

BANKOWE TERMINOWE UMOWY WALUTOWE

Mariusz Korpalski

ZAGADNIENIA PRAWNE

BANKOWE TERMINOWE UMOWY WALUTOWE

Mariusz Korpalski

ZAGADNIENIA PRAWNE

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 1 stycznia 2020 r.

Wydawca
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący
Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne
Michał Dymiński

Projekt okładek serii
Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

Łamanie
Fotoedytor

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni


SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8187-425-0

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

To są ślepi przewodnicy ślepych.
Lecz jeśli ślepy ślepego prowadzi, obaj w dół wpadną.

Mt 15, 14

Ile jest warta opcja? Zależy, jak ją oceniasz.

B. Mandelbrot, *The (mis)Behaviour of Markets*

Biznes bankowy to kupowanie ryzyka od kogoś,
kto go nie chce lub nie może podjąć.

W. Thor, Chief Risk Officer i członek zarządu BRE Banku SA
w latach 2002–2013

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
Wstęp	17
Rozdział I	
Zmienność kursu walutowego jako element zobowiązania wynikającego z umowy bankowej	23
1. Założenia terminologiczne	23
1.1. Tworzenie siatki pojęciowej	23
1.2. Pojęcia podstawowe	24
2. Pojęcia instrumentów pochodnych oraz instrumentów kredytowych	30
2.1. Pojęcie instrumentów pochodnych	30
2.1.1. Definicja instrumentu pochodnego	30
2.1.2. Podział instrumentów pochodnych	33
2.2. Pojęcie instrumentów kredytowych	37
3. Czynności bankowe wyeksponowane na ryzyko zmiany kursu walutowego ...	39
4. Elementy konstrukcji prawnej instrumentów pochodnych w instrumentach kredytowych	42
4.1. Instrumenty kredytowe z klauzulami walutowymi jako instrumenty hybrydowe	42
4.2. Umowa kredytu indeksowanego do waluty obcej jako umowa mieszana ...	47
4.3. Umowa kredytu denominowanego do waluty obcej jako umowa mieszana	49
4.4. Dodatkowe uprawnienia prawokształtujące klienta banku	54
5. Regulacja instrumentów pochodnych oraz instrumentów kredytowych	56
5.1. Semiimperatywność norm	56
5.2. Implementacja dyrektywy MiFID 2004/39/WE	58
5.3. Implementacja dyrektywy MiFID 2014/65/UE	63
5.4. Aktualna regulacja instrumentów pochodnych	65
5.5. Regulacja instrumentów kredytowych	67
5.5.1. Ustawa – Prawo bankowe	67
5.5.2. Konsumentckie prawo kredytowe	68

Rozdział II

Zarządzanie ryzykiem jako rola banku w obrocie	73
1. Zarządzanie ryzykiem jako rola banku w całym systemie prawa	73
2. Kwantyfikacja ryzyka inwestycyjnego	76
2.1. Pomiar ryzyka inwestycyjnego jako pozytywna przesłanka ograniczania ryzyka	76
2.2. Paradymat zmierzenia i redukcji każdego ryzyka	78
2.3. Empiryczne problemy redukcji ryzyka inwestycyjnego	80
2.3.1. Nieprzystawalność algorytmów do rzeczywistości	80
2.3.2. Brak możliwości przewidywania przyszłych zjawisk przez analizę danych historycznych	83
2.3.3. Subiektywność modeli wyceny derywatów	87
2.4. Wymóg umownego sprecyzowania zasad wyceny	93
3. Ograniczanie przez bank ryzyka własnego i ryzyka klienta	95
4. Rola pracowników banku w umownym kształtowaniu rozkładu ryzyka w bankowych umowach walutowych	98
4.1. Zachęty motywacyjne pracowników banków a dysfunkcjonalność bankowych umów walutowych	98
4.2. Prawidłowy system motywacyjny	103

Rozdział III

Swoiste cechy stosunków bankowych związanych z przenoszeniem ryzyka	106
1. Rozróżnienie domen bankowości tradycyjnej i inwestycyjnej	106
2. Umowy należące typologicznie do bankowości inwestycyjnej w praktyce kontraktowej bankowości tradycyjnej	112
3. Ryzyko ponoszone przez klienta w bankowości tradycyjnej i inwestycyjnej	114
3.1. Podejście tradycyjne do ryzyka ponoszonego przez klienta	114
3.2. Podejście inwestycyjne do ryzyka ponoszonego przez klienta	115
3.3. Wypieranie trwałych relacji umownych przez relacje incydentalne	117
3.4. Zwracanie uwagi na przechodzenie do domeny inwestycyjnej	120
3.5. Kredytowanie rozliczenia instrumentu pochodnego	122
4. Uzasadnione oczekiwania co do rozkładu ryzyka walutowego w umowach bankowych	125
4.1. Oczekiwania klienta w bankowości tradycyjnej (<i>zero risk tolerance</i>)	125
4.2. Oczekiwania klienta w bankowości inwestycyjnej (<i>best execution</i>)	126
4.3. Pojęcia <i>zero risk tolerance</i> i <i>best execution</i> a zobowiązania rezultatu i starannego działania	130
4.4. Zakres ryzyka zakładanego przez klienta	131
4.5. Transakcje pochodne zabezpieczające przed ryzykiem walutowym	135

