

udziałem kapitału zagranicznego). Z przeprowadzonych rozmów wynika, że straty jednego przedsiębiorstwa sięgały od kilkuset tysięcy złotych do kilkudziesięciu mln zł przy zamknięciu transakcji a jedna firma zgłosiła straty sięgające nawet 130 milionów złotych. Dzwoniący podnosili kwestię nadużycia zaufania przez banki, których są stałymi klientami. Najistotniejsze kwestie, na które rozmówcy zwracali uwagę:

1. Przedsiębiorcy, w przeciwieństwie do banków, byli zobowiązani do regulowania nieograniczonych strat a banki zagwarantowały sobie wygaszenie umowy w przypadku zmiany kursu na ich niekorzyść o np. 3 grosze. I tak, bank mógł stracić 20 tys. PLN a firma kilkadziesiąt milionów PLN.
2. W żadnym wypadku banki nie informowały o istotnym ryzyku i możliwości powstania znacznych strat.
3. W większości przypadków przedstawiciele banków, tzw. doradcy, przez wielokrotne namawianie, wręcz nagabywanie i prezentacje instrumentu jako niezwykle atrakcyjnej możliwości zabezpieczenia stabilnych dochodów z transakcji oraz otrzymania zysku, skłaniali do szybkiego podejmowania decyzji.
4. Przy sprzedaży opcji walutowych doradcy bankowi stosowali bardzo intensywną akwizycję, nie dając możliwości spokojnego rozważenia warunków umowy.
5. Zdecydowana większość transakcji została zawarta latem 2008 r., krótko przed tym jak polska waluta zaczęła się gwałtownie osłabiać.
6. W wielu przypadkach banki oferowały sprzedaż opcji bez analizy wielkości i terminów planowanych przychodów firm, a więc nie uwzględniając finansowych możliwości firm.
7. Zdarzały się umowy zawierane tylko na telefon, w części na podstawie wcześniejszych umów ramowych lub potwierdzanych pisemnie z dużym opóźnieniem, gdy straty już miały miejsce.
8. Rozmówcy informowali o takim produkcie, w którym kurs z umowy (wyjściowy) stale obniża się w skali miesiąca o 2 grosze, co oznacza rosnące straty dla nabywcy nawet przy niezmiennym kursie rynkowym.
9. Część banków zgłaszała propozycje ugody i restrukturyzacji zobowiązań z tytułu opcji lecz warunki w większości przypadków były nie do zaakceptowania przez firmy, np. zamknięcie transakcji z rozliczeniem strat za cały okres umowy, z dyskontem 40%. Jednakże bez gwarancji, że w przypadku gdy firma wpłaci zdyskontowaną kwotę to rzeczywiście bank zaprzestanie dochodzenia reszty należności.

10. W przypadku przekroczenia limitu zabezpieczenia, zdarzały się przypadki stosowania nacisku przez banki, w celu natychmiastowego rozliczenia transakcji, poprzez zagrożenie zajęciem rachunków i zaprzestaniem dalszego kredytowania.
11. Wśród znacznej części rozmówców pojawiała się zapowiedź zmniejszenia produkcji, zwolnień pracowników, problemów z realizacją zobowiązań podatkowych i finansowaniem inwestycji.
12. Począwszy od początku 2009 roku zaczęła rosnąć liczba firm, zgłaszających upadłość z braku możliwości wywiązania się z zobowiązań.
13. Banki namawiały do podpisywania aneksów o zrzeczeniu się przez przedsiębiorstwa roszczeń okresów przyszłych – to na wypadek, gdyby firmy zamierzały wstąpić na drogę sądową.
14. Rozmówcy podnosili kwestię nadużycia przez instytucję zaufania publicznego jaką jest bank. Wymienione produkty oferowały, z reguły, znane im osoby, które obsługiwały te firmy od lat, osoby, którym przedstawiciele firm ufali.
15. Rozmówcy oczekiwali jak najszybszej pomocy wobec niemożności samodzielnego wyjścia z tej sytuacji. Wymieniane były potrzeby pomocy prawnej oraz wsparcia finansowego – np. ulgi podatkowe, poręczenia, gwarancje pod kredyty na zamknięcie lub pokrycie zabezpieczenia na ewentualne spłaty strat z tytułu różnic kursowych.
16. Przedsiębiorcy zwracali uwagę, że unijna dyrektywa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), gdyby była wdrożona, w większości przypadków nie doszłoby do zawarcia takich umów i powstania strat.

Zgodnie z unijną dyrektywą MiFID:

- banki mają obowiązek badania klientów m.in. pod względem doświadczenia w inwestowaniu w takie instrumenty finansowe jak opcje walutowe, pod względem wiedzy o instrumentach finansowych, rozumieniu produktu,
- klient musi sobie zdawać sprawę z ryzyka towarzyszącego danej inwestycji, obowiązek przeprowadzania tzw. stress-testów,
- instrumenty finansowe powinny być skonstruowane w taki sposób, aby klienci mogli zrozumieć charakter i ryzyko związane z usługą aby mogli podjąć świadome decyzje inwestycyjne,
- bank zobowiązany jest dokonać oceny, czy przewidziany produkt jest odpowiedni dla klienta, jeżeli uważa że nie jest wówczas ostrzega ją o tym albo odstępuje od oferty.

Komisja Nadzoru Finansowego sporządzała swoje raporty na temat skutków wdrożenia operacji finansowych typu opcje walutowe i trzykrotnie podawała wielkość poniesionych strat: 5,5 mld PLN w połowie grudnia 2008 roku, 9 mld PLN w lutym 2009 roku. Należy jednak dodać, że KNF nie objęła swoją oceną wszystkich przedsiębiorstw, które miały zawarte umowy opcji. Główny Urząd Statystyczny, z kolei, na podstawie badań przedsiębiorstw prywatnych niefinansowych, w których liczba pracujących wynosi 50 i więcej osób, w sektorach poza m.in. rolnictwem, rybołówstwem i rybactwem oraz pośrednictwem finansowym (15 921 firm), podał, że na operacjach finansowych, obejmujących również transakcje opcji walutowych w roku 2008, badane firmy straciły ok. 17,2 mld PLN.

Z kolei, powstałe w celach obrony swoich interesów Stowarzyszenie na rzecz Obrony Polskich Przedsiębiorców, skupiające kilkaset firm, szacowało tzw. ujemną wycenę operacji opcji walutowych, w odniesieniu do co najmniej 10 tysięcy przedsiębiorstw, na poziomie minimum 100 mld PLN.

Różnice w kwotach wynikają z wielu czynników, głównie z różnych kursów walut w różnych okresach oraz sposobów wyliczania.

Ministerstwo Gospodarki w 2009 roku wystąpiło do GUS o dokładne zbadanie wielkości strat z tytułu zawartych transakcji opcji walutowych. Na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 21 grudnia 2009 r. włączono do programu badań GUS temat: „wpływ inwestycji w instrumenty pochodne na wyniki finansowe przedsiębiorstw niefinansowych w latach 2007 - 2009”.

Skalę problemu, również dla gospodarki kraju, powiększają nie wpłacone kwoty dla budżetu Państwa w postaci podatków PIT, CIT i VAT z powodu zwolnień pracowników, zmniejszenia dochodów, braku zysków a nawet wskutek upadłości firm, które nie były w stanie obsłużyć zawartych umów. Upadek firm przyczynia się do wzrostu bezrobocia i wzrostu wydatków na zasiłki w tym ubezpieczenie społeczne. Na dodatek straty ponoszą firmy kooperujące. Należy także wskazać na straty związane z utratą rynków zbytu, w przypadku upadających firm eksportujących. Straty odnotowują również banki. Wiele z nich przedstawiało wyniki gorsze od oczekiwanych i potwierdzają to nadal. Banki, w przypadku upadku firm, z którymi zawarły transakcje opcji, nie otrzymają w całości kwot wynikających z realizacji w/w transakcji a ich dobry wizerunek został poważnie naruszony.

Skutki społeczne są trudne do oszacowania ale z pewnością występują i są poważne. Zaistniałe nieprawidłowości negatywnie rzutują na stabilność i rozwój polskiej gospodarki.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że w wyniku negatywnych wycen w/w instrumentów, przedsiębiorstwa nie mogąc ich sfinansować, upadają bądź zamieniają swoje zobowiązania z tytułu opcji na kredyty – tym samym obciążając swoje wyniki w przyszłości, bez pewności prawidłowej obsługi nowo powstających zobowiązań. Sytuacja taka, choć pozornie wydaje się, że problemy zostały uregulowane, to jednakże generuje dodatkowe zwiększone zagrożenia dla ich wystąpienia w przyszłości.

Informacja co do możliwości uzyskania przez przedsiębiorców, którzy w wyniku opcji walutowych znaleźli się w ciężkiej sytuacji ekonomicznej, pomocy ze strony ministerstwa.

