

Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych

Toksyczne opcje walutowe

Glosa

do wyroku Sądu Najwyższego
z 16 lutego 2012 r.
(IV CSK 225/11)¹

W zakresie „terminowych operacji finansowych” w rozumieniu art. 5 ust. 2 pkt 4 i 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. Nr 72, poz. 665 ze zm.), polegających na zawieraniu przez banki z kontrahentami „terminowych umów opcyjnych”, należy stosować zbliżony lub podobny przedkontraktowy standard informacyjny wynikający z postanowień dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFiD), nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy z bankiem dyrektywa ta nie była jeszcze implementowana do polskiego porządku prawnego.

I. Praktyka życia gospodarczego z niecierpliwością oczekiwała na pierwsze orzeczenie Sądu Najwyższego rozstrzygające w ujęciu materialnoprawnym problematykę tzw. toksycznych opcji walutowych. Od pewnego czasu w kręgach zainteresowanych krąży informacja na

temat sentencji oraz uzasadnień orzeczeń wydawanych przez sądy niższych instancji oraz sądy arbitrażowe, w sposób skoordynowany uzgadniane są strategie procesowe w sporach z pozwu albo wniosku poszczególnych banków przeciwko przedsiębiorcom i *vice versa*, roz-

¹ Opublikowany w OSNC 2012, nr 9, poz. 105.

proszone informacje stanowią bazę rokowani w wyrokach procesowych, do skutku dochodzą seminaria instruktażowe i kursokonferencje, a w Internecie bez problemu można znaleźć mniej lub bardziej pożyteczne informacje, począwszy od incydentalnych wskazówek, aż po fachowo prowadzone tzw. błogi. Nic dziwnego. Swego czasu wysoką temperaturę osiągnęła społeczna dyskusja na temat postępowania niektórych banków. Opracowano nawet *ad hoc* projekty ustaw „przeciwopecyjnych”. Nie trzeba tych wątków już przypominać.

Sąd Najwyższy wydał pierwszy wyrok, z którym można się zapoznać i sformułować pewną praktyczną konkluzję na przyszłość. Wyrok Sądu był bowiem oczekiwany przede wszystkim dlatego, że w różnych fazach postępowania zawisły w kraju liczne spory z udziałem banków i przedsiębiorców uwikłanych w tzw. toksyczne opcje walutowe.

Po lekturze uzasadnienia wyroku można podjąć próbę sformułowania sześciu przewodnich refleksji glosatorskich. Pięć zostanie podniesionych w miarę rozwoju narracji, ale pierwszą warto podzielić się już na początku. Mamy do czynienia z nową formą społecznego oddziaływania wypowiedzi Sądu Najwyższego, a mianowicie – z precedensem *in concreto*. W ten nieco przewrotny sposób należy niestety ostudzić entuzjazm tych wszystkich, którzy oczekiwali werdyktu jednoznacznego w pełnym zakresie wyłaniających się problemów jurydycznych, przydatnego do wykorzystania w każdej sprawie podobnego ciężaru gatunkowego. Stany faktyczne na tle tzw. toksycznych opcji

walutowych układały się według nie jednego, ale kilku stypizowanych scenariuszy, liczbę, wagę i jakość argumentów procesowych w ogólniejszej skali można ocenić jako nieprzeciętnie imponującą (wysokie w.p.s.), a stawiane tezy i zajmowane stanowiska cechowała tak rzadko spotykana ostrość, że w rozmowach na wywołany temat już w pierwszym zdaniu można było zdemaskować nastawienie rozmówcy do problemu. Tymczasem w omawianym przypadku Sąd Najwyższy z dużą rewerencją odniósł się do niektórych tylko aspektów zagadnienia, tezy stawiając ostrożnie i dochodząc do konkluzji popartych argumentami niezwykle wyważonymi.

To ważny wniosek. Sądy rozpoznające tego typu sprawy nie będą mogły – ponad wszelką wątpliwość – stawiać sobie głosowanego wyroku za wzorzec rozstrzygnięcia swego rodzaju „ogólnej kwestii opcyjnej” i wykorzystywać jako ewentualnego kirysu chroniącego przed uchyleniem orzeczenia przez sąd wyższej instancji, nie wyłączając spraw poddanych do rozpoznania przed Sądem Najwyższym w tych przypadkach, które niebawem uzyskają zapewne sygnaturę kasacyjną. W wybranych tylko sprawach można będzie wzmocnić argumentację, przytaczając ogłoszone orzeczenie, z akcentem na sformułowane – nieliczne, ak się okazuje, ale ważne – frazy ogólne.

Komentowane orzeczenie wielu kwestii bowiem nie zamyka, ponieważ wielu kwestii w ogóle nie otwiera. Sąd Najwyższy jest przecież związany granicami skargi kasacyjnej. Praktyka niewątpliwie nie takiego orzeczenia ocze-

² Ze względu na problem zakłócenia współczynników wypłacalności w niektórych bankach, spowodowany pogorszeniem się sytuacji klientów. Zob. komunikat KNF z 17 grudnia 2008 r. w sprawie wpływu walutowych instrumentów pochodnych na banki i spółki publiczne, www.knf.gov.pl [22 maja 2012 r.].

kiwała, sprawa jest bowiem nowego typu, o bardzo doniosłych i rozległych skutkach, chociażby ze względu na kilka spektakularnych upadłości oraz poważne tarapaty renomowanych przedsiębiorców (w tym spółek giełdowych) z jednej strony, z drugiej zaś – wzmożone zainteresowanie sprawą Komisji Nadzoru Finansowego występującej w roli nadzorcy bankowego² i zarazem nadzorcy niektórych przedsiębiorców dotkniętych ujemnymi skutkami feralnych transakcji³ oraz w zakresie oddziaływania przewencyjnego⁴. Należy zatem z uzasadnioną niecierpliwością oczekiwać następnych orzeczeń Sądu Najwyższego w innych sprawach tego samego profilu (a może nawet w tej samej). To wniosek ważny, ale dla praktyków niezbyt pocieszający, chociaż orzeczenie z pewnością nie trafiło w jurydyczną i społeczną próżnię.

