



Uniwersytet
Wrocławski

TOMASZ TOMCZAK

**ZABEZPIECZENIA AKCESORYJNE
W KREDYTOWANIU KONSORCJALNYM
– PROBLEM SEPARACJI PODMIOTOWEJ**



**Zabezpieczenia akcesoryjne
w kredytowaniu konsorcjalnym
– problem separacji podmiotowej**



Najwyższa
kategoria
naukowa A+



**UCZELNIA
BADAWCZA**
INICJATYWA DOSKONAŁOŚCI

Dostęp online: <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/133160>

DOI: 10.34616/23.21.002

Tomasz Tomczak
Uniwersytet Opolski
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Gospodarczego i Finansowego
ORCID: [0000-0002-8499-4553](https://orcid.org/0000-0002-8499-4553)

Zabezpieczenia akcesoryjne w kredytowaniu konsorcjalnym – problem separacji podmiotowej

**Rozprawa doktorska napisana pod kierunkiem naukowym
dr. hab. Piotra Marcina Wiórka, LL.M.**

Praca obejmuje stan prawny na dzień 1 października 2019 r.

Wrocław 2021

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Ewa Galyga-Michowska – członek

mgr Bożena Górna – członek

mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Recenzenci: *prof. ucz. dr hab. Konrad Osajda, LL.M., Uniwersytet Warszawski;*

dr hab. Bartłomiej Swaczyna, Uniwersytet Jagielloński

© Copyright by Tomasz Tomczak

Korekta: *Szymon Makuch*

Projekt i wykonanie okładki: *Natalia Lewandowska*

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszcza, eBooki.com.pl*

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-66601-32-1 (druk)

ISBN 978-83-66601-33-8 (online)

*Niniejszą książkę dedykuję
mojej najbliższej rodzinie:
Wiesławie Tomczak (mojej Mamie),
Bogdanowi Tomczakowi (mojemu Tacie),
Marcinowi Tomczakowi (mojemu starszemu Bratu),
Krzysztofowi Tomczakowi (mojemu Bratu bliźniakowi)
oraz
Natalii Lewandowskiej (mojej Dziewczynie)*

Spis treści

WYKAZ SKRÓTÓW	15
WSTĘP – PRZEDMIOT I CEL PRACY ORAZ ZAGADNIENIA METODOLOGICZNE	17
1. ISTOTA PROBLEMU	17
2. CELE PRACY	18
3. GŁÓWNE TEZY PRACY	18
4. STRUKTURA PRACY	20
5. UWAGI METODOLOGICZNE	21
ROZDZIAŁ 1. KREDYTOWANIE KONSORCJALNE, ZABEZPIECZENIE WIERZYTELNOŚCI ORAZ ZABEZPIECZENIE AKCESORYJNE – ZAGADNIENIA PODSTAWOWE	25
1.1. KREDYTOWANIE KONSORCJALNE	25
1.1.1. Wstęp	25
1.1.2. Historia i regulacja normatywna kredytowania konsorcjalnego	26
1.1.3. Potrzeba, pojęcie i struktura kredytowania konsorcjalnego	28
1.1.3.1. Potrzeba instytucji kredytowania konsorcjalnego	28
1.1.3.1.1. Potrzeba instytucji kredytowania konsorcjalnego – potrzeba kredytobiorcy	28
1.1.3.1.2. Potrzeba instytucji kredytowania konsorcjalnego – potrzeby kredytodawcy	29
1.1.3.2. Pojęcie kredytowania konsorcjalnego i jego podstawowa struktura	30
1.1.3.3. Struktura kredytowania konsorcjalnego a zabezpieczenie takiego kredytowania	36
1.1.3.4. Agent do spraw zabezpieczeń w strukturze kredytowania konsorcjalnego	37
1.1.4. Standaryzacja kredytowania konsorcjalnego	39
1.2. ZABEZPIECZENIE WIERZYTELNOŚCI KREDYTOWYCH	40
1.2.1. Wstęp	40
1.2.2. Brak przepisów ogólnych dotyczących zabezpieczenia wierzytelności	40
1.2.3. Niemożliwość stworzenia powszechnie akceptowalnej definicji „zabezpieczenia wierzytelności”	41
1.2.4. Zabezpieczenia ustanawiane w przypadku kredytowania konsorcjalnego	45
1.2.5. Podziały zabezpieczeń wierzytelności	47
1.3. AKCESORYJNOŚĆ ZABEZPIECZEŃ	49
1.3.1. Pojęcie akcesoryjności	49
1.3.2. Płaszczyzna podmiotowa akcesoryjności	52
1.3.3. Istota problemu pojawiającego się na gruncie płaszczyzny podmiotowej	54
1.3.4. Katalog akcesoryjnych zabezpieczeń na gruncie płaszczyzny podmiotowej	55
1.3.4.1. Przelanie zabezpieczonej wierzytelności a separacja podmiotowa	57

1.3.4.1.1. Jakie zabezpieczenia można uznawać za „związane” w rozumieniu art. 509 § 2 k.c.?	58
1.3.4.1.2. Bezwzględny czy względny charakter art. 509 § 2 k.c.?	60
1.3.4.2. Obrót samym zabezpieczeniem a separacja podmiotowa	61
1.3.4.3. Budowanie katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych	66
1.3.4.3.1. Istota braku separacji podmiotowej	67
1.3.4.3.2. Zabezpieczenia Akcesoryjne a zabezpieczenia rzeczowe	70
1.3.4.3.3. Zabezpieczenia Akcesoryjne a zabezpieczenia osobiste	77
1.3.4.3.3.1. „Naturalne granice” autonomii woli	79
1.3.4.3.3.2. Granice wynikające z art. 353 ¹ k.c.	81
1.3.4.3.3.2.1. Ustawa jako granica swobody umów	81
1.3.4.3.3.2.2. Zasady współzycia społecznego jako granica swobody umów	82
1.3.4.3.3.2.3. Właściwość (natura) stosunku jako granica swobody umów	83
1.3.4.4. Katalog Zabezpieczeń Akcesoryjnych	85
1.4. PODSUMOWANIE	88
ROZDZIAŁ 2. ZABEZPIECZENIE WIERZYTELNOŚCI W PRZYPADKU KREDYTOWANIA KONSORCJALNEGO – ROLA AGENTA ZABEZPIECZEŃ	91
2.1. ZBIOROWOŚĆ I WIELOŚĆ ZABEZPIECZEŃ WYSTĘPUJĄCA W PRZYPADKU KREDYTOWANIA KONSORCJALNEGO	91
2.2. INSTYTUCJA AGENTA/ADMINISTRATORA DO SPRAW ZABEZPIECZEŃ JAKO CZĘŚCIOWE REMEDIUM NA PROBLEM WIELOŚCI I ZBIOROWOŚCI ZABEZPIECZEŃ	96
2.2.1. Wstęp – uwagi terminologiczne i formy agenta do spraw zabezpieczeń	96
2.2.1.1. Formy agenta do spraw zabezpieczeń	97
2.2.1.2. Właściwość terminu „agent zabezpieczeń”	98
2.2.2. Agent zabezpieczeń jako remedium na problem wielości zabezpieczeń	100
2.2.3. Administrator jako remedium na problem zbiorowości zabezpieczeń	101
2.3. AGENT ZABEZPIECZEŃ W FORMIE ZASTĘPCY POŚREDNIEGO A ZABEZPIECZENIE KREDYTOWANIA KONSORCJALNEGO	104
2.3.1. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a Zabezpieczenia Rzeczowe	104
2.3.1.1. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zastaw zwykły	105
2.3.1.2. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zastaw rejestrowy	108
2.3.1.3. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zastaw finansowy	111
2.3.1.4. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a hipoteka	113
2.3.1.5. Czy zastaw rejestrowy i hipoteka znajdują się w majątku zastępcy pośredniego?	116
2.3.1.5.1. „Przysługiwanie tytułu” a „znajdowanie się w majątku”	116
2.3.1.5.2. Komu przysługuje tytuł do zastawu/hipoteki?	118
2.3.1.5.2.1. Argumenty za przysługiwaniem tytułu do zastawu/hipoteki kredytobiorcom	119

2.3.1.5.2.2. Argumenty za przysługiwaniem tytułu do zastawu/hipoteki administratorowi.....	120
2.3.1.5.2.3. Stanowisko pośrednie – rozróżnienie tytułu formalnego i tytułu materialnego?	128
2.3.1.5.2.4. Rozstrzygnięcie sporu – stanowisko własne	129
2.3.1.6. Dłaczego brak jest instytucji administratora zabezpieczeń w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego?	133
2.3.2. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a Zabezpieczenia Osobiste..	139
2.3.2.1. Przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń mieści się w naturalnych granicach autonomii woli?	140
2.3.2.2. Czy przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń mieści się w granicach swobody umów?.....	141
2.3.2.2.1. Granica ustawowa	141
2.3.2.2.2. Granica zasad współżycia społecznego.....	141
2.3.2.2.3. Granica właściwości (natury) stosunku.....	142
2.4. PODSUMOWANIE	146
ROZDZIAŁ 3. PROBLEM SEPARACJI PODMIOTOWEJ I PRÓBY JEGO ROZWIĄZANIA...	151
3.1. AGENT DO SPRAW ZABEZPIECZEŃ W FORMIE ZASTĘPCY POŚREDNIEGO A ZABEZPIECZENIA AKCESORYJNE – ISTOTA PROBLEMU	151
3.2. ROZWAŻANIA DOTYCZĄCE MOŻLIWYCH SPOSOBÓW ROZWIĄZANIA PROBLEMU SEPARACJI PODMIOTOWEJ	154
3.2.1. Administrator zabezpieczeń.....	154
3.2.1.1. Administrator zabezpieczeń – wstęp.....	154
3.2.1.2. Administrator zabezpieczeń a problem ulokowania tytułu do zabezpieczenia	155
3.2.1.3. Administrator zabezpieczeń jako niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej	156
3.2.1.3.1. Administrator zabezpieczeń jako niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej – poziom wewnętrzny	156
3.2.1.3.2. Administrator zabezpieczeń jako niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej – poziom zewnętrzny	160
3.2.1.4. Podsumowanie	163
3.2.2. Inne niż administrator zastawu/hipoteki próby rozwiązania problemu separacji podmiotowej	164
3.2.2.1. Agent zabezpieczeń jako wierzyciel solidarny	164
3.2.2.1.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	164
3.2.2.1.2. Rodzące się wątpliwości	165
3.2.2.1.2.1. Solidarność wierzycieli jako jedna wierzytelność.....	166
3.2.2.1.2.2. Solidarność wierzycieli jako wiele wierzytelności.....	167
3.2.2.1.2.3. Solidarność wierzycieli jako wielość stosunków prawnych	171
3.2.2.1.2.4. Podsumowanie.....	172
3.2.2.2. Agent jako uprawniony ze świadczenia niepodzielnego	173

3.2.2.2.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	174
3.2.2.2.2. Rodzące się wątpliwości	174
3.2.2.3. Agent jako współuprawniony ze wspólnej wierzytelności	176
3.2.2.3.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	176
3.2.2.3.2. Rodzące się wątpliwości	176
3.2.2.3.2.1. Wspólna wierzytelność pieniężna?	176
3.2.2.3.2.2. Rodzaj wspólności	179
3.2.2.3.2.3. Podsumowanie	184
3.2.2.4. Agent jako wierzyciel z długu równoległego	185
3.2.2.4.1. Wstęp	185
3.2.2.4.2. Proponowany sposób rozwiązania problemu	185
3.2.2.4.3. Rodzące się wątpliwości	188
3.2.2.4.3.1. Problem z „niezależnością” długu równoległego	188
3.2.2.4.3.2. Abstrakcyjność długu równoległego	189
3.2.2.4.3.2.1. Abstrakcyjność jako przyczyna nieważności klauzuli długu równoległego	190
3.2.2.4.3.2.2. Brak nieważności klauzuli długu równoległego ze względu na abstrakcyjność długu	192
3.2.2.4.3.2.3. Ważność czy nieważność? Zestawienie powyższych stano- wisk	197
3.2.2.4.3.2.4. Akcesoryjność zamiast abstrakcyjności?	200
3.2.2.4.3.3. Problem z brakiem realnego świadczenia	201
3.2.2.4.3.4. Nieważność klauzuli długu równoległego ze względu na obejście ustawy	203
3.2.2.4.3.5. Podsumowanie	206
3.2.2.5. Agent jako wierzyciel z tytułu gwarancji lub weksla	207
3.2.2.5.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	207
3.2.2.5.2. Rodzące się wątpliwości	208
3.2.2.6. Agent jako gwarant	211
3.2.2.6.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	211
3.2.2.6.2. Rodzące się wątpliwości	212
3.2.2.7. Wspólne prawo zabezpieczające kredytodawców	214
3.2.2.7.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	214
3.2.2.7.2. Rodzące się wątpliwości	214
3.2.2.8. Wierzytelność jako składnik wspólności łącznej	216
3.2.2.8.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu	216
3.2.2.8.2. Rodzące się wątpliwości	216
3.3. PODSUMOWANIE	218
ROZDZIAŁ 4. PROBLEM SEPARACJI PODMIOTOWEJ W WYBRANYCH OBCYCH PO- RZĄDKACH PRAWNYCH	221
4.1. WSTĘP	221
4.2. PRAWO HOLENDERSKIE	223

4.2.1. Wstęp	223
4.2.2. Czy problem separacji podmiotowej powstaje na gruncie prawa holenderskiego?.....	224
4.2.2.1. Ustrukturyzowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego w Holandii ..	224
4.2.2.2. Czy w prawie holenderskim występuje problem z Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi?	226
4.2.2.2.1. Występowanie Zabezpieczeń Akcesoryjnych?.....	227
4.2.2.2.2. Czy możliwe jest zastosowanie Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych zamiast Akcesoryjnych?	230
4.2.3. Sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej	231
4.2.3.1. Możliwe sposoby radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej na gruncie prawa holenderskiego	231
4.2.3.2. Ważność klauzuli długu równoległego	235
4.3. PRAWO PROWINCJI ONTARIO (KANADA).....	238
4.3.1. Wstęp	238
4.3.2. Czy problem separacji podmiotowej powstaje na gruncie prawa prowincji Ontario?	239
4.3.2.1. Ustrukturyzowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego w prowincji Ontario	239
4.3.2.2. Pojęcie „zabezpieczenia” na gruncie prawa prowincji Ontario	243
4.3.2.3. Czy w prawie prowincji Ontario występują Zabezpieczenia Akcesoryjne?..	246
4.3.2.4. Trust jako odpowiedź na problem separacji podmiotowej?.....	250
4.4. PODSUMOWANIE ORAZ WNIOSKI W ODNIESIENIU DO PRAWA POLSKIEGO NA PODSTAWIE ANALIZY PRAWNOPORÓWNAWCZEJ.....	253
ROZDZIAŁ 5. ZABEZPIECZENIE TRANSGRANICZNEGO KREDYTOWANIA KONSORCJALNEGO – ZARYS PROBLEMÓW I GENERALNA PROPOZYCJA SPOSOBU ICH ROZWIĄZANIA.....	263
5.1. WSTĘP	263
5.2. ŹRÓDŁA DODATKOWYCH TRUDNOŚCI WYNIKAJĄCYCH Z PROBLEMU SEPARACJI PODMIOTOWEJ W PRZYPADKU TRANSGRANICZNEGO KREDYTOWANIA KONSORCJALNEGO	265
5.2.1. Prawo właściwe dla stosunku kredytowego	265
5.2.2. Zabezpieczenie transgranicznego kredytowania	267
5.3. TRUST JAKO PRZYSZŁE, UNIWERSALNE ROZWIĄZANIE PROBLEMU SEPARACJI PODMIOTOWEJ W PORZĄDKACH PRAWNYCH OPARTYCH NA TRADYCJI KONTYNENTALNEJ?	272
5.4. WYKORZYSTANIE „OBCEGO TRUSTU” JAKO ROZWIĄZANIE PROBLEMU SEPARACJI PODMIOTOWEJ W PORZĄDKACH PRAWNYCH OPARTYCH NA TRADYCJI KONTYNENTALNEJ?	274
5.5. WYBÓR OBCEGO PRAWA, ABY MOŻLIWE BYŁO SKORZYSTANIE Z KLAUZULI DŁUGU RÓWNOLEGŁEGO.....	278

5.6. MIĘDZYNARODOWA REGULACJA ADMINISTRATORA ZABEZPIECZEŃ?	283
5.6.1. Dlaczego powinniśmy preferować instytucję administratora przed instytucją trustu?.....	283
5.6.2. Czy przyjęcie międzynarodowej instytucji administratora zabezpieczeń jest w ogóle realne?	285
5.6.3. Forma międzynarodowej regulacji instytucji administratora zabezpieczeń.....	289
5.6.4. Zwięzłość regulacji?	291
5.7. PODSUMOWANIE	291
ZAKOŃCZENIE	295
BIBLIOGRAFIA	309

Wykaz skrótów

Akty prawne

- BW – Burgerlijk Wetboek (Holenderski Kodeks Cywilny), NL 199.
- CCQ – Civil Code of Quebec (Kodeks Cywilny prowincji Quebec), CCQ-1991.
- k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm.).
- k.m. – Ustawa z dnia 18 września 2001 r. Kodeks morski (Dz. U. z 2018 r. poz. 2175 z późn. zm.).
- k.p.c. – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 z późn. zm.).
- k.s.h. – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1577 z późn. zm.).
- KUMST – Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzona w Wiedniu 11.04.1980 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286)
- p.b. – Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1876 z późn. zm.).
- p.p.m. – Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 1792).
- PPSA – Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P-10.
- p.u. – Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 2344 z późn. zm.).
- rozporządzenie Rzym I – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. Urz. UE L z 2008 r. Nr 177, str. 6).
- TFUE – Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2).
- TUE – Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).
- u.k.w.h. – Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2018 r. poz. 1916).
- u.n.z.f. – Ustawa z dnia 2 kwietnia 2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 891).
- u.o. – Ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz. U. z 2018 r. poz. 483).
- u.o.i.f. – Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2017 r. poz. 1768 z późn. zm.).
- u.z.r. – Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz. U. z 2018 r. poz. 2017).

Wstęp – przedmiot i cel pracy oraz zagadnienia metodologiczne

1. Istota problemu

Po upadku w Polsce socjalizmu doszło do stopniowego rozwoju krajowej gospodarki, prywatyzacji sektora bankowego oraz dołączenia polskich przedsiębiorców do międzynarodowego rynku finansowego. Na rynku z czasem zaczęły występować coraz to większe podmioty dysponujące coraz większymi zasobami i mającymi coraz to większe potrzeby kapitałowe, którym nie był w stanie sprostać pojedynczy bank. Ze względu na powyższe i wzorując się na rozwiązaniach występujących w innych państwach, polskie banki zaczęły łączyć się w konsorcja, aby wspólnie móc tym potrzebom sprostać. Międzynarodowe kancelarie prawne w celu prawidłowej obsługi prawnej tego rodzaju transakcji w Polsce w dużym stopniu wzorowały się na umowach z systemów prawnych, w których tego rodzaju finansowanie stosunkowo powszechnie już występowało. To z kolei doprowadziło do wielu problemów zarówno praktycznych, jak i teoretycznych. Jeden z takich problemów stanowi istotę rozważań czynionych w niniejszej rozprawie. Będąc bardziej precyzyjnym, trzon prowadzonych badań stanowi próba odpowiedzi na pytanie:

Czy w przypadku kredytowania konsorcjalnego możliwe jest, aby zabezpieczenia zamiast kredytodawcom przyznać agentowi zabezpieczeń, jednak przy założeniu, że zabezpieczałyby one wierzytelności nie agenta, a kredytodawców?

