

KRZYSZTOF HAŁADYJ*

MECHANIZMY ZBYWANIA WIERZYTELNOŚCI BANKOWYCH

Aktualne rozwiązania prawne pozwalają bankom na względnie swobodny obrót wierzytelnościami. Do znaczącej liberalizacji w tej dziedzinie przyczyniła się nowelizacja prawa bankowego z 2004 r.¹ Do pełnej swobody wciąż jednak daleko. Problemem są zwłaszcza przepisy dotyczące przelewów wierzytelności na fundusze sekurytyzacyjne.

Obrót wierzytelnościami odgrywa w praktyce bankowej niezwykle istotną rolę. Przede wszystkim zapewnia bankom możliwość restrukturyzacji portfela kredytowego, a tym samym utrzymanie odpowiednio wysokich standardów płynności finansowej. Służy to zwiększaniu elastyczności polityki kredytowej banków. Przelew wierzytelności stanowi również element większych i bardziej złożonych transakcji umożliwiających pozyskiwanie finansowania, takich jak na przykład sekurytyzacja.

Obrót wierzytelnościami bankowymi od dawna budzi liczne kontrowersje. Ograniczenia w obrocie wynikały dotychczas przede wszystkim z rygorystycznej konstrukcji tajemnicy bankowej. Do czasu nowelizacji z 2004 r. zakres tajemnicy bankowej obejmował praktycznie wszystkie czynności bankowe, w tym również i sprzedaż wierzytelności. Tym samym dla dokonania zbycia wierzytelności bank każdorazowo potrzebował zgody dłużnika.

Od czasu wejścia w życie wspomnianej nowelizacji obrót wierzytelnościami uległ istotnej liberalizacji. Oprócz zbywania wierzytelności bankowych na podstawie ustawy o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków, która do czasu

* Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, prawnikiem w kancelarii Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa.

¹ Ustawa z dnia 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy — Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 91, poz. 870).

wejścia w życie nowelizacji pozostawała właściwie jedynym bezpiecznym mechanizmem obrotu wierzytelnościami bankowymi, pojawiły się dwa nowe rozwiązania w tym względzie: zbywanie tzw. wierzytelności straconych oraz zbywanie wierzytelności bankowych przy wykorzystaniu mechanizmów sekurytyzacyjnych. Jednakże problem konieczności uzyskiwania każdorazowo zgody dłużnika na zbycie wierzytelności bankowej pozostaje wciąż w wielu przypadkach istotnym utrudnieniem dla praktyki obrotu.

KONIECZNOŚĆ OKRESOWEJ RESTRUKTURYZACJI PORTFELA KREDYTOWEGO

Okresowe restrukturyzacje portfeli kredytowych są poniekąd wpisane w schemat funkcjonowania banków. Czasami banki po prostu muszą dokonać zbycia określonej wierzytelności lub też całego portfela wierzytelności, aby móc utrzymać odpowiednio duży margines swobody przy podejmowaniu decyzji kredytowych. Wymuszają to przepisy, które, mając na celu ochronę klientów banków, konstruują odpowiednie mechanizmy zapobiegające nadmiernej koncentracji określonych wierzytelności².

Chodzi tu zwłaszcza o art. 71 oraz 79a prawa bankowego³, które wprowadzają istotne ograniczenia w stosunku do czynności kredytowych banku, obejmujących zarówno kredyty i pożyczki bankowe, jak i gwarancje bankowe i poręczenia oraz inne niż gwarancje bankowe i poręczenia zobowiązania pozabilansowe. Są to przepisy natury publicznoprawnej, które zobowiązują banki między innymi do utrzymywania odpowiednio zróżnicowanych portfeli wierzytelności oraz wprowadzają pewne ograniczenia w odniesieniu do udzielania kredytów, pożyczek lub gwarancji podmiotom powiązanych z bankiem zarówno kapitałowo, jak i organizacyjnie. Artykuł 71 prawa bankowego zawiera regulacje określające zasady koncentracji zaangażowań, obejmujące tzw. limit koncentracji zaangażowań oraz tzw. limit dużego zaangażowania kredytowego. Z kolei art. 79a wprowadza ograniczenia dotyczące udzielania kredytów lub pożyczek podmiotom powiązanych z bankiem osobowo lub kapitałowo.

Limit koncentracji zaangażowań, rozumiany jako suma wierzytelności banku oraz udzielonych przez bank zobowiązań pozabilansowych, obciążonych ryzykiem jednego podmiotu lub podmiotów powiązanych kapitałowo lub organizacyjnie, nie może przekroczyć limitu koncentracji zaangażowań, który został określony na poziomie:

- 1) 20% funduszy własnych banku — dla zaangażowania banku wobec każdego podmiotu lub podmiotów powiązanych kapitałowo lub organizacyjnie, gdy któ-

² R. Parczewski: *Zbywanie wierzytelności przez banki — zagadnienia prawne*, Glosa 2003, nr 1.

³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.).

rykolwiek z tych podmiotów jest w stosunku do banku podmiotem dominującym lub zależnym albo jest podmiotem zależnym od podmiotu dominującego wobec banku, lub

- 2) 25% funduszy własnych banku — dla zaangażowania banku wobec każdego podmiotu lub podmiotów powiązanych kapitałowo lub organizacyjnie, gdy żaden z nich nie jest podmiotem powiązany z bankiem w sposób określony powyżej.

Z kolei limit dużego zaangażowania kredytowego banku wyznacza górną granicę zaangażowania banku w stosunku do wszystkich klientów⁴. W tym przypadku suma wierzytelności banku oraz udzielonych przez bank zobowiązań pozabilansowych, przekraczających 10% funduszy własnych banku w stosunku do pojedynczego podmiotu lub grupy podmiotów powiązanych, nie może być wyższa niż 800% funduszy własnych. Ze względu na takie ujęcie kwestii limitu dużego zaangażowania kredytowego może ono znaleźć praktyczne zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy bank ma dłużników, których zobowiązania w każdym przypadku przekraczają 10% funduszy własnych banku. W przypadku rozproszenia portfeli kredytowych tak, że zobowiązania żadnego dłużnika nie przekraczają 10% tych funduszy, limit maksymalnego zaangażowania kredytowego nie ma zastosowania.