II. Bank oraz przedsiębiorca transportowy nawiązali współpracę w 2003 r., początkowo w zakresie kredytów obrotowych i inwestycyjnych, a od 2006 r. także w zakresie transakcji pochodnych i terminowych. W połowie 2008 r. (bardzo niskie kursy walut) zawarto komplet umów wyjściowych dla późniejszych umów przewidujących obowiązek świadczenia w przyszłości waluty po określonym kursie (tj. umowę o współpracy w zakresie transakcji terminowych i pochodnych oraz umowę dodatkową trans-

akcji walutowych), jak również zainicjowano strategię tzw. forwardu kaskadowego na bazie umów opcyjnych (tzw. wykonawczych). Pół roku później (bardzo wysokie kursy walut) przedsiębiorca nie wytrzymał presji roszczeń wynikających z tzw. zamknięcia pozycji. Bank zażądał zapłaty, czemu przedsiębiorca nie sprostał w całości. W ramach zrolowania większej części zadłużenia bank zaproponował kredyt długoterminowy, na co przedsiębiorca przystał. Niebawem strony wdały się w spór. Przedsiębiorca wystąpił z powództwem, formułując kilka żądań ewentualnych, obejmujących zwrot uiszczonych kwot oraz zapłatę, na różnych podstawach. Przegrał w dwóch instancjach. Sąd Najwyższy uwzględnił skargę kasacyjną i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

III. Sądy pierwszej i drugiej instancji dość zgodnie oceniły stan faktyczny, dokonały wolnej od zasadniczych kontrowersji procesowych subsumcji stanu faktycznego i osiągnęły zbieżne ustalenia. Można nawet powiedzieć, że reprezentowały jednogłośnie stanowisko w ujęciu proceduralnym. Powód nie kwestionował ustaleń w zakresie stanu faktycznego, a skarga kasacyjna została oparta jedynie na drugiej podstawie kasacyjnej.

Zarzewie sporu między stronami tliło się bowiem na gruncie egzegezy materialnych podstaw żądań sformułowanych w pozwie. Sądy obu instancji konse-

³ Przemilczenie w raportach bieżących zawarcia transakcji terminowych jest przez KNF traktowane jako naruszenie obowiązków informacyjnych przez spółkę publiczną. Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z 27 stycznia 2011 r., VI SA/Wa 1816/10, LexPolonica nr 2562165; wyrok WSA w Warszawie z 12 kwietnia 2011 r., VI SA/Wa 2431/10, niepubl.; wyrok NSA z 5 lipca 2011 r., II GSK 710/10, LexPolonica nr 2590820.

⁴ Zob. np. stanowisko UKNF z 4 czerwca 2009 r. w sprawie dobrych praktyk zakresie walutowych transakcji pochodnych – podstawowe zagadnienia opracowane na podstawie wniosków z analizy nadzorczej, www.knf.gov.pl [22 maja 2012 r.].

kwentnie nie dostrzegły jednak w sprawie przesłanek podstępu (art. 86 k.c.) i wyzysku (art. 388 k.c.), nieważności całej umowy (art. 58 k.c.) oraz nadzwyczajnej zmiany stosunków (art. 357¹ k.c.). Nie dostrzegły też podstaw przypisania pozwanemu bankowi odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.), ani naruszenia art. 19 dyrektywy MiFID⁵.

IV. Lektura uzasadnienia wyroku jednoznacznie daje do zrozumienia, których obszarów materialnoprawnych na tle tzw. toksycznych opcji walutowych Sąd Najwyższy w ogóle nie poruszał. To bardzo ważny aspekt nie tylko tej sprawy, ale i spraw jeszcze nie rozstrzygniętych prawomocnym orzeczeniem. Szala trzymana przez Temidę nie została więc – w skali krajowej – przechylona w żadną stronę w zakresie nieważności umów ogólnoramowo-przygotowawczych oraz partykularno-wykonawczo-realizacyjnych (art. 58 k.c.), w zakresie nadużycia swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c.), w zakresie identyfikacji oraz znaczenia celu zawieranych umów (art. 353¹ k.c.), w zakresie podstępu, wyzysku, *rebus sic stantibus*, działania banku jako czynu niedozwolonego

(art. 415 k.c.), reżimu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 k.c.), procesowej problematyki ustalenia (art. 189 k.p.c.), kwestii skuteczności ustanowienia bankowych nadzabezpieczeń czy też ekstensywnego wykorzystania dostępnych zabezpieczeń skutecznie ustanowionych. Jak dotąd Sąd Najwyższy rozstrzygał jedynie problem materialnej podstawy wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego (oznaczenie czynności bankowej)⁶. Inne opublikowane orzeczenia (sądów niższych instancji) dotyczyły formalnych uchybień przy zawarciu umowy⁷, preponderancji zasady *pacta sunt servanda*⁸ oraz uprawnienia jednej strony do określenia wysokości zobowiązania drugiej strony⁹. Natomiast zaprezentowany w krajowym piśmiennictwie wyrok niemieckiego BGH poruszał kwestię obowiązku informacyjnego banku przy oferowaniu transakcji pochodnej przedsiębiorcy¹⁰.

