

Prof. dr hab. Ewa Łętowska

Warszawa, 17 sierpień 2020 r.

Pan
Cezary **STYPUŁKOWSKI**
Prezes Zarządu mBank S.A.
ul.Senatorska 18
00-950 Warszawa

Dziękuję za list. Na wstępie powinnam jednak wyjaśnić, że od 28 lat nie jestem już Rzecznikiem Praw Obywatelskich, mimo, że w tym charakterze Pan do mnie się zwraca.

Obecnie, Rzecznikiem VII kadencji, jest dr hab. Adam Bodnar, w którego urzędzie od ponad roku działa Forum Konsumenckie, zajmujące się m. in. problematyką ochrony konsumentów przed abuzywnymi praktykami profesjonalistów. Moja aktywność w ramach tego ciała) która - jak przypuszczam - spowodowała Pana reakcję, jest działalnością ekspercką jako profesora prawa. I w tym charakterze kreślę niniejszą odpowiedź.

Wymiana dóbr i usług, odbywa się w ramach i na podstawie prawa cywilnego i handlowego, co oczywiście powoduje, że kwestie gospodarcze (a zwłaszcza zakres godnych ochrony przez prawo interesów uczestników wymiany) są przedmiotem reglamentacyjnej działalności prawa. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy prawo ogranicza swobodę stron w kształtowaniu stosunków umownych uznając, że pewne interesy, zwłaszcza silniejszych, profesjonalnych uczestników obrotu nie powinny doznawać ochrony.

Od dawna bowiem historycy gospodarki (np. Fernand Braudel) zauważyli, że iż zysk pochodzi nie tyle z realizacji zasad rynkowej gospodarki konkurencyjnej (czyli prawa umów, zasad prowadzenia przedsiębiorczości), ile - przeciwnie - z ich nagięcia i obchodzenia. Prawo cywilne i handlowe wbrew temu, co samo deklaruje i czego od niego oczekujemy, bywa wykorzystywane patologicznie i instrumentalnie w służbie zysku, polityki czy rozrywki, w egoistycznym interesie tego, kto potrafi chytrze się nim posługiwać. Spryt, pomysłowość i dysponowanie dużym kapitałem powodują, że instrumenty prawne, dzięki którym uprawia się byznes, stają się same w sobie

swoistym „kapitałem” dla umiającego nim władać. Prawo, z którego granicami umiętnie się eksperymentuje, wyeksploatowane interpretacyjnie do granic cierpliwości i wydolności intelektualnej sędziów, bywa samo w sobie instrumentem *legal harassment*, kierowanego przeciw słabszym uczestnikom rynkowych gier.

Jako reakcja na ten stan rzeczy, w XX w. zaczęło się wykształcać prawo konsumenckie, które w UE rozwinęło się w spektakularny sposób, a to także dzięki *acquis communautaire* wytworzonemu przez TSUE. Kwestie dotyczące klauzul abuzywnych - w ogólności i dotyczące kredytów (m.in. walutowych i indeksowanych) w szczególności, stanowią pokazną część tego dorobku.

Prawo europejskie (dyrektywa 93/13 i dotyczące jej ciągle narastające, w ostatnich latach bardzo dynamicznie orzecznictwo TSUE) w jasny sposób stawia sprawę: posługiwanie się klauzulami abuzywnymi jest praktyką naganną, stosowaną przez profesjonalistów, przed którą trzeba konsumenta chronić, m. in. przewidując nieskuteczność takich klauzul. To otwiera drogę do dalszego (już krajowego) postępowania sanacyjnego, gdzie dalsze losy umowy pozbawionej klauzuli abuzywnej mogą układać się w różny sposób, zawsze jednak w granicach wskazywanych przez dorobek TSUE. Co ważne, w tej sytuacji prawo UE wymaga, aby konsument tu zachowywał decydujący głos, aby nie był uszczęśliwiany na siłę przez „wiedzącego lepiej” silniejszego partnera umowy, co tłumaczy się tezą, że konsekwencje posługiwania się niedozwolonymi klauzulami powinny się wiązać z sankcjami odstraszającymi od takich praktyk. Prawo jest po to, aby temperowało chęć (uniwersalną) profesjonalistów do posługiwania się klauzulami abuzywnymi.