Pytanie to w zasadzie wyraża jeden z głównych problemów badawczych niniejszej pracy, tj. na ile płaszczyzna podmiotowa akcesoryjności wymaga, aby zarówno zabezpieczenie, jak i zabezpieczone nim wierzytelności z tytułu kredytowania konsorcjalnego przysługiwały temu samemu podmiotowi (problem separacji podmiotowej).

Natomiast w toku rozważań tego pierwszego problemu pojawią się kolejne. Po pierwsze, uwidoczni się potrzeba odpowiedzi na pytanie, jaki jest obecnie w polskim systemie prawnym najskuteczniejszy sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej. Po drugie, w jaki sposób powinno się to rozwiązanie ewentualnie udoskonalić. Drugi z tych problemów zostanie rozważony w pierwszej kolejności wyłącznie w odniesieniu do polskiego porządku prawnego (również z punktu widzenia analizy prawnoporównawczej), a następnie z perspektywy transgranicznych kredytowań konsorcjalnych.

2. Cele pracy

Celem niniejszej rozprawy będzie dokładne rozważenie problemów przedstawionych w punkcie 1 wstępu. Aby cel ten osiągnąć, niezbędne będzie udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i tytuł do zabezpieczenia powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?
- 2) Czy takie ukształtowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, że tytuł do zabezpieczeń przysługuje agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom, stanowi bardziej optymalne jej ustrukturyzowanie niż sytuacja, w której tytuł do nich przysługuje kredytodawcom?
- 3) W jaki sposób w przypadku kredytowania konsorcjalnego w polskim systemie prawnym najlepiej można poradzić sobie z problemem separacji podmiotowej?
- 4) Jaki, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w trzech analizowanych porządkach prawnych (polskim, holenderskim oraz systemie prawnym prowincji Ontario), jest najbardziej optymalny sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej?
- 5) W jaki sposób na skalę transgraniczną najlepiej poradzić sobie z problemem, że, co do zasady, w przypadku kredytowania konsorcjalnego zabezpieczenie oraz zabezpieczona wierzytelność powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?

Udzielenie odpowiedzi na wszystkie z powyższych pytań pozwoli przede wszystkim sformułować postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do polskiej instytucji administratora zabezpieczeń, a także zaproponować rozwiązanie problemu separacji podmiotowej na skalę międzynarodową.

3. Główne tezy pracy

Na tle tak zakreślonych celów pracy, w niniejszej rozprawie wykazane zostaną następujące tezy główne:

- 1) Wszystkie zabezpieczenia należałoby, co do zasady, uznać za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, tj. w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń wymagane jest, aby tytuł do zabezpieczonej wierzytelności oraz tytuł do zabezpieczenia przysługiwały temu samemu podmiotowi. Tak rozumiana akcesoryjność może ulegać rozluźnieniu, jednak jego warunki wyglądają inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych. W przypadku tych pierwszych potrzebne jest wyraźne zezwolenie ustawodawcy, natomiast w przypadku tych drugich separacja podmiotowa będzie dopuszczalna pod warunkiem, że strony, kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego, nie wykrócą poza granice przyznanej im autonomii woli oraz nie

dojdzie do przekroczenia granic swobody umów wynikających z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹.

- 2) Optymalnym sposobem zabezpieczenia transakcji kredytowania konsorcjalnego jest takie ukształtowanie tego finansowania, że tytuł do zabezpieczeń będzie przysługiwał agentowi zabezpieczeń, który przybierze postać zastępcy pośredniego. Teza wynika z pojawiającego się w przypadku tego rodzaju kredytowania problemu wielości i zbiorowości zabezpieczeń.
- 3) W polskim systemie prawnym obecnie optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego jest instytucja administratora zabezpieczeń. Jednakże jest to obecnie rozwiązanie niedoskonałe, nierozwiązujące tego problemu w sposób całościowy.
- 4) Optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w prawie polskim, holenderskim oraz prawie prowincji Ontario, jest instytucja trustu. Jednak ze względu na brak rzeczonoj instytucji w polskim systemie prawnym oraz jej swoistość dla systemów *common law*, nie wydaje się ona realnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w Polsce i należałoby postulować jedynie poprawienie instytucji administratora zabezpieczeń. Ze względu na powyższe, z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej i w kontekście kredytowania konsorcjalnego w odniesieniu do instytucji administratora zabezpieczeń² można postawić również następujące tezy:
 - a) instytucję administratora należałoby rozszerzyć na wszystkie zabezpieczenia;
 - b) przy założeniu, że wszystkie zabezpieczenia należy uznać co do zasady za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, w odniesieniu do instytucji administratora zabezpieczeń nie powinno być żadnych innych ograniczeń podmiotowych lub przedmiotowych;
 - c) przyszła regulacja powinna wyraźnie stwierdzać, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom;
 - d) nabywca zabezpieczonej wierzytelności powinien z mocy prawa wstępować w stosunek prawny z administratorem, chyba że strony umowy przelewu wierzytelności postanowiły inaczej;
 - e) skuteczność powoływania się na instytucję administratora w stosunku do osób trzecich powinna zależeć od ujawnienia faktu ustanowienia administratora;
 - f) wraz z rozszerzeniem instytucji administratora na nowe zabezpieczenia powinien ulec rozszerzeniu zakres zastosowania art. 63 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia

¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm., dalej: k.c.

² Obecnie rzeczonoj instytucja w przypadku kredytowania konsorcjalnego występuje tylko w odniesieniu do hipoteki oraz zastawu rejestrowego (o czym więcej poniżej).

28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe³, przy czym zastosowanie tego przepisu powinno być uzależnione od ujawnienia faktu ustanowienia administratora;

g) w przypadku ujawnienia faktu ustanowienia administratora, ochronę jego majątku dotyczącego zabezpieczeń i wpływu z nich należałoby rozszerzyć także na przypadki egzekucji singularnej.

5) Instytucja administratora zabezpieczeń wydaje się również optymalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej w odniesieniu do transgranicznych kredytowań konsorcjalnych, tym samym powinna zostać uregulowana w międzynarodowej konwencji lub co najmniej akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej harmonizację maksymalną.

Wyżej przedstawione tezy zostaną wykazane w poszczególnych rozdziałach niniejszej rozprawy. Natomiast dodatkową, główną tezą⁴, będzie teza, iż w przypadku administratora hipoteki lub administratora zastawu należy stać na stanowisku, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom.

4. Struktura pracy

Jak już zostało zaznaczone, struktura pracy odpowiada głównym tezom, które zostały przedstawione w poprzednim punkcie wstępu. Tym samym niniejsza rozprawa składa się z 5 rozdziałów i rozważania w nich przyjęły następującą postać.

W pierwszym rozdziale zostaną przybliżone pojęcia, które będą pojawiać się w całej rozprawie, ponieważ dopiero ich właściwe pojmowanie pozwoli prawidłowo zakreślić problemy badane w niniejszej pracy. Będą to takie terminy jak kredytowanie konsorcjalne, zabezpieczenie wierzytelności oraz akcesoryjność zabezpieczeń. Zwłaszcza bliższe przyjrzenie się ostatniemu z tych pojęć pozwoli odpowiedzieć na pytanie, które zabezpieczenia, z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności, należałoby postrzegać jako akcesoryjne.

W rozdziale 2 zostanie przedstawione, jak w praktyce wygląda zabezpieczenie tak skomplikowanej transakcji, jaką jest kredytowanie konsorcjalne. Pozwoli to wykazać, dlaczego tak niezbędna w tego rodzaju strukturze finansowania jest instytucja agenta zabezpieczeń. Będzie to istotne, ponieważ jak się okaże, to właśnie próba połączenia zabezpieczeń akcesoryjnych z instytucją agenta zabezpieczeń (i to w formie zastępcy pośredniego), z jednej strony będzie najbardziej pożądana, z drugiej jednak, rodzi największe problemy w przypadku tego rodzaju transakcji, tj. będzie prowadzić do problemu separacji podmiotowej.

³ Dz. U. z 2017 r. poz. 2344 z późn. zm., dalej: p.u.

⁴ Teza ta będzie wykazywana, w mniejszym lub większym stopniu, w zasadzie przez całą pracę, tj. od rozdziału drugiego do rozdziału piątego, przy czym w największym stopniu w rozdziale drugim.

W rozdziale 3 autor rozważy różne próby rozwiązania problemu separacji podmiotowej w polskim porządku prawnym i wyciągnie wnioski, która z nich jest najlepsza.

W rozdziale 4 zostanie skonfrontowane najlepsze polskie rozwiązanie problemu separacji podmiotowej z rozwiązaniami tego samego problemu stosowanymi w Holandii oraz w prowincji Ontario (Kanada). Co istotne, prawo holenderskie oparte jest na kontynentalnej tradycji prawnej, natomiast prawo prowincji Ontario na tradycji *common law*, co, jak się okaże, będzie miało znaczny walor poznawczy. Podsumowanie rzeczzonego rozdziału pozwoli wybrać najlepsze z rozwiązań spośród stosowanych w tych trzech porządkach prawnych (polskim, holenderskim i ontaryjskim) oraz zgłosić postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do prawa polskiego.

Rozdział 5 stanowi swoistego rodzaju „dodatek”. Rozdziały 1–4 zakładały zawsze, że kredytowanie konsorcjalne ma miejsce w ramach jednego porządku prawnego (polskiego, holenderskiego albo prowincji Ontario). Natomiast kredytowanie konsorcjalne stanowi bardzo często w praktyce finansowanie międzynarodowe. Problem rozważany w niniejszej pracy przy transgraniczności tylko nabiera na znaczeniu, a sama transakcja ulega jeszcze większemu skomplikowaniu. Problem separacji podmiotowej staje się jeszcze bardziej złożony i zasługuje na co najmniej odrębną rozprawę doktorską o charakterze w większym stopniu komparatystycznym i kolizyjnoprawnym. Rozdział ten dlatego stanowi w pewnym stopniu uproszczenie oraz zaznaczenie problemów, które wymagają dalszych badań. Jest on jednak istotny, ponieważ pozwala pokazać szerszą perspektywę problemu i jego nawet większe praktyczne znaczenie. Pozwala również zaproponować rozwiązanie problemu separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego na skalę międzynarodową, które to rozwiązanie może, ze względu na ograniczony charakter rozważań w tym rozdziale, być poddane uzasadnionej krytyce.

5. Uwagi metodologiczne

W pracy została wykorzystana przede wszystkim metoda dogmatyczno-prawna. W rozprawie dokonano analizy wypowiedzi doktryny odnoszących się bezpośrednio do problemu separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego. W pracy jednak poruszone zostaje również wiele podstawowych zagadnień dogmatyki prawa cywilnego, jak np. problem kauzalności czynności prawnych, zakres swobody umów, rozumienie pojęcia akcesoryjności zabezpieczeń czy kształt solidarności. W odniesieniu do każdego z tych zagadnień możliwe jest napisanie odrębnej rozprawy doktorskiej. Zbadanie całości wypowiedzi doktryny ich dotyczących nie było możliwe, choćby ze względu na fakt, że spór co do ich dokładnego kształtu toczy się już od czasów międzywojennych i bardzo często niełatwo jest znaleźć wiodące stanowisko. Ze względu na powyższe, w odniesieniu do tego typu kwestii, autor odniósł się do licznych i, ma nadzieję, wiodących opracowań dotyczących rzeczonych problemów.

W niniejszej rozprawie wykorzystana została również pomocniczo metoda komparatystyczna. Przede wszystkim w rozdziale 4 został zbadany problem separacji podmiotowej z perspektywy prawa holenderskiego i prawa prowincji Ontario (Kanada) oraz na podstawie tej analizy wyciągnięte zostały wnioski *de lege ferenda*. Aby uniknąć wszelkich wątpliwości dotyczących tłumaczenia obcych zwrotów, co jest najbardziej problematyczne w przypadku przenoszenia na grunt prawa kontynentalnego pojęć i terminów charakterystycznych dla systemów *common law*, tłumaczone terminy i zwroty są podawane albo w nawiasie, albo w przypisie.

Uzupełniająco została wykorzystana również metoda historyczno-prawna oraz empiryczna. W odniesieniu do tej pierwszej autor m.in. stosunkowo krótko przedstawił, jak rodziła się i rozwijała instytucja kredytowania konsorcjalnego, jak następowało stopniowe poluźnianie akcesoryjności niektórych zabezpieczeń oraz w jakich okolicznościach doszło do wprowadzenia instytucji np. administratora hipoteki. Zastosowanie metody empirycznej wynika z faktu, że autor przez ponad dwa lata pracował w kancelarii prawnej w dziale *banking and finance*, mając dzięki temu bezpośrednią styczność z transakcjami kredytowania konsorcjalnego. Pozwoliło to w rozdziale 2, przez odniesienie się do dwóch przykładowych transakcji, które obsługiwał autor, w sposób bardziej obrazowy pokazać niektóre problemy omawiane w niniejszej pracy (m.in. wielość i zbiorowość zabezpieczeń w tego typu transakcjach). Metoda ta pozwala też w niektórych miejscach rozprawy, zwłaszcza w rozdziale 3, ukazać, dłaczego, choć niektóre rozwiązania z perspektywy teoretycznoprawnej wydają się możliwe, to w praktyce są nie do przyjęcia przez kredytodawców.

Empiryczność ma też znaczenie z tego względu, że autor niniejszej pracy, podobnie jak T. Czech w swojej monografii dotyczącej konsorcjum kredytowego, skupia się na **empirycznym modelu kredytowania konsorcjalnego**⁵. Mówiąc inaczej, w niniejszej pracy skoncentrowano się na takim kształcie tego rodzaju finansowania, jaki występuje w praktyce, pomijając inne sposoby kształtowania tego rodzaju transakcji, których przykłady i szersze lub węższe omówienie można spotkać w doktrynie. Takie podejście wynika z opierania się przy kształtowaniu tego rodzaju transakcji na zagranicznych wzorcach umownych występujących na eurorynku oraz braku szczegółowych przepisów dotyczących kredytowania konsorcjalnego. Dzięki temu praca ma wymiar nie tylko teoretyczny, ale również, przynajmniej w pewnym zakresie, praktyczny, odnosząc się w dużym stopniu do „prawa w działaniu”. Autor w zupełności zgadza się ze stwierdzeniem A. Szajkowskiego, iż „[d]la uzyskania prawidłowych wyników w zakresie prowadzonych badań prawa, (...) znaczenie ma głównie dobra znajomość rzeczywistości, będącej przedmiotem regulacji”⁶. Dodatkowo skupienie się na empirycznym modelu konsorcjum kredytowego pozwala używać w niniejszej pracy zamiennie terminów

⁵ Zob. T. Czech, *Konsorcjum kredytowe*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 20–25.

⁶ Zob. A. Szajkowski, *O metodzie badania prawa handlowego [w:] Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania*, red. J. Frąckowiak, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

„banki” i „kredytodawcy”. Wynika to z faktu, że w polskich realiach, przynajmniej obecnie, to banki udzielają zwykle tego typu finansowania i dlatego w niniejszej pracy w istocie mowa jest o bankowym kredycie konsorcjalnym⁷.

Na koniec uwag metodologicznych należy zaznaczyć, że takie terminy jak: Akcesoryjność, Zabezpieczenia Akcesoryjne, Zabezpieczenia Nieakcesoryjne, Zabezpieczenia Rzeczowe oraz Zabezpieczenia Osobiste, zostały zdefiniowane na potrzeby niniejszej pracy w sposób swoisty. W sposób, który odbiega od tego, jak pojęcia te obecnie rozumie się w doktrynie i orzecznictwie. Tym samym celowo w niniejszej pracy pisane one są dużymi literami (od momentu zdefiniowania), aby za każdym razem, gdy czytelnik na nie trafi, miał świadomość, że pojęć tych nie należałoby utożsamiać z ich „powszechnym” rozumieniem. Natomiast w przypadku posługiwania się w niniejszej pracy tymi pojęciami pisаныmi małymi literami, będzie należało je interpretować w „tradycyjnym” ich znaczeniu.

Chciałbym w tym miejscu podziękować Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi, Profesorowi Piotrowi Wiórkowi oraz Doktor Lidii Siwik. Profesorowi Frąckowiakowi za to, że zainteresował mnie prawem handlowym; zachęcił, abym aplikował na studia doktoranckie oraz za trzy lata opieki naukowej. Profesorowi Wiórkowi za opiekę promotorską oraz bardzo cenne wsparcie merytoryczne, które pozwoliło uczynić tę książkę lepszą lekturą. Doktor Siwik (promotorowi pomocniczemu) za wskazówki, które również wpłynęły pozytywnie na jakość niniejszej publikacji. Ponadto jestem ogromnie wdzięczny recenzentom mojej rozprawy doktorskiej – Panu Profesorowi Konradowi Osajdzie oraz Panu Profesorowi Bartłomiejowi Swaczynie za uwagi oraz bardzo ciekawą dyskusję podczas obrony, które pomogły w nadaniu ostatecznego kształtu tej publikacji.

Tomasz Tomczak
Wrocław 2021 r.

⁷ Wyjątkiem mogą być sytuacje, w których w skład konsorcjum wchodzi zagraniczny podmiot. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 39, przypis 36 oraz P. Gumiński, *Administrator hipoteki*, Przegląd Legislacyjny 2008, nr 3/4, s. 38. Poniżej, dla uproszczenia, będzie mowa jedynie o „konsorcjum kredytowym”, a nie o **bankowym** konsorcjum kredytowym.

Rozdział 1

Kredytowanie konsorcjalne, zabezpieczenie wierzytelności oraz zabezpieczenie akcesoryjne – zagadnienia podstawowe

1.1. Kredytowanie konsorcjalne

1.1.1. Wstęp

Celem niniejszej pracy jest nie tyle szczegółowa analiza kredytowania konsorcjalnego, ile rozstrzygnięcie konkretnego problemu, który może się pojawić, gdy kredytodawcy, w przypadku takiego rodzaju finansowania, zapragną zabezpieczyć swoje wierzytelności, nieco obecnie upraszczając, zabezpieczeniami akcesoryjnymi⁸. Nie można jednak przejść do rozstrzygnięcia owego problemu bez wcześniejszego, chociaż krótkiego przedstawienia historii kredytowania konsorcjalnego i zaprezentowania pojęcia oraz struktury tego rodzaju finansowania, która może dopiero do niego prowadzić. Ukazanie historii i rozwoju tego typu transakcji pozwoli wykazać, że rozważany problem należy do istotnych oraz że będzie on z czasem najprawdopodobniej zyskiwał na znaczeniu. Natomiast przedstawienie pojęcia i podstawowej struktury kredytowania konsorcjalnego pozwoli na wskazanie, gdzie w tej strukturze znajduje się agent do spraw zabezpieczeń, bo jak się okaże, to najczęściej właśnie wykorzystanie tej bardzo praktycznej instytucji stanowi jedną z przyczyn problemu. Odparcie potencjalnego zarzutu, że problem jest sztucznie kreowany przez autora, ponieważ może on być ominięty dzięki wykorzystaniu innych rodzajów finansowania, nastąpi w podrozdziale 1.1.3.1. dzięki wykazaniu praktycznej potrzeby kredytów konsorcjalnych. Ostatni podrozdział (1.1.4.) wskaże na standaryzację dokumentów związanych z tym rodzajem finansowania, co pomimo przyjętej jedynie pewnej struktury takiego kredytu, ciągle pozwoli na ogólnikowe rozważania mające znaczenie praktyczne i teoretyczne. Odnośnie do bardziej wnikliwej analizy kwestii omawianych w niniejszym podrozdziale (1.1), należy odesłać do istniejącego dorobku doktryny⁹.