I właśnie w związku z tym pojawia się wiele znacząca okoliczność, do której Sąd Najwyższy odniósł się w tonie refleksyjnym już na samym początku swojego wywodu. Determinacja procesowa powoda była tak wielce nasiloną, że w pozwie wysunął wszystkie możliwe do

⁵ Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG, Dz.Urz. UE 2004 L 145/I ze zm.

⁶ Zob. np. uchwałę SN z 19 marca 2010 r., III CZP 6/10, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2010, nr 3, poz. 11; OSNC 2010, nr 9, poz. 120.

⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 grudnia 2008 r., VI ACa 389/08, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 1 z głosem K. Zacharzewskiego, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 7–8.

⁸ Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 30 grudnia 2010 r., I ACa 1201/10, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 9.

⁹ Zob. wyrok SO w Krakowie z 21 stycznia 2011 r., IX GC 624/09, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 11.

¹⁰ Zob. M. Korpalski, *Obowiązek informacyjny banku przy oferowaniu transakcji pochodnej przedsiębiorcy. Glosa do wyroku niemieckiego Trybunału Federalnego (Bundesgerichtshof) z 22.03.2011 r., XI ZR 33/10*, „Glosa” 2011, nr 4, s. 71.

wyobrażenia żądania i nadał im postać wniosków ewentualnych – nie mając pewności, które żądanie przed sądami „chwyci” (zostanie uwzględnione). Taka pionierska taktyka ma jednak swoje głębokie usprawiedliwienie pragmatyczne, ponieważ także w realiach braku jakichkolwiek stabilnych punktów oparcia wśród wypowiedzi sformułowanych przez wymiar sprawiedliwości, jak w sprawie niniejszej, stronom sporu zależy na tym, żeby wygrać. Lektura uzasadnienia daje do zrozumienia, że nie wszystkie żądania i argumenty powoda „chwyciły”. Złożyły się na to dwie przyczyny. Po pierwsze, niektórych żądań i argumentów powód w ogóle nie sformułował w pozwie albo nie popierał później (tj. zrezygnował z niektórych znanych dzisiaj kierunków taktycznych) oraz – co ważniejsze – Sąd wyselekcjonował wnioski sformułowane w skardze kasacyjnej i odniósł się tylko do wybranych żądań i argumentów, niektóre pozostawiając otwarte.

Druga refleksja glosatorska składa się więc na dość prostą konkluzję: wiadomo, czym Sąd Najwyższy się nie zajął. Po lekturze sentencji oraz uzasadnienia orzeczenia można zatem ostrożnie snuć prognozy co do kierunków najbliższych ewentualnych rozstrzygnięć.

V. Refleksja trzecia: Sąd Najwyższy poruszył dyskusyjną i wielowymiarową kwestię kwalifikacji umowy podstawowej, umowy opcyjnej, a także treści stosunku prawnego opcyjnego. Nie można oprzeć się wrażeniu, że ten akurat odcinek, z pozoru drugoplanowy, jest kluczem do snucia rozważań szczegółowych. Powściągliwej myśli Sądu, że umowa podstawowa wykazuje „cechy umowy sprzedaży” i że występuje

w licznych wariantach szczegółowych nie można z pewnością traktować jako wyrazu bagatelizowania zagadnienia kwalifikacji. Za sprawą przemieszania osiągnąć myśli prawniczej oraz z zakresu dziedzin pozajurydycznych panuje w tej mierze swoisty nieporządek, począwszy od nazewnictwa, poprzez reżim prawny, a na skutkach czynności skończywszy.

Warto więc z dużym skupieniem odnieść się do próby zakwalifikowania przez Sąd stosunku prawnego między stronami i zgłosić przy tej okazji kilka uwag. Wiele wskazuje na to, że mamy do czynienia z przypadkami stosunku obligacyjnego z wyeksponowanym na pierwszym planie zobowiązaniem do rozporządzenia pod warunkiem albo z zastrzeżeniem terminu i z elementem uprawnienia kształtującego (kwalifikacja licznych umów podstawowych, które układają się w komplet, nie ma znaczenia, bo z pojedynczych umów roszczenia nie wynikają). Świadczenie przybiera postać *dare*. Wymagalność nadchodzi po upływie zastrzeżonego terminu. Wysokość świadczenia jest skorelowana z wartością towarzącą, a strony mogą wybrać postać świadczenia lub doprowadzić do ustania stosunku.

Tymi najprostszymi, ogólnie zrozumiałymi słowami można wyjaśnić fundamentalne założenia skomplikowanych zobowiązań opcyjnych. Nie trzeba wcale uciekać się do sformułowań i koncepcji z art. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (dalej jako u.o.i.f.), aby uchwycić generalia konstrukcyjne. Nie mamy bowiem do czynienia ani z instrumentem finansowym, ani z papierem wartościowym, ani z umową gry czy zakładu, przy których niepewność determinuje chwilę powstania obowiązku świadcze-

nia. Na nic zda się też przytaczanie poglądów z zagranicy, o ile nie opierają się one na wspólnych dla prawa polskiego założeniach metodologicznych. Dlatego osiągnięcia *common law* są na naszym gruncie zasadniczo nieprzydatne, przynajmniej w wymiarach praktycznym i dogmatycznym, chociaż pożyteczne od strony porównawczo-dydaktycznej.