W opinii rządu, niekontrolowany rozwój obrotu finansowymi instrumentami pochodnymi, do jakich zaliczane są opcje walutowe, mógł stać się jedną z przyczyn, obok negatywnych skutków światowego kryzysu finansowego, osłabienia wartości polskiej waluty w dość krótkim czasie do poziomów, które znacząco odbiegają od tych, które wynikają z fundamentów gospodarki i szkodziły jej prawidłowemu rozwojowi. Skłoniło to rząd, w porozumieniu z Narodowym Bankiem Polskim, do podjęcia, w lutym 2009 r., działań w zakresie możliwości sprzedaży części środków walutowych pochodzących z Unii Europejskiej, za pośrednictwem Banku Gospodarstwa Krajowego na rynku. Wpłynęło to na umocnienie się polskiej waluty. Zapowiedzi Ministra Finansów o możliwościach dalszych takich operacji, odwróciło niekorzystny trend nadmiernego osłabiania wartości złotego. Od 17 lutego 2009 r., kiedy euro, dolar i frank szwajcarski kosztowały odpowiednio ok. 4,93 zł, 3,91 i 3,33 zł, polska waluta zaczęła się wzmacniać, co bezpośrednio zaowocowało zmniejszeniem się strat przedsiębiorców, które wynikały z realizacji transakcji opcji walutowych

Rząd, w tym Minister Gospodarki, zaniepokojony niekorzystnym rozwojem sytuacji na rynku transakcji mających zabezpieczać ryzyko walutowe, które stały się instrumentem gry spekulacyjnej w obrocie opcjami walutowymi, od pierwszych dni grudnia 2008 r. podejmuje wysiłki w celu wyjaśnienia przyczyn i skali zaistniałych problemów oraz przeprowadza, proponuje i inicjuje wiele przedsięwzięć mających na celu ich uregulowanie, w tym, w lutym 2009 roku, Minister Gospodarki wystąpił z inicjatywą ustawodawczą. Celem ustawy było doprowadzenie do ugody między przedsiębiorstwami a bankami, a w przypadku gdyby to okazało się niemożliwe, przedsiębiorcy mieli mieć prawo do odstąpienia od zawartych umów o opcje walutowe. Intencją projektu ustawy było uregulowanie narastających problemów wynikających z niesprawiedliwych, ze społeczno-gospodarczego punktu widzenia, i szkodliwych dla polskich przedsiębiorstw, a zatem dla polskiej

gospodarki. umów. Propozycje zawarte w projekcie ustawy zobowiązywały strony do podjęcia negocjacji zmierzających do zawarcia ugody lub podjęcia mediacji. Jednakże projekt ustawy nie uzyskał pozytywnej rekomendacji Stałego Komitetu Rady Ministrów i zaprzestano dalszych prac rządowych w celu jego przyjęcia przez Radę Ministrów. Dalsze prace ustawodawcze w tym temacie prowadzone są w Sejmie z inicjatywy poszczególnych klubów poselskich.

Niezależnie od powyżej scharakteryzowanych działań, Ministerstwo Gospodarki udzielało porad prawnych oraz przekazywało i czyni to nadal, opinie prawne przygotowane, z inicjatywy również ministerstwa, przez kancelarie prawne i Prokuratorię Generalną zawierające omówienie potencjalnych rozwiązań prawnych, które mogą być wykorzystane przez przedsiębiorców m.in. w negocjacjach z bankami, przy czynnym udziale wyspecjalizowanych kancelarii prawnych, wykaz których Ministerstwo również przekazuje zainteresowanym. W załączeniu przekazujemy, zgodnie z prośbą Pana Senatora, ekspertyzę opracowaną z inicjatywy i przy współpracy Ministerstwa Gospodarki przez Spółkę Krawczyk i Wspólnicy w formie memorandum dotyczącego sytuacji prawnej polskich przedsiębiorców związanej z zawieranymi transakcjami w przedmiocie opcji walutowych.

Wyrażam przekonanie, że powyższe wyjaśnienia zostaną przyjęte jako wyczerpująca odpowiedź na kwestie zawarte w oświadczeniu i zapytaniu Pana Senatora Władysława Ortyła.

Z powrociem,
Władysław Ortyła



MEMORANDUM

Do : Szanowny Pan Premier Waldemar Pawlak
Firma : Ministerstwo Gospodarki
Od : Michał Krawczyk, Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa
Data : 17 grudnia 2008 roku
Strony : 14
Dotyczy : Wskazania potencjalnych rozwiązań prawnych dla przedsiębiorców będących stronami transakcji w przedmiocie opcji walutowych oraz innych instrumentów pochodnych

MATERIAŁ Z PRZEZNACZENIEM UPUBLICZNIENIA

1. Przedmiot i cel Memorandum

Przedmiotem niniejszego opracowania (dalej: "**Memorandum**") jest dokonanie podsumowania w zakresie sytuacji prawnej polskich przedsiębiorców związanej z zawieraniem transakcjami w przedmiocie opcji walutowych. W dużej mierze, niniejsze Memorandum dotyczy także, z racji podobieństw określonych stanów faktycznych, także innych instrumentów finansowych, dla których waluty są instrumentem bazowym.

Niniejsze Memorandum zawiera omówienie potencjalnych wariantów rozwiązań prawnych, które mogą zostać wykorzystane w zależności od szczegółowych okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Memorandum ma stanowić w tym zakresie punkt wyjścia i podstawę do pogłębionej analizy indywidualnych spraw.

Memorandum zostało sporządzone na potrzeby Ministerstwa Gospodarki w celu udostępnienia go przedsiębiorcom, którzy poszukują rozwiązań prawnych umożliwiających zminimalizowanie negatywnych konsekwencji zawartych transakcji opcyjnych.

2. Opis typowego stanu faktycznego

Szeroko komentowany aktualnie problem przedsiębiorców, w tym zwłaszcza eksporterów, którzy w okresie aprecjacji złotego zawierali transakcje opcji walutowych, jest zagadnieniem złożonym i dotyka wielu sektorów polskiej gospodarki.

Dokonując pewnego uproszczenia, można wskazywać, że źródłem tego problemu jest przede wszystkim silne osłabienie się złotego w stosunkowo krótkim czasie. Wynika to z następującego mechanizmu: w okresie, gdy kurs złotego się umacniał, przedsiębiorcy zawierali umowy z Bankami (najczęściej umowy ramowe, umowy dodatkowe oraz umowy zabezpieczenia), na podstawie których Banki zobowiązywały się, że w określonym z góry terminie odkupią od przedsiębiorców określoną kwotę np. Euro, po z góry ustalonym kursie. W zamian za nabycie prawa żądania od Banku wykonania takiego obowiązku, tzn.



w zamian za wystawienie przez Bank opcji put, przedsiębiorca zobowiązany był do zapłaty na rzecz Banku tzw. premii opcyjnej. W przypadku zaś tzw. transakcji zerokosztowych, zamiast premii opcyjnej, przedsiębiorca w zamian za opcje put, sam wystawiał na rzecz Banku opcje call – tzn. dające Bankowi uprawnienie do żądania, aby w określonym z góry terminie przedsiębiorca sprzedał na rzecz Banku określoną kwotę waluty po z góry ustalonym kursie. W sytuacji, gdy kurs złotego był mocny, a ustalony kurs wykonania opcji put był wyższy niż kurs rynkowy, przedsiębiorca zarabiał na tej różnicy. Natomiast w sytuacji, gdy złoty się osłabił, to Bank wykonuje swoje prawa z opcji call i żąda od przedsiębiorcy sprzedawania mu danej waluty po kursie niższym od aktualnego kursu rynkowego.

Dodatковым czynnikiem potęgującym problem jest także fakt, że zawierane transakcje, zwłaszcza w ramach wspomnianych strategii zerokosztowych, odznaczały się asymetrią w ukształtowaniu praw i obowiązków stron. Strategie te często zawierały dodatkowe warunki, zgodnie z którymi wszelkie prawa i obowiązki stron wygasły np. po określonej liczbie wypłat z tytułu rozliczeń dokonywanych przez Bank na rzecz przedsiębiorcy lub po uzyskaniu przez przedsiębiorcę określonej, górnej kwoty wypłat. Z kolei dla sytuacji odwrotnej – tzn. ponoszenia przez przedsiębiorcę strat z tytułu rozliczeń opcji, nie przewidziano analogicznego warunku pozwalającego na wyłączenie się struktury. Oznaczało to, że potencjalne zyski przedsiębiorcy z tytułu rozliczeń były ograniczone, przy jednoczesnym braku limitu ponoszonych strat.

Ponadto, z uwagi na częste ustalanie nominalu wystawianych opcji na poziomie wielokrotnie wyższym niż poziom przychodów danego przedsiębiorcy w walutach obcych, czy nawet ustalanie warunków transakcji w zupełnym oderwaniu od tego czynnika, sprzedawany przedsiębiorcom produkt finansowy przestawał być instrumentem o charakterze zabezpieczającym, a stawał się narzędziem spekulacyjnym, generującym nieproporcjonalnie zwiększone ryzyko poniesienia strat, czego przedsiębiorcy wielokrotnie nie byli świadomi.

Pośród wielu innych czynników, związanych ściśle z okolicznościami konkretnej sprawy, takich jak ustalone kursy rozliczenia czy terminy realizacji opcji, należy również wskazywać, że aktualnie na koszt zamknięcia niekorzystnych dla przedsiębiorców transakcji opcyjnych, negatywny wpływ ma również czynnik *volatility*, który determinuje wysoki koszt rozliczenia tych transakcji ze względu na duże odchylenia standardowe kursu waluty bazowej.

Na potrzeby niniejszego opracowania, konieczne było przyjęcie określonych założeń i uogólnień co do stanu faktycznego, będącego podstawą do zastosowania określonych rozwiązań prawnych. W związku z tym niniejsze Memorandum odnosi się w przeważającej mierze do typowych dla omawianego problemu sytuacji, w których strony zawarły tzw. umowę ramową, zaś na jej podstawie dokonywały transakcji w przedmiocie opcji walutowych. W zakładanym przez nas uproszczonym stanie faktycznym, przedsiębiorca poniósł lub jest narażony na poniesienie strat z tytułu rozliczenia tych transakcji (lub ich wcześniejszego zamknięcia). To z kolei jest wynikiem wystawienia przez niego, w ramach transakcji dokonywanych w oparciu o umowę ramową, opcji call na rzecz Banku, o kursach realizacji ustalonych na poziomie niższym niż aktualne kursy referencyjne, przyjmowane do rozliczeń.

