

Stanowisko ekspertów Europejskiego Kongresu Finansowego w sprawie ryzyka systemowego kredytów frankowych¹

Czy problemy „frankowiczów” stanowią ryzyko systemowe?

Ze względu na wielką wartość portfela kredytów denominowanych lub indeksowanych do walut obcych w polskim sektorze bankowym problemy z nimi związane mają charakter systemowy, a ich rozwiązanie wpłynie w istotny sposób na dobro publiczne jakim jest stabilność finansowa Polski. KNF szacuje konsekwencje rozstrzygnięć sporu na linii „frankowicze” – banki w przedziale dla różnych wariantów od 35 do 234 mld zł, co dobitnie świadczy, że problem i związane z nim ryzyka mają charakter systemowy.

Wbrew potocznym opiniom interesariuszami problemu kredytów walutowych są nie tylko kredytobiorcy i banki, ale wszyscy klienci banków, a poprzez mechanizmy fiskalne budżet państwa i wszyscy podatnicy. Ocena konkretnego rozwiązania jest funkcją przyjętego kryterium co sprawia, że problem kredytów walutowych jest nie tylko złożony, ale i wielowymiarowy. Inny interes mają kredytobiorcy walutowi, a inny złotowi. Nietożsame są także interesy poszczególnych banków, choć regulacyjne rozwiązania związane z zachwianiem stabilności będą dolegliwe dla wszystkich, zarówno dla uwikłanych w kredyty walutowe, jak i tych, które takich kredytów nie udzielały. Nadto ani kredytobiorcy ani kredytodawcy nie są zbiorowościami jednorodnymi. W przypadku kredytów walutowych, po obu stronach transakcji i to w różnych proporcjach, można odnaleźć zachowania nacechowane hazardem moralnym.

Hazard moralny a abuzowość

Hazard moralny to klasyczne w ekonomii i finansach zakłócenie mechanizmu rynkowego skutkujące erozją dyscypliny ekonomicznej. W tym kontekście nie należy nadawać pierwszeństwa eksponowanym w koncepcjach ochrony konsumenta klauzulom określającym z obecnej perspektywy abuzywnymi. Tym bardziej, że ich abuzywny charakter został podniesiony w znacząco innych warunkach ekonomiczno-finansowych niż te, gdy odpowiednie umowy kredytowe były zawierane. A to co dziś określa się jako niedozwolone, było wręcz preferowane przez kredytobiorców oraz wspierane przez siły polityczne, które przedsięwzięcia zmierzające do ograniczenia kredytów walutowych traktowały jako zamach na interesy klientów banków. Wypowiedzi środowisk opiniotwórczych sprzed jesieni 2008 roku broniły kredytów walutowych. Ówczesny Prezes UOKiK publicznie wyjaśnił, że nie można ograniczać dostępu do kredytów walutowych, a należy tylko informować klientów o ryzyku walutowym, pozostawiając im wybór

¹ Stanowisko EKF opracowane zostało przez prof. Leszka Pawłowicza, Andrzeja Reicha oraz prof. Jana Szambelańczyka po konsultacjach przeprowadzonych przez EKF, w których swoje opinie i uwagi przedstawiło 29 ekspertów z obszarów prawa, ekonomii oraz finansów i bankowości, w tym przedstawiciele świata nauki i praktyki gospodarczej.

waluty kredytu. Mało tego, bezpośrednio krytykował nadzór bankowy za próby ograniczania takiego wyboru, bez uwzględnienia intencji wyrażonych w przepisach Dyrektywy 93/13 EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (dalej Dyrektywa 93/13). Zresztą kwestie te nie były ówczesznie rozpatrywane ani w krajowej literaturze ani jednoznacznie implementowane do polskiego ustawodawstwa pro-konsumenckiego; nie były także eksponowane przez organy czy instytucje dedykowane ochronie konsumentów.

Nie sposób także pominąć okoliczności, że w porównywalnym okresie z kredytowania – na podobne cele jak przysłowiowi „frankowicze” – korzystali, i to w znacznie większej skali, klienci zaciągający kredyty w złotych polskich, ponosząc wyraźnie wyższe koszty związane z tym, że nie chcieli oni ponosić ryzyka kursowego. W uzupełnieniu do kwestii hazardu moralnego, zaciemnianego w debacie medialnej jakoby niewiedzą klientów, trzeba podnieść, że *ca 70% „frankowiczów”* legitymuje się statusem wyższego wykształcenia, wielu wykonuje zawody związane z ekonomią i finansami, a także naukami prawnymi. Nie wyklucza to jednak, że w grupie kredytobiorców walutowych znajdują się osoby, które w następstwie nieprofesjonalnego doradztwa (pracowników banków, pośredników kredytowych albo różnych doradców), bądź stosując ryzykowną inżynierię finansową, uzyskiwali pozytywną ocenę zdolności kredytowej dla kredytu denominowanego lub indeksowanego do waluty obcej, której nie posiadali dla kredytów złotych. Warto także uwzględnić, że część frankowiczów zaciągała kredyty nie na zaspokojenie swych podstawowych potrzeb mieszkaniowych, ale w typowych celach inwestycyjnych (zwykle na mieszkania z przeznaczeniem na wynajem). **Abstrahowanie od zróżnicowania cech i sytuacji populacji kredytobiorców walutowych przy ocenie klauzul w ich umowach kredytowych jest absolutnie nieuzasadnione ani ekonomicznie, ani społecznie.**

Wszystko to powoduje, że przyjęcie uniwersalnego rozwiązania problemu kredytów walutowych, bez uwzględnienia specyfiki poszczególnych przypadków, a przynajmniej pewnych klas przypadków, będzie niesprawiedliwe, a co gorsze wysoce szkodliwe systemowo i kosztowne fiskalnie. Wskazane szacunki kosztowe w granicach od 35 do 234 mld zł w różnej skali wpłyną na utratę stabilności finansowej Polski.