Sąd Najwyższy do problemu kwalifikacji podszedł nad wyraz zdroworozsądkowo, nie wdając się w naprawdę zbędne niuanse. Zabieg zakwalifikowania umowy nienazwanej wymaga stabilnego zakotwiczenia metodologicznego. Dla cywiliściej najcenniejszą kategorią jest czynność prawna i jej skutek, a dla nauk o zarządzaniu finansami funkcja i sposób osiągnięcia pożądanego celu. Pomimo wspólnych haseł wywoławczych, jakimi są pojęcia instrumentu finansowego, czy też prawa pochodnego, drogi obu gałęzi nauk rozchodzą się, jeżeli chodzi o szczegóły, co nie może doprowadzić do konstruktywnych wniosków, tym bardziej że pojęcie instrumentu finansowego zostało w prawie polskim skonstruowane na potrzeby nadzoru administracyjnego nad zorganizowanym rynkiem instrumentów finansowych, a zatem z wyeksponowaną perspektywą prawa publicznego. Kontury pojęcia „prawo pochodne” są natomiast rozmyte nie tylko w ujęciu rozlicznych definicji przewidzianych w art. 2 oraz w art. 3 pkt 28a u.o.i.f., ale również dlatego, że wysokość świadczenia pieniężnego może zostać skorelowana z wybraną wartością bazową (np. poziomem inflacji), kursem waluty obcej (art. 358 k.c.) albo miernikiem wartości (art. 358¹ § 2 k.c.), co nie jest *de lege lata* żadną osobliwością.

Ujęcie pochodnych według art. 2 oraz art. 3 pkt 28a u.o.i.f. nie ułatwia zakwali-

fikowania umów zobowiązujących do rozporządzenia walutą zagraniczną na określonych przez strony warunkach, ponieważ tego typu czynności prawne nie są poddane reżimowi prawnemu zorganizowanego obrotu instrumentami finansowymi. Nie ma tutaj także znaczenia zakwalifikowanie umowy opcyjnej (albo kompletu umów przygotowawczych) jako „terminowej operacji finansowej”. Sformułowanie z art. 5 ust. 2 pkt 4 Prawa bankowego nie jest bowiem nazwą typu umowy, ale nazwą gatunkową, wspólną dla większej liczby typów czynności o określonych cechach wspólnych. Chodzi więc raczej o wyodrębnienie grupy umów (na podobieństwo grup kodeksowych), niż sprecyzowanie indywidualnych atrybutów określonej czynności prawnej. Pojęcie „terminowej operacji finansowej” jest zresztą bardzo pojemne i skonstruowane dość kuriozalnie, ponieważ „terminowe” i „finansowe” są w zasadzie wszystkie operacje bankowe. Bez problemu w ramach tego pojęcia mieści się umowa sprzedaży z odroczonym terminem świadczenia niepieniężnego (czyli *forward*), umowa zamiany z odroczonym terminem wykonania (czyli *swap*), umowa o zapłacenie różnicy cen zamiast spełnienia świadczenia *in natura* (czyli *futures*), czy też umowa zobowiązująca do świadczenia przewidująca uprawnienie kształtujące (czyli opcja). Swoją drogą – darowizna gotówki też jest terminową operacją finansową, jeżeli nie zostanie wykonana natychmiast.

Pojęcie „terminowe operacje finansowe” jest, jak widać, nieoperatywne na potrzeby kwalifikacji czynności prawnej i dlatego do precyzyjnego zakwalifikowania tzw. toksycznych opcji walutowych wykorzystane zostać nie może. Nie przesądza bowiem żadnych szczegółów

(przedmiotu i treści zobowiązania). Oprócz tego trzeba – już tylko dla porządku – zauważyć, że *genus* (operacja finansowa) nie doczekał się definicji w prawie polskim, a zatem wyeksponowana *differentia specifica* (terminowa) całego pojęcia nie precyzuje w żadnym kierunku. Prawdę mówiąc w tych warunkach formalno-logicznych nie jest możliwe skonstruowanie poprawnej w systemie prawa definicji terminowej operacji finansowej, ze względu na klasyczny błąd w definiowaniu – *ignotum per ignotum*. Definicje doktrynalne są zaś w fazie wykładni prawa niedostatecznie przydatne, chociażby ze względu na ich mnogość.

Problem kwalifikacji należy rozwiązywać metodami analityczno-dogmatycznymi, na bazie wszechstronnych osiągnięć na temat skutków czynności prawnej oraz elementów stosunku obligacyjnego, nie zaś na tle unormowań nie do końca zsynchronizowanych w zakresie warstwy językowo-konstrukcyjnej. Trwałe osadzenie terminologiczne i precyzyjne zakwalifikowanie fenomenu opcyjnego jako stypizowanej czynności prawnej jest zresztą zadaniem drugorzędnym, ponieważ ważniejszy jest skutek czynności, co upoważnia do formułowania konkluzji przede wszystkim na tle art. 353¹ k.c. Ilustracją niezrozumienia sedna instytucji opcji walutowej jest na przykład próba wyprowadzenia wniosku,

że opcja to wariant umowy ubezpieczenia. Takiej tezy – wysuniętej przez powoda – nie warto stawiać do dogłębnego przedyskutowania, ponieważ są to instytucje najzupełniej nieporównywalne (inna treść czynności prawnej).

Problem kwalifikacji czynności prawnej leżącej u faktycznych podstaw sporu i werdyktu można zwięźzić znaną i wielce wymowną frazą: „odpowiednie dać rzeczy – słowo”¹¹. W dążeniu do zrozumiałego nazwania rzeczywistości jurydycznej (konwencjonalnej) uzasadnienie głosowanego orzeczenia stanowi z pewnością duży krok do przodu, chociaż kwalifikacji *de lege lata* w żadnym kierunku nie przesądza. I to jest właśnie cenne.