Tak jak wspomniano, zastrzegając daleko idące uproszczenie przyjętego na potrzeby niniejszego Memorandum stanu faktycznego, zakładaliśmy także, iż przedsiębiorcy w opisanych wyżej sytuacjach, poszukują rozwiązań prawnych umożliwiających im zminimalizowanie negatywnych skutków zawartych transakcji.

3. Potencjalne warianty rozwiązań prawnych w sprawach indywidualnych

Przepisy prawa stwarzają co najmniej kilka możliwości poszukiwania rozwiązań mających na celu zminimalizowanie negatywnych skutków zawieranych umów w przedmiocie opcji walutowych czy innych instrumentów finansowych opartych o waluty jako instrument bazowy.

W tej części niniejszego Memorandum przedstawiamy podsumowanie w zakresie wybranych zagadnień i instytucji prawnych, które, w naszej opinii – w zależności od okoliczności konkretnych stanów faktycznych - mogą zapewnić określony poziom ochrony i polepszyć sytuację prawną odbiorców usług finansowych w omawianej sprawie. Koncentrujemy się w tej części na następujących zagadnieniach:

- podstawy wzruszenia umów ramowych lub poszczególnych transakcji zawieranych w wykonaniu tych umów wynikające z nieprzestrzegania zasad reprezentacji lub innych wymogów formalnych i procedur wynikających wprost z tych umów lub regulaminów świadczenia usług,



- instytucja błędu oraz podstępu w rozumieniu art. 84 oraz 86 Kodeksu cywilnego,
- nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu z art. 357¹ Kodeksu cywilnego,
- wyzysk w rozumieniu art. 388 Kodeksu cywilnego,
- zasada działania z dołożeniem należytej staranności – mierniki i wzorce należytej staranności, obowiązki Banku wobec Klientów.

Analiza powyższych zagadnień prowadzi do wniosku, że niekiedy możliwe jest wzruszenie stosunków prawnych wynikających z umów zawartych z Bankami, zależy to jednak od szczegółowych okoliczności konkretnej sprawy.

3.1. Podstawy wzruszenia umów ramowych lub poszczególnych transakcji na skutek nieprzestrzegania wymogów formalnych

Częstokroć podstawą do podważenia stosunków prawnych pomiędzy przedsiębiorcami jest brak należytego umocowania do działania w imieniu danej osoby prawnej lub innej jednostki organizacyjnej przy zawieraniu umów czy składaniu oświadczeń woli. Wbrew pozorom, w miarę oczywiste kwestie, takie jak potwierdzenie zasad reprezentacji danego podmiotu, czy zakresu umocowania pełnomocnika, niekiedy zostają całkowicie pominięte, na skutek czego określone czynności prawne obciążone są wadą bezskuteczności, a w niektórych sytuacjach są nieważne.

W zależności od formy organizacyjnej, w której działa dany przedsiębiorca, dla ustalenia, czy był on należycie reprezentowany, należy sięgnąć do przepisów prawa zarówno odnoszących się do zasad reprezentacji obowiązujących dla danej formy organizacyjnej, jak i do ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego, dotyczących dokonywania czynności prawnych przez przedstawicieli.

Na uwagę w tym kontekście zasługują zatem przepisy Kodeksu spółek handlowych, odnoszące się do sposobu reprezentacji w spółkach osobowych (por.: art. 29 - 30, art. 96 – 97, art. 117 – 118, art. 137 – 138 ksh) oraz kapitałowych (por.: art. 161, art. 205, art. 323, art. 373 ksh), a także szczegółowe postanowienia zawarte w umowach spółek lub ich statutach.

Zgodnie z art. 38 Kodeksu cywilnego, osoba prawna działa poprzez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Warto pamiętać w odniesieniu do kwestii dokonywania zmian w składzie zarządu spółek kapitałowych, że zarówno rezygnacja członka zarządu, jak i jego powołanie są skuteczne z chwilą dokonania tych czynności, natomiast wpis do rejestru przedsiębiorców ma w tym przedmiocie charakter jedynie deklaratoryjny. Z kolei zmiana zasad reprezentacji (np. z reprezentacji jednoosobowej na zasadę reprezentacji łącznej) dla swojej skuteczności wymaga konstytutywnego wpisu do rejestru przedsiębiorców. W tym miejscu należy przytoczyć ugruntowany w doktrynie oraz w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym umowa zawarta przez tzw. rzekomy organ (a więc przez osobę, która nie jest organem, ale działa podając się za organ osoby prawnej) jest umową nieważną bezwzględnie i nie może być konwalidowana poprzez potwierdzenie dokonane przez kompetentny organ (por.: *wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1996 roku, I CKN 22/96, OSN 1997, Nr 6 -7, poz. 75, W. Pazdan w: Kodeks cywilny, Komentarz, red. K. Pietrzykowski, Tom I, Warszawa 2002, s.113*).

Możliwości powoływania się przez przedsiębiorcę na zarzut braku należytej reprezentacji przy zawieraniu umowy są jednakże ograniczone przez wynikające z art. 17 ust. 1 Ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym domniemanie prawdziwości wpisów do rejestru. W praktyce jednak, wbrew pozorom, często dochodzi do sytuacji, gdy umowy podpisywane są z naruszeniem zasad reprezentacji lub przez osoby nie mające do tego umocowania i w sposób sprzeczny z danymi w rejestrze.

Kolejną kwestią jest działanie w imieniu danego przedsiębiorcy jako tzw. rzekomego pełnomocnika, tzn. bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu. Zgodnie z art. 103 § 1 Kodeksu cywilnego, ważność czynności dokonanej przez rzekomego pełnomocnika zależy od potwierdzenia przez osobę w imieniu której on działał. Do momentu potwierdzenia, zachodzi stan bezskuteczności zawieszonyj, zaś w przypadku odmowy potwierdzenia - mamy do czynienia z bezwzględnie nieważnością takiej umowy.

W tym miejscu warto podkreślić, że aktualnie funkcjonujące w obrocie umowy ramowe dotyczące transakcji opcji walutowych oraz innych transakcji mających za przedmiot instrumenty finansowe, dla których waluty są instrumentem bazowym, są konstruowane w oparciu o wzór przyjęty przez Zarząd



Związku Banków Polskich z 2003 roku. Umowy te przewidują, że do uzgadniania i zawierania z Bankiem poszczególnych transakcji w wyniku wykonania tych umów, uprawnione są konkretne osoby ze strony Klienta Banku, wskazywane na tzw. liście osób uprawnionych, stanowiącej załącznik do umowy ramowej. Lista osób uprawnionych jest częstokroć faktycznie dokumentem pełnomocnictwa udzielonego pracownikom przedsiębiorcy, do zawierania w jego imieniu poszczególnych transakcji.

Same transakcje zawierane są zazwyczaj w wyniku złożenia oświadczeń woli pomiędzy pracownikiem Banku a osobą działającą w imieniu przedsiębiorcy, za pośrednictwem telefonu, po czym następuje wymiana potwierdzeń warunków tych transakcji pomiędzy stronami poprzez przesłanie podpisanych kopii faksem. Z powszechnie dostępnych w tym zakresie informacji wynika, że niekiedy w imieniu przedsiębiorców w tym zakresie działają osoby niewymienione na liście osób uprawnionych, co jest oczywistą podstawą do wzruszenia zawartych przez nie transakcji. Często też zdarzają się sytuacje, w których lista osób uprawnionych wskazuje konkretne typy transakcji, jakie mogą być zawierane przez dane osoby w imieniu przedsiębiorcy, albo też określają te transakcje jednym wspólnym pojęciem, np. „terminowe transakcje wymiany walutowej”. Wnikliwa analiza tych dokumentów niekiedy prowadzi do wniosków, że niektóre instrumenty, które były nabywane w imieniu przedsiębiorcy przez osobę wymienioną na liście osób uprawnionych, nie są jednak objęte zakresem umocowania udzielonego tej osobie, bo np. nie mieszczą się w pojęciu „terminowych transakcji wymiany walutowej”. To także może prowadzić do wzruszenia takich transakcji. Jednym z warunków tego jest jednakże, aby czynności dokonane przez rzekomego pełnomocnika nie zostały następnie potwierdzone przez osobę, w imieniu której działał pełnomocnik. Należy przy tym zwrócić uwagę, że potwierdzenie to może nastąpić w dowolnej formie, przybierając postać wyraźnego oświadczenia woli, czy też w sposób dorozumiany, w drodze tzw. czynności konkludentnych (por.: *M. Pazdan w: System prawa prywatnego, red. Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Tom 2, Warszawa 2002, s. 484*).

W naszej ocenie, osoby działające w imieniu przedsiębiorcy jako rzekomi pełnomocnicy, w sytuacjach opisanych wyżej, nie ponoszą wobec Banku odpowiedzialności odszkodowawczej, o której mowa w art. 103 § 3 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, rzekomy pełnomocnik, w przypadku braku potwierdzenia dokonanych przez niego czynności przez osobę, w imieniu której działał, zobowiązany jest do zwrotu tego, co otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy, oraz do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o braku umocowania lub o przekroczeniu jego zakresu. W sytuacji, gdy Bank sam dysponuje listą osób uprawnionych i zawiera daną transakcję z osobą spoza tej listy, albo też w przedmiocie instrumentów nieobjętych zakresem umocowania, nie może powoływać się na okoliczność, że nie wiedział o braku umocowania lub o przekroczeniu jego zakresu. Tym samym, w takiej sytuacji wyłączona będzie co do zasady odpowiedzialność odszkodowawcza rzekomego pełnomocnika wobec Banku.