Powyższe zasady dotyczące koncentracji zaangażowań nie dotyczą zaangażowań: (1) w których stroną zobowiązaną wobec banku jest Skarb Państwa, Narodowy Bank Polski, Europejski Bank Centralny, rządy lub banki centralne państw członkowskich oraz państw będących członkiem Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, z wyłączeniem państw, które restrukturyzują lub restrukturyzowały swoje zadłużenie zagraniczne w ciągu ostatnich 5 lat; (2) w których stroną zobowiązaną wobec banku jest bank krajowy lub instytucja kredytowa, a termin zapadalności zaangażowania nie przekracza roku, z wyłączeniem pozycji zaliczonych do funduszy własnych tego banku krajowego lub instytucji kredytowej; (3) zabezpieczonych gwarancją lub poręczeniem udzielonym przez podmioty określone w pkt (1) do wysokości zabezpieczenia; (4) zabezpieczonych zastawem na prawach wynikających z papierów wartościowych, których emitentami są podmioty określone w pkt (i), do wysokości zabezpieczenia; (5) zabezpieczonych kwotą pieniężną, która została przeniesiona na własność banku do wysokości tej kwoty; (6) innych zapewniających bezpieczne prowadzenie działalności bankowej i prawidłowe zarządzanie ryzykiem w banku, określonych przez Komisję Nadzoru Bankowego. Jednocześnie należy zaznaczyć, że normy art. 71 prawa bankowego adresowane są jedynie do banków, a nie do ich klientów. Oznacza to, iż ewentualne naruszenie powyższych limitów przez

⁴ Por. B. Smykla: *Zakres podmiotowy stosowania normy koncentracji kredytowej uregulowanej w ustawie Prawo bankowe (wybrane zagadnienia)*, Prawo Bankowe 2000, nr 1.

banki nie będzie skutkować nieważnością konkretnych umów, lecz jedynie odpowiedzialnością banku przed organami nadzoru bankowego⁵.

Drugim istotnym ograniczeniem swobody udzielania kredytów i pożyczek przez banki, który może w sposób pośredni wymuszać dokonywanie okresowych restrukturyzacji portfeli wierzytelności, są regulacje art. 79a prawa bankowego. Wprowadzają one limity koncentracji zaangażowań w odniesieniu do kredytów, pożyczek, gwarancji lub poręczeń udzielanych członkowi zarządu albo rady nadzorczej banku lub osobie zajmującej stanowisko kierownicze w banku, jak również podmiotowi powiązanemu kapitałowo lub organizacyjnie z członkiem zarządu albo rady nadzorczej lub osobą zajmującą stanowisko kierownicze w banku. Za osobą zajmującą stanowisko kierownicze w banku ustawa uznaje osobę zatrudnioną w banku i podległą bezpośrednio członkowi zarządu, dyrektora oddziału i jego zastępcę oraz głównego księgowego. W powyższej sytuacji suma udzielanych kredytów, pożyczek pieniężnych, gwarancji bankowych i poręczeń nie może przekroczyć: (1) 10% sumy funduszy podstawowych w banku w formie spółki akcyjnej i w banku państwowym oraz (2) 25% sumy funduszy podstawowych w banku spółdzielczym.

Powyższe ograniczenia swobody udzielania kredytów i pożyczek mają przede wszystkim na celu zapewnienie bankom odpowiednich warunków do prowadzenia polityki bardziej racjonalnej i bezpiecznej zarówno z punktu widzenia samego banku, jak i jego klientów. Uniemożliwiają nadmierną koncentrację wierzytelności oraz przyczyniają się do wzrostu ich płynności. Tym samym pośrednio wymuszają na bankach dokonywanie okresowych restrukturyzacji portfeli wierzytelności. Czynności takie mają na celu pozbycie się tzw. złych wierzytelności oraz zrobienie miejsca pakietom wierzytelności, które lepiej rokują na przyszłość. Między innymi dlatego tak istotna dla banków jest możliwość swobodnego zbywania wierzytelności bankowych.

DAWNE OGRANICZENIA TAJEMNICY BANKOWEJ

Do czasu wejścia w życie nowelizacji prawa bankowego z 2004 r. możliwość dokonywania przez banki cesji wierzytelności, będącej przecież jedną z czynności bankowych, była mocno ograniczona. Podstawową przeszkodą była w tym względzie rygorystyczna konstrukcja tajemnicy bankowej. Zgodnie z ówczesnym brzmieniem art. 104 prawa bankowego banki i osoby w nich zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonywał czynności bankowe, były obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmowała w szczególności wszystkie wiadomości:

- 1) dotyczące czynności bankowych i osób będących stroną umowy, uzyskane w czasie negocjacji oraz związane z zawarciem umowy z bankiem i jej realizacją, z wy-

⁵ *Ibidem.*

- jątkiem wiadomości, bez których ujawnienia nie było możliwe należyte wykonanie zawartej przez bank umowy;
- 2) dotyczące osób, które, nie będąc stroną umowy, o której mowa powyżej, dokonały czynności pozostających w związku z zawarciem takiej umowy.