Debata publiczna, a zwłaszcza medialna dotycząca kredytów frankowych, nabiera intensywności. Widoczna jest polaryzacja stanowisk i brak zrozumienia argumentów stron, szczególnie w złożonych kwestiach mechanizmów funkcjonowania rynków walutowych. Wśród różnych poglądów powraca co pewien czas propozycja ugody banków i kredytobiorców. 11 maja 2021 roku Izba Cywilna Sądu Najwyższego ma się zająć kilkoma zagadnieniami prawnymi dotyczącymi sposobu postępowania w przypadku uznania pewnych warunków umowy kredytowej za niedozwolone. Zadane jej pytania dotyczą sposobu postępowania w razie uznania przez sąd orzekający warunku umownego za niedozwolony. Niestety, jak się wydaje, środowisku prawniczemu umyka z pola widzenia istota sporu, tj. kryterium uznawania danego warunku za niedozwolony. Kluczowe znaczenie ma pytanie czy tzw. klauzule abuzywne noszą w sobie rzeczywiste przesłanki lub cechy niedozwolone? Zanim rozstrzygać się będzie o tym, jak postępować, gdy dany warunek uznany zostanie za abuzywny, trzeba najpierw rozstrzygnąć m.in. czy dany warunek w momencie zawierania umowy rzeczywiście był w Polsce niedozwolony, a ponadto czy na takiej podstawie można uznać setki tysięcy umów za nieważne, z konsekwencjami tego dla systemu finansowego państwa. Pomimo tego, że pytanie to ma

kardynalne znaczenie, nie zostało ono formalnie zadane, a w konsekwencji mimo rozległych analiz i wysiłku sędziów Sądu Najwyższego, nie poznamy na nie odpowiedzi w ich orzeczeniu. A rzecz ma w tym sporze fundamentalne znaczenie, skoro kilka lat temu sądy orzekały na ogół na korzyść banków, które po zmianie linii orzeczniczej zaczęły przegrywać. Które orzeczenia były błędne? Te wcześniejsze, czy te późniejsze? W tym kontekście nie można nie postawić pytania, dlaczego w nowych okolicznościach konsekwencje akceptowanej wcześniej przez organy państwa i preferowanej politycznie praktyki mają obecnie ponosić banki i wszyscy podatnicy, a korzyści odnosić tylko „frankowicze”?

Ryzyko kursowe a kwestie formalno-prawne

Nowelizacja polskiego prawa dewizowego z roku 2000 umożliwiła bankom oferowanie różnych produktów dewizowych, w tym kredytów, w których zobowiązanie było wyrażone w walutach obcych. Były to kredyty głównie we frankach szwajcarskich, a także w euro, w dolarach, lub w jenach. Walutą rozliczenia tych kredytów była niemal zawsze złotówka – kapitał wypłacany był w złotych, a nie w walucie, raty płacone były w złotych, a nie w walucie. Ponieważ walutą rozliczenia była złotówka, porównanie kredytu w walucie z kredytem w złotych było łatwe i nasuwało się samo. Kredyty walutowe cieszyły się rosnącą popularnością, ponieważ rata kredytu zaciągniętego w walucie była znacząco niższa niż rata analogicznego kredytu w złotym polskim. Przeprowadzenie takiego porównania nie wymagało specjalnych kwalifikacji. Kolokwialnie rzecz ujmując ‘każdy mógł to zobaczyć’. Natomiast ostrzeżenia dotyczące ryzyka walutowego, formułowane także przez podmioty sieci bezpieczeństwa finansowego (zwłaszcza Komisję Nadzoru Bankowego) były lekceważone, krytykowane a nawet zwalczane.

Po upadku banku Lehman Brothers nastąpiło znaczne osłabienie złotego i innych walut naszego regionu Europy. Efektem tego był wzrost raty, a zwłaszcza kwoty zadłużenia wyrażonych w złotych. Rzeczywiste zadłużenie i wysokość raty, czyli wyrażone w walucie kontraktu, nie zmieniło się. W szczególności, wbrew powtarzanym często twierdzeniom, faktyczna wysokość raty i zadłużenia (wyrażona w walucie) nie wzrosła, natomiast ich równowartości w złotych wzrosły proporcjonalnie do zmiany kurs waluty do złotówki.

Reakcja kredytobiorców na osłabienie złotówki silnie zależy od waluty zobowiązania. W pozwach dominują zobowiązania we franku szwajcarskim. Udział pozwów w pozostałych walutach jest nieproporcjonalnie niższy niż udział zobowiązań w tych walutach w portfelach banków. Koreluje to dobrze ze zmiennością poszczególnych walut wobec złotówki. Frank podrożał bardzo silnie. Pozostałe waluty podrożały o wiele mniej, a w dodatku ich zmienność jest też stosunkowo niewielka.