Na marginesie powyższych rozważań warto także podkreślić, że uważna lektura umów ramowych czy stosowanych przez Banki regulaminów, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy, pozwala na stwierdzenie, czy dany Bank zawsze stosuje się do ich postanowień, czy też wykonuje swoje zobowiązania nienależycie, wykorzystując brak doświadczenia czy niewiedzę swojego Klienta. Jak pokazuje praktyka, sytuacje te dotyczą m. in. przypadków niewłaściwego dokonywania wyceny instrumentów finansowych, rozliczania transakcji, nieuprawnionego utrzymywania depozytów zabezpieczających i in. W określonych przypadkach, stanowić to może podstawę dochodzenia przez przedsiębiorcę wobec Banku konkretnych roszczeń wynikających wprost z zawartej umowy.

3.2. Instytucja błędu oraz podstępu w rozumieniu art. 84 oraz 86 Kodeksu cywilnego

Wielokrotnie przedsiębiorcy będącymi stronami umów w przedmiocie opcji walutowych lub różnego rodzaju innych instrumentów pochodnych wskazują, że zawierając umowy z Bankami, nie zdawali sobie sprawy z poziomu ryzyka generowanego przez te instrumenty. Niejednokrotnie mamy do czynienia z sytuacjami, w których do podpisania umowy ramowej, a następnie zawarcia transakcji opcyjnych dochodzi z wyraźnej inicjatywy Banku, proponującego dany instrument finansowy jako „zabezpieczenie” dla przedsiębiorcy. Bardzo często klientowi sprzedawane są skomplikowane struktury instrumentów finansowych, których mechanizm działania jest w pełni zrozumiały jedynie dla specjalistów.



Oczywiście, w każdym przypadku konieczna jest dogłębna analiza wszelkich okoliczności sprawy. Niemniej jednak, w naszej ocenie, w niektórych sytuacjach przedsiębiorcy mogą powoływać się na instytucję błędu czy nawet podstęp, o których mowa w art. 84 oraz 86 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 84 Kodeksu cywilnego, w przypadku błędu co do treści czynności prawnej, można uchylić się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli. Z uprawnienia tego można skorzystać w terminie jednego roku od momentu wykrycia błędu, w drodze pisemnego oświadczenia złożonego drugiej stronie (art. 88 Kodeksu cywilnego).

Jeśli chodzi o skutki czynności prawnej zawartej pod wpływem błędu, należy wskazywać, że jest ona ważna dopóty, dopóki nie nastąpi uchylenie się od jej skutków. Natomiast w przypadku skutecznego powołania się przez stronę na błąd i złożenia przez nią drugiej stronie oświadczenia o uchyleniu się od skutków takiej czynności prawnej, czynność ta staje się nieważna z mocą wsteczną (tak: *K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny, Komentarz, Tom I, Warszawa 2002, s. 257 – 258*). Pociąga to za sobą skutek w postaci obowiązku zwrotu przez strony wszystkiego, co świadczyły sobie wzajemnie w wykonaniu takiej umowy, na podstawie przepisu art. 405 w związku z art. 410 Kodeksu cywilnego (czyli przepisów o tzw. nienależnym świadczeniu).

Rozpatrując okoliczności konkretnej sprawy, aby ustalić, czy dany przedsiębiorca może powoływać się wobec Banku na błąd co do treści czynności prawnej, w celu wzruszenia zawartej umowy ramowej, czy poszczególnych transakcji, w świetle art. 84 Kodeksu cywilnego, należy rozstrzygnąć następujące kwestie:

- czy jest to błąd istotny,
- czy jest to błąd wywołany przez drugą stronę lub taki, o którym druga strona wiedziała lub mogła go z łatwością zauważyć,
- czy mamy do czynienia z błędem, co do treści czynności prawnej.

Łączne spełnienie wszystkich powyższych przesłanek jest warunkiem skuteczności podnoszenia tego zarzutu, jako tzw. błędu prawnie doniosłego, a w efekcie – uchylenia się od skutków transakcji zawartych w warunkach takiego błędu.

Zgodnie z art. 84 § 2 Kodeksu cywilnego, błąd istotny, to błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, niełożyłby oświadczenia woli tej treści. W piśmiennictwie wskazuje się tradycyjnie, że błąd powinien być istotny zarówno subiektywnie - tzn. stanowić przyczynę sprawczą oświadczenia woli, jak i obiektywnie - tzn. taki, że żaden rozsądny człowiek, znający prawdziwy stan rzeczy, niełożyłby oświadczenia tej treści (tak: *A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne, Warszawa 1996, s. 284*).

Druga z wymienionych przesłanek błędu prawnie doniosłego wynika z treści art. 84 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten stanowi, że jeżeli oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tą osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Ponieważ można wskazywać, iż na Bankach, jako profesjonalnych uczestnikach obrotu cięży szczególny obowiązek dołożenia należytej staranności przy wykonywaniu usług (por. niżej w pkt 3.5.), teza, że błąd klienta – nieprofesjonalisty Bank mógł z łatwością zauważyć, wydaje się częstokroć zasadna do obrony (por.: *J. Strzebińczyk w: Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 223*).

Najbardziej problematyczna jest natomiast kwestia wykazania, że w odniesieniu do konkretnego przypadku można mówić o błędzie co do treści czynności prawnej. Rozpatrując okoliczności danej sprawy, warto odwołać się do przytoczonych poniżej poglądów doktryny w tej kwestii.

Przede wszystkim wskazywać należy wskazać, iż spełnienie ostatniej z wymienionych wyżej przesłanek oznacza, że błąd musi dotyczyć któregośkolwiek z elementów czynności prawnej, którejkolwiek z okoliczności wchodzących w skład czynności prawnej. O uznaniu, że błąd dotyczy treści czynności prawnej decyduje stopień powiązania okoliczności dotkniętej błędem z całokształtem tej czynności prawnej. Może to być zatem również mylne wyobrażenie co do charakteru skutków czynności prawnej – (por.: *B. Lewaszkiewicz – Petrykowska w: System prawa cywilnego, red. W. Czachórski, s. 673*).

Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w orzeczeniu z dnia 31 sierpnia 1989 roku (III PZP 37/89), w przypadku, gdy do treści czynności prawnej włączona zostanie określona motywacja, to błąd w pobudce urasta do błędu istotnego co do treści czynności prawnej. Oznacza to, odnosząc się do



okoliczności przytoczonych w pierwszym akapicie niniejszej części, że w przypadku wyraźnego włączenia do treści umowy motywacji klienta, którą jest osiągnięcie efektu zabezpieczenia na wypadek zmian kursów walut, umowa w przedmiocie instrumentów finansowych nie dających takich możliwości (lub powodujących efekt zgoła przeciwny) obarczona jest wadą w postaci błędu co do treści czynności prawnej.

Z drugiej jednak strony, zagadnienie błędu co do treści czynności prawnej nie jest wyjaśnione jednoznacznie w doktrynie prawa cywilnego. Istnieje szereg głosów, wyrażających stanowisko przeciwne do zaprezentowanego wyżej. Przykładowo, jak wskazuje się w piśmiennictwie, nie można mówić o błędzie „wówczas, gdy oświadczający znał otaczającą go rzeczywistość i prawidłowo rozumiał okoliczności umowy, a jedynie wyciągnął z nich dla siebie i swego postępowania niewłaściwe wnioski i podjął niesłuszną decyzję” (por.: *B. Lewaszkiewicz – Petrykowska w: System prawa cywilnego, red. W. Czachórski, s. 670*). Podobnie wypowiada się prof. A. Szpunar, według którego mianem błędu prawnie doniosłego nie można określić sytuacji, w której ktoś, kto podpisywał umowę, wyciągnął niewłaściwe wnioski co do jej treści i podjął niesłuszną decyzję (por.: *glosa do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1994 roku, III CZP 75/94*). Według R. Pacuda, okoliczności braku wiedzy co do skutków prawnych umowy nie powinno tłumaczyć się za pomocą błędu co do treści czynności prawnej, gdyż prowadzi to do podważenia zasad pewności obrotu prawnego (por.: *R. Pacud, glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 października 2004 r., III AUa 1155/2003*).

Wobec powyższego, wydaje się, iż w przypadkach, w których ciężko byłoby wykazać, że błąd przedsiębiorcy dotyczył treści czynności prawnej - a spełnione są inne przesłanki, co do stanu faktycznego – możliwą do zastosowania może okazać się instytucja tzw. podstępu.

Zgodnie z przepisem art. 86 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli błąd wywołała druga strona podstępnie, uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu może nastąpić także wtedy, gdy błąd nie był istotny, jak również wtedy, gdy nie dotyczył treści czynności prawnej.

W razie podstępu, nie ma zatem konieczności uczynienia zadość wymogom, aby mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy dotyczyło treści czynności prawnej, oraz aby błąd był istotny w rozumieniu art. 84 § 2 Kodeksu cywilnego.

Zastosowanie tej instytucji prawa cywilnego w celu podważenia danego stosunku prawnego, wymagało będzie wykazania jedynie, że błąd wynikał z podstępnego działania drugiej strony, a także związku przyczynowego pomiędzy tym podstępnym działaniem, a złożeniem oświadczenia woli przez osobę wprowadzoną w błąd.

