informacji” nie spełniają tego wymogu.

Projekt posługuje się określeniem „firma inwestycyjna”. Pojęcie „firma” oznacza w prawie cywilnym nazwę, pod jaką przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą (art. 43² § 1 Kc). Nieprawidłowe pod względem techniki legislacyjnej jest wprowadzanie chaosu terminologicznego, tym bardziej, że zamiast określenia „firma inwestycyjna” można bez szkody dla istoty projektu użyć określenia „podmiot inwestycyjny”.

Art. 5 ust. 2 projektu stanowi, iż z dniem zawarcia umowy realizacja asymetrycznej złożonej umowy następuje na warunkach określonych w ugodzie. Cel wprowadzenia tej regulacji jest niejasny. Ugodę zawiera się właśnie po to, aby zgodnie z nią unormować stosunek prawny. Jest to istotą ugody i wynika z samego faktu jej zawarcia.

Wskazując na powyższe, w ocenie Krajowej Rady Sądownictwa wprowadzenie nowej regulacji prawnej mającej na celu ograniczenie negatywnych skutków wynikających z obrotu złożonymi instrumentami finansowymi jest zbędne. Mając na względzie ochronny cel regulacji oraz indywidualny charakter każdej z umów, wskazane byłoby, aby przedsiębiorcy spory wynikające z tych umów kierowali wprost do sądu powszechnego,

korzystając z już istniejących lub odpowiednio zmodyfikowanych (np. w zakresie ograniczenia nadawania klauzuli wykonalności bankowym tytułom egzekucyjnym) mechanizmów kształtowania stosunków prawnych. Nie uchybia to w żaden sposób możliwości negocjowania, mediacji, a nawet poddania sprawy pod sąd polubowny, gdyby podmiot inwestycyjny był do tego skłonny. Zapewne możliwość skorzystania przez przedsiębiorcę z drogi sądowej skuteczniej skłoni jego kontrahenta do rzetelnych negocjacji i ustępstw, niż przewidziany projektem „przymus negocjacyjny”.