Rozdział IV**Niepewność wysokości świadczenia wynikającego z bankowej umowy**

walutowej	141
1. Transfer ryzyka walutowego jako cel umowy	141
2. Relewantny prawnie cel umowy	146
2.1. Cel umowy a wykładnia oświadczeń woli	146
2.2. Typowe cele klienta banku	153
2.3. Zawieranie umów w warunkach ekstremum rynkowego	157
3. Warunek zawieszający jako mechanizm transferu ryzyka walutowego	161
4. Zbliżony rozkład ryzyka w bankowej umowie walutowej i umowie ubezpieczenia	168
5. Transfer ryzyka walutowego jako skutek zawarcia umowy bankowej	174

Rozdział V**Obowiązki banku w fazie zawierania bankowej umowy walutowej**

181	
1. Uzasadnienie (<i>ratio legis</i>) obowiązków banku	181
1.1. Przewaga faktyczna i prawna banku nad klientem	181
1.2. Znaczenie zaufania w umowach bankowych	186
1.3. Pojęcie banku jako instytucji zaufania publicznego	192
2. Źródła obowiązków banku	196
2.1. Klauzule generalne jako źródła obowiązków banku	196
2.1.1. Zasady współzycia społecznego	196
2.1.2. Natura i cel umowy a klauzula rozsądku	199
2.1.3. Klauzule generalne a ochrona klienta na rynku finansowym	203
2.2. Zasady deontologii jako źródło powinności banku	207
2.3. Obowiązki banku a treść umowy	214
3. Zakres obowiązków banku	219
3.1. Podmiotowy zakres ochrony klienta według MiFID	219
3.2. Wykładnia przepisów prawa wzmacniająca ochronę klienta banku	222
3.3. Wykładnia oświadczeń woli w procesie ustalania treści obowiązków banku	225
3.4. Obowiązki banku a występowanie przez klienta z zewnętrznym doradcą	229
4. Szczegółowe obowiązki banku	233
4.1. Obowiązek uwzględniania interesu klienta	233
4.2. Obowiązek kompetencji	236
4.3. Obowiązek informacji	237
4.4. Obowiązek doradzania	241
4.5. Obowiązek odmowy zawarcia transakcji	248

Rozdział VI**Wadliwość bankowej umowy walutowej wynikająca z naruszenia**

przez bank obowiązków towarzyszących jej zawarciu	251
1. Nieistnienie umowy	251
2. Nieważność bezwzględna całej umowy	256
2.1. Charakter sankcji	256
2.2. Naruszenie natury zobowiązania	263
2.3. Naruszenie zasad współżycia społecznego przy zawieraniu umowy	266
3. Częściowa wadliwość umowy	269
3.1. Nieważność częściowa umowy gospodarczej	269
3.2. Bezskuteczność częściowa umowy konsumenckiej	273
4. Nieważność względna jako skutek zawarcia umowy w warunkach błędu	281
5. Uprawnienie do żądania sądowej modyfikacji umowy	291
6. Niedopuszczalność ograniczania sankcji wadliwości umowy	294

Wnioski końcowe	303
------------------------------	-----

Bibliografia	305
---------------------------	-----

Wykaz krajowych aktów normatywnych	316
---	-----

Wykaz unijnych i zagranicznych aktów normatywnych	317
--	-----

Wykaz orzeczeń krajowych	319
---------------------------------------	-----

Wykaz orzeczeń unijnych i zagranicznych	325
--	-----

Wykaz źródeł internetowych	329
---	-----

Pozostałe źródła	331
-------------------------------	-----

WSTĘP

Zmienność kursu walutowego jest stałą cechą współczesnej gospodarki. Istnienie parytetów walutowych i kursów sztywnych należy do historii, nawet jeżeli jest wciąż przywoływane w wypowiedziach dotyczących przyszłości rynku finansowego. Jednak skutki zawarcia umowy, w której wysokość świadczenia strony zależna jest od wartości kursu walutowego, są nadal nie dość dogłębnie zbadane, co często prowadzi do powierzchownych sądów.

Zwodnicze jest tu nasuwające się *prima facie* odniesienie do transakcji kantorowych, czyli natychmiastowej wymiany walut. Są to zdecydowanie najczęściej występujące umowy, w których występuje uzależnienie wysokości świadczenia strony od wartości kursu walutowego. Jednocześnie są to transakcje, których zawarcie nie wywołuje ryzyka walutowego z uwagi na natychmiastowość świadczenia zamykającą się w sekwencji: zawarcie umowy, ustalenie wysokości świadczenia, spełnienie świadczenia. Brak elementu czasowego transakcji kantorowej oznacza brak ryzyka walutowego.

Transakcja kantorowa wprawdzie dotyczy waluty jako dobra, którego wartość podlega ciągłym zmianom, jednak zmiany te w momencie zawarcia transakcji ulegają jakby zamrożeniu. Strony, zawierając transakcję kantorową, ustalają kurs umowny (kurs wymiany), mając możliwość porównania go z notowaniami rynkowymi. Zmienność kursu walutowego w czasie, a tym samym ryzyko walutowe, pozostaje poza treścią umowy kantorowej.