Jednocześnie zakres wyłączeń dla stosowania tajemnicy bankowej był na tyle wąski, że możliwość dokonywania przez bank cesji wierzytelności wzbudzała liczne kontrowersje. Szczególnie krytycznie o dopuszczalności zbywania wierzytelności bankowych wypowiadały się organy nadzoru bankowego⁶. Dotyczyło to zwłaszcza zbywania wierzytelności bankowych bez wcześniejszego uzyskania wyraźnej zgody dłużnika. W praktyce obrotu uzyskanie takiej zgody było w zasadzie niemożliwe, co w sposób zasadniczy komplikowało procedurę zbywania wierzytelności opierając się na ramach prawnych wyznaczonych przez ówczesne przepisy o tajemnicy bankowej. Tym bardziej że przepisy prawa bankowego przewidywały i w dalszym ciągu przewidują surowe zasady odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy bankowej.

Zgodnie z art. 105 ust. 5 bank ponosi odpowiedzialność za szkody wynikające z ujawnienia tajemnicy bankowej i wykorzystania jej niezgodnie z przeznaczeniem. Odpowiedzialność cywilnoprawna banku może mieć w tym kontekście charakter zarówno kontraktowy, jak i deliktowy i opiera się na zasadach określonych w kodeksie cywilnym⁷. Ponadto możliwa jest również odpowiedzialność karna, przewidziana wprost w art. 171 ust. 5 prawa bankowego. Zgodnie z tą regulacją osoba zobowiązana do zachowania tajemnicy bankowej, która bezprawnie ujawnia lub wykorzystuje informacje stanowiące tajemnicę bankową, podlega grzywnie do 1 000 000 zł i karze pozbawienia wolności do lat 3. Należy ponadto zaznaczyć, iż w świetle ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁸ przepis ten może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej nie tylko osób fizycznych, na których w związku z ich działalnością spoczywał obowiązek zachowania tajemnicy bankowej, ale również samego banku.

⁶ Por. pismo NBP nr NB-BPN-I-078-42/02 z dnia 18 lipca 2002 r. w sprawie zachowania tajemnicy bankowej w przypadku współpracy banku z firmami windykacyjnymi; pismo NBP nr NB/BPN/I/617/00 Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego z dnia 2 października 2000 r.; pismo Komisji Nadzoru Bankowego nr NB/BPN/I/434/00 z dnia 21 lipca 2000 r.; pismo Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego nr NB/BI/WA/16/2000 z dnia 11 lutego 2000 r.; odmienne stanowisko zostało zaprezentowane w piśmie NBP nr DP ZRP 20-105-1151/98 z dnia 3 września 1998 r.

⁷ M. Bączyk: *Odpowiedzialność umowna banku w prawie polskim*, Toruń 1989, s. 212 i n.

⁸ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. Nr 197, poz. 1661 ze zm.).

USTAWA O RESTRUKTURYZACJI FINANSOWEJ

Regulacje prawne w zakresie tajemnicy bankowej, w wersji obowiązującej do czasu wejścia w życie nowelizacji z 2004 r., istotnie ograniczały swobodę zbywania wierzytelności bankowych. Nie wyłączały jej jednak całkowicie. Istotną modyfikację zasad tajemnicy bankowej w kontekście dokonywania cesji wierzytelności bankowych stanowiła uchwalona w 1993 r. ustawa o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków⁹. Ustawa ta wprowadziła niezwykle istotny mechanizm prawny dopuszczający *expressis verbis* obrót wierzytelnościami bankowymi, który poprzez art. 42 ustawy uchylał ograniczenia wynikające z konstrukcji tajemnicy bankowej. Należy podkreślić, że również w aktualnym stanie prawnym ustawa o restrukturyzacji finansowej pozostaje w mocy i w dalszym ciągu odgrywa istotną rolę w obrocie bankowym.

Tym szczególnym mechanizmem, który wprowadziła ustawa o restrukturyzacji finansowej, była tzw. publiczna sprzedaż wierzytelności bankowych. Ustawa nie podaje wprawdzie jednoznacznej definicji publicznej sprzedaży wierzytelności, niemniej z brzmienia art. 14 ust. 1 w zw. z art. 40 ust. 1 ustawy o restrukturyzacji finansowej wynika, iż sprzedaż wierzytelności będzie wówczas publiczna, gdy bank ogłosi zamiar sprzedaży w co najmniej jednym dzienniku o zasięgu ogólnopolskim oraz w siedzibie banku i jego oddziałach, a także powiadomi o tym dłużnika. Głównym kryterium uznania sprzedaży wierzytelności bankowych za publiczną jest zatem skierowanie oferty nabycia wierzytelności do nieoznaczonego kręgu adresatów¹⁰.

Ten szczególny mechanizm zbywania wierzytelności bankowych przeznaczony jest jednak wyłącznie dla określonego rodzaju wierzytelności bankowych — wierzytelności wymagalnych. Oznacza to, że inne wierzytelności, nawet jeśli przysługują bankowi, nie będą mogły zostać zbyte w trybie sprzedaży publicznej. Dotyczy to między innymi wierzytelności, które wprawdzie nie są jeszcze wymagalne, ale co do których istnieją podstawy, aby przypuszczać, iż nie zostaną spłacone w terminie¹¹.

Zgodnie z art. 39 ustawy o restrukturyzacji finansowej w ramach publicznej sprzedaży wierzytelności są one zbywane: (1) w drodze przetargu, (2) na podstawie oferty ogłoszonej publicznie lub (3) w wyniku rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia. Prawo wyboru należy w tym przypadku oczywiście do banku. W ramach ustawy o restrukturyzacji sprzedaż wierzytelności wymagalnych w innej formie nie jest w zasadzie możliwa, choć w doktrynie pojawiają się głosy postulujące stosowanie w tym zakresie rozszerzającej wykładni. Zgodnie z tymi poglądami należałoby uznać, iż tryb publicznej sprzedaży będzie zachowany w sytuacji, gdy mimo podjęcia prób sprzedaży w jednej z wymienionych powyżej form, wierzytelność nie

⁹ Ustawa z dnia 3 lutego 1993 r. o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 18, poz. 82 ze zm.).