⁸ Zob. podrozdział 1.3.

⁹ Zob. np. T. Czech, *Konsorcjum...*; W. Katner [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W. Katner, C.H. Beck, Kraków 2015, s. 717-728; L. Stecki, *Konsorcjum*, TNOiK, Toruń 1997.

1.1.2. Historia i regulacja normatywna kredytowania konsorcjalnego

Kredytowanie konsorcjalne nie jest sposobem kredytowania, którego początków można doszukiwać się w Polsce¹⁰. Stanowi ono tzw. transplant prawny¹¹, co oznacza, że zarówno pomysł co do tego rodzaju kredytowania, jak i jego założenia konstrukcyjne wywodzą się z obcych porządków prawnych oraz zostały inkorporowane, z odpowiednimi modyfikacjami, do polskiej praktyki, i w bardzo ograniczonym zakresie do ustawodawstwa. Transplantacja spowodowana była brakiem w polskim systemie prawnym rozwiązania normatywnego w pełni zaspokajającego potrzebę gospodarczą, którą zadowalała właśnie tego rodzaju kredytowanie¹². Choć w doktrynie załączków tego rodzaju finansowania dopatruje się już w starożytności czy średniowieczu, to należy zauważyć, że w Europie, na większą skalę, kredytowanie konsorcjalne zaczęło pojawiać się dopiero w XIX w., a zatem jest to instytucja stosunkowo młoda¹³. Natomiast instytucja ta stanowi jeszcze większe *novum* dla polskiego porządku prawnego. Zaczęła ona w polskiej praktyce odgrywać rolę dopiero z końcem XX w. Dopiero wtedy doszło do owej transplantacji, co było pokłosiem upadku socjalizmu, prywatyzacji sektora bankowego, stopniowym rozwojem polskiej gospodarki¹⁴ oraz dołączeniem polskich podmiotów do międzynarodowego rynku finansowego¹⁵.

Reuters Thomson (The Loan Pricing Corporation)¹⁶ w swojej bazie Dealscan¹⁷ zbiera dane dotyczące kredytowań konsorcjalnych na całym świecie, w tym w Polsce¹⁸. Dane te pokazują, że liczba tego rodzaju finansowań w Polsce po 1989 r. z roku na rok rosła. Można zatem postawić tezę, że w najbliższym czasie (przynajmniej do następnego

¹⁰ Przynajmniej nie w występującym w praktyce i przyjętym w niniejszej pracy kształcie.

¹¹ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 15–17 oraz literatura tam przytaczana. T. Czech w swoim opracowaniu przytacza definicję transplantu A. Watsona, który definiuje to pojęcie jako: „każde zapożyczenie jurydyczne z obcego systemu normatywnego”. Zob. A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens-Georgia 1993, s. 21 i n. T. Czech podaje także własną, węższą definicję tego pojęcia. Zob. przypis poniżej.

¹² Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 16, w którym to opracowaniu można znaleźć następującą definicję transplantu prawnego: „instytucja prawna, która pochodzi z obcego systemu (kultury) normatywnego, nie znajduje odpowiednika (odnośnie do jej zasadniczych elementów) w konstrukcjach zastanych w ramach importującego ją porządku prawnego i ulega inkorporacji do tego porządku ze względu na potrzeby gospodarcze lub społeczne, które nie mogły być dotychczas przez importujący system wystarczająco zaspokojone”.

¹³ Bardziej rozbudowaną analizę początków kredytowania konsorcjalnego można znaleźć w: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 26–29 i przytaczanej tam literaturze. Natomiast w międzynarodowej literaturze zauważa się, że **międzynarodowe** kredytowania konsorcjalne pojawiły się w drugiej połowie XX w. Zob. N. Mugarura, *The Law relating to syndicated loan agreements and its application in commercial practice*, Journal of Financial Regulation and Compliance 2016, nr 24, s. 178.

¹⁴ I w związku z tym, pojawieniem się zapotrzebowania na coraz to większe kredyty.

¹⁵ Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 36–37.

¹⁶ Zob. <https://www.refinitiv.com/en/financial-data/market-data/lpc-loan-pricing> [dostęp: 2.02.2019].

¹⁷ <https://www.loanpricing.com/products/loanconnectordealscan/> [dostęp: 02.02.2019].

¹⁸ Dane dotyczą kredytowań, które zostały udzielone po 1982 roku. Zob. <https://www.loanpricing.com/products/loanconnectordealscan/> [dostęp: 02.02.2019]. Zob. też: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widzie-wicz, *Finansowanie konsorcjalne w Polsce z optymalnym wykorzystaniem hipoteki*, Przegląd Sądowy 2003, nr 6, s. 49–50.

kryzysu finansowego)¹⁹, wolumen, a zatem i znaczenie, kredytowań konsorcjalnych będzie wzrastać²⁰. Jednak mimo coraz większej popularności tej instytucji, nie doczekała się ona odrębnej, kompleksowej regulacji²¹. Opiera się na podstawowych instytucjach, przepisach oraz zasadach prawa cywilnego i w polskich regulacjach można raczej znaleźć jedynie przepisy, które rozstrzygają konkretne problemy, które pojawiły się w przypadku skorzystania z tego rodzaju kredytowania²², a „szczątkowe” regulacje o charakterze bardziej ogólnym mogą wydawać się kontrowersyjne. Mowa tu o takich artykułach jak np. art. 73 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe²³, art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów²⁴ czy art. 68² ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece²⁵. A zatem, jak podkreśla T. Czech, na chwilę obecną z instytucją kredytowania konsorcjalnego w polskiej przestrzeni prawnej w najpełniejszym zakresie możemy się spotkać przede wszystkim na poziomie **stosowania prawa**²⁶.

To właśnie połączone fakty transplantacji prawnej oraz inkorporacji kredytowania konsorcjalnego do polskiego porządku przede wszystkim na poziomie stosowania prawa wywołują najwięcej problemów. Pierwsze spowodowało, iż instytucja ta zamiast od początku opierać się na znanych polskiej tradycji prawnej instytucjach i ewentualnie stopniowo, w drodze ewolucji doprowadzać do zmian krajowych przepisów²⁷, w zasadzie w kształcie występującym w obcych porządkach prawnych trafiła do Polski. Natomiast namnożył problemów fakt, że instytucja ta została „przeszczepiona” nie przez ustawodawcę, a **przez praktykę**. Przez „praktykę” należy rozumieć kancelarie prawne zajmujące się obsługą banków udzielających tego rodzaju kredytowania. Podmioty te opracowując projekty umów związanych z kredytowaniem konsorcjalnym na potrzeby polskiego rynku i prawa bazowały na wzorach stworzonych przede wszystkim przez *the*

¹⁹ Choć sam kryzys finansowy niekoniecznie musi oznaczać, że ich liczba spadnie. Tego rodzaju finansowania mogą być potrzebne także w czasach kryzysu, aby np. refinansować duże zadłużenia.

²⁰ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka [w:] *Nieruchomość jako przedmiot obrotu i zabezpieczenia w Polsce: praktyczne aspekty stosowania prawa przy finansowaniu hipotecznym: praca zbiorowa*, red. A. Drewicz-Tułodziecka, Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego, Warszawa 2008, s. 199.

²¹ Nic nie wskazuje na to, żeby w najbliższym czasie taka regulacja miała się pojawić. Niniejsza praca nie rozważa też, czy taka odrębna regulacja jest rzeczywiście potrzebna. Można jedynie zauważyć, że w doktrynie pojawiają się pomysły odrębnej regulacji bankowego prawa prywatnego w nowym Kodeksie cywilnym. Zob. J. Pisuliński, *Perspektywa bankowego prawa prywatnego*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 1.

²² Co będzie widoczne w dalszej części pracy. Zob. przede wszystkim rozdział 2 i 3.

²³ Dz. U. z 2017 r. poz. 1876 z późn. zm., dalej: p.b.

²⁴ Dz. U. z 2018 r. poz. 2017, dalej: u.z.r.

²⁵ Dz. U. z 2018 r. poz. 1916, dalej: u.k.w.h.. Bardziej rozbudowana analiza przywołanych przepisów nastąpi w dalszej części pracy, odpowiednio przy pojawiających się problemach.

²⁶ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 18. Należy jednak zauważyć, że pojawiają się pomysły, aby w nowym Kodeksie cywilnym odrębnie uregulować bankowe stosunki kredytowe, co powinno spowodować, że kredytowanie konsorcjalne uzyska kompleksowe uregulowanie normatywne. Zależać to będzie oczywiście od tego, jaki kształt ostatecznie przybierze nowy Kodeks cywilny i tego, czy w ogóle wejdzie on w życie. Zob. W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 717–718 i wskazywana tam literatura oraz J. Pisuliński, *Perspektywa...* Prace nad nowym Kodeksem cywilnym toczą się ciągle w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego. Zob. <http://www.projektkc.uj.edu.pl/> [dostęp: 24.09.2019].

²⁷ Aby odpowiadać standardom występującym na euromytku.

Loan Market Association (dalej: LMA)²⁸. Problem polega na tym, że owe „szablony” zostały stworzone na potrzeby prawa angielskiego²⁹. Mimo lepszych lub gorszych prób dopasowania tych „obcych” wzorców do polskiego porządku prawnego, ciągle pojawia się wiele problemów praktycznych związanych z wykorzystaniem „dostosowanych”, a zatem „polskich” wzorców³⁰. Doktryna i ustawodawca stopniowo próbują rozwiązywać te trudności za pomocą wykładni i ewentualnego dostosowywania regulacji, a niniejsza praca postara się skupić wyłącznie na jednym z nich, tj. dopuszczalności separacji podmiotowej w przypadku zabezpieczeń akcesoryjnych³¹.

1.1.3. Potrzeba, pojęcie i struktura kredytowania konsorcjalnego

1.1.3.1. Potrzeba instytucji kredytowania konsorcjalnego

W następnej kolejności należałoby zatem zastanowić się, dlaczego do wspomnianej w powyższym podrozdziale transplantacji kredytowania konsorcjalnego doszło. Mówiąc inaczej: jaką potrzebę gospodarczą, czy innego rodzaju, instytucja ta stara się zaspokoić. Kwestię tę można rozważać w dwóch płaszczyznach (z dwóch perspektyw):

- 1) potrzeb kredytobiorcy; oraz
- 2) potrzeby kredytodawców.

1.1.3.1.1. Potrzeba instytucji kredytowania konsorcjalnego – potrzeba kredytobiorcy

Z punktu widzenia potrzeb kredytobiorcy pojawianie się kredytowania konsorcjalnego przede wszystkim wiązało się z zapotrzebowaniem kredytobiorców na coraz to większe kredyty, które pojedynczy bank niekoniecznie mógł lub chciał udzielać³².

²⁸ LMA jest organizacją zrzeszającą uczestników międzynarodowego rynku finansowego i ma swoją siedzibę w Londynie. Więcej na temat LMA zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 33–34 oraz cytowana tam literatura. W Internecie można również znaleźć przewodnik tej organizacji dotyczący kredytowania konsorcjalnego. Zob. Loan Market Association, *Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions*, Loan Market Association, London 2013. Na światowym rynku kredytów konsorcjalnych występują też inne organizacje, które w zasadzie są odpowiednikami LMA, ale działają w innej części globu niż LMA, tj. np. amerykańskie *the Loan Syndications and Trading Association* (dalej: LSTA) czy azjatyckie *the Asia Pacific Loan Market Association* (dalej: APLMA). Jednak ze względu na geograficzne położenie Polski to „londyńskie” wzorce odegrały największą rolę w kształtowaniu wzorów dokumentów związanych z polskimi kredytami konsorcjalnymi. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 36.

²⁹ A zatem, jakże odrębnego od kontynentalnego, anglosaskiego systemu prawnego. Zob. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja prawna agenta do zabezpieczeń w stosunkach kredytowych*, Monitor Prawniczy 1998, nr 9, s. 340.

³⁰ Bardzo ciekawa jest w odniesieniu do tej problematyki rozprawa doktorska P. Kułaka, która jest poświęcona w całości temu zagadnieniu. Zob. P. Kułak, *Analiza zastosowania, interpretacji i egzekwowalności umów kredytowych opartych na standardzie Loan Market Association w prawie polskim*, Białystok 2013, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/982/1/rozprawa_doktorska_Pawel%20Kulak.pdf [dostęp: 23.09.2019].

³¹ O czym więcej w podrozdziale 1.3.

³² Przepisy nie określają kwoty, po przekroczeniu której bank zamiast udzielić kredytu bilateralnego będzie udzielał kredytu konsorcjalnego. Będzie tu zwykle chodziło o kredyty przekraczające kilkadziesiąt milionów złotych. Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 37.

Jako dodatkową, **względną** przyczynę/potrzebę kredytowania konsorcjalnego, można uznać „taniłość” tego rodzaju kredytowania. Względna „taniłość” polega na tym, że dla kredytobiorcy powinno być tańsze uzyskanie kredytu od konsorcjum banków, niż uzyskanie tej samej kwoty kredytu od kilku banków na mocy niepowiązanych umów³³. Wykorzystanie konsorcjum bankowego powinno doprowadzić do szybszego uzyskania kwoty³⁴, jak i obniżenia kosztów transakcyjnych ze względu m.in. na brak wymogu indywidualnego negocjowania z każdym z kredytodawców warunków kredytu, co obniża koszty zarówno analizy prawnej, jak i ekonomicznej³⁵. Do tych samych rezultatów prowadzi również wykorzystanie instytucji agenta konsorcjum oraz agenta do spraw zabezpieczeń³⁶.

1.1.3.1.2. Potrzeba instytucji kredytowania konsorcjalnego – potrzeby kredytodawcy

Natomiast z punktu widzenia kredytodawców sytuacja była bardziej skomplikowana. Wprowadzane pod koniec XX wieku przez Bank Rozrachunków Międzynarodowych³⁷ normy adekwatności kapitałowej³⁸ sprawiły, że banki, mimo iż nawet mogły posiadać kapitał potrzebny do udzielenia kredytu, aby nie naruszyć tych norm coraz częściej musiały łączyć się w konsorcja³⁹.

Normy adekwatności kapitałowej dotyczą różnego rodzaju ryzyk, które są związane z działalnością bankową, w tym m.in. ryzyka kredytowego⁴⁰. Bank zamiast udzielić większego kredytu, przy którym potencjalny zysk jest większy, może udzielić mniejszego wspólnie z innymi bankami, co prawda zmniejszając swój potencjalny zysk, ale i obniżając odpowiednio **ryzyko kredytowe**⁴¹. Ryzyko kredytowe, które jest nie do przyjęcia przez dany bank działający w pojedynkę⁴², może być do zaakceptowania w przypadku

³³ Natomiast już uzyskanie kredytu od konsorcjum banków nie powinno być raczej tańsze niż uzyskanie kredytu w tej samej wysokości od jednego banku, stąd „względna taniłość”.

³⁴ Jak pokazuje praktyka, powiedzenie „czas to pieniądź” zyskuje szczególną doniosłość w relacjach kredytowych.

³⁵ Więcej na ten temat zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 61.

³⁶ Więcej na ten temat zob. m.in. rozdział 1.1.3.4 oraz rozdział 2.2.

³⁷ Bank ma siedzibę w Bazylei i uważany jest za „potężną” instytucję finansową. Zob. np. D. Douglas-Bowers, *One Bank to Rule Them All: The Bank For International Settlements*, Current Events 2018, nr 3.

³⁸ „Adekwatność kapitałowa nie została wprawdzie zdefiniowana, ale uwzględniając, że jej istotę oddają relacje ryzyko-kapitał, obejmuje ona kilka regulacji nadzorczych, odnoszących się do posiadanego i wymaganego przez bank kapitału oraz skali ryzyka banku”. M. Capiga, *Finanse banków*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011. T. Czech definiuje normy adekwatności kapitałowej jako: „normy [które – T.T.] powiązały wysokość funduszy własnych banków ze skalą ich zaangażowania rynkowego i poziomem podejmowanego ryzyka”. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 30. W prawie Unii Europejskiej normy te można znaleźć w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniającej dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylającej dyrektywę 2000/46/WE (Dz. Urz. UE. L z 2009 r. Nr 267, s. 7 z późn. zm.), a dyrektywę tę implementuje m.in. art. 128 ust. 1 p.b.

³⁹ Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 29–30.

⁴⁰ Tj. ryzyka, że kredyt nie zostanie spłacony.

⁴¹ Potrzeba ta wiąże się oczywiście z normami adekwatności kapitałowej, ponieważ one także uwzględniają poziom podejmowanych ryzyk.

⁴² Czy to ze względu na powyższe regulacje, czy też wewnętrzne regulacje banku.

udzielenia kredytu z wykorzystaniem konsorcjum dzięki podziałowi tego ryzyka⁴³. Wydaje się, że obniżanie zbyt wysokiego ryzyka kredytowego nie leży wyłącznie w sferze dyskrecjonalnej decyzji banku, a jest to obowiązek, który można wyinterpretować z wiążących norm prawnych⁴⁴. Podsumowując, dzięki instytucji kredytowania konsorcjalnego kredytodawcy uzyskali efektywny instrument do zarządzania ryzykiem kredytowym.

Jednak normy adekwatności kapitałowej nie są jedyną przyczyną pojawienia się tego rodzaju finansowania. Na rynku występują coraz to większe podmioty⁴⁵ dysponujące coraz większymi zasobami i mające coraz to większe potrzeby kapitałowe, którym nie jest w stanie sprostać pojedynczy bank⁴⁶. Pojawiła się potrzeba łączenia się banków w konsorcja, aby potrzebom tych podmiotów sprostać⁴⁷.