Zupełnie inna sytuacja występuje w przypadku zawarcia umowy, w której strony umawiają się, że świadczenie o wysokości zależnej od wartości kursu walutowego będzie spełnione w przyszłości. W takiej sytuacji strony nie korzystają z wiedzy na temat bieżących notowań walutowych, ale zdają się na przewidywania dotyczące przyszłych notowań. Zawarte w umowie odniesienie do przyszłości, przejawiające się w terminowości i warunkowości umowy, oznacza niepewność co do istnienia obowiązku świadczenia lub wysokości świadczenia.

Spostrzeżenie, że kurs walutowy, nieznan w momencie zawierania umowy i stanowiący punkt odniesienia do ustalania wartości świadczenia strony, jest zdarzeniem

przyszłym i niepewnym co do wysokości, jest kluczowe dla zrozumienia fenomenu terminowych umów walutowych, w których raz złożone oświadczenia woli skutkują powstaniem obowiązku świadczenia w nieprzewidywalnej wysokości.

Odstęp między momentem zawarcia umowy a momentem spełnienia świadczenia występuje oczywiście w przypadku najróżniejszych typów umów. W przypadku umów uzależniających istnienie lub wysokość świadczenia od przyszłych notowań walutowych występuje jednak odniesienie do dobra, którego wartość podlega ciągłym zmianom, nie zawsze zależnym od czynników makroekonomicznych, a jednocześnie podatnym na działania spekulacyjne.

Występowanie banku jako proponenta takich umów z jednej strony jest pożądane, z drugiej wywołuje ryzyko nadużyć. Banki są bowiem aktywnymi uczestnikami rynku walutowego, osiągając obroty na tym rynku niedostępne dla podmiotów z branży niefinansowej. Są wyposażone w narzędzia pozwalające zarządzać ryzykiem walutowym, w szczególności przez jego agregację. Jest to jedna z cech banku uzasadniających daleko idącą reglamentację działalności bankowej, która rzutuje m.in. na ocenę cywilnoprawnych praw i obowiązków stron umowy bankowej.

Od początku obecnego stulecia można było zaobserwować w Polsce podwyższoną aktywność banków w zakresie oferowania dwóch typów umów terminowych zawierających klauzule walutowe: zabezpieczających transakcji pochodnych oraz umów kredytowych. Obydwa zjawiska narastały przez kilka lat, by nagle ulec załamaniu w apogeum kryzysu finansowego pod koniec 2008 r. Ta sama uwaga dotyczy podobnej kategorii umów, czyli transakcji terminowych zawierających klauzule stopy procentowej, przede wszystkim umów swapowych (IRS lub CIRS) oferowanych przez banki przedsiębiorcom obok czysto złotych umów kredytowych, tj. pozbawionych klauzul walutowych.

Krótko po wrześniu 2008 r. umowy te były jeszcze czasami oferowane przez banki. Obecnie jednak nie występują one w praktyce kontraktowania, może z wyjątkiem umów forwardu walutowego oraz pojedynczych opcji walutowych.

Opisywane zjawiska wywołane były splotem wyjątkowych okoliczności rynkowych. Zawieraniu transakcji pochodnych towarzyszyło bardzo silne umocnienie złotego. W przypadku umów kredytowych chodziło o niezwykle wysokie oprocentowanie oferowane przez banki w umowach kredytowych bez klauzul walutowych (w tzw. czystych kredytach złotych).

W takiej sytuacji banki, korzystając z datującej się jeszcze sprzed okresu transformacji ustrojowej reputacji instytucji zaufania publicznego, wystąpiły w roli podawców instrumentów umownych, które miały przeciwdziałać niekorzystnym warunkom rynkowym. W przypadku zabezpieczających transakcji pochodnych były to często

konstrukcje, które pozwalając klientowi uzyskać nieco wyższy od bieżącego kurs wymiany, wprowadzały, na wypadek zmiany tendencji rynkowej i osłabienia polskiej waluty, kurs o wiele niższy od dostępnego na rynku kantorowym. W przypadku umów kredytowych były to konstrukcje umożliwiające zastosowanie niższej stopy oprocentowania, typowej dla kredytów w walucie obcej (głównie CHF, w dużo mniejszym zakresie EUR oraz USD), kosztem powiązania wysokości raty z przyszłym kursem walutowym. W praktyce występowały też walutowo-procentowe, obok czysto procentowych, transakcje pochodne (transakcje swapowe), których deklarowanym przez strony celem było obniżenie kosztów odsetkowych kredytu przedsiębiorcy – klienta banku.

Wszystkie wskazane tu tendencje na rynku usług bankowych cechowało pojawienie się po stronie klienta banku ryzyka walutowego o skali trudnej do uświadomienia. W przypadku zabezpieczających transakcji pochodnych klientom (najczęściej eksporterom) chodziło o zapobieżenie skutkom dalszej aprecjacji złotego. Zawieraniu umów kredytowych z elementem walutowym towarzyszyła chęć redukcji kosztów finansowania do rozsądnych poziomów. Poziom stawki WIBOR, determinującej wysokość oprocentowania oferowaną przez banki w czysto złotych umowach kredytowych, ograniczał w dużej mierze grono zainteresowanych do beneficjentów różnego rodzaju subwencji publicznych. Podobne okoliczności towarzyszyły zawieraniu przez banki walutowo-odsetkowych i odsetkowych umów swapowych z przedsiębiorcami.