Z punktu widzenia interesu „frankowiczów” to umocnienie się franka szwajcarskiego wobec złotówki, a nie kwestie prawne są główną przyczyną pozywania banków o zastosowanie klauzul abuzywnych. Dowodzi tego okoliczność, że umowy kredytowe dla poszczególnych walut w zasadzie nie różnią się, a zarzuty wysuwają „frankowicze”. Nadto ważną dla istoty sporu okolicznością jest to, że przez blisko 10 lat – dopóki kurs franka był korzystny dla kredytobiorców, kwestionowane obecnie postanowienia nie budziły żadnych wątpliwości, ani konsumentów, ani UOKiK, ani Rzecznika Finansowego, ani części prokonsumenckich środowisk opiniotwórczych.

W kategoriach ekonomii i finansów istota sporu „frankowiczów” z bankami kredytującymi dotyczy kosztów materializacji ryzyka kursowego w następstwie gwałtownej zmiany kursu CHF w relacji do PLN po upadku banku Lehman Brothers. W nomenklaturze bankowej nie były to ani oczekiwane (*expected losses*) ani nieoczekiwane (*unexpected losses*) straty. Zaczęto je określać mianem strat katastroficznych. Dla klienta mogło to oznaczać, że wartość zadłużenia w PLN, po kilku latach spłaty kredytu była dwukrotnie wyższa niż w momencie podpisywania umowy kredytowej. Rodziło to frustrację i rozgoryczenie frankowiczów i trudno się dziwić ich reakcją. Można je przyrównać np. do reakcji właścicieli domów wybudowanych w atrakcyjnych terenach górskich, którzy ponieśli niewyobrażalne straty w wyniku katastroficznej powodzi lub zejścia lawiny.

Prawo cywilne vs. prawa gospodarki rynkowej

Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że strony toczącego się sporu o kredyty walutowe mówią różnymi językami, co utrudnia, a często uniemożliwia jakikolwiek dialog.

Kredyt walutowy jest sprzedawany konsumentom i w związku z tym podlega przepisom prawa cywilnego, zwłaszcza konsumenckiego. Pozwy kierowane przeciwko bankom powołują się głównie na przepisy Kodeksu cywilnego lub Dyrektywy 93/13, a więc na wybrane przepisy prawa cywilnego. Sądy rozpatrują zarzuty „frankowiczów” abstrahując często od praw ekonomicznych, które w istocie leżą u podstaw stosunku umownego. Dla zilustrowania wagi merytorycznego charakteru prawa ekonomicznego w stosunku umownym można posłużyć się następującym przykładem. Sprzedawca markizy z automatycznym mechanizmem zwijania w przypadku zwiększenia siły wiatru ostrzega nabywcę, że zabezpieczenie działa do określonej wartości wynikającej z przyjętego dla danego regionu klimatycznego standardu. Czy w sytuacji, gdy nadzwyczaj silna wichura zniszczy nie tylko markizę, ale i inne dobra nabywcy, będzie on uprawniony w duchu ochrony konsumenta ubiegać się o unieważnienie umowy kupna-sprzedaży? Przykład ten ilustruje współwystępowanie reguł prawa cywilnego i praw przyrody. Abstrahowanie od tych drugich w intencji ochrony konsumenta w oczywisty sposób byłoby nieuzasadnione. W przypadku gwałtownego wzrostu kursu CHF do PLN sytuacja jest podobna do strat nabywcy markizy z uwzględnieniem ryzyka. Wydaje się oczywiste, że żaden sąd nie będzie orzekał wbrew znanym prawom otaczającego nas świata (biologii, chemii, fizyki czy matematyki).

Prawa ekonomiczne nie są aż tak ścisłe, jak prawa przyrody, ale ich cechą jest stochastyczny czy probabilistyczny charakter. A to oznacza, że w procesach masowych w gospodarce rynkowej prawa rynkowe działają obiektywnie, a ich arbitralne zakłócanie prowadzi wcześniej czy później do nieracjonalności. Podobnie nadmierna i pozbawiona głębszej refleksji ochrona konsumenta odbywa się na koszt innych konsumentów, a często podatników. Osiąga się zatem efekt odwrotny od zamierzonego².

² Szerzej opisywaliśmy to w Liście otwartym (Amicus Curiae) do TSUE w 2019 roku;
https://www.efcongress.com/wp-content/uploads/2019/08/open_letter_-_amicus_curiae_brief_-_from_the_experts_of_the_european_financial_congress_to_the_court_of_justice_of_the_european_union.pdf

Najczęściej stawiane bankom zarzuty

W pozwach kierowanych przeciwko bankom pewne zarzuty powtarzają się, co pozwala dokonać ich grupowania. Poniżej przedstawiona jest lista najbardziej typowych zarzutów wraz z odniesieniem się do nich.

- Banki nie informowały należycie klientów o ryzyku kursowym

System motywacji sprzedawców kredytów oraz pośredników kredytowych mógł powodować, że oferta dla kredytobiorców niedostatecznie eksponowała ryzyko kursowe. Oczywiście, mogło się zdarzyć, że klient nie był szerzej informowany o ryzyku kursowym, a zwłaszcza o jego skali. Natomiast ani banki, ani kredytobiorcy nie przewidywali tak radykalnej zmiany kursu PLN do CHF. W ówczesnych warunkach nie sposób było oczekiwać, że sprzedawcy kredytów będą informowali o ewentualnych stratach katastroficznych, których sami nie przewidywali. Ponadto warto wziąć pod uwagę następujące argumenty.