Jako ostatnią potrzebę można dodać fakt, że kredytowanie konsorcjalne pozwala kredytodawcom na większą dywersyfikację ich kredytowego portfolio, co może mieć pozytywny wpływ na obniżenie ryzyka systemowego⁴⁸. Obniżenie tego ryzyka zaczęło mieć bardzo istotne znaczenie w praktyce bankowej zwłaszcza po kryzysie finansowym w 2008 r.⁴⁹

1.1.3.2. Pojęcie kredytowania konsorcjalnego i jego podstawowa struktura

Powyższe wykazało, że kredytowanie konsorcjalne jest zarówno potrzebne, jak i występuje w praktyce. W dalszej kolejności należy przejść do rozważań, co należy rozumieć przez tego rodzaju finansowanie i przyjąć pewną jego strukturę na potrzeby niniejszej pracy. Jednak aby dokonać prawidłowej analizy rzeczzonego pojęcia, trzeba wyraźnie rozróżnić dwa stosunki prawne/relacje, które powstają w przypadku tej instytucji i które można wyinterpretować z art. 73 p.b. odnoszącego się właśnie do tego typu transakcji:

- 1) stosunek prawny kredytu⁵⁰ powstający na skutek umowy zawieranej pomiędzy kredytodawcami i kredytobiorcą oraz zwykle innymi podmiotami, np. poręczycielami⁵¹ (dalej: stosunek kredytu); od

⁴³ A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 53.

⁴⁴ Kwestia ryzyk związanych z działalnością bankową jest bardziej złożona, a powyżej został przedstawiony jej uproszczony obraz. Rozbudowaną analizę można znaleźć w T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 56–61. O większej dyskrecjonalnej władzy banku odnośnie do ekspozycji na ryzyko kredytowe można mówić w przypadku wewnętrznych regulacji danego banku dotyczących ekspozycji na ryzyko kredytowe.

⁴⁵ Będąc bardziej precyzyjnym: grupy podmiotów.

⁴⁶ Niezależnie od tego, czy normy adekwatności istniałyby czy nie. Więcej na ten temat zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 60–61. Dla lepszego zobrazowania można podać przykład „spółki” Apple, której wartość w 2012 r. wyniosła więcej niż „wartość” Polski. Zob. http://money.cnn.com/2012/02/29/technology/apple_market_cap/index.htm [dostęp: 11.11.2018].

⁴⁷ Odnośnie do innych jeszcze przyczyn/potrzeb kredytowania konsorcjalnego zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 63–64.

⁴⁸ Kwestia ta jest jednak bardziej skomplikowana. Zob. C. Champagne, L. Drapeau, *Do Syndicated Loans Influence Systemic Risk? An Empirical Analysis of the Canadian Syndicated Loan Market*, Review of Economics & Finance 2015, nr 12.

⁴⁹ *Ibid.*, s. 22.

⁵⁰ Tak naprawdę występuje więcej niż „jeden stosunek prawny”, o czym poniżej.

⁵¹ W przypadku transakcji kredytowania konsorcjalnego nie tylko mogą wystąpić inne podmioty niż kredytobiorca (właśnie np. poręczyciele czy gwaranci), ale także samych kredytobiorców może być więcej. Jednak

2) stosunku „organizacyjnego” konsorcjum kredytowego, powstającego na skutek umowy zawieranej zwykle wyłącznie pomiędzy kredytodawcami (dalej: stosunek organizacyjny);

dalej, oba stosunki łącznie jako: kredytowanie konsorcjalne⁵².

Do pierwszego z tych stosunków odnoszą się słowa: „wspólne udzielenie kredytu” z art. 73 ust. 1 p.b.⁵³. Skoro przepis ten stanowi o „kredycie” oraz znajduje się „niemalże” od razu po przepisach odnoszących się do umowy kredytu⁵⁴, rodzi się pytanie, czy w przypadku stosunku kredytu nie mówilibyśmy po prostu o odmianie kredytu w rozumieniu art. 69 p.b. Mówiąc inaczej, czy w przypadku stosunku kredytu nie chodziłoby po prostu o zobowiązanie się do oddania do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwoty środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, przy czym kredytobiorca zobowiązałby się do korzystania z tych środków na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Z tą jednak różnicą, że o ile w art. 69 p.b. mowa jest o banku **w liczbie pojedynczej**, stosunek kredytu charakteryzowałby się **kilkoma kredytodawcami**, którzy **wspólnie** udzielają kredytu i kredyt ten jest udzielany **na w zasadzie jednolitych warunkach**⁵⁵.

Budowanie definicji na podstawie art. 69 p.b. rodzi jednak pytanie, czy nie ujmuje ona tego rodzaju finansowania zbyt wąsko. Lokalizacja art. 73 ust. 1 p.b. może sugerować zawężającą interpretację, jednak jest ona nieuzasadniona. T. Czech oraz W. Katner podkreślają, że u podstaw stosunku kredytu mogą leżeć różne postacie finansowania, jak np. pożyczka bankowa czy akredytywa⁵⁶, a nie tylko kredyt w rozumieniu art. 69 p.b. i przytoczone poglądy należy uznać za właściwe. Zgłosić można jednak postulat *de lege*

przedmiotem niniejszej pracy nie jest szczegółowa analiza możliwej struktury kredytowania konsorcjalnego, dlatego dla uproszczenia zostało przyjęte, że zwykle brak jest innych podmiotów, a kredytobiorca jest tylko jeden (chyba że będzie wyraźnie napisane inaczej). O trojakiach rolach, w jakich mogą występować spółki zależne od kredytobiorcy, pisze np. T. Czech, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 2, s. 37. O dwóch modelach piszą natomiast: B. Merczyński, T. Trocki, *Niewypłacalność bilansowa poręczyтеля*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 2, s. 97.

⁵² Zob. też: W. Gonet, *Kilka uwag o umowie konsorcjum kredytowego*, Prawo Bankowe 2005, nr 5, s. 40–41, gdzie autor wyróżnia różne postacie konsorcjów. Problematyczna też jest kwestia, czy poręczyciel zaciąga własne zobowiązanie, czy odpowiada za cudzy dług, a może należałoby przyjąć stanowisko pośrednie (własne zobowiązanie, ale odpowiedzialność osobista za spłatę cudzego długu). Zob. A. Szpunar, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, Palestra 1992, nr 11–12, s. 23 oraz K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 1624.

⁵³ Art. 73 ust. 1 p.b.: „Banki w celu wspólnego udzielenia kredytu mogą zawrzeć umowę o utworzeniu konsorcjum bankowego”.

⁵⁴ „Niemalże”, bo art. 69–70 p.b. odnoszą się do umowy kredytu, ale po drodze znajduje się art. 71 p.b. odnoszący się, nieco upraszczając, do dopuszczalnych zaangażowań finansowych banków. Art. 72 p.b. został uchylony, a zatem art. 71 p.b. jest jedynym artykułem sprawiającym, że art. 72 nie znajduje się bezpośrednio po artykułach dotyczących „zwykłego” kredytu.

⁵⁵ Odnośnie do istotności cechy „zasadniczo jednolitych warunków”, co pozwala odróżnić kredytowanie konsorcjalne od współfinansowania oraz odnośnie do samego pojęcia „zasadniczo jednolite warunki” zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 43.

⁵⁶ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 40 i W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 725.

ferenda. Uzasadnione może być przeredagowanie art. 73 p.b., gdzie słowo „kredyt” zostałyby zastąpione słowem **finansowanie** i np. art. 73 ust. 1 p.b. brzmiałby: „Banki w celu **wspólnego finansowania** mogą zawrzeć umowę o utworzenie konsorcjum bankowego”. Istotne ograniczenie, aby definicja nie szła zbyt daleko, stanowiłby art. 73 ust. 3 p.b. Wymagałby on, aby transakcja doprowadziła do powstania odpowiednich wierzytelności, które by stanowiły część wspólnie udzielonego finansowania⁵⁷. Doprowadziłoby to do większej spójności p.b. oraz, idealnie, do większej precyzji dokumentów, które powinny wtedy odpowiednio stanowić o kredycie konsorcjalnym, pożyczce konsorcjalnej, akredytywie konsorcjalnej itd.⁵⁸ Dzięki temu każdy uczestnik obrotu, który spotka się z danym „kredytowaniem”, po samym tytule dokumentu wiedziałby, jakie finansowanie, z normatywnego punktu widzenia, leży u podstaw danej transakcji.

Powyższe jest jednak jedynie postulatem *de lege ferenda*⁵⁹, a sam rodzaj finansowania nie stanowi istoty problemu opracowywanego w niniejszej pracy. Dlatego praca będzie ciągle posługiwać się zwrotem „stosunek kredytu” czy „kredytowanie”, a nie „stosunek finansowania”. Istotne natomiast jest to, że przy tak szeroko rozumianym stosunku kredytu kredytodawców jest **kilku** oraz że udzielają oni, tak szeroko rozumianego kredytu **wspólnie**⁶⁰.

Wspólne udzielenie kredytu na **w zasadzie jednolitych warunkach**, „wymusza” największą odrębność tego rodzaju finansowania w stosunku do „standardowego”, bilateralnego kredytu, tj. **zawiązanie konsorcjum kredytowego**. Powstaje ono na mocy **umowy pomiędzy kredytodawcami**⁶¹ i **prowadzi do powstania stosunku organizacyjnego**, którego stronami są kredytodawcy, ale już zwykle nie kredytobiorca⁶². Do umowy konsorcjum odnosi się wspomniany już art. 73 ust. 1 p.b., a jej treść próbuje określić ust. 2 tego przepisu⁶³. Regulacja ta nie tylko jest niepełna, ponieważ nie określa

⁵⁷ O podobnym ograniczeniu wyinterpretowanym z art. 73 ust. 3 p.b. zob. W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 725.

⁵⁸ Oczywiście brzmienie art. 73 p.b. nie stoi na przeszkodzie, aby obecnie banki były precyzyjne w swoich dokumentach.

⁵⁹ Który prawdopodobnie wymaga bardziej rozbudowanych badań dotyczących pojęcia kredytowania konsorcjalnego niż poczynione na potrzeby niniejszej pracy.

⁶⁰ W obecnych polskich realiach podmiotami finansującymi w ramach kredytowania konsorcjalnego są wyłącznie banki, a wyjątki dotyczą jedynie finansowań, w których uczestniczą podmioty zagraniczne. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 39, przypis 36. Dlatego, o czym już była mowa we wstępie, w niniejszej rozprawie na zmianę z terminem kredytodawcy będzie używany zwrot banki.

⁶¹ Autor niniejszej rozprawy wychodzi tutaj z założenia, że w każdym przypadku kredytowania konsorcjalnego mamy do czynienia z **wielostronną** umową konsorcjalną, a nie z systemem dwustronnych umów konsorcjalnych. Wynika to z tego, że taki model jest preferowany zarówno przez praktykę, jak i przez ustawodawcę. Można się też zastanawiać czy w tym drugim przypadku (tzw. konsorcjum pojedynczego) ciągle można mówić o kredytowaniu konsorcjalnym. Por. W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 718-719.

⁶² Bardziej dokładnie na ten temat zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 342-416.

⁶³ Uwagi odnośnie do trafności definiowania umowy konsorcjum przez art. 73 p.b. zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 76-81. M.in. słusznie zauważa T. Czech, że trafniejsze byłoby posługiwanie się przez ustawodawcę zwrotem „konsorcjum **kredytowe**”, zamiast „konsorcjum bankowe”. Przywołany przepis stanowi, że w umowie konsorcjum banki powinny ustalić warunki udzielenia kredytu, jego zabezpieczenia oraz wyznaczyć bank umocowany do zawarcia umowy kredytu.

wszystkich elementów umowy konsorcjum⁶⁴, ale także wydaje się nieprawidłowa i nie do końca odpowiadająca kredytownikom występującym w praktyce⁶⁵. Ze względu na powyższe można postawić tezę o **jedynie instrukcyjnym charakterze art. 73 p.b.**⁶⁶ Uzasadnione wydaje się zatem „przedefiniowanie” stosunku konsorcjum jako jednostki organizacyjnej⁶⁷, której celem jest lub będzie wspólne udzielenie kredytu przez jej uczestników, a umowa powołująca konsorcjum będzie miała za zadanie stworzyć ramy prawne przyszłej współpracy pomiędzy uczestnikami takiej organizacji (konsorcjum)⁶⁸. Tak powstałej jednostce organizacyjnej nie będzie można przyznać odrębnej od kredytodawców podmiotowości prawnej⁶⁹. Jednak stosunek organizacyjny będzie stanowił swoistego rodzaju stosunek wewnętrzny⁷⁰, tj. **wielostronny stosunek konsorcjum**⁷¹, który będzie

⁶⁴ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 75–76.

⁶⁵ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 81–83. Ciężko np. uznać, że kredytodawcy są zobligowani do umocowania jednego z banków do zawarcia umowy kredytu. W teorii wyróżnia się tzw. konsorcja scentralizowane (mamy do czynienia z umocowaniem jednego banku przez pozostałe) i zdecentralizowane (brak takiego umocowania), zob. np. W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 718–720. W praktyce jednak umowa kredytu jest zawierana przez wszystkie banki i nie jest zwykle wyznaczany wspólny pełnomocnik do **zawarcia** umowy kredytu. Tak samo to w umowie kredytu, a nie umowie konsorcjum reguluje się warunki udzielenia kredytu.

⁶⁶ Tezę taką w literaturze stawia już T. Czech i autor ten wywodzi ją ze wspomnianego faktu, że art. 73 p.b. bardzo mocno odbiega od praktyki kredytowania konsorcjalnego i sam w sobie nie wyłącza wynikającej z art. 353¹ k.c. swobody umów (zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 88–94). Taki charakter tego przepisu kwestionuje W. Katner (zob. W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 722–724). Natomiast bardziej generalnie o tym, czy wierzytelności banku muszą być zawsze zabezpieczone, zob. I. Heropolitańska, *Prawne zabezpieczenie zapłaty wierzytelności*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 34–36.

⁶⁷ Wydaje się, że określenie „jednostka organizacyjna” jest trafne choćby z powodu bycia przez takie konsorcjum, co najmniej pośrednio, **adresatem norm prawnym**. Jak zauważa J. Frąckowiak: „Najpierw norma prawna stwarza podstawy dla konstruowania w sensie prawnym jednostki, która może być adresatem normy prawnej, a dopiero potem decyduje się, którym z takich jednostek nadać przymiot podmiotu w określonej gałęzi prawa”. Zob. J. Frąckowiak [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 1130–1131. Tym samym przydatne jest odróżnienie jednostek organizacyjnych nieposiadających podmiotowości prawnej, od jednostek organizacyjnych, którym ustawa taką podmiotowość przyznaje. Rzeczona przydatność wynika z tego, że już ta pierwsza może być adresatem normy prawnej. Co więcej, umowy konsorcjum charakteryzuje zwykle bardzo wysoki stopień dookreślenia zasad jego funkcjonowania/jego struktury (umowy mają zwykle od kilku do kilkunastu stron), co dodatkowo uzasadnia traktowanie konsorcjum jako jednostki organizacyjnej. Omawiana kwestia może być jednak kontrowersyjna ze względu na brak bezspornych kryteriów odnośnie do tego, jaki stopień zorganizowania jest potrzebny, aby uznać coś za jednostkę organizacyjną. Odnośnie do pojęcia jednostki organizacyjnej zob. J. Frąckowiak [w:] *System...*, t. 1, s. 1129–1139.

⁶⁸ Podobnie odnośnie do konsorcjum kredytowego: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 40–41. Natomiast co do wymogu wyraźnego przepisu prawa do uzyskania zdolności prawnej zob. np. J. Frąckowiak [w:] *System...*, t. 1, s. 1031–1032.

⁶⁹ Nic nie stoi na przeszkodzie, aby kredytodawcy w celu udzielenia kredytu utworzyli spółkę prawa handlowego. Będzie to oczywiście inny rodzaj współpracy kredytodawców niż forma konsorcjum. Ze względu jednak na jednorazowość transakcji oraz próbę ograniczenia kosztów transakcyjnych, sytuacji takiej nie spotyka się w praktyce i „luźne” ramy konsorcjum zdają się wystarczać, aby w sposób satysfakcjonujący zabezpieczyć interesy kredytodawców.

⁷⁰ „Swoistego rodzaju”, ponieważ może być kontrowersyjne, czy w przypadku braku odrębnego podmiotu możemy mówić o „stosunku wewnętrznym”, skoro tak naprawdę mamy do czynienia z odrębnymi podmiotami. Oczywiście całość problemu obraca się wokół rozumienia zwrotu: „stosunek wewnętrzny” i jego elastycznej interpretacji.

⁷¹ Zwrot „wielostronny stosunek wewnętrzny” został zaczerpnięty z T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 41.

miał na celu zabezpieczenie interesów uczestników konsorcjum w związku z wspólnie udzielonym kredytem. Najogólniej mówiąc, zabezpieczenie tych interesów nastąpi przez wskazanie płaszczyzn i zasad współdziałania, które zakreślą ramy przyszłej współpracy. Nieco zatem na wzór spółki cywilnej można by mówić o stosunku wewnętrznym konsorcjum, jak również o jego stosunkach „zewnętrznych”⁷².

Stosunek organizacyjny jest mocno powiązany ze stosunkiem kredytu⁷³, jednak mamy do czynienia z dwoma **odrębnymi** stosunkami powstającymi na podstawie dwóch **odrębnych** umów (zdarzeń prawnych)⁷⁴. Na mocy umowy konsorcjum kredytodawcy tworzą prawne ramy przyszłej współpracy odnośnie do **udzielanego/udzielonego wspólnie kredytu**. Jednak mówiąc o odrębności umowy kredytu i umowy konsorcjum kredytowego, nie należy mieć na myśli zawsze dwóch odrębnych dokumentów, pod którymi powinny być złożone odrębne podpisy. Chodzi tutaj o dwa różne zdarzenia prawne, które prowadzą do powstania **odrębnych stosunków prawnych**, a same oświadczenia woli stron mogą być, choć zwykle nie są, wyrażone w jednym i tym samym dokumencie⁷⁵. Prezentowane podejście jest uzasadnione tym, że nawet w przypadku gdy „całość” kredytowania konsorcjalnego uregulowana jest w jednym dokumencie, to określone prawa i obowiązki mogą dotyczyć wyłącznie „wewnętrznych” stosunków pomiędzy kredytodawcami⁷⁶, wyłączając tym samym kredytobiorcę z bycia stroną tego stosunku prawnego⁷⁷.

Dla wyraźnego, w pierwszej kolejności, rozróżnienia stosunku organizacyjnego od stosunku kredytu, powyżej zostało przyjęte pewne uproszczenie. Mowa była o stosunku prawnym kredytu **w liczbie pojedynczej**. Natomiast, choć podstawą powstania stosunku

⁷² Czy konsorcjum można zakwalifikować jako spółkę cywilną, stanowi bardzo ciekawe zagadnienie i kwestia ta była przez długi czas jednym z najbardziej spornych zagadnień w orzecznictwie i doktrynie. Wydaje się, że obecnie Sąd Najwyższy kwestię tę, przynajmniej na potrzeby przedmiotu niniejszej pracy, definitywnie rozstrzygnął. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, Legalis: 1303686, w którym Sąd Najwyższy m.in. stwierdził, że: „Nie ma podstaw do **automatycznego kwalifikowania** wszystkich umów o współdziałanie (lub podobnie nazwanych), w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego, jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej”. Zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2019 r., III CSK 182/18, Legalis: 1866017. Szerzej na ten temat też w podrozdziale 3.2.2.8.2.