W obydwu wypadkach klienci banku wychodzili z założenia, że umowa bankowa nie może w nieoczekiwany sposób wywołać po stronie klienta ryzyka walutowego. Umowa została bowiem zawarta w określonym celu, który trudno sprowadzić do bieżącej gry giełdowej, znanej np. z rynku forex.

Dopiero począwszy od znacznego i gwałtownego spadku notowań polskiej waluty, który miał miejsce w 2008 r., klienci zaczęli odkrywać, że umowy, które miały zmniejszyć ich ryzyko walutowe lub koszty finansowania, wywołały istotne ryzyko walutowe. Główną przyczyną ziszczenia się ryzyka walutowego wynikającego z tych umów była oczywiście określona zmiana notowań walutowych. Jednak ryzyko to zostało wprowadzone do stosunków umownych już w momencie zawarcia umowy. Zarówno wywołanie przekonania, że określona zmiana notowań walutowych jest nieprawdopodobna w stopniu graniczącym z niemożnością, jak i brak prawnej możliwości przedterminowego rozwiązania umowy przez klienta, a także częsty brak oferty zawarcia analogicznych umów niegenerujących ryzyka walutowego należą do nadużyć, które są bankom zarzucane zarówno w przestrzeni medialnej, jak i w sporach sądowych.

Wnioski z tych doświadczeń sprowadzają się do stwierdzenia, że ekstremalne warunki na rynku finansowym najlepiej przeczekać, gdyż na rynku finansowym nie

pojawiają się w takim momencie oferty przejmowania ryzyka od klienta, a dostępne oferty dotyczą „wymiany jednego ryzyka na drugie”, które zwykle okazuje się znacznie bardziej dotkliwe dla klienta instytucji finansowej.

Szczególnym aspektem ryzyka walutowego wywoływanego przez opisywane tu umowy bankowe jest przyznanie bankowi dyskrecjonalnej kompetencji w ustalaniu wysokości zobowiązań klienta. W przypadku transakcji pochodnych może chodzić o nieodkreślenie zasad ustalania wysokości świadczenia na wypadek przedterminowego, jednostronnego rozwiązania umowy przez bank. W przypadku umów kredytowych problem dotyczy odesłania do bieżących tabel bankowych ustalanych jednostronnie przez bank. Takie konstrukcje umowne dodatkowo zwiększają ryzyko walutowe klienta banku wynikające z zawarcia umowy.

Umowne odesłanie do przyszłej tabeli pozwala najbardziej dobitnie ująć różnicę między opisaną na wstępie umową natychmiastową, odnoszącą się do aktualnych tabel opłat, a umową terminową. Umowa natychmiastowa odnosi się do tabeli znanej w chwili jej zawarcia. Umowa terminowa odnosi się do tabeli nieznanej. Jeżeli zasady tworzenia tabeli są jednoznacznie uzgodnione w umowie, to nie ma wątpliwości, że taka umowa jest kompletna. Jeżeli jednak zasady tworzenia tabeli pozostawione są dyskrecjonalności banku, to w umowie pojawia się istotna luka.

Umowa terminowa, w konsekwencji odesłania do przyszłego notowania kursu walutowego jako zdarzenia przeszłego i niepewnego, jest umową, której skutki w zakresie wysokości świadczenia strony zawisłe są od warunku.

Podjmując próbę cywilnoprawnej oceny wspomnianych niekorzystnych zjawisk w praktyce kontraktowej, trzeba zauważyć, że sankcja nieważności, w szczególności odnosząca się do całej transakcji, co do zasady jest traktowana jako sankcja wyjątkowa, stosowana w ostateczności, gdy zawiodą inne sposoby korekty niewłaściwego rozkładu praw i obowiązków między stronami umowy. Założenie to opiera się na przekonaniu, że umowy oceniane jako naganne stanowią nieznaczną część ogółu umów zawieranych w obrocie. Innymi słowy, przyjmuje się, że dobre obyczaje stanowią dużo silniejszy bodziec przy formułowaniu treści umowy niż złe obyczaje. Złe obyczaje pojawiają się najczęściej wtedy, gdy grupa profesjonalistów jest w stanie, z uwagi na hermetyczność grupy lub pożądaną przez klientów charakter oferowanego dobra, przeforsować zawarcie większej liczby umów, w których rozkład praw i obowiązków powinien być oceniany jako naganny.

Takiemu opisowi odpowiada praktyka oferowania przed ponad dziesięciu laty przez banki umów walutowych, które nominalnie miały ograniczyć ryzyko walutowe klienta lub zmniejszyć koszty kredytu, a w praktyce zwiększały drastycznie ryzyko, tyle że w innym zakresie. W przypadku transakcji „zabezpieczających” wzrastało ryzyko na wypadek osłabienia się waluty krajowej, w przypadku umów „ograniczających” kosz-

ty kredytu korzyść z tytułu ograniczenia kosztów odsetkowych kredytu nikła w obliczu negatywnych różnic kursowych.