VI. Czwarta refleksja glosatorska wiąże się z deskrypcją unormowań wywołanej w tezie wyroku dyrektywy MiFID, która w momencie zawązania sporu nie została jeszcze implementowana w prawie polskim¹². Sprawę trzeba postawić prosto i jasno: Sąd Najwyższy niedwuznacznie twierdzi, że nie ma to żadnego znaczenia. Rozwiązania przewidziane w art. 19 dyrektywy ukształtowały treść stosunku, chociaż dyrektywa nie została jeszcze wówczas przetransponowana i nie miała swoich odpowiedników wśród unormowań prawa polskiego. Ale uwaga: nawet jednak gdyby miała – to i tak nie mogłaby zostać zastosowana

¹¹ C.K. Norwid, *Ogólniki*, w: *Vade-mecum. Podobizna autografu*, Warszawa 1947.

¹² Już dwie dekady temu, w połowie lat 90., w prawie austriackim poglądy na kwestię obowiązku informowania klienta o ryzyku związanym z umowami różnicowymi skryształizowała judykatura. Działo się to w okresie, kiedy nie obowiązywały jeszcze uregulowania ustawowe (a nawet unijne), na podstawie których instytucje finansowe winny były udzielać klientom informacji o wzmożonym ryzyku związanym z tego typu czynnościami. Szerzej zob. P. Bydliński, *Aufklärungspflichten der Bank bei Geschäften mit Wertpapieren und Derivatn nach osterreichischem Recht*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1996, nr 4, s. 290.

in concerto. Regulacja przewidziana w przepisie art. 19 dyrektywy MiFID została bowiem przetransponowana nie do Prawa bankowego, ale do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, gdzie jego odpowiednikiem (częściowym) jest przepis art. 83a ust. 3 u.o.i.f.¹³. Gdyby nawet dyrektywa MiFID została implemmentowana o czasie, to i tak nie byłoby formalnych podstaw zastosowania jej rozwiązań w sporze, ponieważ „terminowe operacje finansowe” to czynność bankowa, a nie czynność maklerska. Tymczasem ustawa o obrocie instrumentami finansowymi nie reguluje czynności bankowych. Oprócz tego nie ma zastosowania do banków, lecz do firm inwestycyjnych.

Jeżeli więc bank występuje jako bank, to regulacja ustawy o obrocie instrumentami finansowymi nie wiąże go, a zatem głównej myśli z art. 19 dyrektywy MiFID bank nie musi (nie musiał) respektować. Jeżeli zaś bank występuje jako firma inwestycyjna (np. jako bank prowadzący działalność maklerską), to głównej myśli z art. 19 dyrektywy MiFID również nie musi (nie musiał) respektować, ponieważ „terminowe operacje finansowe” nie są czynnością maklerską, ale bankową. Inna rzecz, że w praktyce przygotowanie transakcji opcyjnej nie należy do kompetencji jednostek banku zajmujących się prowadzeniem działalności maklerskiej, lecz departamentów skarbowych albo zagranicznych. Status domu maklerskiego nie ma więc znaczenia przy ocenie sprawy, ponieważ dokonana czynność wiązała bank jako osobę prawną (art. 38 oraz art. 95 § 2

k.c.), nie zaś jego jednostkę organizacyjną (bez względu na jej status, usytuowanie w strukturze banku i wycinek prowadzonej działalności).

Prawo polskie i prawo unijne z formalnego punktu widzenia należą do dwóch różnych porządków normatywnych¹⁴. Nie ma więc podstaw do krzyżowego porównywania norm w celu przeprowadzenia zabiegu wykładni systemowej i w taki sposób wysnucia wniosków na temat dyspozycji i hipotez norm. Dyrektywy nie wiążą wprost. Ponadto zakres zastosowania dyrektywy MiFID w porównaniu z zakresem zastosowania ustawy o obrocie instrumentami finansowymi jest różny, a oprócz tego zakres zastosowania dyrektywy MiFID został zaprojektowany w taki sposób, żeby objąć najszerszy możliwy krąg profesjonalistów branży finansowej. Takie ujęcie (za pomocą skonfrontowania kryteriów podmiotowych i przedmiotowych dwójki rodzaju; zob. art. 1 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz załącznik nr 1 dyrektywy MiFID) jest sposobem na efektywną implementację, a nie podstawą dywersyfikacji standardów staranności firm inwestycyjnych różnych kategorii, dokonujących różnych czynności prawnych.

Dobrze więc się stało, że także i w tym przypadku Sąd Najwyższy sformułował myśl ogólną. Rozwiązania przewidziane w dyrektywie MiFID w czasie powstawania spornych stosunków nie obowiązywały, ale wiązały i determinowały treść zobowiązań, ponieważ stanowiły element spuścizny wówczas (oraz dzisiaj) panujących stosunków społecz-

¹³ Z komentarzem mojego autorstwa. Zob. *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Warszawa 2012, s. 1152–1160.

¹⁴ Zob. szerzej *Pluralizm prawny. Tradycje, transformacje, wyzwania* (red. D. Bunikowski, K. Dobrzeński), Toruń 2009.

nych jako wyraz uczciwości, rzetelności, sumiennosci, lojalności itp. Klientom banków obszerne informacje przedkontraktowe należały się więc, i to podane w taki sposób i w takim zakresie, żeby klienci rozumieli swoje położenie, nie zaś tylko w celu formalnego zwolnienia się z obowiązku przez bank. Właśnie dlatego wyeksponowany w uzasadnieniu wyroku podział banków na dwie grupy (banki niemaklerskie i maklerskie) nie ma decydującego znaczenia. Standard staranności banków jest uniwersalny, bez względu na rodzaj wykonywanych czynności (bankowe, maklerskie).