W Polsce kredyty frankowe (niektórzy kwestionują to określenie wskazując, że w rzeczywistości chodziło od początku o kredyty złotówkowe, z instrumentem finansowym umożliwiającym spekulacyjną grę, w której ryzyko było przerzucone na konsumenta dzięki odpowiedniej konstrukcji klauzuli indeksacyjnej) są przykładem świadomego wykorzystania przez banki możliwości inkorporowanych w użycie tego rodzaju instrumentu. W niektórych krajach, w umowach konsumenckich wprost zakazuje się podobnych gier spekulacyjnych. Polskie sądy, nie umięjąc sprawnie posługiwać się prawem europejskim, były utrzymywane w błędnym przekonaniu (przy aktywnej roli prawników obsługujących banki), że aksjologia obrotu gospodarczego i obowiązujące prawo **wymagają** od nich znalezienia narzędzia, które w „jakoś”

podzieli między obie strony, ryzyko nieprzewidzianej (ani przez konsumenta, ani przez banki - czy rzeczywiście?) aprecjacji waluty indeksacyjnej. I sądy to robiły. Tymczasem aksjologia obrotu gospodarczego przyjmowana jako założenie orzeczeń TSUE o kredytach frankowych - to założenie podziału po prostu **wyklucza**. Przez wiele lat w Polsce udawano, że europejskie prawo konsumenckie jest inne niż jest i lansowano - czasem bardzo agresywnie - taki właśnie jego obraz w sądach, które to błędnie aprobowwały.

Od 2006 r. koła finansowe w Polsce były świadome ryzyk i nieprawidłowości wiążących się ze wskazaną kategorią kredytów. Nie mogły się jednak zdecydować: czy zrezygnować z lukratywnych dla banków i popularnych także w społeczeństwie i wśród polityków kredytów, czy jednak takie ryzyko podjąć. Zdecydowano się na drugie rozwiązanie. Jak przypuszczam m.in. dlatego, że sądzono, iż uda się utrzymać naruszającą prawo UE linię orzecznictwa sądowego i że odpowiednia konstrukcja umów umożliwi przerwyczenie negatywnych skutków zmiany wartości waluty na konsumentów, ciągle zapewniając jednak jakąś opłacalność operacji. Niedostateczna wiedza sądów o aksjologii prawa konsumenckiego była gwarantem braku ryzyka prawnego w wypadku tej ewentualności. Nawet Rekomendacja S (z lipca 2006 r.) spotkała się z bardzo negatywnym przyjęciem ze strony polityków i ekonomistów, jakkolwiek nawet ona - zdaniem NIK - nie oddawała skali ryzyka walutowego. Świadomości tej nie mieli i mieć nie mogli konsumenci. Ustawa antyspreadowa nie usuwała tego stanu rzeczy. W raporcie NIK z 2018 r. podkreślono, że administracja państwowa nie była w stanie skutecznie przeciwdziałać zagrożeniom, wynikającym z charakteru kredytów walutowych oraz z nieuczciwych praktyk banków. W 2015 r. sami przedstawiciele banków zwrócili uwagę na fakt, że „sektor bankowy nie dysponuje żadną miarodajną analizą ryzyk dla systemu bankowego związanych z udzielaniem przez banki kredytów walutowych dla klientów indywidualnych, a jedynie bardzo ogólną wiedzą, że skala i udział tych kredytów w zadłużeniu ludności rośnie”. Wykonanie takiej analizy przez nadzór bankowy uznano wówczas za niezbędne. Tego jednak nie zrobiono. Nie podjęto także (do tej pory zresztą to trwa) żadnych prób renegocjacyjnych z klientelą. Był na to czas jeszcze kilka lat temu. Brnięto jednak w procesy w nadziei zapewne, że utrzyma się korzystny dla banków, a sprzeczny z prawem UE trend orzeczniczy (sprawa arbusowa: powództwo zbiorowe ponad 1200 osób, SN II CSK 768/14; redukcja utrzymująca zobowiązanie).