W konsekwencji należy przyjąć, że sankcja bezwzględnej nieważności całej transakcji powinna być poważnie rozważana przy ocenie każdej z opisywanych tu transakcji. Brak przypadków zawierania podobnych umów obecnie wskazuje na to, że nie były one właściwą odpowiedzią na zawirowania na rynku finansowym. W takiej sytuacji bezpieczeństwo obrotu przemawia nie tyle za utrzymaniem takiej umowy w mocy, co za odstraszeniem przed jej oferowaniem i zawieraniem w przyszłości.

Bank powinien znać ryzyka, które powstają w momencie zawierania transakcji walutowej z odroczonym momentem wykonania. Do ryzyk tych należy ryzyko walutowe. Nie chodzi tu oczywiście o postawienie trafnej prognozy przyszłych kursów, ale o właściwe założenie dotyczące nieograniczonej skali przyszłych zmian notowań walutowych i wpływu tak określonego ryzyka na sytuację majątkową klienta. Znaczące niedoszacowanie przez bank ryzyka walutowego pojawiającego się po stronie klienta prowadzi zresztą do ziszczenia się po stronie banku ukrytego ryzyka kredytowego.

Zadaniem banku na etapie ofertowania jest uwzględnianie ryzyka walutowego wywoływanego przez transakcję w taki sposób, żeby nie przekroczyło ono (w momencie zawierania transakcji) poziomu ryzyka, które konkretny klient chce i może ponieść. Bank jest jednak również zobowiązany do uwzględniania w procesie oferowania takich transakcji interesów deponentów, nie może więc sam się wystawiać na nadmierne ryzyko kredytowe czy ryzyko prawne związane z możliwością negatywnej oceny prawnej zawieranych transakcji.

Ciągle zmiany na rynku finansowym, w tym na rynku usług bankowych, są nieuniknione. Nie chodzi więc o powstrzymywanie się przez bank przed oferowaniem nowych typów umów, w szczególności umów z elementem walutowym. Chodzi raczej o rzetelne i ostrożne szacowanie ryzyka w momencie oferowania transakcji klientowi. Bank powinien nie tylko rzetelnie poinformować klienta, tak żeby ten mógł ocenić, czy poziom ryzyka odpowiada jego zamierzeniom, ale również powstrzymać się od zawarcia transakcji, jeżeli uzna, że poziom ryzyka przejmowany przez klienta nie służy osiągnięciu jego celów, w szczególności gdy może zagrozić jego finansowej egzystencji. Sytuacja taka powtarzająca się zbyt często mogłaby bowiem w konsekwencji zagrozić stabilności finansowej samego banku.

Potrzeba zajęcia się w niniejszej pracy tytułowymi bankowymi terminowymi umowami walutowymi uzasadniona jest złożoną problematyką prawną, pojawiającą się w chwili, w której strony uzależniają wysokość świadczenia od przyszłych notowań walutowych. Problematyka ta dotyczy szczególnie ocen zachowania stron przed zawarciem umowy, jak również w chwili jej zawierania. Moment samego wykonania umowy zasadniczo nie cechuje się odmiennościami, które wymagałyby przybliżo-

nej analizy. Dlatego praca skupia się na konstrukcji umowy, ryzykach pojawiających się w chwili jej zawierania, oczekiwaniach i obowiązkach stron występujących w tym momencie, a także skutkach prawnych nieprawidłowości pojawiających się w tym zakresie. W konsekwencji niniejsze opracowanie nie obejmuje w zasadzie problematyki wykonania umowy i skutków jej niewykonania, takich jak odpowiedzialność odszkodowawcza.

Praca ta stanowi zmienioną, uzupełnioną i zaktualizowaną wersję rozprawy doktorskiej obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w listopadzie 2019 r.

Pragnę wyrazić serdeczne podziękowania Sędziemu Sądu Najwyższego Panu Prof. dr. hab. Mirosławowi Bączykowi za życzliwość i naukowe inspiracje. Szczególne wyrazy wdzięczności pragnę złożyć mojemu promotorowi Panu Prof. dr. hab. Konradowi Zacharzewskiemu za życzliwość i pomoc w przygotowaniu tej rozprawy. Dziękuję również recenzentom pracy doktorskiej – Pani Prof. dr. hab. Marioli Lemonnier oraz Panu Prof. dr. hab. Tomaszowi Sójce, których wnikliwe uwagi wpłynęły na ostateczny kształt tej pracy. Dziękuję też Panu Prof. dr. hab. Tomaszowi Justyńskiemu, Panu Prof. dr. hab. Wojciechowi Morawskiemu oraz Pani Prof. dr. hab. Marii Dragun-Gertner za wsparcie okazane na różnych etapach pracy nad rozprawą.

Opracowanie uwzględnia stan prawny na 1.01.2020 r.

Rozdział I

ZMIENNOŚĆ KURSU WALUTOWEGO JAKO ELEMENT ZOBOWIĄZANIA WYNIKAJĄCEGO Z UMOWY BANKOWEJ

1. Założenia terminologiczne

1.1. Tworzenie siatki pojęciowej

Rozważania dotyczące ryzyka walutowego powstającego w wyniku zawarcia umowy bankowej napotykać szereg przeszkód natury językowej. Chodzi tu bowiem o typy umów występujące w praktyce rynku finansowego.