Ze względu na tak ukształtowany, uniwersalny standard staranności bankowej deskrypcja art. 70 ust. 3 u.o.i.f. również należy do kwestii w sprawie nieistotnych, ale dobrze się stało, że Sąd Najwyższy odniósł się także i do tego zagadnienia. Eksponowanie przez banki w licznych sporach akurat argumentów wynikających z tego unormowania stwarza iluzję istnienia w prawie polskim luki regulacyjnej, charakterystycznej ze względu na brak obowiązku staranności, uczciwości, lojalności, dbałości o najlepiej pojęty interes klienta, udzielania informacji itp. – ale tylko w zakresie wykonywanych czynności bankowych, skoro art. 70 ust. 3 u.o.i.f. przewiduje wyłączenie pewnych czynności z kręgu działalności maklerskiej. Trudno zrozumieć jednak intensywne zabiegi banków w uzasadnianiu skutków zastosowania art. 70 ust. 3 u.o.i.f., ponieważ nie dotyczy on ani przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, ani miary staranności, ani zakresu obowiązków umownych.

VII. Piątej refleksji glosatorskiej najbliższej do przedmiotu zobowiązania pomiędzy bankiem a klientem, ponieważ koncentruje się ona na bardzo ważnym

pytaniu – czy bank jest informatorem, czy też doradcą klienta i jaki jest wpływ jakości komunikacji werbalnej pomiędzy tymi osobami na sferę odpowiedzialności odszkodowawczej banku. Ten odcinek ma charakter generalny i na pewno wywód Sądu Najwyższego oraz samo wywołanie tej kwestii ma znakomite znaczenie także na gruncie stosunków bankowych przewidujących obowiązek spełnienia świadczenia innego rodzaju oraz na gruncie stosunków z udziałem instytucji finansowych i firm inwestycyjnych w ogólności.

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wyeksponował wątek „funkcji czysto informacyjnej” kontaktów między stronami oraz „przekształcenia obowiązku lojalności banku wobec kontrahenta w obowiązek rzetelnej informacji o charakterze doradczym”. To kluczowe frazy pozwalające na ocenę roli profesjonalisty w procesie decyzyjnym przy dokonywaniu przez jego klienta czynności prawnych (bankowych, maklerskich). Jak się wydaje, nie chodzi tutaj jednak o samą trudność zakwalifikowania komunikatów adresowanych do klienta jako rad (porad) albo „czystych informacji” (neutralnych behawioralnie), ale o ustalenie, w jakim zakresie owe komunikaty wpłynęły na sferę motywacyjną i motoryczną kontrahentów banków. W przypadku zobowiązań przewidujących obowiązek udzielenia rady przeznaczonej do wykorzystania (zob. np. art. 69 ust. 4 pkt 3 i 4 u.o.i.f.), na ogół przewidziane są wyłączenia bądź ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika za skutki wykorzystania przez wierzyciela udzielonej rady, w postaci podjęcia określonego w osnowie rady zachowania konwencjonalnego. Dla odmiany w przypadku zobowiązań informacyjnych tego typu klauzule nie są spotykane, ponie-

waż świadczenie polega tutaj na udzieleniu neutralnej informacji sprawozdawczej nieprzeznaczonej do wykorzystania, lecz tylko do wiadomości wierzyciela (np. art. 728 i 740 k.c.). Informowanie to opis stanu rzeczy, a doradztwo polega na udzielaniu wskazówek. Informacja jako rodzaj komunikatu werbalnego daje odpowiedź na pytanie „jak jest”, natomiast porada – „co robić”.

W dyskusji nad znaczeniem komunikatów sformułowanych przez banki nie można bagatelizować uwarunkowań psychicznych i sposobu oddziaływania języka (komunikatu) na sferę motywacyjną. Nie można na przykład mówić o czysto informacyjnej funkcji języka w kontekście marketingowo-reklamowym. Język tworzy rzeczywistość z racji funkcji performatywnej oraz sugestywnej. Kształtuje więc motywację, wpływa na pobudki, wolę i działanie. Marketing jest pragmatyczną dziedziną wiedzy zainteresowaną skutecznym oddziaływaniem. Banki komunikują się ze swoją klientelą nie tylko w celu czysto informacyjnym, ale również po to, żeby wpływać na ich postawę. W szczególności, banki informują klientów o oferowanych „produktach” nie tylko po to, aby klienci o produktach wiedzieli. Ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje to przecież zaproszenia do zawarcia umowy (art. 71 k.c.).

Wysunięty przez Sąd Najwyższy problem znaczenia informacji można zatem rozwinąć i zadać pytanie, jaki wpływ na odpowiedzialność odszkodowawczą banku ma praktyczne wykorzystanie przez klienta oświadczeń wiedzy zawartych w treści komunikatu sformułowanego przez bank. Odpowiedź może być zaskakująco prosta: lapidarne, jednostkowe komunikaty sprawozdawcze (infor-

macje „do wiadomości”) odpowiedzialności banku nie zrodzą, jeżeli klient zastosuje się do nich (z zastrzeżeniem prawdziwości, rzetelności, kompletności itp.), w przeciwieństwie do komunikatów aktywnych (porad „co robić”) o charakterze wyczerpującym, repetowanych, pogłębianych w dialogu zrodzonym z pytań. Behawioralne oddziaływanie komunikatów wyczerpujących, wnikliwych, częstotliwych, ponawianych, pochodzących od osób znanych i darzonych zaufaniem – jest większe. Czym większy wpływ banku na sferę motywacyjną klienta, o czym świadczy jakość komunikacji, tym trudniej bankowi uzasadnić zarzut samodzielności klienta w myśleniu i działaniu. Kontrahent banku ma prawo komuś wierzyć i ufać, tym bardziej w warunkach specjalizacji zawodowej i dłuższej pomyślniej współpracy na różnych płaszczyznach. Strategia zdobywania i utrzymywania klientów bankowych opiera się przecież na osiągnięciu efektu w postaci zadowolenia klienta ze względu na trafność dokonywanych czynności na podstawie otrzymanych porad. Różnica pomiędzy istotą oraz skutkami informowania i doradzania jest więc stosunkowo łatwo uchwytna.