Po pierwsze, gdyby banki nie informowały o ryzyku kursowym byłoby to złamanie Rekomendacji S, która już w roku 2006 wymagała, by klientowi prezentować koszty obsługi ekspozycji kredytowej, przy założeniu, że stopa procentowa dla waluty ekspozycji kredytowej jest równa stopie procentowej dla złotego, a kapitał ekspozycji kredytowej jest większy o 20%, co odpowiada 20% deprecjacji złotego. W dyrektywie o kredycie hipotecznym z roku 2014, a więc przyjętej już po kryzysie z roku 2008, znajduje się wymóg informowania klienta o ryzyku walutowym poprzez pokazanie mu skutków deprecjacji waluty krajowej właśnie o 20%.

Po drugie, banki miały w pierwszej kolejności oferować klientom kredyty w złotych, a kredytu w walucie można było udzielać wyłącznie po poinformowaniu klienta o czynnikach ryzyka związanego z zaciąganiem zobowiązania w walucie i odrzuceniu przezeń oferty kredytu w złotych. Klient miał też potwierdzić na piśmie, że został poinformowany o ryzyku walutowym, że je rozumie i mimo to chce zaciągnąć kredyt w walucie. Banki dysponują takimi oświadczeniami klientów. Bank, który nie może przedstawić takiego oświadczenia konkretnego klienta, jest w niekorzystnej sytuacji w przypadku sporu z kredytobiorcą.

Po trzecie, badając zdolność kredytową banki miały analizować ją przyjmując oprocentowanie takie jak dla złotówki, a kapitał o 20% większy niż wnioskowany. Innymi słowy, zdolność kredytowa klienta ubiegającego się o kredyt w walucie miała być o 20% większa niż zdolność kredytowa dla kredytu w złotych. Zatem dość powszechnie stawiany obecnie zarzut, iż klient zaciągał kredyt walutowy ponieważ nie miał zdolności kredytowej w PLN, powinien być łatwo weryfikowalny na podstawie dokumentacji kredytowej. Jeśli naruszony został ten wymóg, bank znajduje się w sytuacji niekorzystnej w przypadku sporu z kredytobiorcą.

Po czwarte, w wielu postępowaniach sądowych klienci stwierdzają, że podpisali oświadczenie, ale nie rozumieli go. Należy odnotować, że sądy dają wiarę takim wyjaśnieniom. A jednocześnie warto postawić pytanie czy dłużnik wystawiający weksel

wierzycielowi na poczet zobowiązań umownych może argumentować to niezrozumieniem konsekwencji swego oświadczenia?

Po piąte, stawiane są zarzuty o nieprzedstawieniu informacji o ryzyku kursowym albo jej niezrozumiałej formie. Jeżeli w dokumentach sprawy jest oświadczenie kredytobiorcy o poinformowaniu go, zarzut ten należy traktować jako bezprzedmiotowy. W innych okolicznościach powstaje kontrowersja czym jest dostatecznie zrozumiała informacja. Kwestia ta dotyczy nie tylko klauzul umów kredytowych denominowanych lub indeksowanych do walut obcych, ale ma charakter powszechny w bardzo wielu innych umowach (umowy kredytu w PLN, dostawcy lub dystrybutorzy energii elektrycznej, gazu, wody, operatorzy telekomunikacyjni, dostawcy platform cyfrowych, umowy leasingu czy najmu długoterminowego itp.). Jeżeli nie ma obowiązującego wzorca czy standardu takiej informacji zarzut o niezrozumiałej formie jest wysoce kontrowersyjny, a bez wątplenia subiektywny.

- Nieuczciwy charakter warunków umownych, które nie były indywidualnie wynegocjowane z klientem, odwołanie do bankowej tabeli kursowej

W pozwach wnoszonych przeciwko bankom powtarza się zarzut, iż warunki umowy o kredyt nie były indywidualnie negocjowane z klientem zgodnie z dyspozycją art. 3 Dyrektywy 93/13, co sprawia, że były nieuczciwe, często wskazując przy tym odwołania do bankowej tabeli kursowej, która nie podlegała negocjacom.

W świetle elementów składowych umowy kredytowej nie można się zgodzić z tak postawionym zarzutem. Umowa kredytowa zawiera szereg postanowień, z których część ma charakter niezmienny, gdyż szczegółowo definiują oferowany produkt kredytowy i dotyczą wszystkich klientów. Inne natomiast są uzgadniane z klientem. Do tej drugiej grupy należą m.in.: oprocentowanie kredytu, termin zapadalności, termin spłaty kolejnych rat.

Konstrukcja umowy kredytowej nie odbiega od innych umów cywilno-prawnych. Przykładowo w umowach o nabycie samochodu można negocjować pewne elementy wyposażenia i cechy pojazdu (np. typ silnika spośród oferowanych dla danego modelu, kolor lakieru czy tapicerki, wyposażenie ponadstandardowe). Są to jednak elementy konstytuujące dany pojazd i klient nie może negocjować nabycia samochodu marki Honda z silnikiem BMW. Takie życzenie klienta nie doprowadzi do zawarcia umowy z dealerem Hondy, a klient może próbować – z tożsamym efektem – poszukiwać chętnego do zrealizowania swej preferencji. Ze 100% prawdopodobieństwem taki klient nie znajdzie profesjonalnej pomocy prawnej w złożeniu skargi na dealera lub dealerów Hondy do sądu powszechnego. Przede wszystkim dlatego, że po prostu pewne warunki są nienegocjowalne. Sytuacja z kredytem walutowym, podobnie zresztą jak ze złotowym jest zbliżona – nie wszystko może być przedmiotem negocjacji. W przypadku kredytu walutowego odwołanie do bankowej tabeli kursowej jest także warunkiem nienegocjowalnym. A gdyby nawet założyć, że jest tu miejsce do negocjacji, to co miałyby być ich przedmiotem: niezwykle złożony mechanizm ustalania średniego kursu walutowego banku, który jest znacznie trudniejszy do wyjaśnienia niespecjaliście niż relatywnie proste ryzyko kursowe? A może data waluty albo nierynkowy kurs waluty? Czym można by zastąpić