¹⁰ I. Heropolitańska, P. Kawaler, A. Koziół: *Skup i sprzedaż wierzytelności przez banki*, Warszawa 1998, s. 457.

¹¹ *Ibidem*, s. 458.

zostanie sprzedana, a następnie po wyznaczonych przez bank terminach zgłosi się do banku potencjalny nabywca wierzytelności¹². Wynika to z przyjęcia założenia, iż osoba, która składa bankowi ofertę nabycia tej wierzytelności lub też proponuje podjęcie rokowań, czyni to na skutek publicznego ogłoszenia przez bank o zamiarze sprzedaży wymagalnej wierzytelności.

Jednocześnie w ramach ochrony dłużnika ustawa o restrukturyzacji finansowej nakłada na bank w art. 40 ust. 2 obowiązek powiadomienia o zamiarze sprzedaży wymagalnych wierzytelności: (1) dłużnika, (2) podmiotów, które udzieliły zabezpieczenia na spłatę wierzytelności banku, (3) organu administracji państwowej reprezentującego Skarb Państwa, jeżeli dłużnikiem jest spółka, której akcje posiada Skarb Państwa, (4) organu założycielskiego oraz Ministra Skarbu Państwa, jeżeli dłużnikiem jest przedsiębiorstwo państwowe. Bank jest zobowiązany powiadomić powyższe podmioty nie później niż w terminie 14 dni przed ogłoszeniem o zamiarze zbycia na zasadach określonych w art. 14 ust. 1 w zw. z art. 40 ust. 1 ustawy o restrukturyzacji finansowej. Powiadomienie to stwarza możliwość podjęcia przez podmioty, do których zostało skierowane, działań obliczonych na niedopuszczenie do publicznej sprzedaży wierzytelności, na przykład poprzez spłacenie wierzytelności wobec banku¹³.

Zgodnie z regulacją art. 41 ustawy o restrukturyzacji finansowej do przelewu wymagalnych wierzytelności bankowych w ramach publicznej sprzedaży stosuje się co do zasady przepisy kodeksu cywilnego¹⁴ o zmianie wierzyciela. Dla płynności obrotu ważne jest, że przy publicznej sprzedaży nie jest wymagana w żadnym wypadku zgoda dłużnika. Oznacza to, że choćby w umowie kredytowej znajdował się zapis nakładający na bank obowiązek uzyskania zgody kredytobiorcy na sprzedaż wierzytelności, bank i tak może zbyć taką wierzytelność bez zgody dłużnika, o ile wszakże spełnione zostaną wymagania ustawy o restrukturyzacji finansowej¹⁵. Należy ponadto zaznaczyć, iż zgodnie z wymogami ustawy przelew nie może być dokonany na rzecz dłużnika lub podmiotu związanego z dłużnikiem stosunkiem zależności lub dominacji w rozumieniu prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi¹⁶.

ZMIANA KONSTRUKCJI TAJEMNICY BANKOWEJ

Wychodząc naprzeciw potrzebom praktyki obrotu nowelizacja prawa bankowego z 2004 r. istotnie zmodyfikowała konstrukcję tajemnicy bankowej. Sama pod-

¹² *Ibidem*, s. 469.

¹³ M. Groszek, D. Jaszczyński: *Restrukturyzacja finansowa przedsiębiorstw i banków*, Warszawa 1993, s. 65.

¹⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

¹⁵ R. Parczewski: *Zbywanie wierzytelności przez banki...*, *op. cit.*

¹⁶ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzenia instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. Nr 184, poz. 1539).

stawa tajemnicy bankowej nie uległa zmianie i w dalszym ciągu obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji oraz w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank daną czynność wykonuje. Do zachowania tajemnicy bankowej wciąż zobowiązane są te same podmioty¹⁷, tj. bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe.

Zmianie natomiast uległ zakres wyłączeń zastosowania tajemnicy bankowej, co okazało się szczególnie istotne dla obrotu wierzytelnościami bankowymi. Nowe regulacje dopuściły zbywanie wierzytelności bankowych zaklasyfikowanych jako stracone według przepisów dotyczących zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków¹⁸ oraz zbywanie jednolitych rodzajowo wierzytelności na podstawie mechanizmów sekurytyzacyjnych. Zgodnie z art. 104 ust. 2 prawa bankowego obowiązek zachowania tajemnicy bankowej nie dotyczy przypadków, w których:

- udzielenie informacji objętych tajemnicą bankową jest niezbędne do zawarcia i wykonywania umów sprzedaży wierzytelności klasyfikowanych jako stracone;
- udzielenie informacji objętych tajemnicą bankową jest niezbędne do zawarcia i wykonania umów przelewu wierzytelności oraz umów o subpartycypację, zawieranych przez bank z towarzystwem funduszy inwestycyjnych tworzącym fundusz sekurytyzacyjny albo z funduszem sekurytyzacyjnym, oraz związanych z nimi umów: (1) o nadanie oceny inwestycyjnej (rating) sekurytyzowanym wierzytelnościom lub (2) ubezpieczenia od ryzyka niewypłacalności dłużników sekurytyzowanych wierzytelności;
- udzielenie informacji objętych tajemnicą bankową jest niezbędne do zawarcia i wykonania umowy, której przedmiotem jest przeniesienie jednolitych rodzajowo wierzytelności na, niebędącą towarzystwem funduszy inwestycyjnych tworzącym fundusz sekurytyzacyjny albo funduszem sekurytyzacyjnym, spółkę kapitałową (podmiot emisyjny) w celu emisji przez ten podmiot papierów wartościowych, których zabezpieczenie stanowią sekurytyzowane wierzytelności, a spółka ta zawarła z bankiem, od którego nabyła wierzytelności, umowę o obsługę tych sekurytyzowanych wierzytelności.