Historia kredytów frankowych (złotówkowych indeksowanych) jest bardzo pouczająca także dlatego, że ujawnia gry i działania lobbystyczne. Jak sądzę zabiegi o likwidację stanowiska Rzecznika Finansów także tu się mieszczą. Przykłady innych krajów, gdzie istniały podobne problemy, ilustrują naciski na sądy i sędziów, próby pozyskiwania wpływów w profesurze, aby mieć wpływ na dyskurs akademicki. Manipulowano fałszywymi informacjami dotyczącymi taniości kredytów walutowych (indeksowanych) w porównaniu do kredytów w walucie rodzimej. Nie mam powodu przypuszczać, że Polska jest wyjątkową oazą dobrego obyczaju bankowego. Zwłaszcza, że jestem od dłuższego czasu świadkiem działań mających antagonizować różne grupy kredytobiorców, a także obrażających moją wiedzę fachową ekwilibrystycznych twierdzeń, że zwrot świadczeń banku na zasadzie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu „jednak wymaga” naliczenia odsetek za korzystanie z kapitału. Wielokierunkowa, prowadzona przy użyciu wielu technik i środków, ofensywa wizerunkowo-lobbystyczna nakierowana była przede wszystkim na lansowanie ukierunkowanej interpretacji znaczenia wyroków TSUE i następstw konkretnych judykatów.

W swym liście przedstawia Pan analizy, mające mnie przekonać, że w interesie konsumentów leży tolerancja dla praktyki (zakazanego przez orzecznictwo TSUE) podziału ryzyka posługiwania się klauzulami abuzywnymi. Nie wątpię, że orzecznicza praktyka TSUE jest rzeczywiście dla banków niekorzystna. Tyle, że z kolei prawo konsumenckie wymaga, aby prawnik krajowy w pełni szanując orzecznictwo TSUE wyznaczające ramy dla prawa krajowego, bezpośrednio zajmującego się sanacją umów z klauzulami abuzywnymi, znalazł takie konstrukcje w tym prawie, aby umożliwiło to harmonijną implementację na gruncie krajowym prawa UE. Spełniając to zadanie, opracowałam dla Forum Konsumenckiego artykuł-ekspertyzę (nieodpłatnie, aby była całkowita jasność) „Kwalifikacje prawne w sprawach o sanację kredytów frankowych - *da mihi factum dabo tibi ius*”. Wskazano tam konstrukcję, zapewniającą implementację orzecznicza wyroków TSUE przy wykorzystaniu prawa rodzimego. Nie widzę powodów (chyba że nastąpi jakaś zmiana w prawie UE), abym powinna była to stanowisko zmieniać.

Mam nadzieję, że przedstawiłam jasno mój punkt widzenia, inspirowany chęcią jak najlepszego wywiązania się z mej zawodowej roli, a także świadomością

ekonomicznego zaplecza jakie kryje się w tle kredytów walutowych. Śledzę wystąpienia w tej sprawie od lat. Nie jestem bezkrytyczna wobec nadmiernych aspiracji zgłaszanych przez wszystkie strony konfliktu. I nie ograniczam się do tego, co czytam w ramach „wojny na interpretacje” w piśmiennictwie krajowym, ale uwzględniam i to, co inspiruje krytyczną ocenę TSUE. Ufam, że robię to ze zrozumieniem i umiem dostrzec (i odróżnić) zarówno deklaracje, jak i kryjące się pod nimi aspiracje i interesy. A w ramach tych ostatnich wiem, gdzie leży wytyczona przez prawo UE granica między interesami podlegającymi i nie podlegającymi ochronie.

Łączę wyrazy szacunku

.