Pojęcie podstępnego działania nie zostało bliżej sprecyzowane w przepisach Kodeksu cywilnego, dlatego pomocna w tym względzie jest analiza dorobku judykatury oraz doktryny.

W kontekście przypadków zawierania przez przedsiębiorców transakcji opcyjnych lub nabywania innych produktów finansowych, na skutek zapewnień przedstawicieli Banków, że są to produkty o charakterze zabezpieczającym, warto wskazać na poglądy prof. Z. Radwańskiego w materii podstępu. Zgodnie z nimi „o podstępie można mówić w przypadkach świadomego przekazywania nieprawdziwych informacji o okolicznościach wpływających na decyzję składającego oświadczenie woli”. Ponadto „przyjmuje się także, że podstępnie działa ten, kto wprowadza nie wywołuje u składającego oświadczenie woli mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy, ale utwierdza go w takim mniemaniu” (tak: *Z. Radwański w: System prawa prywatnego, Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 409*).

Ze względu na zasadę świadczenia usług przez Banki, jako podmioty profesjonalne – a więc z dołożeniem należytej staranności, a także wynikające pośrednio z tej zasady obowiązki informacyjne wobec klienta (por. pkt 3.5. poniżej), cenny w przedmiotowej sprawie jest także następujący pogląd. „Zatajenie, przemilczenie samo przez się w zasadzie nie stanowi podstępu. Może się jednak nim stać, jeżeli istniał wypływający z ustawy, umowy lub zasad współżycia społecznego obowiązek mówienia, któremu rozmyślnie i celowo uchybiono” (*B. Lewaszkiewicz – Petrykowska w: System prawa cywilnego, t. I, wyd. II s. 684*).



3.3. Nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu z art. 357¹ Kodeksu cywilnego

Analizując okoliczności zawarcia umów w przedmiocie transakcji walutowych, warto zwrócić uwagę na fakt, że wielu przedsiębiorców zdawało sobie sprawę z ryzyka zmiany kursów walut a w konsekwencji – z możliwości poniesienia straty na skutek spadku kursu złotówki względem innych walut (w szczególności: Euro, funta czy jena). Podkreślić jednak należy, że zgodnie ze zdecydowaną większością prognoz dotyczących kursów walut przedstawianych przez instytucje finansowe (w tym Banki) oraz ekspertów niezależnych złoty umacniać się miał do końca 2008 roku, a ewentualny spadek kursu złotego na skutek narastających trudności gospodarczych w skali światowej miał pozostawać nieznaczny i krótkotrwały. W konsekwencji, można z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że akceptowane przez przedsiębiorców ryzyko zmiany kursu waluty nie obejmowało następstw obecnego kryzysu finansowego i zawirowań na rynkach finansowych.

W kontekście powyższego, istotne jest brzmienie przepisu art. 357¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Możliwość powołania się przez przedsiębiorcę na nadzwyczajną zmianę stosunków uzależniona jest od udowodnienia, że:

- zaistniała zmiana stosunków o nadzwyczajnym charakterze,
- zmiany tej strony nie przewidywały przy zawarciu umowy,
- spełnienie świadczenia skutkować będzie nadmiernymi trudnościami lub rażąco strata.

Podstawową przesłanką zastosowania art. 357¹ Kodeksu cywilnego jest nadzwyczajna zmiana stosunków. W doktrynie trafnie podkreśla się, że określenie "zmiana stosunków" w świetle tego przepisu należy rozumieć zgodnie z jego słownikowym znaczeniem, tj. jako zmianę okoliczności (sytuacji) towarzyszących zobowiązaniu (por.: *W. Robaczyński, Sądowa zmiana umowy, Warszawa 1998*).

Istotne jest, że w świetle poglądów doktryny, zmiana okoliczności musi dotyczyć wielu stosunków zobowiązaniowych. Nie wystarcza więc gdy dotyka ona jedynie stronę (strony) konkretnego stosunku zobowiązaniowego. Zdaniem R. Longchamps de Bérier (*Zobowiązania, Poznań 1948, s. 417*), konieczne jest, aby nadzwyczajne wypadki określone w art. 269 Kodeksu Zobowiązań (obecnie: art. 357¹ Kodeksu cywilnego) występowały na znacznym obszarze kraju i dotyczyły znacznej liczby osób. Obecnie, pogląd ten jest poglądem dominującym w doktrynie. Zdaniem T. Wiśniewskiego, "*Nadzwyczajna zmiana stosunków z istoty swej nie może mieć charakteru indywidualnego, tj. dotyczyć osobistej sfery strony (...)*" (zob: *T. Wiśniewski w: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, Warszawa 2003, Tom I, str. 38*).

Należy więc stwierdzić, że nadzwyczajna zmiana stosunków musi odznaczać się trwałym i powszechnym charakterem.

Z uwagi na fakt, że instytucja nadzwyczajnej zmiany stosunków jest instytucją szczególną, w doktrynie podkreśla się, że wykładnia przesłanki nadzwyczajnej zmiany stosunków nie może mieć charakteru rozszerzającego. W tym miejscu warto przywołać brzmienie art. 269 Kodeksu zobowiązań. Artykuł ten wliczał przykładowy katalog nadzwyczajnych wypadków, w tym: wojnę, zarazę, zupełny nieurodzaj, inne klęski żywiołowe. Taka redakcja tego przepisu przyczyniła się do utrwalenia poglądu, zgodnie z którym modyfikację zobowiązania uzasadniają tylko zdarzenia o charakterze katastroficznym, natomiast nie jest możliwe zastosowanie instytucji nadzwyczajnej zmiany stosunków do zmian okoliczności wywołanych zmianami gospodarczymi. Należy jednak zauważyć, że obecnie w doktrynie często pojawiają się głosy, iż art. 357¹ Kodeksu cywilnego powinien mówić raczej o istotnej zmianie stosunków, a nie o zmianie nadzwyczajnej, gdyż określenie „nadzwyczajna” nie uwzględnia przypadków choćby zmiany warunków gospodarczych (takich np. jak zmiana podatków, ceł), których istotność z punktu widzenia kalkulacji stron danej umowy nie może budzić w niektórych sytuacjach wątpliwości.



Należy równocześnie podkreślić, że zmiana siły nabywczej pieniądza nie jest nadzwyczajną zmianą stosunków w rozumieniu art. 357¹ Kodeksu cywilnego. Warto również wskazać, że już R. Longchamps de Bérier na gruncie art. 269 Kodeksu Zobowiązań wskazał, że „(...) *pojęcie przewrotu gospodarczego jest bardzo rozciągliwe i wprowadzenie go do kodeksu mogłoby dać powód do procesów w razie jakichkolwiek zmian w stosunkach gospodarczych, które są rzeczą normalną i z którymi strony zawsze liczyć się powinny*”. Jednakże, art. 269 Kodeksu Zobowiązań mógł znaleźć zastosowanie do nadzwyczajnych i głębokich przemian w życiu gospodarczym, jeżeli zmiana taka miałaby podobne znaczenie jak wojna czy klęska żywiołowa.

W kontekście powyższego, istotny jest pogląd, zgodnie z którym *"Przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumie się najogólniej taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, jest niebywały, niezwykle. Niekoniecznie ma on mieć charakter katastroficzny. (...) Tak więc chodzi o okoliczności, które nie są objęte typowym ryzykiem umownym, a ponadto są obiektywne i niezależne od stron.* (tak: T. Wiśniewski w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I, Warszawa 2003, str. 38*). Należy również wskazać, że do koncepcji "nadzwyczajnej zmiany stosunków" odwołuje się także Prawo upadłościowe i naprawcze, które w art. 298 stanowi, że: *"Jeżeli po zatwierdzeniu układu nastąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków gospodarczych, która w sposób istotny wpływa na trwały wzrost lub zmniejszenie dochodu z przedsiębiorstwa upadłego, upadły oraz każdy z wierzycieli może wystąpić o zmianę układu."* Przepis ten pełni oczywiście odmiennie funkcje niż instytucja z art. 357¹ Kodeksu cywilnego. Warto jednak odwołać się do poglądów doktryny dotyczących okoliczności, które mogą stanowić nadzwyczajną zmianę stosunków gospodarczych. Według Z. Świebody, może być to załamanie eksportu, wprowadzenie nowych technologii połączone ze zmianą produkcji i wytwarzaniem produktów tańszym nakładem pracy, wzrost popytu, zmiany na lokalnym rynku, zmiany koniunktury.

Szczególnie istotny problem wykładni nadzwyczajnej zmiany stosunków stanowi kryterium nieprzewidywalności. W doktrynie przeważa pogląd, że nieprzewidywalność dotyczy nie samej zmiany stosunków, lecz wpływu tej zmiany na zobowiązanie. W razie ustalenia, iż strony mogły przewidzieć ten wpływ, należy uznać, że brały go pod uwagę i art. 357¹ Kodeksu cywilnego nie znajdzie zastosowania. T. Wiśniewski słusznie stwierdza, że do zastosowania art. 357¹ Kodeksu cywilnego wystarczające, a zarazem konieczne jest aby strony umowy nie przewidywały ustawowo określonych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków. Najczęściej jednak nieprzewidywanie następstw wiąże się z brakiem przewidzenia samej zmiany okoliczności.