Morfologia i mechanizm działania opcji walutowych należą do zagadnień relatywnie skomplikowanych. W fazie przedkontraktowej banki dość obszernie i chętnie tłumaczyły klientom założenia podstawowe i niuanse, zachwalając zalety i eksponując wady – ale jak się okazało w niektórych przypadkach, nie dość wnikliwie w zakresie informacyjnym (z naruszeniem reguł MiFID), lecz z mocno przyłożonym akcentem na sferę oddziaływania motywacyjnego. Po spotkaniach z doradcami (nie zaś informatorami) bankowymi klienci wiedzieli, co mają robić,

żeby osiągnąć oczekiwany skutek, i jak dokładnie zachować się: jaki konkretny rodzaj umowy partykularnej wybrać do zawarcia, jakie wartości wstawić do modelu, jakie terminy wymagalności ustanowić, jakie kursy walut powinny aktywować poszczególne skutki dokonanej czynności itd. Co więcej – w pewnych przypadkach to banki samorzutnie i z własnej inicjatywy (jako doradcy) komunikowały się z klientami na temat aktualnej sytuacji rynkowej w zakresie wahań kursów walut i perspektyw tego procesu, przypominając niejako o zmianach gospodarczego ryzyka związanego z zaniechaniem zawarcia umowy walutowej. Otoczony taką opieką klient mógł czuć się bezpiecznie w towarzystwie „specjalistów od praw pochodnych”.

Roli banków nie można oczywiście demonizować, ponieważ przedsiębiorcy uwikłani w opcje walutowe też przecież swój rozum mają. Problem jednak w tym, że percepcja klientów powinna być doskonała, aby bank mógł przerzucić ciężar wszystkich skutków podjętej decyzji na klienta. Tylko klient doskonale zorientowany ma możliwość podjęcia suwerennej decyzji, jeżeli jest – oprócz tego – prawidłowo poinformowany zgodnie z wysokim standardem informacyjnym, nie zaś za pomocą folderu z wykresami. Pojawia się zatem przy tej okazji problem stopnia profesjonalizmu kontrahentów banku, relewantnego dla zakresu odpowiedzialno-

ści odszkodowawczej banku (art. 362 k.c.), co pociąga za sobą potrzebę stworzenia modelu klienta w pełni odpowiedzialnego za własne działania oraz modelu klienta, który może jednak oczekiwać przerzucenia pewnych skutków własnego działania na bank-doradcę. Dość symptomatyczny jest kierunek wytyczony w prawie niemieckim. Otóż biegły rewident, który dodatkowo w pracy naukowej zajmował się obligacjami opcyjnymi i kontraktami terminowymi, nie może być automatycznie uznany za posiadającego wystarczającą wiedzę o wszelkich transakcjach pochodnych¹⁵. Jak się wydaje, takiej cechy nie można więc raczej przypisać głównej księgowej czy też przedsiębiorcy transportowemu.

VIII. Na zakończenie refleksja szósta – deontologiczna. Od pewnego czasu można zauważyć w orzecznictwie sądów wyższych instancji skłonność do oceny stosunków prywatnoprawnych za pomocą kryteriów normatywnych, które nie mieszczą się w konstytucyjnym katalogu źródeł prawa. Takim kryterium jest etyka zawodowa sprowadzona do postaci kodeksu deontologicznego¹⁶. Eksploatacja w prawie prywatnym względów etyczno-moralnych, zwłaszcza w sprawach o znaczne wartości sporne, na pierwszy rzut oka stwarza wrażenie próby zaciemniania istotnych konkluzji przejściem na labilny grunt klauzul ge-

¹⁵ Zob. M. Korpalski, *Obowiązek informacyjny...*, s. 74.

¹⁶ Zob. np. wyrok SN z 1 grudnia 2006 r., I CSK 315/06, OSNC 2007, z. 1, poz. 169 z glosą K. Zacharzewskiego, „Glosa” 2008, nr 4, s. 105; wyrok SA w Poznaniu z 30 stycznia 2008 r., I ACa 1040/07, niepubl.; wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., III ZS 4/09, OSNP 2011, z. 15–16, poz. 221; wyrok SN z 8 lipca 2010 r., II CSK 108/10, OSNC-ZD 2011, z. 1, poz. 14; wyrok SA w Warszawie z 15 lutego 2011 r., I ACa 852/10, OSA-Warszawa 2011, z. 2, poz. 14; wyrok SN z 21 czerwca 2011 r., I CSK 559/10, OSNC 2012, z. 2, poz. 25.

neralnych. To przecież oczywiste, że niewykonanie zobowiązania albo wyrządzenie szkody czynem niedozwolonym, jako uchybienie względem moralno-etycznym jest naganne i zasługuje na napiętnowanie. Zasługuje, owszem, ale za pomocą sankcji adekwatnych dla tego samego systemu normatywnego (hipoteza normy, dyspozycja i sankcja muszą należeć do tego samego systemu normatywnego, żeby można było uzasadnić wymierzenie sankcji). Osobom dotkniętym skutkami negatywnie ocenianych zachowań banków nie sprawią jednak satysfakcji wyrzuty sumienia, wewnętrzne rozdarcie, napady melancholii albo bezsenność personelu bankowego spowodowana wzmocnionym napięciem psychicznym po doprowadzeniu klienta do zawarcia transakcji opcyjnej. Nie o takie skutki (tj. sankcję rozsianą) naruszenia etyki zawodowej z pewnością chodzi.