¹⁷ Na temat aktualnej konstrukcji tajemnicy bankowej zob. m.in. J. Molis (w:) *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, pod red. F. Zolla, Zakamycze 2005, s. 219–246; *Prawo bankowe. Komentarz*, pod red. E. Fojeik–Mastalskiej, Warszawa 2002, s. 497–508.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 grudnia 2003 r. w sprawie zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków (Dz.U. Nr 218, poz. 2147).

WIERZYTELNOŚCI STRACONE

Szczególną grupą wierzytelności, którą obecnie wyodrębnia prawo bankowe, są tzw. wierzytelności zaklasyfikowane jako stracone w rozumieniu przepisów dotyczących zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków. Przeciwną wieloletnie kontrowersje, ustawodawca uznał, że ze względu na rozmiar zwłoki dłużnika bądź też ze względu na inne czynniki niezależne od banku, wierzytelnościom takim nie powinna przysługiwać ochrona z tytułu tajemnicy bankowej. Dzięki nowelizacji z 2004 r. banki wreszcie uzyskały bezpieczne narzędzie do pozbywania się tzw. złych kredytów, które od dawna stanowiły istotne obciążenie dla ich bieżącej działalności. Nie jest to jednakże narzędzie idealne, które zapewniłoby bankom pełną swobodę zbywania niewygodnych wierzytelności. Należy podkreślić, że bez konieczności uzyskiwania każdorazowej zgody dłużnika banki mają prawo zbywać jedynie tzw. wierzytelności stracone¹⁹. Zbycie innych wierzytelności wymagalnych w dalszym ciągu wymaga zgody dłużnika, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w prawie bankowym oraz ustawie o restrukturyzacji finansowej.

O tym, które rodzaje wierzytelności uznaje się za stracone, a tym samym niepodlegające ochronie z tytułu tajemnicy bankowej, rozstrzyga rozporządzenie w sprawie tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków. Wierzytelności stracone — bądź inaczej ekspozycje kredytowe „stracone” — nie posiadają jednolitej definicji. Ich zakres pojęciowy zależy od konkretnego przypadku według zasad przyjętych w rozporządzeniu. Wyodrębnia ono cztery odrębne grupy przypadków klasyfikowanych według ogólnie określonego poziomu ryzyka kredytowego. Należy zaznaczyć, że przeglądów i klasyfikacji ekspozycji kredytowych dokonuje się według danych aktualnych na dzień przeprowadzania klasyfikacji.

W przypadku ekspozycji wobec Skarbu Państwa ekspozycje kredytowe „stracone” obejmują zgodnie z rozporządzeniem w sprawie zasad tworzenia rezerw²⁰:

- ekspozycje kredytowe, w przypadku których opóźnienie w spłacie kapitału lub odsetek w stosunku do terminu (harmonogramu) spłat określonego w momencie powstania zobowiązania Skarbu Państwa przekracza 2 lata;
- ekspozycje kredytowe o nieokreślonym terminie (harmonogramie) płatności, dla których okres od momentu powstania zobowiązania Skarbu Państwa do momentu klasyfikacji przekracza jeden rok;
- wszelkie ekspozycje kredytowe sporne.

W przypadku ekspozycji kredytowych wynikających z pożyczek i kredytów detalicznych ekspozycje kredytowe „stracone” obejmują:

¹⁹ Zob. J. Molis (w:) *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 238.

²⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 grudnia 2003 r. w sprawie zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków (Dz.U. Nr 218, poz. 2147).

- ekspozycje, w przypadku których opóźnienie w spłacie kapitału lub odsetek przekracza 6 miesięcy;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, przeciwko którym bank złożył wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego;
- ekspozycje kredytowe kwestionowane przez dłużników na drodze postępowania sądowego;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, których miejsce pobytu jest nieznane i których majątek nie został ujawniony.

W przypadku pozostałych ekspozycji kredytowych wobec osób fizycznych ekspozycje kredytowe „stracone” obejmują:

- ekspozycje kredytowe, w przypadku których opóźnienie w spłacie kapitału lub odsetek przekracza 12 miesięcy;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, przeciwko którym bank złożył wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego;
- ekspozycje kredytowe kwestionowane przez dłużników na drodze postępowania sądowego;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, których miejsce pobytu jest nieznane i których majątek nie został ujawniony.

W przypadku pozostałych ekspozycji kredytowych ekspozycje kredytowe „stracone” obejmują:

- ekspozycje kredytowe, w przypadku których opóźnienie w spłacie kapitału lub odsetek przekracza 12 miesięcy;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, których sytuacja ekonomiczno–finansowa pogorszyła się w sposób nieodwracalnie uniemożliwiający spłacenie długu;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, w stosunku do których ogłoszono upadłość lub w stosunku do których nastąpiło otwarcie likwidacji, z wyjątkiem gdy następuje ona na podstawie przepisów o komercjalizacji i prywatyzacji;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, przeciwko którym bank złożył wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego;
- ekspozycje kredytowe kwestionowane przez dłużników na drodze postępowania sądowego;
- ekspozycje kredytowe wobec dłużników, których miejsce pobytu jest nieznane i których majątek nie został ujawniony.