Jak wskazuje T. Wiśniewski, dyspozycja normy prawnej zawartej w art. 357¹ Kodeksu cywilnego nakazuje, żeby strony nie przewidywały nadzwyczajnej zmiany stosunków, a w konsekwencji obejmowały swoją świadomością następstw tej zmiany. Dla zastosowania powyższej normy wystarczające jest jednak, aby strony nie wzięły pod uwagę wpływu tej zmiany na ich zobowiązanie. Należy zauważyć, że na gruncie art. 269 Kodeksu zobowiązań, powołanie się na nadzwyczajną zmianę stosunków było możliwe jedynie w sytuacji "niemożności jej przewidzenia". Na gruncie Kodeksu zobowiązań, Sąd Najwyższy stwierdził w orzeczeniu z dnia 03 października 1962 roku (Rw 1993/62), iż *"obowiązek przewidywania ma charakter o tyle obiektywny, że ocenia się go według miary przeciętnego podmiotu"*. Odmiennie brzmienie tego przepisu na gruncie obecnie obowiązującej ustawy każe więc zakładać, że dla zastosowania art. 357¹ Kodeksu cywilnego wystarczające jest wykazanie, że strony nie obejmowały swoją świadomością możliwości zaistnienia nadzwyczajnej zmiany stosunków tego rodzaju, a nie – że świadomość ta uzasadniona była dochowaniem należytej staranności w tej kwestii.

Zgodnie z powyższym, "nadzwyczajność" zmiany stosunków nie może dotyczyć zmian objętych typowym ryzykiem umownym. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07 grudnia 2007 roku (III CSK 172/2007): *"Tarapaty finansowe przedsiębiorców będące skutkiem ryzyka gospodarczego w działalności zarobkowej nie stanowią nadzwyczajnej zmiany stosunków"*. Pojęcie "ryzyka gospodarczego" nie jest zdefiniowane na gruncie Kodeksu cywilnego ani też na gruncie innych ustaw. Należy jednak zauważyć, że w odpowiedzi z dnia 16 listopada 2006 roku, Minister Finansów wskazał, że ryzyko gospodarcze to *"ryzyko inwestycyjne czyli prawdopodobieństwo nieuzyskania przewidywanych (względnie oczekiwanych) wyników ekonomiczno-finansowych związanych z tą działalnością lub też podejmowanym przedsięwzięciem"*. Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawa cywilnego, *"Kryterium nieprzewidywalności wpływu zmiany okoliczności na dane zobowiązanie służy (...) ustaleniu tzw. "normalnego ryzyka kontraktowego", tzn. ryzyka, z którym należy się liczyć przy zawieraniu każdej umowy, i oddzieleniu go od przypadków "ryzyka nadzwyczajnego"* (zob. A. Brzozowski w: *Kodeks cywilny. Tom I, Komentarz, Warszawa 2002, str. 692*).



W świetle powyższego, można racjonalnie podnosić, że kryzys finansowy mieści się w definicji ryzyka gospodarczego, a w konsekwencji, że może być on uważany za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357¹ Kodeksu cywilnego.

Jak wskazuje A. Brzozowski: "Zmiana okoliczności, o której mowa, powinna doprowadzić do zniweczenia pierwotnych kalkulacji stron umowy. Według kodeksu zmiana ta spowodować musi stan, w którym dalsze związanie stosunkiem umownym w niezmienionej postaci i wykonywanie obowiązków umownych powoduje nadmierne utrudnienie spełnienia świadczenia lub stwarza groźbę rażącej straty dla jednej ze stron" (w: *Kodeks cywilny. Tom I, Komentarz, Warszawa 2002, str. 691*). Należy wskazać, że o nadmiernej trudności lub rażącej stracie można mówić jedynie wtedy, gdy spełnienie świadczenia jest możliwe. Wynikłe na skutek nadzwyczajnej zmiany stosunków "trudności mogą być natury technicznej (technologicznej), czy szerzej - praktycznej, np. brak niezbędnych składników, urządzeń lub maszyn z uwagi na zaprzestanie ich produkcji. Nie chodzi tu o aspekt majątkowy (np. konieczność wydatkowania o wiele większych sum pieniężnych niż zakładano), ponieważ ten związany jest z pojęciem "rażącej straty". Zagrożenie "rażącą stratą" nie musi być, aczkolwiek często jest, powiązane z ewentualnym wzbogaceniem kontrahenta. Może dotyczyć zarówno dłużnika, jak i wierzyciela" (por: T. Wiśniewski w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I, Warszawa 2003, str. 38-39*). Strata ma być "rażąca", tj. zdecydowanie ponadprzeciętna. Istotne jest, że pomiędzy nadzwyczajną zmianą stosunków a nadmierną trudnością czy rażącą stratą istnieć musi związek przyczynowy.

3.4. Wyzysk w rozumieniu art. 388 Kodeksu cywilnego

Stosownie do art. 388 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczenie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącym stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy.

Jak wynika wprost z brzmienia powyższego przepisu, konstrukcja pojęcia "wyzysku" oparta jest na dysproporcji majątkowej wartości wzajemnych świadczeń stron, przy czym świadczenie o wartości wyższej może być przyjęte lub zastrzeżone dla strony umowy bądź też dla osoby trzeciej. "Pozwala to na nawiązanie do zasady słuszności kontraktowej, której daje się tu priorytet przed zasadą pewności obrotu i stabilności umowy. Przejawia się w tym zarazem ekonomiczny element i racja unormowania (ekwiwalentność świadczeń). Dla oceny wspomnianej dysproporcji wartości świadczeń właściwa jest chwila zawarcia umowy, przy czym dysproporcja musi być "rażąca", co w razie sporu oceni sąd według kryteriów obiektywnych (wartość rynkowa). W literaturze można spotkać poglądy nawiązujące w tej kwestii do kategorii pojęciowej "pokrzywdzenia o ponad połowę wartości" (*laesio enormis*), jednakże trzeba sądzić, że określenie "rażący" powinno dopuszczać wykładnię bardziej elastyczną, nieabstrahującą także od innych elementów sytuacji objętej rozstrzygnięciem." (tak: Cz. Żuławska w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I, Warszawa 2007, str. 130*).

Jak wskazuje P. Bodył "Możliwość zastosowania art. 388 § 1 k.c. zależy (...) od spełnienia dwóch obiektywnych przesłanek, a mianowicie rażącej dysproporcji wzajemnych świadczeń i przymusowego położenia, niedołęstwa lub niedoświadczenia wyzyskanego oraz jednej przesłanki subiektywnej, polegającej na świadomym wykorzystaniu we własnym interesie wyzyskanego. (...) Przepis ma głównie chronić nieprofesjonalistów (z wyjątkiem zaistnienia stanu "przymusowego położenia") (...)" (w: *Pr. Bankowe 2001/7-8/102*).

Istotne jest, że w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, przy ocenie wartości świadczeń spełnionych w wykonaniu umowy dotkniętej wyzyskiem nie należy kierować się uznaniem samych stron, lecz - jako ekwiwalentną (art. 487 § 2 kc) - brać pod uwagę obiektywną wartość świadczeń (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2004 roku, I ACa 530/2004).

W tym miejscu warto przybliżyć mechanizm działania instrumentów finansowych, jakimi są opcje. Występują dwa podstawowe rodzaje opcji: opcje call (kupna) i put (sprzedaży). Opcja call przyznaje nabywcy (Bankowi) prawo do kupna określonej ilości waluty od wystawcy opcji call (przedsiębiorcy) po z góry ustalonej cenie (kurs realizacji), natomiast wystawca opcji jest zobowiązany sprzedać nabywcy opcji zakontraktowaną ilość waluty. Z kolei opcja sprzedaży (put) daje nabywcy opcji (Przedsiębiorcy)



prawo do sprzedaży waluty po z góry ustalonej cenie (kurs realizacji), zaś wystawca opcji put (Bank) jest zobowiązany kupić od nabywcy opcji zakontraktowaną ilość określonej waluty. Zasadniczo, skorzystanie bądź też nie nabywcy z przysługujących mu praw zależy od wzajemnych relacji kursu terminowego w stosunku do kursu realizacji.

W kontekście Memorandum warto jednak wskazać, że przedmiotem umów opcyjnych były struktury opcyjne a nie opcje jako takie. Zasadniczo, struktura taka opiera się na korelacji opcji put i call. W typowych stanach faktycznych struktura taka cechowała się dysproporcją świadczeń stron. W praktyce, zastosowanie takiego mechanizmu zazwyczaj prowadzi do podwyższenia kursu realizacji waluty zagwarantowanego w strategii opcyjnej, jednakże to podwyższenie kursu realizacji wiąże się z podwyższeniem poziomu ryzyka przeprowadzenia transakcji opcyjnej. To podwyższenie jest skutkiem wystawienia przez przedsiębiorcę opcji kupna waluty w wyższym nominale niż nominala opcji wystawianych przez Bank oraz przede wszystkim skutkiem większej liczby okresów rozliczeniowych opcji call w stosunku do opcji put, co jest charakterystyczne dla znacznej części tego typu struktur. W konsekwencji, gdy bieżący kurs waluty jest niższy niż kurs realizacji, przedsiębiorcy przysługuje prawo sprzedaży określonego w transakcji nominalu waluty Bankowi po kursie realizacji. W sytuacji natomiast, gdy kurs rynkowy (tzw. kurs wykonania) jest wyższy od kursu realizacji, przedsiębiorca w praktyce zobowiązany będzie do sprzedaży wielokrotności nominalu waluty, co dodatkowo zwiększa kwotę ponoszonej przez niego straty. Przykładowo, jeżeli stosunek nominalu opcji nabywanych do nominalu opcji wystawianych wynosi 1:2, to przy założeniu maksymalnie trójkrotnej comiesięcznej realizacji opcji put w stosunku do dwunastokrotnej comiesięcznej realizacji opcji call, dysproporcja świadczeń stron wyraża się w iloczynie proporcji okresów rozliczeniowych (12:3) oraz proporcji sprzedawanej waluty (2:1) i w tym przykładzie jest ośmiokrotna na korzyść wystawcy opcji put tj. Banku, przy upraszczającym dla potrzeb wyводу założeniu, że różnica między kursem wykonania a kursem referencyjnym w obu sytuacjach jest taka sama.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z dyspozycją normy art. 388 § 1 Kodeksu cywilnego, dysproporcja świadczeń musi być skutkiem wykorzystania przez jedną ze stron przymusowego położenia, niedoświadczenia lub niedoświadczania drugiej strony. Warto podkreślić, że zdaniem doktryny *"niedoświadczanie polega w istocie rzeczy na niezrozumieniu skutków, jakie niesie ze sobą zawarcie konkretnej transakcji"* (E. Bagińska, glosa do wyroku SN z dnia 27 września 2005 r., I CK 191/05, OSP 2007/7-8/87). *"Stan "niedoświadczania" może przybrać postać braku ogólnego doświadczenia życiowego albo braku jakiegokolwiek doświadczenia w tego rodzaju przedsięwzięciach, których dotyczyła umowa zastrzegająca dla wyzysku w zamian za jego świadczenie niewspółmiernie niskie świadczenie wzajemne"* (tak: W. Popiołek, w: *Kodeks cywilny. Tom I, Komentarz, Warszawa 2002, str. 827*).