bankową tabelę kursów, która jest wynikiem uczestnictwa banku w rynku walutowym i ma niewiele wspólnego z tabelą średnich kursów NBP? Trzeba z naciskiem podkreślić, że do tej pory nie ma żadnych pozytywnych odpowiedzi czy realnych propozycji rozwiązań w tym zakresie, a jedynie formułowanie zarzutów w stosunku do obowiązujących rozwiązań.

Szczególne znaczenie ma odwołanie do bankowej tabeli kursowej, w dodatku ściśle zdefiniowanej w umowie: jaki kurs (kupna czy sprzedaży), z jaką datą, z której godziny. Gdyby te parametry nie były zdefiniowane w umowie, można by było słusznie zarzucić bankowi niedozwoloną swobodę dowolnego kształtowania wymogów w trakcie wykonywania umowy.

Bank nie może dowolnie kształtować kursu waluty. Banki działają na rynku walutowym i podlegają jego prawom. Natomiast kursy walut na rynku podlegają ciągłym niemal fluktuacjom ze względu na skalę popytu i podaży na daną walutę. Abstrahując od tych procesów sądy niemal automatycznie uznają klauzule odsyłające do tabel kursowych za abuzywne. Jest to kolejny przejaw niespójności reguł prawnych i reguł merytorycznych ekonomii czy finansów. Co więcej w rozpoznaniu tych jednostkowych spraw nie bierze się pod uwagę ich znaczenia makroekonomicznego dla setek tysięcy przypadków wraz z konsekwencjami dla finansów publicznych i dobrostanu obywateli.

W połowie lutego Rzecznik Sądu Najwyższego w wywiadzie dla Parkietu stwierdził, że Sąd kieruje się zasadami prawa i nie bierze pod uwagę zagadnień natury ekonomicznej. A przecież spór dotyczy w tym przypadku fundamentalnych atrybutów wolnego rynku. Dlatego, zważywszy na stanowisko Rzecznika, na sentencje wyroków, w których prawa rynku są ignorowane, nie można się oprzeć wrażeniu, że podejście rynkowe jest dla prawników nieistotne. Przyjęcie, że sąd kieruje się tylko zasadami prawa, nie biorąc pod uwagę zagadnień natury ekonomicznej, w tym mechanizmów rynkowych, stoi w sprzeczności z Art. 20 Konstytucji RP w brzmieniu: *Spółeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.*

O tym, że abuzywność, a tym bardziej nieważność umowy kredytu w walucie obcej może nie być tak oczywista, jak usiłują wykazać to sądom kancelarie prawne wnoszące w imieniu swoich mocodawców pozwy przeciwko bankom świadczyć może niedawny wyrok Austriackiego Sądu Najwyższego. Zgodnie z tym wyrokiem, który dotyczy rynku austriackiego, czyli kraju członkowskiego Unii Europejskiej, w przypadku kredytu walutowego, w którym spłata raty następuje w walucie krajowej przeliczenia dokonuje się na podstawie bankowego kursu sprzedaży waluty³. Sentencja Austriackiego Sądu Najwyższego wskazuje, że rozumienie przepisów Dyrektywy 93/13 jest odmienne niż to jakie można spotkać w postanowieniach polskich sądów czy w wypowiedzi Rzecznika Sądu Najwyższego z lutego 2021 r.

³ Sentencja Austriackiego Sadu Najwyższego stanowi załącznik do niniejszego stanowiska EKF.

Inne ważne pytania:

- Czy zastąpienie kredytu w CHF kredytem w PLN na bazie stopy referencyjnej LIBOR CHF jest możliwe?

Z punktu widzenia prawa cywilnego nie ma w takim produkcie niczego niewłaściwego. Oba elementy tej konstrukcji istnieją: na polskim rynku finansowym powszechnie obecne są kredyty w złotych oprocentowane stawką Wibor, podobnie jak kredyty w CHF oprocentowane stawką Libor CHF. Co więcej, stawka Libor CHF nie jest ustalana przez bank, jest regularnie publikowana, więc nie ma podstaw, by ją kwestionować jako arbitralną. Dlatego prawnik może nie dostrzec w hybrydzie złotówka plus Libor CHF niczego złego. Ale ekonomista, który kieruje się prawami gospodarki rynkowej stwierdzi, że Libor CHF jest nierozdzielnie związany ze szwajcarską, ale nie z polską walutą, z polityką szwajcarskich, ale nie polskich władz monetarnych, że konstrukcja kredyt w PLN plus marża oparta na Libor CHF jest ekonomicznym absurdem.