⁷³ T. Czech mówi w takim przypadku o tzw. „związku umów” oraz o „podporządkowaniu” umowy konsorcjum kredytowego umowie kredytu. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 39–40.

⁷⁴ W literaturze wyróżnia się różne rodzaje powiązania umów handlowych. Przykładowo M. Spyra i S. Włodyka piszą o umowach bazowych i umowach sprzężonych (związkach umów). W ramach tej pierwszej grupy wyróżniają: a) umowy przedwstępne; b) porozumienia w sprawie warunków umów, oraz c) umowy ramowe. Natomiast w ramach tej drugiej grupy mowa jest o: a) ciągu (łańcuchu) umów; b) zespole (kompleksie) umów; oraz c) umowach wiązanych. Zgadając się z takim wyróżnieniem, powiązanie umowy kredytu z umową konsorcjum należałoby określić jako zespół (kompleks) umów (mamy do czynienia z odrębnymi umowami powiązаныmi wspólnym celem gospodarczym). Zob. M. Spyra, S. Włodyka [w:] *System...*, t. 5, s. 38–57.

⁷⁵ Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 41–42. Oczywiście przez pojęcie „jeden dokument” należy rozumieć wszystkie egzemplarze takiego dokumentu, ponieważ każda ze stron otrzyma swój oryginalny egzemplarz.

⁷⁶ Przy założeniu choćby potencjalnych praw i obowiązków kredytobiorcy.

⁷⁷ Kwestia ta jest nieco bardziej skomplikowana i czasem pewne roszczenia kredytobiorcy w stosunku do kredytodawców na podstawie umowy konsorcjum mogą powstać. Dużo będzie zależało od tego, jak umowa zostanie sformułowana. Zob. np. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 377–378.

kredytu jest **jeden dokument**: jedna umowa kredytu, pod którą wszyscy kredytodawcy składają podpisy⁷⁸, to nie mamy do czynienia z jednym stosunkiem kredytu, a co najmniej z **tyłoma stosunkami prawnymi kredytu, ilu jest kredytodawców**⁷⁹. Chodzi tu oczywiście o to, że choć kredyty są udzielane **wspólnie** i na **zasadniczo jednolitych warunkach**, to każdy z kredytodawców ciągle ma swój **własny kredyt (własny stosunek prawny z kredytobiorcą)**⁸⁰. Taki kredyt może być udzielony przez każdego z uczestników konsorcjum w takiej samej kwocie, ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby kwoty udostępnionego kredytu przez poszczególnych kredytodawców się różniły, co tylko potwierdza odrębność poszczególnych stosunków prawnych kredytu. Z takiego podejścia wynika, że żaden z kredytodawców nie jest odpowiedzialny za wypłatę „części kredytu”, którą powinni wypłacić pozostali kredytodawcy, chyba że dany kredytodawca wyraźnie by na siebie taką odpowiedzialność przyjął⁸¹. Jak słusznie podkreśla T. Czech, o „jednym” kredycie (stosunku kredytu) możemy mówić tylko w sensie **ekonomicznym/gospodarczym, bo zwykle możemy mówić o jednym celu przeznaczenia środków udostępnionych kredytobiorcy**⁸². Natomiast prawny punkt widzenia nakazuje widzieć **wiele kredytów**⁸³. Kredytodawcy jedynie dla uniknięcia wszelkich wątpliwości zawierają w umowie kredytu klauzule podkreślające rozdzielność i niezależność swoich zobowiązań oraz brak solidarnej odpowiedzialności za „całość” kredytu.

⁷⁸ Która, jak była o tym mowa powyżej, może jednocześnie zawierać postanowienia dotyczące powołania i funkcjonowania konsorcjum.

⁷⁹ Podobnie T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 41. Jak już była o tym mowa powyżej, niniejsze opracowanie dla uproszczenia zakłada, że zawsze mamy do czynienia wyłącznie z jednym kredytobiorcą. W przypadku braku takiego założenia wraz ze wzrostem kredytobiorców oczywiście liczba stosunków prawnych odpowiednio by rosła. Poza tym, gdy w ramach jednego kredytowania konsorcjalnego kredytodawcy udzielają np. zarówno kredytu obrotowego, jak i kredytu inwestycyjnego, to liczba stosunków prawnych znowu odpowiednio rośnie, co pokazuje, jak skomplikowana mozaika stosunków prawnych może wystąpić w przypadku jednej transakcji kredytowania konsorcjalnego. W takiej sytuacji, mimo wielości stosunków prawnych, uzasadnione wydaje się mówienie ciągle o jednym kredycie w sensie ekonomicznym/gospodarczym (zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 44), gdzie taką „jedność” finansowania powinno analizować się przez pryzmat jego „celu”. Niniejsza praca skupia się przede wszystkim na zabezpieczeniu kredytowania, dlatego w dalszej części pracy dla uproszczenia jest przyjmowane, że pomiędzy danym kredytodawcą a kredytobiorcą jest zawsze tylko jeden stosunek prawny. Zob. też: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 54–55.

⁸⁰ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 54–55.

⁸¹ Zgodnie z art. 369 k.c. solidarność zobowiązania musi wynikać z ustawy lub czynności prawnej. Ze względu na brak przepisu, z pewnością nie powstanie nam w takim przypadku solidarność dłużników (banków co do obowiązku wypłaty całości kredytu), chyba że kredytodawcy w umowie swoją solidarną odpowiedzialność za wypłatę całości kredytu wyraźnie zastrzegliby. Rozbudowane rozważania dotyczące tego zagadnienia znajdują się w podrozdziale 3.2.2.1. W doktrynie i orzecznictwie można nawet spotkać kontrowersyjne stwierdzenie, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego zagwarantowanie przez jeden bank nieponoszenia ryzyka kredytowego przez innego z konsorcjantów jest sprzeczne z istotą umowy konsorcjum bankowego. Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2017, rozdział 5, § 2 – *Sprzeczność z właściwością (naturą) stosunku prawnego*.

⁸² Podobnie: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 42.

⁸³ Jednak w dalszej części pracy dla uproszczenia bardzo często będzie przyjęta liczba pojedyncza, tj. **Stosunek Prawny** (zamiast stosunki prawne). Biorąc pod uwagę, że niniejsza praca skupia się na zabezpieczeniu finansowania, a nie samym finansowaniu, powinno to wpłynąć na większą klarowność rozważań.

Podsumowując, na kredytowanie konsorcjalne składa się stosunek kredytu i stosunek organizacyjny. Pierwszy składa się z wielu stosunków prawnych szeroko rozumianego kredytu łączących kredytodawców z kredytobiorcą, które wiąże wspólny cel finansowania i w zasadzie jednolite warunki. Drugi ma charakter pomocniczy w stosunku do pierwszego i ma przede wszystkim zapewnić sprawne udzielenie oraz późniejszą efektywną i sprawiedliwą kooperację przy stosunku kredytowym⁸⁴.

1.1.3.3. Struktura kredytowania konsorcjalnego a zabezpieczenie takiego kredytowania

W rozdziale 1.1.3.2. mowa była o stosunku kredytu i stosunku organizacyjnym. Jednak nie są to wszystkie stosunki prawne, które powstaną w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Art. 73 ust. 2 p.b. wyraźnie wspomina o zabezpieczeniu kredytu. Powyżej została postawiona teza o jedynie instrukcyjnym charakterze tego przepisu⁸⁵. Podobnie art. 69 ust. 2 pkt 6 p.b., odnoszący się do „standardowego” kredytu, wskazuje na potrzebę zawarcia w umowie kredytu sposobu zabezpieczenia jego spłaty, jednak sam Sąd Najwyższy stawia tezę, że nie stanowi to *essentialia negotii* umowy kredytu⁸⁶. Wydaje się, że ciągle można by zatem mówić o kredytowaniu konsorcjalnym nawet w przypadku braku zabezpieczenia takiego finansowania. Aczkolwiek, biorąc pod uwagę, że przy tego typu transakcjach mamy do czynienia z wielomilionowym kredytem, „stan” braku zabezpieczeń nie powinien mieć miejsca. **Można postawić tezę, że w przypadku każdego kredytowania konsorcjalnego powstanie, w zależności od poziomu zabezpieczenia transakcji, mniej lub bardziej skomplikowana mozaika dodatkowych zabezpieczających stosunków prawnych**⁸⁷. Mowa o „mozaice”, bo w odniesieniu, do w zasadzie każdego z zabezpieczeń, będziemy mieli do czynienia z odrębnym dokumentem⁸⁸ ustanawiającym zabezpieczenie na rzecz kredytodawców, który to dokument będzie określał, czy dane zabezpieczenie jest ustanawiane na rzecz wszystkich kredytodawców czy tylko niektórych⁸⁹. Więcej o samym zabezpieczeniu stosunku kredytu w podrozdziale 1.2., ale

⁸⁴ Jedną z głównych tez T. Czecha z monografii pt. *Konsorcjum kredytowe* jest stwierdzenie, że „umowa konsorcjum kredytowego oraz umowa kredytu pozostają ze sobą splecione w tzw. związku umów”. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 19.

⁸⁵ Zob. podrozdział 1.1.3.2.

⁸⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2014 r., IV CSK 440/13, LEX: 1444460.

⁸⁷ Odnośnie do potrzeby wyraźnego wyróżniania stosunku prawnego zabezpieczonej wierzytelności i stosunku prawnego zabezpieczenia, zob. np. T. Tomczak, *Wspólność hipoteki*, Monitor Prawa Bankowego 2017, nr 1, s. 69.

⁸⁸ Zwykle będzie to umowa, ale takie zabezpieczenia, jak poddanie się egzekucji czy oświadczenie o ustanowieniu hipoteki, w przypadku zabezpieczenia wierzytelności z tytułu obligacji, będą mogły stanowić jednostronne oświadczenie woli. Zob. art. 31 ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz. U. z 2018 r. poz. 483), dalej: u.o., oraz M. Kućka, *Administrator zabezpieczeń*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 99–100.

⁸⁹ Generalnie, jakie zabezpieczenia na rzecz jakich kredytodawców w przypadku konkretnej transakcji będą ustanawiane, będzie wynikało z umowy kredytu lub co następuje nawet częściej w praktyce: z załącznika do takiej umowy. Nieco upraszczając, będą mogły być ustanowione na rzecz tylko niektórych np. w przypadku, gdy wysokość kredytu udostępnianego przez różne banki będzie się znacznie różniła.

najpierw należałoby krótko odnieść się do instytucji agenta do spraw zabezpieczeń, ponieważ będzie ona miała duży wpływ na to, jak owa mozaika stosunków zabezpieczających będzie wyglądała.

1.1.3.4. Agent do spraw zabezpieczeń w strukturze kredytowania konsorcjalnego

Pomimo że jak najbardziej uzasadnione wydaje się mówienie o kredytowaniu konsorcjalnym już w przypadku spełnienia przesłanek zaprezentowanej w rozdziale 1.1.3.2. definicji, to patrząc na to finansowanie z punktu widzenia praktyki, wyżej zaprezentowana struktura jest niepełna⁹⁰. A to dlatego, że w niemalże każdej tego rodzaju transakcji⁹¹ spotkamy się z:

- 1) agentem konsorcjum⁹² lub po prostu agentem; i zwykle
- 2) agentem do spraw zabezpieczeń (lub krócej: agentem zabezpieczeń)⁹³.

Mimo że funkcje agenta konsorcjum i agenta do spraw zabezpieczeń pełni ten sam podmiot (zwykle jeden z kredytodawców), to uzasadnione jest ich wyraźne rozróżnienie⁹⁴. Zarówno agent konsorcjum, jak i agent do spraw zabezpieczeń, jest swoistego rodzaju **reprezentantem** kredytodawców. Pośredniczy on w relacjach pomiędzy kredytodawcami a kredytobiorcą. Co do zasady jest to instytucja korzystna dla „obu” stron transakcji, ponieważ m.in. przyśpiesza wiele czynności pomiędzy kredytodawcami a kredytobiorcą przez np. unikanie mnożenia tych samych czynności przez kredytobiorcę w stosunku do wszystkich kredytodawców.

Różnica między tymi dwoma rodzajami agenta tkwi natomiast w **przedmiocie umocowania** do reprezentowania kredytodawców. Agent konsorcjum pośredniczy w relacjach związanych **ze stosunkiem kredytu**, a zatem jego prawa i obowiązki najczęściej wynikają z samej umowy kredytu lub umowy konsorcjum kredytowego. Umocowanie

⁹⁰ Należy podkreślić, że niniejsza praca, jak wspomniano we wstępie, koncentruje się na modelu empirycznym konsorcjum kredytowego. Agent konsorcjum i agent zabezpieczeń w modelu takim powinni zawsze wystąpić. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 417–569.

⁹¹ T. Czech zwraca uwagę, że mogą wystąpić w praktyce przypadki transakcji kredytowania konsorcjalnego, w których agent zabezpieczeń nie wystąpi. Jednak autor sam zauważa, że instytucja ta jest **kluczowa** i typowa dla tego typu transakcji. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 507–508.

⁹² W doktrynie można spotkać jeszcze szersze pojęcie tzw. banku-lidera konsorcjum kredytowego. Taki bank-lider ma o tyle szerszy zakres umocowania, że poza czynnościami, do których standardowo umocowany jest agent konsorcjum, jest on także uprawniony do zawarcia w imieniu pozostałych członków konsorcjum umowy kredytu. Co więcej, bankowi-liderowi przypisuje się także prawa i obowiązki, które standardowo leżą w kompetencjach agenta do spraw zabezpieczeń. Zob. W. Katner [w:] *System...*, t. 9, s. 728. Pomimo że art. 73 ust. 2 p.b. wspomina o wyznaczeniu banku umocowanego do zawarcia umowy kredytu, to konstrukcja banku-lidera zdaje się być bardziej teoretyczna niż praktyczna. Banki zwykle nie umocowują jednego z banków do zawarcia w ich imieniu umowy kredytu, a umowę kredytu zawierają wspólnie i z pojęciem banku-lidera nie można spotkać się w umowach kredytowania konsorcjalnego. Dalsza część pracy pomija zagadnienie banku-lidera.

⁹³ Zob. np. P. Gumiński, *Administrator...*, s. 44–51.

⁹⁴ Słusznie zauważa T. Czech, że w praktyce bardzo często utożsamia się instytucję agenta i agenta do spraw zabezpieczeń, „lekceważąc specyfikę tej drugiej funkcji”. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 507.

dotyczy przede wszystkim czynności faktycznych związanych z kredytem, takich jak bieżące zarządzanie kredytem⁹⁵ czy koordynacja działań kredytodawców⁹⁶. Takie upoważnienie jest zwykle podkreślone odpowiednią klauzulą w umowie kredytowej, akcentującą jedynie administracyjny oraz techniczny charakter czynności agenta i wyłączającą powierniczy status agenta⁹⁷.

Natomiast agent do spraw zabezpieczeń, jak sama nazwa wskazuje, pośredniczy w relacjach związanych z **zabezpieczeniem kredytu** i, o ile jego generalne umocowanie wynika zwykle z samej umowy kredytu, to już jego bardziej szczegółowe prawa i obowiązki wynikają zwykle z poszczególnych umów zabezpieczających. Generalnie można powiedzieć, że **zarządza on zabezpieczeniami**. Ów zarząd należałoby rozumieć szeroko jako wykonywanie czynności prawnych i faktycznych, które standardowo wykonuje „wierzyciel” zabezpieczenia⁹⁸.

Jednak przedmiot relacji, w zakresie których agenci ci reprezentują kredytodawców, nie stanowi jedynej różnicy. O ile agent konsorcjum działa **w imieniu i na rzecz wszystkich kredytodawców**, to działanie agenta do spraw zabezpieczeń jest też działaniem na rzecz wszystkich kredytodawców, ale wydaje się, że najbardziej praktycznie pożądaną sytuacją jest jego działanie **we własnym imieniu**⁹⁹. Nieco upraszczając i wpasowując funkcje agentów w klasyczne instytucje prawa cywilnego, można powiedzieć, że przy agencie konsorcjum mamy do czynienia z **pełnomocnikiem**, natomiast w przypadku agenta zabezpieczeń, **mając na myśli jego najbardziej optymalną formę**, możemy mówić o **zastępcy pośrednim**¹⁰⁰.

Niniejsza praca nie tyle skupia się na samym kredytowaniu konsorcjalnym, ile na **zabezpieczeniu takiego kredytowania**, dlatego w dalszej jej części rozważania na temat **agenta konsorcjum zostaną zwykle pominięte**, a bardziej rozbudowany wywód odnośnie do agenta zabezpieczeń znajdzie się w rozdziale 2 oraz podrozdziałach 3.1–3.2 niniejszego opracowania. Takie podejście wynika z tego, że z jednej strony instytucja agenta zabezpieczeń jest właśnie sposobem na radzenie sobie przez konsorcjum

⁹⁵ Np. do przyjmowania zwracanych przez kredytobiorcę kwot i ich podziału między kredytodawców.

⁹⁶ Zwykle nie będą to istotne funkcje zarządzające, a umocowanie agenta obejmie jedynie uprawnienie do reprezentowania kredytodawców w zakresie tych czynności, których „mnożenie” stanowiłoby „nadmierny formalizm”. Odnośnie do istotnych czynności zarządzających będą one musiały być dokonywane i uzyskać zgodę wszystkich albo większości kredytodawców (np. różnego rodzaju wnioski o zrzeczenie się praw wynikających z umowy kredytowej), ewentualnie dokonywanie takich czynności przez agenta konsorcjum będzie wymagało odrębnego umocowania. Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 48.

⁹⁷ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 423–426. Autor ten zaznacza, że tylko w niektórych i nielicznych sytuacjach agent może przybrać postać zastępcy pośredniego.

⁹⁸ M. Kućka pisze o „administrowaniu zabezpieczeniami”, który to zwrot również rozumie bardzo szeroko jako „wykonywanie praw i obowiązków wynikających z zabezpieczenia”. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 31.

⁹⁹ O czym więcej w podrozdziale 2.2.

¹⁰⁰ Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 48–49. Zob. więcej na temat form agenta zabezpieczeń w podrozdziale 2.2.1.1.

z wielością i zbiorowością zabezpieczeń występujących w przypadku takiego kredytowania¹⁰¹, z drugiej strony, jak się okaże, prowadzi do głównego problemu, rozważanego w niniejszej pracy¹⁰².

Na koniec niniejszego podrozdziału należy też zaznaczyć cechę, która jest charakterystyczna dla polskich struktur kredytowania konsorcjalnego, w których wystąpi agent do spraw zabezpieczeń. Przynajmniej obecnie w Polsce funkcje agenta zabezpieczeń pełni jeden z kredytodawców, a sytuacja, w której agentem nie byłby jeden z banków, powinna stanowić raczej wyjątek¹⁰³.