Należy wskazać, że zgodnie z obecnie powszechnie dostępnymi informacjami większość przedsiębiorców zawierających transakcje opcyjne była podmiotami nieprofesjonalnymi, niedziałającymi w sposób stały na rynku finansowym. Biorąc pod uwagę specyfikę i skomplikowaną konstrukcję instrumentu finansowego, jakim jest opcja walutowa, można z dużym prawdopodobieństwem twierdzić, że nawet jeżeli przedsiębiorca zdawał sobie sprawę z ryzyka inwestycyjnego, nie był on w stanie oszacować zakresu tego ryzyka na skutek braku specjalistycznej wiedzy. W tym punkcie warto uwypuklić, że wielu przedsiębiorców decydowało się na zawarcie transakcji opcyjnych z uwagi na fakt, że był to instrument finansowy rekomendowany przez Banki postrzegane jako "instytucje zaufania publicznego" (zob. obowiązki informacyjne Banków względem klientów – pkt 3.5. Memorandum poniżej). Jednakże, dla uznania, że zachodzi wyzysk, nie ma znaczenia która strona dążyła do zawarcia umowy, nawet niekorzystnej dla siebie, i z czyjej inicjatywy wprowadzone do niej zostały postanowienia ustanawiające rażąco dysproporcję świadczeń (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1949 roku, WaC 105/49).

Dla skorzystania z możliwości powołania się na instytucję wyzysku, nie jest wystarczające stwierdzenie samego istnienia powyższych uwarunkowań po stronie przedsiębiorcy, jeżeli te uwarunkowania nie były znane Bankowi. *"Chodzi mianowicie nie tylko o fakt pokrzywdzenia jednej ze stron, ale zarazem o to, ażeby druga strona (wyzyskujący) była świadoma tego, że zgoda partnera na niekorzystne dla niego warunki umowy jest następstwem jego niedoświadczenia lub niedoświadczania (...) albo wynikiem sytuacji, w jakiej się znalazł ("przymusowe położenie"). Świadomość istnienia takich właśnie uwarunkowań wyrażenia woli (zgody) pokrzywdzonego przy zawarciu umowy pozwala na negatywną ocenę zachowania wyzyskującego (zachowanie naganne)."* (tak: Cz. Żuławska w: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I, Warszawa 2007, str. 130*). Wiedza o tej szczególnej sytuacji oraz świadomość rażącej dysproporcji jest elementem niezbędnym, ale zarazem wystarczającym. W związku z tym nie istnieje obowiązek udowodnienia zamiaru "wyzyskania",



działania podstępnego czy innego działania mającego na celu skłonienie przedsiębiorcy do zawarcia umowy o niekorzystnej dla niego treści (zob. W. Popiołek w: *Kodeks cywilny. Tom I, Komentarz, Warszawa 2002, str. 826*).

3.5. Zasada działania przez podmiot profesjonalny z dołożeniem należytej staranności – mierniki i wzorce należytej staranności oraz obowiązki wobec klientów

Leżący po stronie Banków jako podmiotów profesjonalnych obowiązek dołożenia szczególnej staranności przy świadczeniu usług, mierzonej według podwyższonych standardów, wynika zarówno z przepisów prawa polskiego, jak i pośrednio – z prawa wspólnotowego. W tym kontekście, rozważając okoliczności konkretnych spraw, warto zastanowić się, jakie są wzorce tej należytej staranności i czego konkretnie ma prawo spodziewać się nabywca oferowanych przez Bank produktów finansowych.

Punktem wyjścia jest tutaj przepis artykułu 355 § 2 Kodeksu cywilnego, nakładający obowiązek wykonywania zobowiązań w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej z dołożeniem staranności przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Zgodnie z ugruntowanymi zarówno w doktrynie jak i w piśmiennictwie poglądami, kryterium staranności zawodowej wymaganej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej prowadzi do zaostrzenia odpowiedzialności, ponieważ podwyższa zakres wymagań odnoszących się do zachowania dłużnika. W konsekwencji, staranność profesjonalna obejmuje takie powinności, które pozostają w związku z zawodowym charakterem działalności gospodarczej i przez to wyznaczają uzasadnione oczekiwania kontrahenta (tak: *M. Safjan w: Kodeks cywilny, Komentarz, Tom I, Warszawa 2002, s. 679*).

Mierników staranności, do jakiej zobowiązane są Banki, bez wątpienia można poszukiwać wśród reguł tzw. deontologii bankowej. W Polsce, będzie to zapewne zbiór norm etyki zawodowej, do których przestrzegania zobligowane są Banki, w postaci Kodeksu dobrej praktyki bankowej, przyjętego przez walne zgromadzenie Związku Banków Polskich.

Szczególne znaczenie z punktu widzenia omawianego zagadnienia mają zwłaszcza postanowienia zawarte w Rozdziale II Kodeksu: Zasady postępowania Banków w stosunkach z klientami. Zgodnie z nimi, Bank winien postępować wobec swoich klientów z uwzględnieniem szczególnego zaufania, jakim jest darzony, traktując klientów z należyłą starannością. Bank nie może wykorzystywać profesjonalizmu w sposób naruszający interesy klientów, natomiast przy wykonywaniu czynności na rzecz klienta powinien działać z uwzględnieniem jego interesu.

Warto przytoczyć w tym miejscu poglądy doktryny w zakresie skutków nieprzestrzegania norm zawartych w kodeksach etyki zawodowej, mające niebagatelne znaczenie z punktu widzenia obowiązków odszkodowawczych Banków wobec klientów. Zgodnie z tymi poglądami, znajdującymi zresztą odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, naruszenie deontologicznych reguł bankowych może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą Banku (por. *wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2006 roku I CSK 315/2006, niepubl., a także M. Bączyk w: Prawo bankowe. Komentarz, M. Bączyk, L. Góral, E. Fojcik - Mastalska (red.), J. Pisuliński, W. Pyziół; Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2007, przypisy do art. 109 Prawa bankowego*).

Swoistym punktem odniesienia dla ustalenia mierników staranności wymaganej od Banków oraz innych podmiotów świadczących profesjonalne usługi w przedmiocie transakcji na instrumentach finansowych, są także przepisy dyrektyw wspólnotowych dotyczących funkcjonowania rynku instrumentów finansowych. W szczególności, chodzi tu o przepisy Dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz Dyrektywy Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 roku wprowadzającej środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (tzw. Dyrektywy MiFID).

MIFID wprowadza szereg wymogów w zakresie świadczenia usług mających zagwarantować należyty poziom ochrony klientom, poprzez umożliwianie im świadomego podejmowania decyzji co do określonych instrumentów finansowych oraz opartych na nich usług.



W szczególności, Dyrektywy MiFID zobowiązują do wyczerpującego informowania klientów o charakterze proponowanych im usług w sposób gwarantujący ich zrozumienie. Co więcej, nakładają one obowiązek dokonania kompleksowego badania indywidualnej sytuacji klienta i uzyskania od niego określonych informacji w celu dokonania oceny, czy dana usługa jest dlań odpowiednia.

Wobec bezskutecznego terminu do implementacji przepisów MiFID do polskiego porządku prawnego, warto zaznaczyć, że aktualnie obowiązujące przepisy prawa polskiego powinny być interpretowane przy jednoznacznym uwzględnieniu standardów narzucanych przez te Dyrektywy, zgodnie z zasadą nadrzędności prawa europejskiego nad prawem krajowym. Ponadto, należy także wskazywać, że wiele Banków działających w Polsce aktualnie wdraża postanowienia MiFID - u, gdyż wynika to z rozwiązań przyjmowanych na poziomie całej grupy kapitałowej, w której podmioty dominujące mają swoje siedziby w państwach członkowskich, w których Dyrektywy te zostały już implementowane. W umowach ramowych, o których wspomniano wyżej w pkt 3. 1., często zatem pojawiają się odwołania do MiFIDU, a klienci Banków proszeni są o wypełniania testów lub składanie oświadczeń, wynikających wprost z przepisów tych Dyrektyw. Praktyka pokazuje jednak, że pomimo to Banki częstokroć przerzucają na klientów obowiązek dokonania oceny adekwatności danego produktu finansowego i ograniczają się jedynie do odebrania od klientów określonego zapewnienia w tym zakresie. W efekcie, Klienci nie są należycie informowani o charakterze świadczonych na ich rzecz usług oraz, w szczególności, o ryzykach związanych ze sprzedawanymi im produktami finansowymi. W ocenie autorów Memorandum, oczywistym naruszeniem jest postępowanie Banków, polegające na wywołaniu po stronie Klienta wrażenia, iż jest on objęty podwyższoną ochroną wynikającą z przepisów prawa wspólnotowego, a następnie – potraktowanie go w sposób oczywiście sprzeczny z wynikającymi zeń wzorcami.