Sądy nie sięgają do opinii wysokiej klasy ekspertów, a w przypadku rynku finansowego wysoko profesjonalną instytucją jest NBP. Prezes NBP zapytany o złotówkę na Liborze powiedział: *Każdy pieniądz ma swoją cenę. W praktyce gospodarczej nieznane są przypadki, by do ustalania ceny pieniądza krajowego używać stopy procentowej innej jurysdykcji. Przyjęcie oprocentowania obowiązującego w innym kraju do kredytów w złotych postawiłoby te zasady ekonomiczne, finansowe na głowie.*

Po drugie, taka konstrukcja jest sprzeczna z prawem unijnym, ponieważ rozporządzenie BMR wymaga, aby indeks był przypisany do danej waluty. Libor wyznaczany jest dla pięciu walut (USD, GBP, EUR, CHF, JPY), wśród których nie ma polskiej złotówki. Zgodnie z BMR: *Dane wejściowe, na podstawie których jest wyliczany są wystarczające do dokładnego i wiarygodnego odzwierciedlenia rynku lub realiów gospodarczych, których pomiar jest celem danego wskaźnika referencyjnego.* Dane dotyczące rynku złotówki nie są wykorzystywane do wyznaczania któregośkolwiek z indeksów Libor. Zatem Libor nie ma niczego wspólnego ze złotówką.

Po trzecie, żaden bank ani w Polsce, ani poza nią nie udzielał nigdy i nie udzieli kredytu w złotych oprocentowanego według dowolnej stawki Libor. Taki kredyt nie istnieje. Sądy biorą więc na siebie ogromne ryzyko, którego najwyraźniej nie są świadome. Zmieniają umowę kredytu w taki sposób, że zostaje ona zastąpiona przez nieistniejący produkt. Bank i kredytobiorca zostają związani umową, która nigdy nie była zawarta.

- Czy prawo może działać wstecz?

Zgodnie ze skorygowanym w roku 2017 tłumaczeniem art. 4 ust. 1, Dyrektywy 93/13, z art. 385² Kodeksu Cywilnego oraz z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2018 (sygn. III CZP 29/17) *oceny czy postanowienie umowne jest niedozwolone (art. 3851§ 1 k.c.), dokonuje się według stanu z chwili zawarcia umowy.*

Niemal wszystkie kredyty walutowe, czyli udzielane w walucie różnej od waluty, w której kredytobiorca otrzymuje wynagrodzenie, zostały zawarte zanim decyzją sądu konsumenckiego z grudnia 2011 uznano za niedozwolone odwołanie w umowie kredytowej do bankowej tabeli kursowej. W świetle powyższych przepisów i rozstrzygnięć nie można zatem mówić o abuzywności w przypadku umów zawartych zanim dany warunek został uznany za abuzywny.

Z kolei, zgodnie z obecnie stosowanym podejściem abuzywność uważana jest za cechę danego warunku bez względu na to, czy została już rozpoznana, czy też nie i dlatego moment zawarcia umowy ma być nieistotny. W rzeczywistości jednak istotne znaczenie ma nie status danego warunku umownego, ale skutki rozpoznania tego statusu. Innymi słowy, czy warunek w umowie zawartej zanim sąd uznał taki warunek za abuzywny może być podstawą usunięcia tego warunku z umowy albo uznania jej za nieważną?

W przypadku umów o kredyty walutowe zawieranych przed rokiem 2011, sądy nieodmiennie powołują się na niedozwolony charakter przytoczonego powyżej odwołania do bankowej tabeli kursowej, mimo iż w okresie, gdy udzielano kredytów walutowych nikt nie uważał tego warunku za niedozwolony. Co więcej, opinia publiczna, media, liczne instytucje państwa, a nawet Prezes UOKiK bronili kredytów walutowych i krytykowali nadzór bankowy, który chciał ograniczyć ich sprzedaż przez banki.

Pomocne w rozstrzygnięciu dwojakiego rozumienia przepisów powinno być odwołanie do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Jednym z zadań Trybunału jest badanie zgodności ustaw z Konstytucją RP. Jeśli Trybunał stwierdzi niezgodność, kwestionowany przepis przestaje obowiązywać w momencie publikacji orzeczenia Trybunału, a w pewnych wypadkach nawet później. Istotne jest, że jeśli na mocy zakwestionowanego przepisu podejmowane były jakieś decyzje, wyrok TK nie daje możliwości kwestionowania skutków prawnych tych decyzji. A więc wprost przeciwnie niż w przypadku praktyki w sporach dotyczących kredytów walutowych.

Jakie mogą być konsekwencje podejmowanych decyzji?

Niezależnie od wskazanych powyżej wątpliwości podejmowane decyzje są źródłem precedensów, które mogą skutecznie podważyć dotychczas obowiązujące zasady.

- Ryzyko pojawienia się fali pozwów składanych przez kredytobiorców złotych

Argumenty wytaczane w pozwach przeciwko bankom można zastosować do wszelkich umów kredytowych, zwłaszcza długoterminowych, w których co najmniej jeden parametr jest zmienny. Przy kredycie złotowym jest to oprocentowanie (zmienna stopa procentowa + stała marża banku), a w przypadku kredytu walutowego dochodzi jeszcze zmienny kurs wymiany. Zaciągając kredyty w złocie na zmienną stopę konsument także nie zna całkowitego kosztu kredytu. Gdy w pewnym momencie stopy procentowe zaczną rosnąć będzie można domagać się unieważnienia umów o kredyty w złotych. W pozwach znajdą się te same zarzuty i te same argumenty. Wystarczy zastąpić kurs wymiany waluty stopą procentową dla złotego.