1.1.4. Standaryzacja kredytowania konsorcjalnego

Jak wynika z powyższego, kredytowanie konsorcjalne ma skomplikowaną prawnie strukturę, która, ze względu na zasadę swobody umów, może ulegać znacznym modyfikacjom na potrzeby konkretnej transakcji¹⁰⁴. Jednak to co na początku niniejszej pracy¹⁰⁵ zostało uznane za źródło problemów, czyli bazowanie przez polskich praktyków na anglosaskich wzorach, z drugiej strony sprawia, że analiza kredytowania konsorcjalnego do bardzo drobiazgowych i uwzględniających różne stany faktyczne należeć nie musi. Z jednej strony, wyspecjalizowane kancelarie prawne zajmujące się obsługą kredytowania konsorcjalnego dysponują „własnymi” wzorcami dokumentów związanych z takim finansowaniem. Z drugiej strony jednak, wzorce te zasadniczo nie różnią się od siebie, co wynika właśnie z faktu, że oparte są one na tych samych wzorach stworzonych przez LMA czy LSTA na potrzeby eurorynku. Wynika to z faktu, że polski rynek należy do tzw. eurorynku, na którym standaryzacja jest mocno pożądana m.in. ze względu na ograniczenie ryzyka związanego z zaangażowaniem w tego rodzaju transakcje, zwiększeniem szybkości ich zawierania oraz ułatwienie dzięki niej obrotu wierzytelnościami kredytowymi omawianego typu¹⁰⁶. To sprawia, że większość umów kredytowania konsorcjalnego opiera się na tym samym szkielecie, a modyfikowane, dodawane lub usuwane są jedynie poszczególne postanowienia na potrzeby konkretnych transakcji. Taka sytuacja pozwala na dosyć ogólnikowe rozważania odnośnie do tej instytucji, które zachowają aktualność przy większości transakcji występujących na polskim rynku. Poza tym owa standaryzacja sprawia, że możliwe jest odwoływanie się do wzorów umów stosowanych przez praktykę, co pozwoli czasem wyraźnie pokazać, za pomocą jakich klauzul prawnicy starają się rozwiązać problemy pojawiające się przy transplatacji

¹⁰¹ W odniesieniu do znaczenia terminów „wielość” i „zbiorowość” zabezpieczeń zob. podrozdział 2.2.

¹⁰² Tj. nieco obecnie upraszczając, możliwości przyznania zabezpieczenia podmiotowi innemu niż wierzyciel, któremu przysługują zabezpieczone wierzytelności.

¹⁰³ Autor niniejszej pracy nie spotkał się z takim przypadkiem ani bezpośrednio (nie obsługiwał tego rodzaju transakcji), ani pośrednio (nie słyszał o takiej transakcji). Podobnie też: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 429.

¹⁰⁴ Zob. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 336–337.

¹⁰⁵ Zob. podrozdział 1.1.2.

¹⁰⁶ Więcej na temat standaryzacji dokumentacji na rynku kredytów konsorcjalnych zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 30–33.

anglosaskich wzorców oraz rozważyć skuteczność takich klauzul¹⁰⁷. W szczególności, na potrzeby niniejszej pracy, interesujące będą rozważania, czy wzory te radzą sobie z wykorzystaniem akcesoryjnych zabezpieczeń, a jeżeli tak, to w jaki sposób¹⁰⁸.

1.2. Zabezpieczenie wierzytelności kredytowych

1.2.1. Wstęp

Jak było już wskazywane w rozdziale 1.1.3.3., nie sposób wyobrazić sobie w praktyce kredytowania konsorcjalnego, w przypadku którego wierzytelności kredytodawców nie byłyby zabezpieczone i o zabezpieczeniu takiego finansowania wspomina sam art. 73 ust. 2 p.b. Co więcej, o czym była już częściowo mowa w rozdziale 1.1.3.4., najbardziej optymalnym rozwiązaniem jest sytuacja, w której zabezpieczenia te będą ustanowione na rzecz wszystkich kredytodawców, ale „na imieniu” **agenta do spraw zabezpieczeń**¹⁰⁹. Rozważenie problemów związanych z takim stanem rzeczy¹¹⁰ nastąpi w dalszej części pracy. Najpierw należałoby zastanowić się, jakie zabezpieczenia ustanawiane są w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Jest to niezbędne, aby prawidłowo zakreślić ramy rozważanego problemu, ponieważ może się okazać, że nie przy wszystkich zabezpieczeniach ustanowienie ich na rzecz wszystkich kredytodawców, ale „na imieniu” agenta zabezpieczeń będzie stanowiło problem. Jeżeli rzeczywiście takie zabezpieczenia będą istniały, to będzie można zadać pytanie, czy zamiast stwarzać „sztuczne” problemy, które niniejsza praca stara się rozwiązać, możliwe jest takie zabezpieczenie transakcji kredytowania konsorcjalnego, aby obejść się bez zabezpieczeń rodzących problemy. Odpowiedź na to pytanie wymaga analizy samego pojęcia „zabezpieczenia wierzytelności”, co może pozwoli na zakreślenie zbioru instrumentów prawnych mieszczących się w tym terminie.

1.2.2. Brak przepisów ogólnych dotyczących zabezpieczenia wierzytelności

Przed przejściem do definicji „zabezpieczenia wierzytelności” należałoby zwrócić uwagę na inną kwestię, również generalnej natury. Polskie prawo cywilne nie posiada

¹⁰⁷ Jak już wspomniano, w ciekawy sposób w swojej rozprawie czyni to: P. Kułak, *Analiza...*

¹⁰⁸ O czym więcej w dalszej części pracy. Zob. zwłaszcza rozdział 3. Jednak należy zauważyć, że instytucja agenta zabezpieczeń nie występuje we wzorcach stosowanych przez LMA, APLMA czy LSTA, ze względu na problem ze „standaryzacją” tej instytucji w wymiarze międzynarodowym, o czym będzie jeszcze mowa w niniejszej pracy, zwłaszcza w rozdziale 5. Zob. też: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 507, przypis 2.

¹⁰⁹ O przyczynach takiego stanu rzeczy więcej w rozdziale 2.3. Zwrotem „na imieniu” posługuje się T. Czech np. w swoim opracowaniu *Konsorcjum kredytowe*, które jest często przytaczane w niniejszym opracowaniu. Zwrot ten wydaje się jednak językowo nietypowy, dlatego niniejsza praca będzie mówiła o „przysługiwaniu tytułu”. Problem językowy dotyka istoty problemu rozważanego w niniejszej pracy i kwestia „przysługiwania tytułu” będzie jeszcze rozważana w rozdziale 2.3.1.5.2.

¹¹⁰ Co stanowi główny przedmiot niniejszej pracy.

przepisów ogólnych, które chociaż w jakimś minimalnym stopniu wyznaczałyby wspólną płaszczyznę odniesienia dla wszystkich zabezpieczeń wierzytelności. Regulacji tego typu brakuje nawet w odniesieniu do poszczególnych rodzajów zabezpieczeń, jak np. zabezpieczenia rzeczowe.

Co więcej, brak też jednej wspólnej ustawy, w której przepisy dotyczące wszystkich zabezpieczeń byłyby skumulowane. Takie klasyczne instrumenty, które niewątpliwie zabezpieczenie wierzytelności stanowią, jak np. zastaw, hipoteka czy poręczenie, nie tylko nie znajdują się w jednej jednostce redakcyjnej Kodeksu cywilnego¹¹¹, ale przepisy dotyczące zastawu i poręczenia „rozrzucone” są po różnych księgach tej ustawy, a przepisy dotyczące hipoteki znajdują się w odrębnej ustawie¹¹².

Można postawić tezę, że powyższe wynika przede wszystkim z dwóch przyczyn. Po pierwsze, wielości instrumentów, które mogą służyć jako zabezpieczenie wierzytelności. To, jak duży ich katalog uda się skonstruować, będzie zależało od tego, jak szeroką definicję zabezpieczenia wierzytelności się przyjmie. Zgadzając się z niżej prezentowaną funkcjonalną definicją, a co za tym idzie i otwartym katalogiem osobistych zabezpieczeń¹¹³, liczbę instrumentów służących zabezpieczeniu wierzytelności można uznać, w zasadzie, za nieograniczoną¹¹⁴. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że sam problem nie tkwi tylko w ich wielości¹¹⁵, ale przede wszystkim ich różnorodności¹¹⁶.

Wszystko to wskazuje, że budowanie, czy to przez ustawodawcę, czy przez doktrynę, definicji zabezpieczenia wierzytelności do najłatwiejszych nie należy.

1.2.3. Niemożliwość stworzenia powszechnie akceptowalnej definicji „zabezpieczenia wierzytelności”

W polskim prawie **nie ma definicji legalnej pojęcia „zabezpieczenia wierzytelności”**. Jako że pojęcie to zdaje się stanowić jedno z podstawowych terminów prawa cywilnego, należałoby zadać sobie pytanie, jakie, poza przedstawionymi powyżej¹¹⁷, są przyczyny tego stanu rzeczy.

Wydaje się, że trzon problemu stanowi pytanie, na co powinien położyć nacisk ustawodawca przy tworzeniu owej definicji. Czy pojęcie to powinno skłaniać się ku mocno formalnemu podejściu do terminu „zabezpieczenie wierzytelności” (np. zaliczać

¹¹¹ Np. regulacja zastawu „zwykłego” znajduje się w art. 306–335 k.c., a przepisy dotyczące poręczenia znajduje się ponad 500 artykułów dalej (art. 876–887 k.c.).

¹¹² Zob. art. 65-112 u.k.w.h. Zob. także T. Czech, *Ogólne zasady dotyczące zabezpieczeń wierzytelności w polskim prawie cywilnym*, Monitor Prawa Bankowego 2014, nr 6, s. 52.

¹¹³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 690/10, Legalis: 399538.

¹¹⁴ Limit stanowią tutaj jedynie granice swobody umów. Zob. art. 353¹ k.c.

¹¹⁵ Wielość sama w sobie nie uniemożliwia znalezienia „wspólnej płaszczyzny”.

¹¹⁶ Zob. podrozdział 1.2.5., w którym przez zaprezentowanie różnych podziałów zabezpieczeń podjęta jest próba ukazania urozmaiconego ich charakteru.

¹¹⁷ Zob. podrozdział 1.2.2.

do zabezpieczeń wierzytelności tylko enumeratywnie wymienione zabezpieczenia¹¹⁸), czy podchodzić do niego mocno funkcjonalnie i zaliczać do katalogu zabezpieczeń wierzytelności wszystko, co w jakikolwiek sposób poprawia sytuację podmiotu zabezpieczonego¹¹⁹. Może owa definicja powinna być skonstruowana w ten sposób, aby stanowić „złoty środek” pomiędzy tymi dwoma podejściami?

Przyjęcie przez ustawodawcę mocno formalnego podejścia sprawiłoby, że nieaktualna stałaby się powszechnie akceptowana przez Sąd Najwyższy zasada, że **w polskim prawie cywilnym mamy do czynienia z otwartym katalogiem zabezpieczeń, co najmniej osobistych**¹²⁰. Zamknięty katalog zabezpieczeń osobistych stałby w sprzeczności z zasadą swobody umów z art. 353¹ k.c. Natomiast, ze względu na zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych¹²¹, dużo bardziej uzasadnione byłoby wprowadzenie przez ustawodawcę zamkniętego katalogu zabezpieczeń rzeczowych. Jednak i w tym przypadku istnieją wątpliwości, które z zabezpieczeń można zaliczyć do zabezpieczeń rzeczowych i ustawodawca, wprowadzając tego rodzaju definicję, musiałby te wątpliwości definitywnie rozstrzygnąć¹²².

Dlatego w doktrynie można spotkać bardzo szerokie, funkcjonalne ujmowanie pojęcia zabezpieczenia wierzytelności. T. Czech definiuje zabezpieczenie wierzytelności jako „instrument normatywny, który wzmacnia pozycję prawną wierzyciela w zakresie zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności”¹²³. Co ciekawe, w obcych porządkach prawnych, które definiują zabezpieczenie, można spotkać równie szerokie definicje. Jako przykład można podać kanadyjską prowincję Ontario, która, nieco upraszczając¹²⁴, za zabezpieczenie (*security interest*) uznaje jakikolwiek interes w majątku, który zabezpiecza zapłatę lub wykonanie zobowiązania, doprecyzowując dalej, że ustawa znajdzie zastosowanie do każdej transakcji, bez względu na formę i osobę mającą tytuł do

¹¹⁸ Zob. np. art. 525 k.c., który w przypadku zmiany dłużnika i zabezpieczenia wierzytelności przez osobę trzecią odnosi się jedynie do poręczenia i ograniczonych praw rzeczowych stanowiących zabezpieczenie.

¹¹⁹ Por. D. Einsele [w:] *The Future of Secured Credit in Europe*, red. H. Eidenmuller, E.-M. Kieninger, European Company and Financial Law Review, Berlin 2008, s. 351.

¹²⁰ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2004 r., I CK 114/04, Legalis: 75576 lub wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 690/10, Legalis: 399538.

¹²¹ Zob. P. Machnikowski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 39–43.

¹²² Np. W ramach jednego opracowania można spotkać różne stanowiska na temat tego, jakie zabezpieczenia stanowią zabezpieczenia rzeczowe. J. Gołaczyński zalicza do nich: zastaw, hipotekę, przeniesienie własności na zabezpieczenie, cesję na zabezpieczenie, zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej, kaucję, blokadę środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym, prawo zatrzymania. Zob. J. Gołaczyński [w:] *System prawa prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012, s. 671. W tym samym opracowaniu J. Pisuliński zalicza do zabezpieczeń rzeczowych jedynie: zastaw, hipotekę i przeniesienie własności na zabezpieczenie. Zob. J. Pisuliński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012, s. 559.

¹²³ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 53 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2016 r., II CSK 815/14, Legalis: 1461019.

¹²⁴ „Nieco upraszczając”, ponieważ m.in. Personal Property Security Act, RSO 1990, c P-10 (dalej: PPSA) nie obejmuje swoim zakresem zabezpieczeń na nieruchomościach. Definicja ta będzie bardziej szczegółowo rozważana w podrozdziale 4.3.

obciążonego majątku, która w istocie (*in substance*) tworzy zabezpieczenie (*security interest*)¹²⁵.

Takie szerokie ujęcie zabezpieczenia wierzytelności pokazuje, że zabezpieczeniem może być w zasadzie wszystko. Jednak rodzi też pytanie, w którym miejscu jest granica owego pojęcia. Mówiąc inaczej, jakich instrumentów normatywnych już za zabezpieczenie wierzytelności nie powinniśmy uznawać. Wątpliwości może wywołać np., czy przy tak szerokim ujęciu za zabezpieczenie wierzytelności powinniśmy uznawać także np. ubezpieczenie spłaty wierzytelności, czy niektóre postacie leasingu¹²⁶.

Co ciekawe, m.in. powyższy problem z określeniem granicy tak obszernie ujmowanego pojęcia „zabezpieczenia wierzytelności” sprawia, że przytaczanie, czy to w umowie kredytu, czy umowach zabezpieczeń, podobnej do przedstawionej powyżej **szerokiej, funkcjonalnej i krótkiej** definicji zabezpieczenia, **nie jest spotykane**. Problem ten nie powoduje jednak, że definicja tego pojęcia w owych dokumentach się nie pojawia. Wręcz przeciwnie. Definicja „zabezpieczenia” na potrzeby konkretnego kredytowania konsorcjalnego wystąpi w zasadzie zawsze. Będzie to wynikało z tego, że kredytobiorca często zobowiąże się w umowie kredytowej do nieustanawiania bez zgody kredytodawców nowych zabezpieczeń albo zabezpieczeń innych niż zabezpieczenia z góry dozwolone przez kredytodawców¹²⁷. Ustanowienie zabezpieczenia bez przyzwolenia ze strony kredytodawców będzie mogło stanowić przypadek naruszenia umowy kredytowej, który będzie uprawniał kredytodawców m.in. do wypowiedzenia umowy kredytu¹²⁸ lub żądania ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia¹²⁹. Powyższe powoduje, że to, jaki ostatecznie kształt przybierze definicja zabezpieczenia przy konkretnym kredytowaniu konsorcjalnym, będzie w dużym stopniu zależało od „siły przetargowej” (ang. *bargaining power*) stron umowy kredytowej, na którą duży wpływ będzie miała sytuacja finansowa kredytobiorcy.

Kredytobiorca będzie dążył do tego, aby definicja zabezpieczenia enumeratywnie wymieniała instrumenty prawne, które będą stanowiły zabezpieczenie. Taka sytuacja da pewność kredytobiorcy, że każdy instrument prawny, z którego skorzysta po zawarciu

¹²⁵ Zob. definicję z art. 1 ust. 1 oraz art. 2 PPSA. Ustawa stanowi o *security interest*, terminie popularnym w systemach *common law*, który nie do końca łatwo jest wkomponować w kontynentalne systemy prawne i odnosi się jedynie do zabezpieczeń obciążających majątek inny niż nieruchomości. Więcej na ten temat zob. podrozdział 4.3.

¹²⁶ Por. T. Czech, *Ogólne...*, s. 54 lub art. 1 ust. 1 PPSA definiujący zabezpieczenie (*security interest*). Ta druga definicja mieści w ramach pojęcia zabezpieczenia (*security interest*) także leasing, pod warunkiem, że umowa leasingu została zawarta na okres dłuższy niż rok.

¹²⁷ Często umowy kredytu zawierają definicję np. dozwolonych zabezpieczeń, czyli takich, których ustanowienie, mimo że mieszczą się w definicji zabezpieczenia, a zatem standardowo ustanowione bez zgody kredytodawców stanowiłyby przypadek naruszenia, nie stanowi przypadku naruszenia ze względu na fakt, że kredytodawcy z góry wyrażają na owe zabezpieczenia zgodę.

¹²⁸ Zob. art. 75 p.b. i np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r., V CSK 475/12, *Legalis*: 877778.

¹²⁹ Konsekwencje przypadku naruszenia są zwykle definiowane w umowie kredytowej i wyraźnie określają w odniesieniu do konkretnej transakcji to, do czego kredytodawcy, w przypadku jego zaistnienia, są uprawnieni.

umowy kredytu, niemieszczący się w definicji zabezpieczenia, nie będzie stanowił przypadku naruszenia postanowień umowy¹³⁰, a zatem nie doprowadzi do wyżej wspomnianych konsekwencji. Pozwoli to kredytobiorcy na korzystanie z takich instrumentów bez potrzeby uzyskiwania zgody kredytodawców.