Naruszeniom norm etyki zawodowej towarzyszą również skutki prawne, nie wyłączając płaszczyzny odpowiedzialności odszkodowawczej w wymiarze kontraktowym, oraz deliktowym. Żeby już niepotrzebnie nie przeciągać wyводу¹⁷ wystarczy zasygnalizować, że zestawienia etyki zawodowej konkretyzują moralność ogólną pod kątem pragmatyki środowisk zawodowych oraz kompilują pozaumowne wyznaczniki wykonywania czynności zawodowych, m.in. w zakresie sposobu wykonywania zobowiązań. Wyznaczają też standard postępowania

przydatny do oceny zdarzeń jako bezprawyńch obiektywnie. Postanowienia zawarte w kodeksach deontologicznych mają więc wpływ na treść stosunku prawnego (umownego albo odszkodowawczego), ponieważ konkretyzują generalne klauzule odsyłające do innych systemów normatywnych. Tą drogą naruszenie etyki zawodowej może zostać zakwalifikowane jako niewykonanie zobowiązania (zob. kryteria z art. 354 k.c.) albo czyn niedozwolony.

Nawiązując do deontologii bankowej, Sąd Najwyższy wyraźnie zaczerpnął z koncepcji prawa natury. Orzeczenie w pewnej mierze rozstrzyga zagadnienie opcyjne z perspektywy aksjologicznej. To ważna wiadomość, zwłaszcza w związku z tym, że uzasadnienie orzeczenia nieoczekiwane dla praktyki minimalizuje znaczenie tych odniesień sformułowanych we wnioskach skargi kasacyjnej, które stworzyłyby podłoże do dogmatycznej egzegezy licznych istotnych, wyłaniających się w sprawie zagadnień szczegółowych, przez Sąd pominiętych (zob. refleksja druga). W uzasadnieniu orzeczenia nie znajdziemy obszernych *passusów* poświęconych wykładni przepisów obowiązującego prawa w zakresie „ustalenia nieważności umowy oraz zwrotu nienależnego świadczenia, ewentualnie zasądzenia odszkodowania, ewentualnie rozwiązania umowy i zwrotu nienależnego świadczenia, ewentualnie zmiany umowy i zwrotu nienależnego świadczenia” (zob. wnioski

¹⁷ Zob. szerzej K. Zacharzewski, *Znaczenie kodeksów deontologicznych w dziedzinie prawa prywatnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 6; tenże, *Etyki deontologiczne. Prawo korporacji zawodowych*, w: *Pluralizm prawny. Tradycje, transformacje, wyzwania* (red. D. Bunikowski, K. Dobrzeński), Toruń 2009; tenże, *Wpływ kodeksów deontologicznych na powstawanie, treść i wykonywanie zobowiązań umownych*, w: *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań* (red. E. Gniewek, K. Górńska, P. Machnikowski), Warszawa 2010; tenże, *Deontologia bankowa w wymiarze praktycznym*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 4–5.

skargi kasacyjnej). Takich jednoznacznych konkluzji orzeczenie nie osiąga, forsując w uzasadnieniu kierunek odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu naruszenia powinności przedumownych. Wpływ naruszenia powinności przedumownych na zobowiązanie w fazie wykonywania nie został jednak przesądzony. Bardziej uzasadniona jest tutaj sankcja w postaci wadliwości zobowiązania (ze względu na art. 58 k.c. lub art. 353¹ k.c.), niż tylko sankcja odszkodowawcza *ex post* (niedopełnienie powinności przedumownych nie oznacza jeszcze tego, że spełnione świadczenie utraci swoją podstawę wg art. 410 § 2 k.c. i uzyska status nienależnego, chociaż może też przesądzić taką kwalifikację).

Sąd Najwyższy dwukrotnie nawiązał w uzasadnieniu wyroku do aspektów deontologicznych – w obu przypadkach w odniesieniu do powinności informacyjnych banku względem klienta (standard staranności banku mogą konstruować obowiązki informacyjne wynikające z tzw. kodeksu dobrej praktyki bankowej; dla przyjmowania obowiązku doradztwa inwestycyjnego mogą mieć znaczenie postanowienia tzw. kodeksu

dobrej praktyki bankowej). Określenie konsekwencji naruszenia powinności informacyjnych (w wymiarze świadczenia informacji albo porady) jest jednym z trudniejszych zagadnień w sytuacji, gdy ustawodawca nie rozstrzyga skutków poinformowania albo nie poinformowania oraz skutków wiedzy albo niewiedzy, w drodze ustanowienia domniemań prawnych, które mogą służyć pomocą jako uproszczenie dowodu w postaci nadania przejawom komunikowania charakteru faktu stanowiącego podstawę domniemania.

Nic nie stoi jednak na przeszkodzie temu, aby w sprawach opcyjnych wprawnie konstruować wnioski dowodowe na podstawie art. 231 k.p.c. Nic nie stoi też na przeszkodzie, aby już na zakończenie przypomnieć w pełnym brzmieniu przepisu ust. 2 rozdziału V Zasad Dobrej Praktyki Bankowej w wersji z 21 kwietnia 2009 r.: „Sprawą honoru pracownika banku powinna być odpowiedzialność za wypowiedane przez niego słowa, którymi powinien czuć się związany tak, jak formalnie sporządzonym dokumentem”.

Konrad Zacharzewski