- Podważanie poprawności ustalania przez banki kursu walutowego

Zakwestionowanie bankowej tabeli kursowej ze względu na rzekomo niedozwoloną swobodę banku w ustalaniu kursu walut oznacza w konsekwencji podważenie tabeli kursowej NBP. Jak wiadomo, NBP każdego dnia między godziną 10.55 a 11.00 kieruje do dziesięciu banków – dealerów rynku pieniężnego o najwyższych obrotach – zapytanie o kursy kupna i sprzedaży euro i dolara USA w złotych. Wskazanie czasu jest bardzo ważne, ponieważ kursy na rynku nieustannie się zmieniają. Na tej podstawie NBP wyznacza średnie kursy obu walut, a kursy pozostałych walut wyznacza na podstawie wyliczonego w podany powyżej sposób kursu euro w złotych i rynkowych kursów euro do poszczególnych walut z godziny 11.00. Taka procedura gwarantuje, że stosowane na rynku kursy walut faktycznie nie są zmanipulowane.

Gdyby jednak, wbrew prawom rynku finansowego, uznano, że wyznaczając swoje kursy walut banki mogą naruszać zbiorowe interesy konsumentów, trzeba by się też było pożegnać z konsumenckimi operacjami dewizowymi, czyli kupowaniem w sklepach internetowych za granicą czy płaceniem kartą w zagranicznych sklepach. Przy takich transakcjach obciążenie rachunku następuje po kilku dniach od transakcji, według aktualnego kursu sprzedaży waluty. W tym czasie kurs może się znacznie zmienić, nie mówiąc o spreadzie, więc konsument zawierając transakcję, nie jest w stanie stwierdzić, ile faktycznie zapłaci. Z drugiej strony, nie istnieje nigdzie inny sposób przeprowadzania takich transakcji. Jak to pogodzić z zarzutem rzekomo nagannej swobody kształtowania tabeli kursowej przez bank? A jeśli, przy pogwałceniu zasad gospodarki rynkowej, zostanie zakwestionowana bankowa tabela kursowa, możemy stać się świadkami pozwów przeciwko bankom, w których konsumenci będą się domagali usunięcia odwołania do tabeli kursowej z walutowych operacji internetowych, albo kartowych. I to za ostatnie dziesięć lat.

- Możliwość pozywania banków przez kredytobiorców złotówkowych

Zarzuty, które padają pod adresem banków w związku z kredytami walutowymi dają się w sposób naturalny przenieść na kredyty w złotych. Umowy kredytów złotowych skonstruowane są w taki sam sposób jak umowy kredytów walutowych, więc z wyjątkiem klauzuli kursowej można kwestionować wszystkie te kwestie, które pojawiają się w pozwach kredytobiorców walutowych, a ponadto kwestionować można sposób wyznaczania Wlibor. Wydaje się to bardzo prawdopodobne, ponieważ sposób wyznaczania stopy referencyjnej Wlibor ulegnie wkrótce zmianie, co może stanowić dodatkowy powód kwestionowania odwołania do Wlibor.

Ugody

Istnieją przynajmniej trzy generalne warianty rozwiązania sporu „frankowiczów” z bankami w Polsce: ugoda kredytobiorców z bankami, procesy sądowe, rozwiązanie ustawowe.

Ugoda jest rozwiązaniem koncyliacyjnym, wymaga ustępstw, ale może przynieść korzyści obu stronom bez znaczących strat dla stabilności finansowej i dobrostanu podatników. Gdyby przyjąć filozofię Dyrektywy 93/13, której celem jest przywrócenie równowagi stron, optymalnym rozwiązaniem byłaby ugoda stron, ponieważ to właśnie ona ze swej istoty niesie ze sobą skutki

najbliższe celom dyrektywy. W opozycji do ugód pozostają procesy. Aktualnie zapadające w nich wyroki prowadzą do rozliczenia transakcji stron w reżimie darmowego korzystania z cudzych środków finansowych a niekiedy nabycia mieszkania bez sfinansowania kosztów. Takie rozwiązanie jest nie tylko sprzeczne z celami Dyrektywy 93/13, ale narusza też przepisy Konstytucji RP, jest dewastujące dla praw ekonomii i finansów, wreszcie sprzeczne z elementarnymi zasadami współżycia społecznego, gdzie własność indywidualna zostaje sfinansowana ze środków obcych bez przyzwolenia właścicieli tych środków a nawet ze zbiorowej kontrybucji podatników ponoszących koszty zachowania stabilności finansowej. Jednak kredytobiorca zastanawiający się nad ewentualną ugodą odnosi ją do rozwiązania alternatywnego, czyli pozwania banku. Kredytobiorca musi zatem odpowiedzieć sobie na zasadnicze pytanie: Co mi się bardziej opłaca? Ugoda czy proces? Jeśli ograniczymy rozważania do kwestii finansowych, to każdy ma świadomość, że przy obecnym podejściu sądów, kancelarii prawnych oraz części regulatorów, ugoda wydaje się być finansowo nieopłacalna. Dlatego, w obliczu alternatywy: ugoda, albo proces, kredytobiorcy prawdopodobnie wybiorą proces, ponieważ punktem odniesienia są oczekiwane przez nich, niezwykle obiecujące, konsekwencje finansowe unieważnienia umowy. Nie zwracają przy tym uwagi na fakt, iż w razie wygranej, ostateczne rozliczenia finansowe często wymagać będą kolejnego procesu wytaczanego przez banki, co w naturalny sposób spowoduje znaczne wydłużenie wyklarowania sytuacji. Z drugiej strony trudno oczekiwać od banków gotowości i zgody do zawierania ugód, jeśli kredytobiorca mógłby taką ugodę zakwestionować, wobec głoszonej opinii, że każdy ma prawo do procesu sądowego i zawarcie ugody nie może mu w tym przeszkodzić.