Jednak w praktyce sytuacje, w których to kredytobiorca dyktuje warunki kredytu konsorcjalnego, stanowią, przynajmniej obecnie, rzadkość i dotyczą raczej podmiotów o bardzo dobrej sytuacji finansowej. Zwykle to kredytodawcy są podmiotami, które mają decydujący wpływ na kształt umowy kredytu i próbują ukształtować definicję zabezpieczenia w sposób im odpowiadający¹³¹. Ze względu na wyżej wspomniany otwarty katalog zabezpieczeń osobistych, a co za tym idzie, dopuszczalną kreatywność odnośnie do tworzenia instrumentów zabezpieczających, kredytodawcy nie będą zgadzać się na enumeratywny katalog zabezpieczeń. W przypadku takiego katalogu nie można wykluczyć sytuacji, w których kredytobiorca byłby w stanie bez zgody kredytodawców ustanawiać zabezpieczenia, w skutkach podobne do tych zakazanych w umowie, na ustanowienie których nie potrzebowałby zgody kredytodawców, a które w równym stopniu mogłyby naruszać ich interesy. Dlatego definicja zabezpieczenia w umowie kredytowej będzie zwykle połączeniem definicji enumeratywnej z funkcjonalną. Kredytodawcy, z jednej strony, wskażą najpopularniejsze zabezpieczenia wierzytelności, które będą mieścić się w definicji zabezpieczenia (np. hipotekę, zastaw, cesję, przewłaszczenie na zabezpieczenie). Z drugiej strony natomiast, zakończą ową definicję zwrotem typu: „lub inna czynność prawną o podobnych skutkach”. Poza ewentualnymi wyjątkami określonymi w umowie, ustanowienie jakiegokolwiek, tak szeroko rozumianego zabezpieczenia, będzie zabronione. Definicje tego typu są o tyle niefortunne dla kredytobiorców, że korzystanie przez nich z różnego rodzaju konstrukcji prawnych będzie wymagało co najmniej konsultacji z prawnikami lub kredytodawcami w celu weryfikacji, czy dany instrument mieści się w owej definicji. Najczęściej wręcz będzie wymagało zgody kredytodawców na skorzystanie z takiego instrumentu, co ze względu na istnienie konsorcjum i wiążący się z tym zwykle wymóg uzyskania zgody co najmniej większości kredytodawców¹³² będzie zabiegiem czasochłonnym¹³³.

Jednak takie ostrożnościowe podejście kredytodawców nie stanowi jedynie „dmuchania na zimne”. Wynika m.in. z faktu, że sami kredytodawcy w celu zabezpieczenia wierzytelności kredytowych, wraz ze wzrostem kwoty kredytu konsorcjalnego, wymagają nie tylko zabezpieczeń na coraz to większej części majątku kredytobiorcy, ale także

¹³⁰ Przynajmniej nie z punktu widzenia zakazu ustanawiania zabezpieczeń. Może jednak stanowić naruszenie np. określonych w umowie kredytu wskaźników finansowych.

¹³¹ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 264.

¹³² „Co najmniej”, bo umowa konsorcjum może wymagać innej większości, np. jednomyślności.

¹³³ Co ciekawe, w praktyce ze względu na ową czasochłonność zgoda taka jest często udzielana *post factum* i kredytodawcy w oświadczeniu stwierdzają, że nie uznają danego działania kredytobiorcy za naruszenie umowy kredytowej albo zrzekają się praw z tytułu naruszenia.

i większej różnorodności zabezpieczeń. Często rozmaite zabezpieczenia są ustanawiane na tych samych składnikach majątku kredytodawcy, a brak jest w polskim porządku prawnym generalnego zakazu ustanawiania wielu zabezpieczeń czy nadzabezpieczenia¹³⁴. Podobnie sporne może być, na ile od podmiotów prawa cywilnego powinno wymagać się racjonalności swoich działań¹³⁵. Mówiąc inaczej, kredytodawcy bardzo często sami są bardzo kreatywni w odniesieniu do wymaganych zabezpieczeń, dlatego doskonale zdają sobie sprawę, że pomysłowy może okazać się również sam kredytobiorca.

Podsumowując, z jednej strony umowna definicja zabezpieczenia wierzytelności w przypadku wielu kredytowań konsorcjalnych może wyglądać różnie¹³⁶, z drugiej strony, **można postawić tezę, że odnalezienie powszechnie akceptowalnej definicji, przy obecnym stanie normatywnym, zdaje się niemożliwe**. Zaakceptowanie zatem jednej z istniejących w doktrynie definicji, ewentualnie stworzenie własnej, sprawiłoby więcej problemów niż rozwiązało wątpliwości¹³⁷. Rozważania w niniejszej pracy skupią się zatem po prostu na zabezpieczeniach ustanawianych w przypadku kredytowania konsorcjalnego i podziałach zabezpieczeń, ponieważ jak się okaże, problem narodzi się w przypadku zabezpieczeń przejawiających pewną cechę¹³⁸. To sprawia, że na potrzeby niniejszej pracy dużo istotniejsze jest precyzyjne wskazanie i określenie owej właściwości niż wyraźne zakreślenie, gdzie kończy się pojęcie zabezpieczenia wierzytelności. Jedyne, co należy podkreślić w odniesieniu do **każdego** zabezpieczenia i co jest zaznaczane w doktrynie i orzecznictwie, to fakt, że zabezpieczenie **służy umocnieniu zabezpieczonej wierzytelności/pozycji prawnej wierzyciela**¹³⁹. Można postawić tezę, że cechę tę należałoby uznać za **atrybut każdego zabezpieczenia** i bez jej spełnienia przez konkretny instrument nie sposób twierdzić, że mamy do czynienia z „zabezpieczeniem”¹⁴⁰.

¹³⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 218/10, Legalis: 276045 oraz T. Czech, *Ogólne...*, s. 59–61. Choć kwestia ta nie jest pozbawiona kontrowersji. Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 264–267.

¹³⁵ Jak to ujął T. Czech: „na ile polskie prawo cywilne zakazuje uczestnikom obrotu dokonywania nieracjonalnych czynności prawnych”. Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 60, przypis 44, który odwołuje się też do bardziej generalnego opracowania R. Trzaskowskiego, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005.

¹³⁶ I często, przynajmniej w części, definiować nieznanne przez nieznanne poprzez owo charakterystyczne, często występujące zakończenie w stylu: „inne czynności o podobnych skutkach”, „lub czynność prawną, której skutkiem jest ustanowienie zabezpieczenia”.

¹³⁷ Wydaje się, że podobnie I. Heropolitańska, która poświęca całą monografię prawnym zabezpieczeniom zapłaty wierzytelności, a nie podejmuje nawet próby zdefiniowania tego pojęcia, co jak się wydaje, wynika właśnie z podobnego podejścia. Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*

¹³⁸ Tj. swoiście rozumianą akcesoryjność. Zob. podrozdział 1.3.

¹³⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III KKN 246/00, LEX: 41955; T. Czech, *Wymagalność zabezpieczonej wierzytelności jako przesłanka wykonania zabezpieczenia*, Monitor Prawniczy 2011, nr 23, s. 1245; T. Czech, *Ogólne...*, s. 53–54; A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 22. Ostatni artykuł odnosi się wyłącznie do poręczenia.

¹⁴⁰ Na ten temat więcej i często w dalszych, różnych podrozdziałach niniejszego opracowania.

1.2.4. Zabezpieczenia ustanawiane w przypadku kredytowania konsorcjalnego

Zawarcie umowy kredytu nie musi jeszcze oznaczać, że dojdzie do przekazania kwot kredytu kredytobiorcy. Ustanowienie zabezpieczeń stanowi zwykle jeden z warunków udostępnienia kredytu przez kredytodawców. Jedynie poręczenia czy gwarancje będą udzielane przez podmioty z grupy kapitałowej kredytobiorcy w samej umowie kredytowej i skuteczne zwykle z chwilą jej zawarcia¹⁴¹. Odnośnie do pozostałych zabezpieczeń, w samej umowie kredytu będzie zwykle raptem jeden punkt dotyczący właśnie warunków udostępnienia czy wykorzystania kredytu¹⁴², a ów punkt nie tyle będzie wymieniał wszystkie zabezpieczenia, ile odsyłał w tym zakresie do załącznika do umowy, który wymagane zabezpieczenia będzie precyzował. Wynika to właśnie ze standaryzacji dokumentacji¹⁴³ oraz z wielości ustanawianych zabezpieczeń, które, co więcej, są udzielane nie tylko przez samego kredytobiorcę, ale także podmioty z jego grupy kapitałowej. Podmioty te, jak już wspomniano, odnośnie do samego kredytu są zwykle właśnie poręczycielami lub gwarantami¹⁴⁴. Same zabezpieczenia będą zaś udzielane **w odrębnych umowach**¹⁴⁵, które zwykle będą zawierane już pomiędzy konkretnymi zabezpiezczycielami, a właśnie agentem do spraw zabezpieczeń, który do zawarcia takich umów będzie odpowiednio upoważniony, np. w umowie kredytowej.

Analiza załączników wymieniających zabezpieczenia pokazuje, że ustanawiane zabezpieczenia są zwykle różne. Od hipotek, zastawów rejestrowych i finansowych na aktywach, udziałach, akcjach, rachunkach bankowych, pełnomocnictw do owych rachunków bankowych, przewłaszczeń na zabezpieczenie, umów przelewu praw na zabezpieczenie (w tym praw z umów ubezpieczenia), weksli zabezpieczających aż do oświadczeń o poddaniu się egzekucji. Ustanawiane w danej transakcji zabezpieczenia w zasadzie zależą od sytuacji finansowej kredytobiorcy oraz majątku posiadanego przez niego i jego grupę kapitałową. Generalnie można tylko stwierdzić, że zwykle trudno spotkać kredytowanie konsorcjalne, przy którym nie korzystano by z zastawów czy hipotek¹⁴⁶.

Kwestia, jakie dokładnie zabezpieczenia są ustanawiane w przypadku kredytowania konsorcjalnego, zostanie jeszcze rozbudowana w dalszej części pracy¹⁴⁷. Jednak

¹⁴¹ Ewentualnie z chwilą wypłaty kwot przez kredytodawców.

¹⁴² W przypadku większych kredytów może wystąpić odrębny załącznik do umowy kredytu stanowiący o warunkach udostępnienia. W takim przypadku załącznik może odsyłać do innego załącznika wymieniającego wszystkie wymagane zabezpieczenia.

¹⁴³ Przy kolejnych podobnych transakcjach wymagana jest jedynie zmiana załącznika i jego dostosowanie m.in. do sytuacji majątkowej kredytobiorcy, bo w znacznym stopniu to właśnie od niej będzie zależało, jakie zabezpieczenia będą musiały być ustanowione.

¹⁴⁴ Jednak odnośnie do różnych ról, które spółki zależne mogą pełnić zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 37.

¹⁴⁵ Ewentualnie oświadczeniach, tj. jednostronnych czynnościach prawnych np. w przypadku oświadczeń o poddaniu się egzekucji.

¹⁴⁶ Co ma istotne znaczenie dla dalszych rozważań, a przyczyny tego stanu rzeczy można znaleźć np. w podrozdziale 2.4.

¹⁴⁷ Zob. podrozdział 2.1.

należałoby to uczynić po przedstawieniu występujących w doktrynie podziałów zabezpieczeń, ponieważ pozwoli to rozważyć problem w świetle tego, czy rodząca problemy grupa w ogóle wystąpi/występuje w przypadku omawianego rodzaju finansowania. Niniejsza część pracy miała na celu jedyne wstępne zaznaczenie, że zabezpieczenia mogą być bardzo różne, i że może być ich bardzo wiele. Dokładna analiza zabezpieczeń, wraz z praktycznymi przykładami, będzie zawarta w podrozdziale 2.1.

1.2.5. Podziały zabezpieczeń wierzytelności

Brak definicji legalnej pojęcia „zabezpieczenia wierzytelności”, przepisów ogólnych, czy chociażby spójnej systematyki przepisów dotyczących zabezpieczeń, pośrednio powoduje też brak normatywnego podziału zabezpieczeń na określone kategorie czy grupy.

Doktryna jednak, ze względu na charakter niektórych zabezpieczeń, stara się wprowadzać ich różnego rodzaju podziały czy typologie. W literaturze można spotkać m.in. następujące:

- a) ze względu na kryterium rodzaju odpowiedzialności¹⁴⁸/przedmiotu obciążonego zabezpieczeniem¹⁴⁹ – zabezpieczenia osobiste i zabezpieczenia rzeczowe;
- b) ze względu na kryterium¹⁵⁰ normatywnego podporządkowania prawa zabezpieczającego wobec zabezpieczonej wierzytelności¹⁵¹/samodzielność bytu prawnego danego prawa¹⁵² – zabezpieczenia akcesoryjne i zabezpieczenia nieakcesoryjne;
- c) ze względu na kryterium „rodzaju ochrony wierzyciela”¹⁵³ – zabezpieczenia, które prowadzą do przyznania dodatkowej wierzytelności wobec zabezpieczyciela; zabezpieczenia, które polegają na uzyskaniu pewnego przywileju odnośnie do określonych składników majątku należących do zabezpieczyciela; zabezpieczenia, które umożliwiają uproszczony tryb dochodzenia zaspokojenia interesu wierzyciela na drodze sądowej¹⁵⁴.

Podziałowi zabezpieczeń na osobiste i rzeczowe zarzuca się brak ustalonych w doktrynie jednolitych kryteriów do ich rozróżniania, a nawet kwestionuje się rozłączny

¹⁴⁸ Tj. odpowiedzialność osobista lub odpowiedzialność rzeczowa. Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 36–37.

¹⁴⁹ J. Górecki, *Osobiste zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 11.

¹⁵⁰ To według jakich kryteriów powinniśmy wyróżniać zabezpieczenia akcesoryjne i zabezpieczenia nieakcesoryjne, jest problemem skomplikowanym, który będzie analizowany w sposób rozbudowany w podrozdziale 1.3., a przedstawione kryteria mają jedynie charakter przykładowy.

¹⁵¹ Takie kryterium przyjmuje T. Czech, *Ogólne...*, s. 65.

¹⁵² Tak: E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 179, ogólnie odnośnie do praw rzeczowych, ale odnosząc się przy tym do zabezpieczenia wierzytelności.

¹⁵³ Autor przedstawionego podziału nie podaje kryterium, ze względu na które dokonuje owej typologii, więc wspomniane kryterium jest jedynie domysłem autora niniejszej pracy. Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 54.

¹⁵⁴ Jest to dosyć nowatorska typologia przyjęta przez T. Czecha (*Ogólne...*, s. 54). Typologia ta jednak nie będzie miała większego znaczenia w dalszej części niniejszego opracowania.

charakter tego podziału¹⁵⁵. Jednak mimo tych zarzutów, podział ten ma bardzo istotne znaczenie praktyczne i nie należałoby z niego całkiem rezygnować. W sposób obrazowy i praktyczny prowadzi on do rozróżnienia sytuacji wierzyciela w przypadku obu tych grup zabezpieczeń. Aby do tego jednak doszło, należałoby zastanowić się nad owym kryterium lub kryteriami rozdzielającymi te dwa rodzaje zabezpieczeń. Powyżej zostały przytoczone dwa różne kryteria, dwóch różnych autorów. Pierwsze, I. Heropolitańskiej, stanowiące o **rodzaju odpowiedzialności (osobista v. rzeczowa)**¹⁵⁶. Drugie, J. Góreckiego, odnoszące się do **przedmiotu obciążonego zabezpieczeniem**¹⁵⁷. Za bardziej precyzyjne należałoby uznać pierwsze kryterium i tym samym za zabezpieczenia rzeczowe należałoby uważać te, które przewidują **odpowiedzialność rzeczową**¹⁵⁸. Zabezpieczenie takie charakteryzowałoby się **zindywidualizowanym przedmiotem** oraz **bezwzględny charakterem uprawnień** w stosunku do takiego przedmiotu¹⁵⁹. Jednak, co bardzo istotne, w dalszej części pracy katalog zabezpieczeń rzeczowych z **perspektywy płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności** zostanie zbudowany na podstawie **innego kryterium**¹⁶⁰. Nie sprawia to jednak, że wyżej przytoczona definicja zabezpieczeń rzeczowych nie będzie potrzebna. Za każdym razem, gdy niniejsza praca będzie odnosić się do „zabezpieczeń rzeczowych” nie w postaci zdefiniowanej na potrzeby niniejszej pracy w podrozdziale 1.3., czyli z perspektywy płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności¹⁶¹, będzie odnosić się do definicji I. Heropolitańskiej¹⁶².

Powyższe należałoby przełożyć na grunt bardziej praktyczny. W przypadku zabezpieczeń osobistych, zabezpieczony ma potencjalnie dostęp do całego majątku zabezpieczającego, jednak zabezpieczenie takie nie daje zwykle przywilejów egzekucyjnych. To sprawia, że zabezpieczenie osobiste może nie mieć dla zabezpieczonego żadnego znaczenia w przypadku bardzo złej sytuacji majątkowej zabezpieczającego i wielości jego wierzycieli. Natomiast zabezpieczenia rzeczowe, choć ograniczają majątek zabezpieczającego,

¹⁵⁵ Wskazuje na to T. Czech (*Ogólne...*, s. 54), w związku z czym na potrzeby własnego opracowania wprowadza wymyślony przez siebie, wyżej wspomniany podział (podział nr 3). Zob. też: E. Niezbecka [w:] *Prawne zabezpieczenie wiarygodności bankowych*, red. E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, Zakamycze, Kraków 2000, s. 88-89.

¹⁵⁶ Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 36–37.

¹⁵⁷ J. Górecki, *Osobiste...*, s. 11. Jednak dokładne wczytanie się w to, w jaki sposób J. Górecki prezentuje swoje kryterium, prowadzi do wniosku, że nie różni się ono wiele od kryterium przedstawionego przez I. Heropolitańską.

¹⁵⁸ Więcej na temat odpowiedzialności rzeczowej zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

¹⁵⁹ Odnośnie do pojęcia „bezwzględności praw” zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 32–34.

¹⁶⁰ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2.

¹⁶¹ Czyli po prostu zwrot „zabezpieczenia rzeczowe” będzie pisany z małej, a nie wielkiej litery. Pisany wielkimi literami będzie oznaczał zabezpieczenia rzeczowe zdefiniowane z perspektywy płaszczyzny podmiotowej. Zob. podrozdział 1.3.

¹⁶² Pojęcie zabezpieczeń akcesoryjnych z perspektywy płaszczyzny podmiotowej zostanie zdefiniowane w podrozdziale 1.3. i od wtedy będzie pisane wielkimi literami. Tym samym za każdym razem, kiedy niniejsza praca będzie odnosiła się do „zabezpieczeń rzeczowych” pisanych małymi literami, będzie chodziło o definicję I. Heropolitańskiej.

z którego będzie mógł się zaspokoić zabezpieczony (wskazują przedmiot/y obciążone zabezpieczeniem), to jednak uprzywilejowują taki podmiot w zakresie egzekucji, zwykle lepiej chronią zabezpieczonego przed upadłością¹⁶³ oraz, co do zasady, chronią zabezpieczonego przed niekorzystnym dla niego rozporządzeniem przez zabezpieczającego przedmiotem zabezpieczenia¹⁶⁴. Te właśnie cechy powodują, że kredytodawcom bardzo trudno jest zrezygnować z zabezpieczeń rzeczowych i występują one, jak się wydaje, w każdej transakcji kredytowania konsorcjalnego.