Regulacja umów rynku finansowego jest wtórna w stosunku do obserwacji sposobu funkcjonowania tego rynku. Można postawić tezę, że rozwój języka prawniczego wyprzedza w tym zakresie rozwój języka prawnego. „Sposób regulacji prawnej funkcjonowania rynków finansowych jest niewątpliwie podporządkowany praktyce”¹.

Język opisujący umowy rynku finansowego pełen jest zapożyczeń z języka rynku finansowego. Język rynku finansowego stanowi często hermetyczny żargon, posługujący się pojęciami niewystępującymi w języku powszechnym lub występującymi w odmiennym znaczeniu, co jeszcze bardziej utrudnia ich prawidłowe odczytanie na gruncie prawa cywilnego.

Pojęcia języka rynku finansowego są często bezpośrednio lub pośrednio przenoszone z języka angielskiego. Anglosaskie systemy prawne oparte są na instytucjach zasadniczo odmiennych od instytucji kontynentalnych systemów prawa.

Co więcej, terminologia tekstów prawnych jest często niekonsekwentna i wymaga szeregu zabiegów interpretacyjnych celem ustalenia znaczenia użytych pojęć. Ma

¹ M. Lemonnier, *Europejskie modele instrumentów finansowych. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2017, s. 208.

to też związek ze zjawiskiem publicyzacji prawa cywilnego. Publicyzacja przybiera formę daleko idącej autonomizacji prawa rynku finansowego. Podążanie za praktyką rynku finansowego powoduje, że pojęcia używane w tej dziedzinie prawa coraz bardziej wyodrębniają się z instrumentarium właściwego dla tradycyjnych dziedzin prawa, takich jak prawo cywilne czy administracyjne.

Potrzeba przełożenia języka używanego w momencie wprowadzania do obrotu nowych konstrukcji umownych rynku finansowego do siatki pojęciowej tradycyjnego języka prawnego pojawia się najczęściej nie w momencie wejścia w życie regulacji dotyczących umów rynku finansowego, lecz dopiero w chwili pojawienia się sporów sądowych na ich tle.

Treść umowy jest wtedy poddawana zabiegom interpretacyjnym służącym ustaleniu znaczenia prawnego poszczególnych klauzul umownych i całych konstrukcji umownych. Uwaga prawodawcy jest skupiona na kompletności regulacji rynku finansowego, a nie na regulacji poszczególnych typów umów jako dwustronnych relacji uczestników tego rynku.

Najlepszym tego przykładem jest brak w prawie polskim, tak zresztą jak w prawie unijnym, jednej, ogólnej definicji instrumentu finansowego, pojęcia podstawowego dla legalnych i umownych regulacji umów rynku finansowego. Zamiast regulacji deskryptywnej rozwijana jest regulacja enumeratywna, pozostawiająca praktyce zadanie definicyjne sprecyzowania używanych pojęć.

Dodatkowo opis ryzyka w ogóle, a ryzyka walutowego w szczególności, nie należy do języka prawnego ani do języka prawniczego, ale do języka ekonomicznego. W konsekwencji użyte w pracy pojęcia odnoszące się do oceny ryzyka walutowego, zarządzania ryzykiem walutowym i przenoszenia ryzyka walutowego między stronami umowy wymagają precyzyjnego ujęcia.

1.2. Pojęcia podstawowe

Głównym pojęciem wyróżniającym tytułowe bankowe terminowe umowy walutowe spośród innych umów w ogóle, a umów bankowych w szczególności, jest ryzyko walutowe. Ryzyko to niepewność rozwoju przyszłych zdarzeń w rozpatrywanym horyzoncie czasowym. Już w tym miejscu widać, że uzależnienie wysokości świadczenia strony od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest przyszły kurs walutowy, ma wiele wspólnego z warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c. Zwrócił na to ostatnio uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 9.01.2019 r., I CSK 736/17².

² Wyrok SN z 9.01.2019 r., I CSK 736/17, OSNC 2019/10, poz. 103.

Ryzyko walutowe należy rozumieć jako ryzyko zmiany wysokości świadczenia strony umowy w związku ze zmianą notowań walutowych. Ryzyko walutowe jest rodzajem ryzyka rynkowego, które z kolei jest rodzajem ryzyka gospodarczego. Ryzyko walutowe może być określane jako ryzyko zmiany notowań kursu walutowego, ryzyko kursu walutowego lub ryzyko wahań kursowych.

Opisując relacje stron umowy w kategoriach ekonomicznych, bardzo często używa się odniesienia do „transferu ryzyka”, „ekspozycji na ryzyko” czy „zarządzania ryzykiem”. Zwykle chodzi tu o różne rodzaje ryzyka rynkowego, do którego zalicza się ryzyko walutowe. Mówi się więc, że strona umowy rynku finansowego wystawiona jest na ryzyko wahań kursowych. Odnosząc się do gotowości lub woli strony umownego przejścia określonego wycinka ryzyka, używa się także niekiedy określeń „apetyt na ryzyko” oraz „awersja do ryzyka”. Można też mówić o podejmowaniu ryzyka jako odwrotności postawy polegającej na redukowaniu ryzyka. Trzeba pamiętać, że stratom nadaje się mniej więcej dwa razy większą wartość niż zyskom³.