SPOSÓB NA SEKURYZYzację

Przelew wierzytelności bankowych odgrywa niezwykle istotną rolę przy transakcjach sekurytyzacyjnych, które stają się coraz bardziej popularną formą pozyskiwania środków finansowych na długofalowe inwestycje²¹. Podstawową zaletą sekurytyzacji jest możliwość zamiany rozłożonych w czasie należności na jednorazowe przychody uzyskane z emisji papierów wartościowych. W tego typu transakcjach wierzytelności przelewane są na specjalnie utworzone na potrzeby transakcji spółki celowe, tzw. SPV (*Special Purpose Vehicles*). W celu sfinansowania nabycia określonego pakietu wierzytelności podmioty te emitują dłużne papiery wartościowe, których wykup zabezpieczony jest przez nabywane wierzytelności. Następnie wyemitowane papiery dłużne spłacane są z nabytych wierzytelności. Dzięki takim operacjom tzw. inicjator sekurytyzacji, czyli spółka zbywająca wierzytelności (np. bank), uzyskuje bezpośredni dopływ finansowania oraz pozbywa się ryzyka związanego ze zbytymi wierzytelnościami. Ponadto inicjator sekurytyzacji zostaje w wyniku tego typu transakcji zabezpieczony na wypadek, gdyby SPV nie było w stanie spłacić z przelanych wierzytelności wyemitowanych papierów²². Z kolei SPV nabywa korzystnie portfel wierzytelności. Płynące z nich środki mają zapewnić spłatę wyemitowanych papierów wartościowych, a docelowo również i zysk.

Jedną z nowości wprowadzonych do obrotu przez nowelizację prawa bankowego z 2004 r. było właśnie umożliwienie zbywania wierzytelności bankowych opierając się na mechanizmach sekurytyzacyjnych. Prawne unormowanie sekurytyzacji przez prawo bankowe w połączeniu z regulacjami ustawy o funduszach inwestycyjnych, która wprowadziła fundusze sekurytyzacyjne, jest bez wątpienia niezwykle istotne dla praktyki obrotu. Niestety przyjęte rozwiązania dotyczące wymogu uzyskania zgody dłużnika na zbycie wierzytelności zawierają pewną niekonsekwencję. Osłabia ona istotnie przejrzystość obrotu i w pewnej perspektywie może znacząco zredukować praktyczną przydatność funduszy sekurytyzacyjnych w transakcjach sekurytyzacji wierzytelności bankowych.

Zbywanie wierzytelności bankowych jest kwalifikowanym przypadkiem zbywania wierzytelności. W przeciwieństwie do zbywania wierzytelności niebankowych dla ważności zbycia wymagana jest bowiem co do zasady zgoda dłużnika. Wynika to z faktu, że w przypadku czynności bankowych tajemnica bankowa jest regułą, od której możliwe są jedynie wyjątki, ściśle określone przez ustawę. Takim wyjątkiem

²¹ Na temat sekurytyzacji zob. m.in. I.A. Raczkowska, *Sekurytyzacja wierzytelności bankowych. Podstawowe zagadnienia prawne*, Warszawa 2001; J. Zombirt, *Sekurytyzacja w świetle bankowych regulacji europejskich*, Warszawa 2002; A. Kosiński, *Sekurytyzacja aktywów*, Warszawa 1997; *Prawo bankowe. Komentarz, op. cit.*, pod red. E. Fojcik-Mastalskiej, s. 419–421; M. Spyra (w:) *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, pod red. F. Zolla, Zakamycze 2005, s. 17–37.

²² P. Jaroński: *Sekurytyzacja — nowe zjawiska prawne, finansowe i bankowe*, Rzeczpospolita z 29 maja 1998 r.

są przytaczane powyżej przepisy art. 104 ust. 2 pkt 5 i 6²³, które wyłączają tajemnicę bankową w sytuacji, gdy udzielenie informacji objętych tajemnicą jest niezbędne do zawarcia i wykonania odpowiednich umów z podmiotami uprawnionymi do dokonywania sekurytyzacji. Według przepisów prawa bankowego do sekurytyzacji wierzytelności bankowych uprawnione są trzy grupy podmiotów: (1) towarzystwa funduszy inwestycyjnych tworzące fundusz sekurytyzacyjny, (2) fundusze sekurytyzacyjne oraz (3) tzw. podmioty emisyjne, działające jako spółki kapitałowe, niebędące ani towarzystwem funduszy inwestycyjnych tworzącym fundusz sekurytyzacyjny, ani funduszem sekurytyzacyjnym.

Ze względu zatem na brzmienie art. 104 ust. 2 pkt 5 i 6 mogłoby się wydawać, iż sekurytyzacja powinna stać się wygodnym sposobem na obrót wierzytelnościami bankowymi bez konieczności uzyskiwania uprzedniej zgody dłużnika. Po bliższej analizie całokształtu przepisów prawa bankowego dotyczących sekurytyzacji okazuje się, że niestety nie jest tak do końca. Pewne wątpliwości budzą bowiem przepisy regulujące sekurytyzację z wykorzystaniem mechanizmów funduszy sekurytyzacyjnych.

Szczególnie istotny jest w tym kontekście art. 92c prawa bankowego. Zgodnie z jego brzmieniem przelew wierzytelności banku na towarzystwo funduszy inwestycyjnych tworzące fundusz sekurytyzacyjny albo na fundusz sekurytyzacyjny **wymaga** uzyskania przez bank zgody dłużnika banku²⁴, będącego stroną czynności dokonanej z bankiem, jak również zgody dłużnika z tytułu zabezpieczenia wierzytelności banku wynikającej z dokonanej czynności oraz złożenia przez dłużnika oświadczenia o poddaniu się egzekucji na rzecz funduszu sekurytyzacyjnego, który nabędzie wierzytelność. Zgoda i oświadczenie powinny być wyrażone w formie pisemnej pod rygorem nieważności²⁵.

Jednocześnie jednak art. 326 ustawy o funduszach inwestycyjnych²⁶ przewiduje, że do przelewu wierzytelności banku na fundusz sekurytyzacyjny, z tytułu umów zawartych przed dniem 1 lipca 2004 r., stosuje się przepisy art. 92a–92c prawa bankowego z jednym zasadniczym zastrzeżeniem. Bank nie jest obowiązany do uzyskania zgody dłużnika banku na przelew wierzytelności z tytułu umów kredytu powstałych przed dniem 1 lipca 2004 r.²⁷, w przypadku niedotrzymania przez kredytobiorcę warunków udzielenia kredytu. W takiej sytuacji przed zawarciem z funduszem sekurytyzacyjnym umowy przelewu bank jest obowiązany wezwać do zapłaty dłużnika banku z takich umów, wyznaczając mu jednocześnie trzydziestodniowy ter-

²³ Zob. J. Molis (w:) *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 238–239.