4. Pozycja prawna przedsiębiorców w kontekście przepisów prawa upadłościowego

Zasadniczo, upadłość jest instytucją, która niezależnie od zabezpieczenia słuszych interesów wierzycieli, działa na korzyść upadłego przedsiębiorcy, pozwalając mu na zaspokojenie dotychczasowych wierzycieli z majątku przedsiębiorstwa oraz potencjalne rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej niejako "od postaw" i "bez bagażu" dotychczasowych zobowiązań.

Zagadnienie upadłości w kontekście przedsiębiorców, którzy zawarli z Bankami umowy dotyczące transakcji walutowych, rozpatrywać należy na dwóch płaszczyznach. Pierwszy aspekt związany jest z wymagalnością zobowiązań wynikających z terminowych transakcji walutowych, która doprowadzić może do utraty przez przedsiębiorców płynności finansowej, a w konsekwencji - do ich upadłości. Drugi aspekt to obowiązek dokonania wyceny posiadanych przez przedsiębiorców instrumentów finansowych (w tym opcji walutowych) na dzień bilansowy, co skutkować może powstaniem nadwyżki zobowiązań nad aktywami. Zaistnienie takiej nadwyżki również stanowi przesłankę upadłościową.

Stosownie bowiem do art. 10 Prawa upadłościowego i naprawczego, upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Co do zasady, dłużnikiem niewypłacalnym w świetle art. 11 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego jest dłużnik, który nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Jednakże, zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 tej ustawy, dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje.

W konsekwencji, w sytuacji gdy przedsiębiorca straci płynność finansową (a precyzyjniej – nie będzie w stanie wykonywać swoich wymagalnych zobowiązań), w tym także na skutek wygasania poszczególnych transakcji opcyjnych, przedsiębiorca ten zobowiązany jest do ogłoszenia upadłości.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, dłużnik jest obowiązany, nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości, zgłosić w sądzie wniosek o ogłoszenie upadłości, z zastrzeżeniem, że jeżeli dłużnikiem jest osoba prawna albo inna jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spoczywa na każdym, kto ma prawo go reprezentować sam lub łącznie z innymi osobami. Wniosek o ogłoszenie upadłości złożony może również wierzyciel dłużnika.



Stosownie do art. 51 ust. 1 Prawa upadłościowego i naprawczego, uwzględniając wniosek o ogłoszenie upadłości, sąd wydaje postanowienie o ogłoszeniu upadłości. Z dniem ogłoszenia upadłości majątek upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego (art. 61 Prawa upadłościowego i naprawczego). Jednocześnie, zgodnie z art. 91 ust. 1. Prawa upadłościowego i naprawczego, zobowiązania pieniężne upadłego, których termin płatności świadczenia jeszcze nie nastąpił, stają się wymagalne z dniem ogłoszenia upadłości.

W kontekście powyższego, istotne jest również, że stosownie do postanowień większości regulaminów dokonywania transakcji walutowych, złożenie przez przedsiębiorcę wniosku o ogłoszenie upadłości, stanowi przypadek naruszenia umowy i uprawnia Banki do wcześniejszego rozwiązania wszystkich transakcji, których terminy realizacji jeszcze nie nadeszły. W świetle powyższej analizy, Bank stanie się wierzycielem przedsiębiorcy także w odniesieniu do zobowiązań tego przedsiębiorcy związanych z poszczególnymi transakcjami walutowymi wygasłymi na skutek upadłości przedsiębiorcy.

Jak wskazano powyżej, przesłanką upadłościową jest również zaistnienie przewagi zobowiązań nad aktywami. Przewaga ta może zaistnieć na skutek realizacji przez przedsiębiorcę obowiązku prawnego wynikającego z Ustawy o rachunkowości, tj. dokonania wyceny posiadanych przez niego instrumentów finansowych, wprowadzonych do ksiąg zgodnie z Ustawą o rachunkowości.

Co do zasady zgodnie z § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczegółowych zasad uznawania, metod wyceny, zakresu ujawniania i sposobu prezentacji instrumentów finansowych, aktywa finansowe wprowadza się do ksiąg rachunkowych na dzień zawarcia kontraktu w cenie nabycia, to jest w wartości godziwej poniesionych wydatków lub przekazanych w zamian innych składników majątkowych, zaś zobowiązania finansowe – w wartości godziwej uzyskanej kwoty lub wartości otrzymanych innych składników majątkowych. W zależności od tego, czy są to opcje nabyte czy wystawione, opcje te powinny zostać ujęte jako aktywa lub zobowiązania.

Istotne jest, że zgodnie z art. 28 ust. 1 Ustawy o rachunkowości, wycena aktywów i pasywów jednostki powinna być dokonywana nie rzadziej niż na dzień bilansowy tj. na każdy dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe (art. 3 ust. 1 pkt 10 Ustawy o rachunkowości).

W konsekwencji, na dzień bilansowy aktywa finansowe, w tym zaliczone do aktywów instrumenty pochodne (w tym opcje), wycenia się w wiarygodnie ustalonej wartości godziwej bez jej pomniejszania o koszty transakcji, jakie jednostka poniosłaby, zbywając te aktywa lub wyłączając je z ksiąg rachunkowych z innych przyczyn, chyba że wysokość tych kosztów byłaby znacząca. Oszacowana przez przedsiębiorcę wartość godziwa powinna odpowiadać kwocie możliwej do uzyskania lub koniecznej do zapłaty w celu zbycia pozycji otwartych na dzień bilansowy.

Tym samym, jeżeli termin wygaśnięcia opcji przypada po dniu bilansowym, przedsiębiorca powinien wycenić posiadane przez siebie instrumenty finansowe w ich wartości godziwej. Warto wskazać, że dokonywanie aktualizacji wyceny jest obowiązkiem a nie prawem przedsiębiorcy. W konsekwencji, w naszej ocenie, istnieje istotne ryzyko, że wielu przedsiębiorców wyceniając wystawione przez siebie opcje call będące w istocie zobowiązaniem przedsiębiorcy do sprzedaży określonego wolumenu waluty, zostanie postawionych w sytuacji, w której bilans prowadzonego przez nich przedsiębiorstwa wykaże znaczącą przewagę zobowiązań nad aktywami, co stanowić będzie przesłankę ogłoszenia upadłości.

Wывód powyższy nabiera szczególnie doniosłego znaczenia, gdy uwzględni się okoliczność osobistej odpowiedzialności prawnej reprezentantów upadłego, będącej pochodną zbyt późnego - w stosunku do norm prawa - wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości reprezentowanego przez nich podmiotu.

5. Zastrzeżenia

Niniejsze Memorandum opisuje modelowe rozwiązanie dla konwencjonalnie uśrednionego stanu faktycznego. Zastrzegamy, że w jednostkowych sytuacjach stan faktyczny może różnić się w sposób istotny od opisanego w Memorandum, w konsekwencji, skutki prawne wynikające z poszczególnych stanów faktycznych mogą odbiegać od zaprezentowanych powyżej. Tym samym, istnieje istotne ryzyko, że podnoszenie przez przedsiębiorców potencjalnych zarzutów opisanych w Memorandum będzie bezskuteczne i niecelowe.

Memorandum nie zawiera opisu wszystkich działań, które podjąć mogą przedsiębiorcy na wypadek sporu z Bankami. Memorandum przedstawia jedynie najbardziej typowe rozwiązania i argumenty,



których zastosowanie i podnoszenie według najlepszej wiedzy autora Memorandum może okazać się skuteczne.

Memorandum nie zawiera również rekomendacji dotyczącej stosowania poszczególnych środków prawnych, ani nie zawiera oceny skuteczności tych środków.

Memorandum przedstawia potencjalne argumenty, które podnosić mogą przedsiębiorcy, przez pryzmat uregulowań prawnych obowiązujących w dniu sporządzenia Memorandum. Przedsiębiorcy powinni brać pod uwagę, że przepisy prawa obowiązujące w dacie wystąpienia określonych zdarzeń prawnych w przyszłości mogą kwalifikować inaczej skutki prawne tych zdarzeń. Jest to tym bardziej istotne, iż rozstrzygnięcia wielu kluczowych zagadnień prawnych przedstawionych w Memorandum bazują na orzecznictwie sądowym oraz poglądach doktryny prawniczej. Zarówno orzecznictwo sądowe jak i poglądy doktryny nie są stałe. Jeżeli powołanie się na argumentację zawartą w Memorandum przez przedsiębiorcę miałyby nastąpić w przyszłości, skutkować to będzie ryzykiem nieaktualności poglądów zawartych w Memorandum ze względu na zmianę przepisów prawa lub orzecznictwa lub głównych poglądów doktryny. W takiej sytuacji Memorandum nie będzie mogło stanowić rzetelnego źródła informacji, co do skutków prawnych poszczególnych zagadnień.

Michał Krawczyk

Radca Prawny