Ryzyko walutowe oznacza ryzyko ponoszenia negatywnych skutków zmian notowań walutowych na rynku finansowym. Przez zmiany notowań walutowych na rynku finansowym należy rozumieć przyszłe notowania np. w kantorach walutowych, bankach zawierających transakcje spotowe lub na rynku odzwierciedlanym przez odpowiednio publikowane wskaźniki. Ryzyko walutowe może dotyczyć jednak również zmian notowań walutowych jedynie pośrednio odnoszących się do sytuacji na rynku finansowym, takich jak kursy publikowane przez NBP (metodologia ustalania tych kursów zakłada zarówno uśrednianie kwotowań wybranych uczestników rynku, jak i opóźnienie publikacji notowań).

Z kolei ryzyko kredytowe, będące rodzajem ryzyka gospodarczego, oznacza ryzyko niewykonania zobowiązania przez drugą stronę umowy. Ryzyko kredytowe odgrywa największą rolę przy zawieraniu umowy kredytowej, gdyż jest przedmiotem ocen banku prowadzących do ustalania wiarygodności kredytowej klienta. Jednak ryzyko kredytowe jest atrybutem każdej umowy przewidującej spełnienie świadczenia pieniężnego, również oczywiście transakcji pochodnej.

Użyte w pracy pojęcie agregacji ryzyka oznacza sposób prowadzenia spraw instytucji finansowej w taki sposób, żeby łączne ryzyko wynikające z zawarcia umów z klientami było mniejsze niż suma tych ryzyk. Instytucja finansowa agreguje ryzyko, jeżeli zarządza nim w sposób niezmnijający jej stabilności finansowej mimo wzrostu obrotów.

Rolą transakcji pochodnych jest przenoszenie określonego ryzyka z jednej strony na drugą⁴. Umowami, w których istotną rolę odgrywa ponoszenie przez strony ryzyka

³ D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, Warszawa 2012, s. 463.

⁴ M. Lemonnier, *Europejskie...*, s. 369.

walutowego powstającego w wyniku zawarcia umowy, są więc oczywiście walutowe transakcje pochodne.

Pojęcie transakcji pochodnej jest używane w pracy w rozumieniu czynności prawnej prowadzącej do powstania stosunku prawnego. Tam zaś, gdzie chodzi o sam stosunek prawny, użyte zostało pojęcie instrumentu pochodnego lub derywatu.

Instrument bazowy (instrument pierwotny) to dobro, do którego odnosi się treść instrumentu pochodnego i wartość świadczenia, które jest przewidziane w instrumencie pochodnym.

Zastosowana w opracowaniu terminologia nawiązuje do treści aktów normatywnych. Pojęcie transakcji używane jest w nich na określenie umowy zawieranej na rynku finansowym. W pkt 15 preambuły dyrektywy MiFID 2014/65/UE mówi się np. o „transakcjach na instrumentach finansowych”, a w załączniku 1 (sekcja C) do tej dyrektywy – o „transakcjach opcyjnych” jako przykładzie „kontraktu pochodnego”. Podobnie w art. 45b u.o.i.f. jest mowa np. o „transakcji mającej za przedmiot instrumenty finansowe”.

Użyte w pracy pojęcie instrumentu pochodnego nawiązuje również do terminologii używanej w dyrektywie MiFID 2014/65/UE (pkt 21, 50 i 128 preambuły), gdzie „instrument pochodny” jest traktowany jako rodzaj „instrumentu finansowego” (załącznik I, sekcja C). W terminologii używanej w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi „instrument pochodny” w rozumieniu stosunku prawnego również jest rodzajem „instrumentu finansowego” (art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.i.f.).

Podejmowane niekiedy w literaturze i w praktyce gospodarczej próby zastrzeżenia dla forwardów i futures pojęcia „transakcje (kontrakty) terminowe” i odróżniania ich od (pozostałych) instrumentów pochodnych nie jest jurystycznie uzasadnione. Odroczenie terminu wykonania jest charakterystyczne dla wszystkich instrumentów pochodnych i wielu innych umów. W sensie ekonomicznym rozróżnienie to może mieć uzasadnienie choćby dla przyjmowanych zasad wyceny zobowiązań wynikających z przedterminowego rozwiązania takich transakcji. W tym sensie taka okoliczność może mieć wtórne znaczenie jurystyczne, gdyż od wyceny może zależeć wysokość zobowiązań strony.

Za konwencję utrwaloną w legislacji oraz w doktrynie należy uznać obejmowanie zarówno forwardów, jak i futures szerokim pojęciem instrumentów pochodnych, przy zarezerwowaniu dla zestandaryzowanych transakcji rynku regulowanego pojęcia kontraktów terminowych (art. 2 ust. 1 pkt 2 oraz art. 3 pkt 28a u.o.i.f.)⁵.

⁵ K. Zaradkiewicz [w:] *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, P. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2012, s. 683.