²⁴ Zob. K. Haładaj: *Przelewy wierzytelności za zgodą i bez*, Rzeczpospolita z 15 września 2005 r.

²⁵ Zob. M. Spyra (w:) *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 33–37.

²⁶ Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. Nr 146, poz. 1546 ze zm.).

²⁷ Zob. P. Jaroński: *Są ograniczenia, nie ma uprzywilejowania*, Rzeczpospolita z 6 października 2005 r.; J. Chład: *Problemy sekurytyzacji bankowej*, *Prawo Bankowe* 2006, nr 3, s. 74.

min do uregulowania należności wobec banku, do wysokości kwoty określonej w wezwaniu. Do wezwania bank obowiązany jest dołączyć informację, że w przypadku niewywiązania się kredytobiorcy z obowiązków określonych w wezwaniu, jak również po bezskutecznym upływie terminu określonego w wezwaniu, wierzytelność banku zostanie przelana na fundusz sekurytyzacyjny, któremu będzie przysługiwać uprawnienie do prowadzenia egzekucji na podstawie sekurytyzacyjnego tytułu egzekucyjnego po nadaniu mu przez sąd klauzuli wykonalności.

Pierwszy problem polega na tym, że sekurytyzacyjny tytuł egzekucyjny *de facto* nie istnieje. Odwołuje się do niego jedynie przepis art. 326 ustawy o funduszach inwestycyjnych wskutek swoistego zaniedbania ustawodawcy, który w toku prac legislacyjnych nie usunął tego sformułowania²⁸. Ustawodawca zdecydował bowiem ostatecznie, że sekurytyzacyjny tytuł egzekucyjny nie zostanie wprowadzony do systemu polskiego prawa. Niezależnie od tego, należy zauważyć, iż art. 326 ma ograniczony charakter. Odnosi się jedynie do wierzytelności powstałych przed dniem 1 lipca 2004 r. i jedynie do tych wierzytelności, w ramach których dłużnik nie dotrzymał warunków umowy. Oznacza to, iż dla zbycia wierzytelności bankowych powstałych po dniu 1 lipca 2004 r. w ramach sekurytyzacji z wykorzystaniem funduszy sekurytyzacyjnych wciąż konieczna jest zgoda dłużnika. Dotyczy to również tzw. dobrych wierzytelności, powstałych przed dniem 1 lipca 2004 r., bowiem możliwe jest sekurytyzowanie i takich wierzytelności.

Oczywiście nowością jest fakt, że w celu dokonania oceny inwestycyjnej (ratingu) sekurytyzowanych wierzytelności oraz ubezpieczenia od ryzyka niewypłacalności dłużników sekurytyzowanych wierzytelności bank może udzielić stosownych informacji bez konieczności uzyskania uprzedniej zgody dłużnika. Niemniej dla dokonania przez bank samej cesji wierzytelności w dalszym ciągu konieczna będzie częstokroć zgoda dłużnika. Tym samym w kontekście funduszy sekurytyzacyjnych podstawowy problem hamujący rozwój rynku wierzytelności bankowych został rozwiązany jedynie w ograniczonym zakresie.

Rozwiązanie, jakie na podstawie art. 92c prawa bankowego zostało przyjęte w stosunku do funduszy sekurytyzacyjnych, zaskakuje tym bardziej, iż brak jest analogicznej regulacji w stosunku do sekurytyzacji dokonywanej na podstawie tzw. podmiotów emisyjnych, tj. spółek kapitałowych niebędących ani towarzystwem funduszy inwestycyjnych tworzącym fundusz sekurytyzacyjny, ani funduszem sekurytyzacyjnym. Okazuje się bowiem, że w znacznie bardziej uprzywilejowanej sytuacji stawiana jest zwykła spółka kapitałowa aniżeli podlegający ścisłemu nadzorowi fundusz inwestycyjny. Nie zmieniają tego zawarte w prawie bankowym wymogi, zgodnie z którymi podmiot emisyjny (tj. spółka celowa) nie może być powiązany kapitałowo lub organizacyjnie z bankiem przenoszącym wierzytelności, zaś przedmiotem jego

²⁸ Zob. J. Chłód: *Problemy sekurytyzacji...*, *op. cit.*, s. 74.

działalności może być wyłącznie nabywanie wierzytelności i emisja papierów wartościowych dla celów sekurytyzacji oraz wykonywanie czynności z tym związanych.

Z punktu widzenia banków powyższe utrudnienia dla działalności funduszy sekurytyzacyjnych nie są aż tak istotne. Zawsze istnieje przecież możliwość dokonywania sekurytyzacji wierzytelności bankowych opierając się na podmiotach emisyjnych. Dla praktyki obrotu jest to również rozwiązanie z pewnością dość wygodne. Znacznie łatwiej jest założyć i prowadzić zwykłą spółkę kapitałową aniżeli fundusz sekurytyzacyjny. Jednakże z punktu widzenia przejrzystości regulacji oraz z punktu widzenia interesów dłużników i funduszy sekurytyzacyjnych przyjęte rozwiązanie budzi istotne zastrzeżenia. Wprowadzenie do systemu prawa bankowego art. 92c miało z pewnością na celu ochronę osoby dłużnika. Pojawia się jednak pytanie, dlaczego nie wprowadzono analogicznej regulacji w stosunku do podmiotów emisyjnych? A jeśli już zdecydowano się chronić dłużnika, liberalizując jednocześnie obrót wierzytelnościami bankowymi, czy nie lepszym rozwiązaniem byłoby obciążenie banku obowiązkiem uzyskania zgody dłużnika przy zbywaniu wierzytelności na rzecz tzw. podmiotów emisyjnych i jednocześnie zwolnienie go z tego wymogu przy zbywaniu wierzytelności na rzecz funduszy sekurytyzacyjnych?