Pomimo to, zgodnie z wynikami ankiety przeprowadzonej wśród klientów jednego z banków, 70% ankietowanych wybrało ugodę. Ten wynik może napawać optymizmem, ale korzyści, jakie miałyby dawać wygrane w procesach mogą się okazać wielką pokusą. Wprawdzie ugoda jest lepszym dla wszystkich rozwiązaniem, ale dla wielu kredytobiorców ważniejsza – jak na razie – jest ocena jego potencjalnych korzyści i to z tej perspektywy szuka lepszego dla siebie rozwiązania.

Jeśli wyjaśnienia, których niebawem udzieli Izba Cywilna Sądu Najwyższego odpowiedzą nie tylko na zadane jej pytania, ale również rozstrzygną wymienione w tym materiale wątpliwości, szansa na zawieranie ugód będzie wzrastała. Rekomendowaliśmy rok temu i nadal rekomendujemy stymulowanie pozasądowego zawierania ugód między bankami a kredytobiorcami⁴.

⁴ Szerzej przedstawiamy to w raporcie pt. „Konsekwencje prawne, ekonomiczne i społeczne wyroku TSUE w sprawie kredytów frankowych” https://fundacjacms.pl/wp-content/uploads/2020/02/Raport_Konsekwencje-wyroku-TSUE-w-sprawie-kredytow-frankowych.pdf

Hauseigenes Devisenfixing bei Fremdwährungskrediten zulässig

ecolex 2021/82

§ 907b ABGB; § 354 UGB; § 28a KSchG

OGH 25. 8. 2020, 8 Ob 37/20 d

Fremdwährungskredit; Wechselkurs; Devisenfixing; Briefkurs; Geldwechselvertrag; keine gesetzeswidrige Geschäftspraxis

1. Ein Fremdwährungskredit ist ein Kredit, der dem Kreditnehmer in einer anderen Währung als in Euro gewährt wird. Mangels anderer Vereinbarung ist die Kreditvaluta in fremder Währung auszuführen. Der Kreditnehmer kann den ihm geschuldeten Fremdwährungsbetrag nur dann in inländischer Währung fordern, wenn ihm vertraglich ein entsprechendes Wahlrecht zugestanden wurde. Ermöglicht die Bank dem Kreditnehmer, sich für eine Auszahlung in Euro zu entscheiden, kann aber auch ein Angebot zum Abschluss eines Geldwechselvertrags vorliegen (hier der Fall). Ist dies der Fall, muss der Kreditnehmer davon ausgehen, dass die Bank diese Leistung entgeltlich erbringt.

2. Den Preis für das Umwechseln des Fremdwährungsbetrags in Euro kann die Bank im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich selbst bestimmen. Entschließt sich der Kreditnehmer zum Umwechseln durch die Bank, liegt keine unzulässige Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG vor, wenn die Bank zur Bestimmung des Umrechnungskurses ihr hausinternes Devisenfixing anwendet, das eine (im konkreten Fall dem Handelsbrauch bzw der Verkehrssitte entsprechende) Spanne enthält.

3. Ist die in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld (Zinstilgung, Kreditrückzahlung) im Inland zu zahlen, kann die Zahlung gem § 907b Abs 1 ABGB in inländischer Währung erfolgen, es sei denn, die Zahlung in ausländischer Währung wäre ausdrücklich be-

dungen worden. Die Umrechnung erfolgt nach dem zur Zeit der Zahlung am Zahlungsort maßgeblichen Kurswert. Das Gebrauchmachen von der Ersetzungsbefugnis darf nicht dazu führen, dass der Schuldner wertmäßig schlechter gestellt ist als bei Zahlung in ausländischer Währung.

4. Für die Umrechnung ist auf den Briefkurs (Devisenankaufkurs) abzustellen. Der von der EZB bekannt gegebene Referenzkurs ist ein Mittelkurs zwischen Geld- und Briefkurs und daher nicht heranzuziehen. Da es derzeit keinen amtlich verlautbarten Briefkurs gibt, ist die Bank gezwungen, diesen selbst zu ermitteln (Durchführung eines „Fixing“). Es kann daher auch kein Verbot bestehen, dass Banken den Markt beobachten und versuchen, den aktuellen Briefkurs einzuschätzen. Ob der von der Bank ermittelte Kurs am betreffenden Tag tatsächlich der objektiv richtige ist, ist gegebenenfalls in einem Gerichtsverfahren im Einzelfall zu klären.

Sachverhalt:

Der VKI beanstandete mit Verbandsklage die Konvertierungsmodalitäten einer Bank bei Fremdwährungskrediten. Insb wurde moniert, dass die Bank bei der Konvertierung iZm der Auszahlung der Kreditvaluta einen Aufschlag (= Entgelt) verrechne. Der OGH konnte keine gesetzeswidrige Geschäftspraxis iSd § 28a KSchG erkennen.

Hinweis:

RIS-Update: Aus dieser E wurden folgende RS formuliert bzw wurde die E folgenden RS zugewiesen: RS0133253; RS0133254; RS0133278; RS0129713; RS0061064; RS0062354.