Oczywiście wskazane powyżej regulacje nie pretendują do roli definicji systemowych, co jednak tym bardziej uzasadnia potrzebę wskazania na zakres przypisywany w niniejszej pracy pojęciom transakcji, kontraktu i instrumentu.

W niniejszej pracy odstąpiono od stosowania pojęcia „terminowe operacje finansowe”, użytego w art. 5 ust. 2 pkt 4 pr. bank., oznaczającego przede wszystkim „transakcje pochodne”, ze względu na trudności w precyzyjnym wyodrębnieniu jego desygnatu znaczeniowego, jak również ze względu na brak recepcji w praktyce rynkowej.

Pojęcie instrumentu finansowego jest pojęciem szerszym od pojęcia instrumentu pochodnego i obejmuje wszelkie stosunki prawne, które mogą być kwalifikowane jako przedmiot bankowości inwestycyjnej. Najbardziej uniwersalną definicję instrumentu finansowego zawiera art. 4 ust. 1 pkt 15 dyrektywy MiFID 2014/65/UE. Pojęcie to obejmuje przede wszystkim instrumenty pochodne i instrumenty kapitałowe, nie obejmuje natomiast instrumentów kredytowych, z wyjątkiem instrumentów kredytowych zawierających wbudowane instrumenty pochodne.

Pojęcie transakcji rynku finansowego obejmuje umowy prowadzące do powstania instrumentów finansowych.

Przez klauzulę *stop loss* należy rozumieć występujące w praktyce obrotu instrumentami finansowymi postanowienie umowne przewidujące możliwość przedterminowego rozwiązania umowy w razie przekroczenia określonej, krytycznej wysokości świadczenia strony. Pojęcie to zbiorczo określa zarówno klauzule kreujące uprawnienie prawokształtujące strony do rozwiązania umowy ze skutkiem *ex nunc*, jak i warunek rozwiązujący działający *ex nunc* (tzw. bariera wyłączeniowa).

Użyte w pracy pojęcie umowy kredytowej określa czynność prawną, podczas gdy pojęcie kredytu oraz instrumentu kredytowego odnosi się do stosunku prawnego kreowanego czynnością prawną.

O „umowie kredytu” mówi art. 69 pr. bank., a o „umowie pożyczki pieniężnej” m.in. art. 78 pr. bank. Nomenklatura użyta przez ustawodawcę jest jednak niekonsekwentna, gdyż w art. 5 pr. bank. znajdują się odniesienia do „udzielenia kredytu” i „udzielenia pożyczki pieniężnej”, a zwroty te sugerują raczej akt władczy niż konsens, co z kolei może stanowić wskazówkę pewnej trwałej nierównowagi pozycji stron w czasie zawierania tych umów.

Podobnie o „umowie o kredyt” mówi art. 4 pkt 3 dyrektywy 2014/17/UE, obejmujący zresztą tym pojęciem także umowę pożyczki. Również w art. 3 u.k.h. mówi się o „umowie o kredyt”, obejmując tym pojęciem także umowę pożyczki. Definicja umowy o kredyt, ujęta we wskazanych przepisach, odnosi się do „udzielenia kredytu”, podobnie jak art. 5 pr. bank.

Mariusz Korpalski – doktor nauk prawnych; radca prawny z ponaddwudziestoletnim stażem; członek Forum Konsumentckiego przy Rzeczniku Praw Obywatelskich. Współpracuje z krajowymi i międzynarodowymi organizacjami konsumentów usług finansowych. Od ponad 10 lat zajmuje się problemami klientów banków wywołanymi przez terminowe umowy walutowe, w tym umowy kredytowe; autor wielu publikacji z tego zakresu.

Jest to pierwsza publikacja dotycząca ryzyka walutowego ujętego od strony cywilnoprawnej.

W książce omówiono przyczyny, zakres i metody ochrony klienta, który zawiera z bankiem terminową umowę walutową. W szczególności przedstawiono sytuację klientów banków w zakresie umów już zawartych w latach 2004–2010, ale również tych umów, które mogą być oferowane w przyszłości. Przybliżono również zagadnienia związane z obowiązkami banku w fazie zawierania bankowej umowy walutowej oraz jej wadliwością wynikającą z naruszenia przez bank obowiązków towarzyszących zawarciu bankowej umowy walutowej.

Autor skoncentrował się na wyjaśnieniu problemów prawnych pojawiających się przy ocenie proponowanych przez banki umów terminowych z elementem walutowym, w tym głównie:

- opcji walutowych,
- kredytów denominowanych oraz
- kredytów indeksowanych do waluty obcej.

Problematykę tę zaprezentowano w szerszej perspektywie, korzystając zarówno z dorobku wypracowanego w obcych porządkach prawnych, jak i prawa unijnego, a także w pewnym stopniu z nauk ekonomicznych. W pracy uwzględniono ponadto najnowsze piśmiennictwo i orzecznictwo dotyczące tej tematyki.

Książka będzie stanowiła pomoc w pracy adwokatom, radcom prawnym, sędziom, a także przedsiębiorcom i menedżerom firm, będącym klientami banków.



ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45
ZAMOWIENIA@WOLTERSKLWUER.PL
WWW.PROFINFO.PL