Omawiana sytuacja nie wyłącza jednak całkowicie możliwości dokonywania sekurytyzacji przez fundusze sekurytyzacyjne w sytuacji, gdy bank nie dysponuje w danym przypadku wymaganą zgodą dłużnika na zbycie wierzytelności. Zgodnie z art. 92c prawa bankowego zgody dłużnika banku wymaga przelew wierzytelności. Jednakże istnieje mechanizm sekurytyzacji, w ramach którego przelew wierzytelności wcale nie jest konieczny. Możliwe jest bowiem dokonanie sekurytyzacji w ramach tzw. umowy o subpartycypację²⁹, na mocy której bank zobowiązuje się do przekazywania funduszowi sekurytyzacyjnemu wszelkiego rodzaju świadczeń płynących z określonej puli wierzytelności objętych umową. Pod tym względem nowelizacja prawa bankowego z 2004 r. wprowadziła niewątpliwie cenną, choć niestety nie do końca konsekwentną, zmianę.

PODSUMOWANIE

Nowelizacja prawa bankowego z 2004 r. zliberalizowała w znacznym zakresie obrót wierzytelnościami bankowymi. Oprócz dotychczasowego mechanizmu opartego na ustawie o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków wprowadziła dwie dodatkowe możliwości zbywania wierzytelności bankowych bez konieczności uzyskania uprzedniej zgody dłużnika: sprzedaż tzw. wierzytelności straconych oraz zbywanie wierzytelności w ramach sekurytyzacji. Mając jednak na względzie pro-

²⁹ Na temat subpartycypacji zob. m.in. I.A. Raczkowska, *Sekurytyzacja wierzytelności...*, *op. cit.*, s. 44–47.

blem tajemnicy bankowej i konieczność ochrony dłużnika, ustawodawca nie zdecydował się wprost na pełną liberalizację obrotu wierzytelnościami bankowymi. Obecne regulacje próbują chronić delikatną równowagę pomiędzy racjami banków i innych podmiotów zawodowo zainteresowanych obrotem wierzytelnościami a racjami dłużników, dla których osoba wierzyciela oraz ochrona informacji kredytowych ma zasadnicze znaczenie. Jednakże przyglądając się przyjętym rozwiązaniom, a zwłaszcza analizując zawarte w przepisach prawa bankowego regulacje sekurytyzacyjne, można mieć poważne wątpliwości, czy równowaga ta nie została wyraźnie zachwiana na korzyść zwolenników liberalizacji obrotu, chociaż nie do końca konsekwentnie.

Niejednolite traktowanie funduszy sekurytyzacyjnych oraz zwykłych spółek kapitałowych zajmujących się sekurytyzacją świadczy o istotnej niekonsekwencji przyjętych rozwiązań. Okazuje się bowiem, że dla skuteczności zbycia wierzytelności na rzecz funduszu sekurytyzacyjnego częstokroć konieczne jest uzyskanie zgody dłużnika. Natomiast w przypadku zbywania wierzytelności na podmioty emisyjne, będące przecież zwykłymi spółkami kapitałowymi, zgoda dłużnika nie jest już w ogóle wymagana. W kontekście obowiązujących regulacji w zakresie nadzoru nad rynkiem kapitałowym powyższe rozwiązanie budzi istotne zastrzeżenia. Prowadzi to bowiem do sytuacji, w której podmiot podlegający ścisłemu nadzorowi administracyjnemu traktowany jest gorzej aniżeli podmiot takiemu nadzorowi niepodlegający. Z cywilistycznego punktu widzenia nie zmieniają tego rozwiązania podatkowe, które z kolei promują wykorzystywanie funduszy.

Powyższe rozwiązanie osłabia ponadto pozycję dłużników oraz praktyczne znaczenie tajemnicy bankowej. Okazuje się bowiem, że nawet dłużnik, który na bieżąco realizuje swoje zobowiązania, nie może być pewny, że jego wierzytelność nie zostanie zbyta bez jego zgody na rzecz zwykłej spółki kapitałowej, gwarantującej zdecydowanie niższe standardy ochrony aniżeli fundusze sekurytyzacyjne, będące przecież podmiotami kwalifikowanymi powołanymi specjalnie dla potrzeb sekurytyzacji. Dlatego też należy postulować *de lege ferenda* usunięcie powyższej niekonsekwencji w prawie bankowym i przyjęcie jednolitego rozwiązania systemowego.

W tym kontekście z punktu widzenia spójności systemowej należałoby rozpatrzyć możliwość uchylecia art. 92c prawa bankowego bądź też wprowadzenia analogicznych ograniczeń w stosunku do podmiotów emisyjnych. Możliwe byłoby też jednoczesne wprowadzenie rozważanych ograniczeń w stosunku do podmiotów emisyjnych oraz ich uchylenie w stosunku do funduszy sekurytyzacyjnych, co z punktu widzenia zarówno spójności regulacji, jak również pewności obrotu oraz ochrony dłużnika wydaje się być rozwiązaniem najbardziej racjonalnym. Dlatego też w pełni uzasadnione wydaje się twierdzenie, że aktualny stan prawny, a w szczególności art. 92c prawa bankowego oraz art. 326 ustawy o funduszach inwestycyjnych wymagają gruntownej zmiany. Wymaga tego zarówno swoboda obrotu, jak i spójność i przejrzystość regulacji systemowych.