Wyżej przedstawiony podział na zabezpieczenia rzeczowe i osobiste jest istotny z dwóch powodów. Po pierwsze, pokazuje, jak istotne są zabezpieczenia rzeczowe, a co za tym idzie, dlaczego rezygnacja z nich w przypadku kredytowania konsorcjalnego, raczej nie wchodzi w rachubę. Jednak, przynajmniej *prima facie*, problem omawiany w niniejszej pracy dotyczy nie tyle zabezpieczeń rzeczowych, co **zabezpieczeń akcesoryjnych**¹⁶⁵. Mogłoby się zatem wydawać, że prawidłowym pytaniem powinno być: czy można zrezygnować z zabezpieczeń akcesoryjnych na rzecz zabezpieczeń nieakcesoryjnych (samoistnych), a nie z rzeczowych na rzecz osobistych. Jednak pojęcie zabezpieczeń rzeczowych może okazać się przydatne przy konstruowaniu katalogu zabezpieczeń akcesoryjnych. Dlatego, po drugie, powyższe rozważania, dzięki wskazaniu, jak pojęcie zabezpieczenia rzeczowego może być rozumiane, pozwoli zakreślić stosunek między tymi dwiema grupami zabezpieczeń w sposób bardziej precyzyjny. Ze względu na złożoność, rodzące się problemy i kluczowe znaczenie dla potrzeb niniejszej pracy pojęciu akcesoryjności zabezpieczeń, podziałowi zabezpieczeń na akcesoryjne i nieakcesoryjne należy poświęcić osobny podrozdział.

1.3. Akcesoryjność zabezpieczeń

1.3.1. Pojęcie akcesoryjności

W doktrynie można spotkać całkiem sporo definicji akcesoryjności zabezpieczenia. Definiuje się ją jako, np.:

- 1) „zależność zabezpieczenia od zabezpieczonej wierzytelności”¹⁶⁶;

¹⁶³ „Zwykle”, ponieważ jak słusznie zauważa M. Kućka, zabezpieczenia osobiste mogą być atrakcyjniejsze dla wierzyciela niż zabezpieczenia rzeczowe w przypadku, gdy udziela ich podmiot o bardzo dobrej kondycji finansowej, który charakteryzuje się niskim ryzykiem niewypłacalności, czyli np. bank. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 31.

¹⁶⁴ Zob. J. Górecki, *Osobiste...*, s. 11–17.

¹⁶⁵ Zob. np. Ł. Szegda, *Dochodzenie wierzytelności przez agenta zabezpieczeń w międzynarodowych transakcjach finansowych – przykłady orzecznictwa*, Monitor Prawa Bankowego 2012, nr 11, s. 103–104.

¹⁶⁶ T. Tomczak, *Akcesoryjność zabezpieczeń w prawie polskim*, Rejent 2019, nr 3. „Stworzona” definicja sugerowała się definicją J. Pisulińskiego z tym, że została rozszerzona, ponieważ przywoływany autor odnosił się wyłącznie do hipoteki. Zob. J. Pisuliński, *Zasada szczegółowości i akcesoryjności hipoteki po nowelizacji* [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 479. Zob. też: J. Pisuliński, *Hipoteka kaucyjna*, Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Bankowego, Kraków 2002, s. 59–62.

- 2) „normatywne podporządkowanie prawa zabezpieczającego wobec zabezpieczonej wierzytelności”¹⁶⁷;
- 3) „pełnienie przez to prawo [podmiotowe – T.T.] funkcji polegającej na zabezpieczeniu innego, w zasadzie skonkretyzowanego prawa”¹⁶⁸;
- 4) „prawne powiązanie między zabezpieczeniem a zabezpieczoną wierzytelnością, którego istotą jest uzależnienie bytu prawnego, wykonywania zabezpieczenia i zakresu zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia od istnienia i zakresu zabezpieczonej wierzytelności”¹⁶⁹;
- 5) „więź prawną łączącą zabezpieczoną wierzytelność z zabezpieczającym ją prawem. Polega ona w szczególności na tym, że (najszerszej ujmując) powstanie, zakres, treść, przeniesienie, wykonywanie i wygaśnięcie prawa zabezpieczającego jest uzależnione od zabezpieczonej nim wierzytelności”¹⁷⁰.

Ostatnia z wyżej wspomnianych definicji jest najbardziej rozbudowana i przypomina tę przyjmowaną przez Sąd Najwyższy, który stwierdza, że zasada akcesoryjności w najbardziej ogólnym ujęciu oznacza uzależnienie istnienia jednego prawa, określonego jako niesamodzielne, związane bądź uboczne, od innego prawa (określonego jako główne). W wypadku zabezpieczenia wierzytelności akcesoryjność polega na takim powiązaniu pomiędzy zabezpieczającym wierzytelność prawem i zabezpieczoną nim wierzytelnością, iż powstanie, zakres, treść, przeniesienie, wykonywanie i wygaśnięcie prawa zabezpieczającego uzależnione jest od zabezpieczonej wierzytelności¹⁷¹.

Choć podział zabezpieczeń na akcesoryjne i samoistne (nieakcesoryjne) ma swoje korzenie już w prawie rzymskim¹⁷², jak widać polskiej doktrynie nie udało się wypracować jednej, powszechnie akceptowalnej definicji tego pojęcia, a wyżej przedstawione definicje istotnie się różnią. Bez dokładnego przeanalizowania różnic i podobieństw między nimi, należy jedynie stwierdzić, że zgadzają się one co do tego, że można mówić o **jednostronności relacji**, o „wpływie” zabezpieczonej wierzytelności na zabezpieczenie, a nie powiązaniu odwrotnym¹⁷³.

¹⁶⁷ T. Czech, *Ogólne...*, s. 65.

¹⁶⁸ B. Swaczyna, *Hipoteka umowna*, Warszawa 2007, s. 26–27.

¹⁶⁹ J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 261.

¹⁷⁰ M. Kućka, *Dług równoległy i jego zabezpieczenie* [w:] *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, red. M. Kućka, K. Pałka, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, rozdział 4 – *Zabezpieczenie długu równoległego*. Zob. też: A. Raczyński, *Akcesoryjność praw zastawnych na tle różnych przejawów zasady akcesoryjności w polskim prawie cywilnym* [w:] *Współczesne tendencje zabezpieczenia wierzytelności*, red. T. Sokołowski, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2013.

¹⁷¹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2005 r., V CK 304/04, Legalis: 243359. W swoich późniejszych orzeczeniach Sąd Najwyższy definiuje akcesoryjność zwykle podobnie, co najwyżej ograniczając liczbę „powiązań” tylko do np. treści i istnienia. Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263.

¹⁷² Zob. A.J.M. Stevens, *Accessoriness and Security over Land*, *Edinburgh Law Review* 2009, nr 13, s. 389.

¹⁷³ Tj. „wpływie” zabezpieczenia na zabezpieczoną wierzytelność.

Jednak brak jednolitego stanowiska doktryny nie jest jedynym problemem. Zwięzłość przedstawionych definicji¹⁷⁴ zdaje się nie tylko maskować ogromną złożoność pojęcia, ale i sprawiać problemy z odróżnieniem pojęcia „akcesoryjnego zabezpieczenia” od pojęcia „zabezpieczenia”¹⁷⁵. Dlatego autor niniejszej pracy w swoim artykule zaproponował nieco inne podejście¹⁷⁶. Zamiast pisać generalnie o akcesoryjności danego zabezpieczenia, postarał się wyodrębnić różne aspekty (zależności), w których akcesoryjność może się przejawiać¹⁷⁷. Takie podejście wydaje się być o tyle poprawne, że pozwala na większą precyzję. Zezwala na stwierdzenie, że dane zabezpieczenie w odniesieniu do danego aspektu jest akcesoryjne, a już w odniesieniu do innego nie. Umożliwia to też lepsze pokazanie złożoności tego pojęcia i uniknięcie nieco paradoksalnych stanowisk w doktrynie, że zabezpieczenie, które w stosunkowo niewielkim stopniu jest „akcesoryjne” jest nieakcesoryjne¹⁷⁸.

We wspomnianym artykule, przed szczegółową analizą tych różnych aspektów, inspirując się stanowiskiem doktryny¹⁷⁹, autor niniejszej rozprawy wyodrębnił dwie płaszczyzny akcesoryjności:

- 1) przedmiotową i
- 2) podmiotową¹⁸⁰.

Było to istotne z tego względu, że aspekty akcesoryjności¹⁸¹ powinny być analizowane na gruncie danej płaszczyzny. O ile wspomniane opracowanie skupiło się przede wszystkim na płaszczyźnie przedmiotowej¹⁸², to płaszczyzna podmiotowa została pozostawiona do rozważenia w ramach niniejszej rozprawy. Takie podejście ma dwojakie uzasadnienie. Po pierwsze, akcesoryjność zabezpieczenia jest tak złożonym i skomplikowanym pojęciem, że zasługuje na odrębną rozprawę doktorską i opracowanie autora niniejszej pracy jedynie próbowało tę złożoność i skomplikowanie zaznaczyć, a nie je bardzo precyzyjnie i dokładnie opracować¹⁸³. Kompleksowa analiza akcesoryjności w ramach niniejszego opracowania

¹⁷⁴ Nawet ostatnia z doktrynalnych definicji dookreśla pojęcie dopiero po zwrocie „w szczególności”.

¹⁷⁵ Jest to trudne nie tylko przy wyżej zaprezentowanej definicji B. Swaczyny, ale i przy pozostałych definicjach, ponieważ wydaje się, że każde zabezpieczenie powinno wykazywać jakąś zależność/powiązanie czy być chociaż w jakimś stopniu podporządkowane zabezpieczonej wierzytelności.

¹⁷⁶ T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 79–119.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Zob. T. Czech, *Wymagalność...*, s. 1249, który właśnie pisze, że „o zabezpieczeniach nieakcesoryjnych możemy mówić także w przypadkach, gdy zakres normatywnego podporządkowania jest **stosunkowo niewielki**” [pogrubienie – T.T.].

¹⁷⁹ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 65.

¹⁸⁰ T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 79.

¹⁸¹ „Aspekt akcesoryjności” został zdefiniowany przez autora niniejszej pracy jako: „określony rodzaj zależności zabezpieczenia od zabezpieczonej wierzytelności, gdzie ów rodzaj zależności implikuje określone konsekwencje prawne”. *Ibid.*, s. 79.

¹⁸² Płaszczyzna przedmiotowa dotyczy różnych zależności zabezpieczenia od zabezpieczonej wierzytelności, obejmujących wpływ zabezpieczonej wierzytelności na powstanie, zakres, treść wykonywanie, przeniesienie i wygaśnięcie zabezpieczenia. *Ibid.*, s. 82–119.

¹⁸³ W opracowaniu *Nie tylko hipoteka...*, red. M. Kućka, K. Pałka, na s. 218 jest wskazane, że Anna Józefiak-Molnar przygotowuje rozprawę doktorską poświęconą zasadzie akcesoryjności praw zabezpieczających. Wydaje się, że rozprawa ta ciągle jest w trakcie tworzenia.

wykraczałyby poza jego ramy, ponieważ celem niniejszej pracy jest rozważenie **konkretnego problemu**, który się pojawi przy połączeniu kredytowania konsorcjalnego z zabezpieczeniami, które są akcesoryjne z punktu widzenia określonego, jednego rodzaju zależności. Dlatego, po drugie, praca skupia się na płaszczyźnie podmiotowej, ponieważ właśnie na jej gruncie ta problematyczna zależność będzie najlepiej widoczna.

1.3.2. Płaszczyzna podmiotowa akcesoryjności

Bardzo ogólnie można powiedzieć, że przy płaszczyźnie podmiotowej chodzi o **zależności pomiędzy podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia**¹⁸⁴. Innymi słowy, czy musimy w tym przypadku mówić o „jedności podmiotu”, czy możliwe jest rozdzielenie tych dwóch tytułów i przyznanie ich różnym osobom¹⁸⁵. Nie chodzi tu natomiast o relacje pomiędzy podmiotem **udzielającym zabezpieczenia** a podmiotem będącym dłużnikiem głównym. Relacje tego drugiego typu nie mieszczą się w pojęciu akcesoryjności, ponieważ chodziłoby tu o relację pomiędzy zabezpieczeniem i długiem, a nie zabezpieczoną wierzytelnością, jak prawidłowo wskazują definicje akcesoryjności¹⁸⁶. Można tylko zauważyć, że zasadą niebudzącą większych wątpliwości jest, że zabezpieczenie może ustanowić zwykle zarówno dłużnik główny, jak i osoba trzecia¹⁸⁷.



¹⁸⁴ T. Tomczak, *Aksesoryjność...*, s. 79–81. T. Czech definiuje płaszczyznę podmiotową jako powiązanie podmiotowe pomiędzy zabezpieczeniem a zabezpieczoną wierzytelnością. Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

¹⁸⁵ Przez „przysługiwanie tytułu” należałoby rozumieć „znajdowanie się w majątku”. Więcej i bardziej dokładnie na ten temat w podrozdziale 2.3.1.5.

¹⁸⁶ Odnośnie do różnicy pomiędzy wierzytelnością a długiem zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 11–12.

¹⁸⁷ Zob. np. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

Wszystkie wyżej wspomniane definicje akcesoryjności¹⁸⁸ podkreślają „powiązanie” zabezpieczenia z zabezpieczoną wierzytelnością (tj. płaszczyznę przedmiotową), **nie odnosząc się jednak w ogóle do podmiotów**. Podobnie A. Steven, pomimo że w swoim opracowaniu dotyczącym akcesoryjności szkockich zabezpieczeń obciążających nieruchomości wyodrębnia 5 zasad akcesoryjności, to żadna z **nich nie odnosi się bezpośrednio do podmiotów**¹⁸⁹. Wszystkie zdają się dotyczyć płaszczyzny przedmiotowej. Autor ten wspomina jednak w artykule **gdzieniegdzie zasadę jedności** (*unity principle*). Nie jest do końca jasne, czy mieści się ona w pojęciu akcesoryjności, czy znajduje się poza nim, ponieważ nie wyodrębnia jej jako osobnej zasady, a odnosi się do niej „przy okazji”¹⁹⁰.

Można zatem zadać pytanie, czy płaszczyzna podmiotowa w ogóle mieści się w pojęciu akcesoryjności. Pytanie nie jest proste, ponieważ wszystko zależy od tego, jak zdefiniujemy, niezdefiniowane ustawowo, pojęcie akcesoryjności. Z jednej strony, zamiast modyfikować jedną z wyżej wspomnianych definicji akcesoryjności¹⁹¹ można, podobnie jak T. Czech, próbować bardziej wpasować definicję płaszczyzny podmiotowej w jedną z nich¹⁹². Z drugiej jednak strony, **nawet zdefiniowana w sposób powyższy płaszczyzna podmiotowa¹⁹³ powinna mieścić się w pojęciu akcesoryjności¹⁹⁴**. Taki wniosek wynika z trzech powodów. Po pierwsze, problemy, które pojawią się na gruncie płaszczyzny podmiotowej, są nieco innym i szerszym spojrzeniem na problemy, które pojawiają się na gruncie płaszczyzny przedmiotowej, w szczególności odnośnie do aspektów dotyczących przenoszenia czy to zabezpieczenia, czy zabezpieczonej wierzytelności¹⁹⁵. „Wyciąganie” tak rozumianej płaszczyzny podmiotowej poza akcesoryjność wydaje się zabiegiem sztucznym i nieuzasadnionym. Po drugie, problem analizowany w niniejszej pracy jest właśnie widziany w literaturze i praktyce bankowej jako „akcesoryjność”¹⁹⁶. Po trzecie, w polskiej literaturze panuje raczej zgoda, iż „jedność podmiotową” powinno się rozważać w ramach tego pojęcia¹⁹⁷.

¹⁸⁸ Zob. podrozdział 1.3.1.

¹⁸⁹ A.J.M. Stevens, *Accessoriness...*, s. 393–416.

¹⁹⁰ Zob. *ibid.*, s. 408.

¹⁹¹ Przykładowo druga z przytoczonych powyżej definicji akcesoryjności, która brzmi „normatywne podporządkowanie prawa zabezpieczającego wobec zabezpieczonej wierzytelności”, o podmiotach w ogóle nie wspomina. Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 65.

¹⁹² Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

¹⁹³ Zależność pomiędzy podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia.

¹⁹⁴ Rozbudowane rozważania dotyczące tego czy tożsamość podmiotowa stanowi cechę wewnętrzną czy zewnętrzną wobec akcesoryjności, można znaleźć w: M. Kućka, *Administrator...*, s. 39–43. Argumenty przeciwników mieszczących tożsamość podmiotową w ramach akcesoryjności sprowadzają się przede wszystkim do tego, że jedynie sztywna interpretacja przepisów dotyczących praw zastawnych stoi na przeszkodzie, aby separacja podmiotowa nie była możliwa.

¹⁹⁵ Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 104–114.

¹⁹⁶ Zob. Ł. Szegda, *Dochodzenie...*, s. 104 oraz A.C.F.G. Thiele, *Collective security arrangements: a comparative study of Dutch, English and German law*, Kluwer Legal, Amsterdam 2003, s. 89.

¹⁹⁷ Zob. np. M. Kućka, *Administrator...*, s. 39–43; T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 542; R. Zdzieborski, *Zastaw rejestrowy zabezpieczający wierzytelności z dłużnych papierów wartościowych*, Monitor Prawniczy

Podsumowując, można postawić tezę, że płaszczyzna podmiotowa¹⁹⁸ mieści się w pojęciu akcesoryjności¹⁹⁹, a w samej płaszczyźnie chodzi o **zależności pomiędzy podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności, a podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia**. Na marginesie można jedynie zauważyć, że ponieważ nie ma jakichś generalnych przepisów regulujących akcesoryjność²⁰⁰, to kwestia, czy zmieścimy tak rozumianą płaszczyznę podmiotową w tym pojęciu, czy nie, stanowi jedynie problem teoretyczny, od którego dużo ważniejsze jest rozwiązanie problemów, które na jej gruncie się pojawiają, niż odpowiednie ich zakwalifikowanie²⁰¹.

1.3.3. Istota problemu pojawiającego się na gruncie płaszczyzny podmiotowej

Wyżej przedstawiona definicja płaszczyzny podmiotowej może rodzić u czytelnika pytanie, o jaką relację tu chodzi? „Standardem” powinno być, że podmiotowi, który ma tytuł do zabezpieczonej wierzytelności, przysługuje także tytuł do zabezpieczenia. Nawet jeżeli istnieje w doktrynie spór co do prawidłowej definicji „zabezpieczenia”, to chyba każda z definicji zakłada, co najmniej pośrednio, jako istotę zabezpieczenia, **poprawienie sytuacji zabezpieczonego wierzyciela**²⁰².

Na pierwszy rzut oka trudne może wydawać się poprawienie sytuacji wierzyciela, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, gdy innemu podmiotowi przysługuje zabezpieczenie, a zatem kto inny będzie mógł je egzekwować i kto inny będzie czerpał z niego korzyści. Takie rozdzielanie tych podmiotów wręcz wydaje się wypaczać pojęcie zabezpieczenia. Nawet jeżeli jakieś funkcjonalnie powiązane prawo istniałoby w rękach innego podmiotu, raczej nie należałoby go określać „zabezpieczeniem”. Mówiąc inaczej, w przypadku „standardowego” zabezpieczania transakcji, tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i tytuł do zabezpieczenia powinny przysługiwać temu samemu

2004, nr 17, s. 787–788. Najszerzej i najdokładniej problem ten omawia pierwszy z tych autorów i podaje też inne powody niż podane powyżej, uzasadniające stwierdzenie, iż „jedność podmiotowa” mieści się w pojęciu akcesoryjności. W szczególności autor ten odnosi się do licznych opracowań niemieckich i, co ciekawe, w Niemczech występują stanowiska w doktrynie, które są przeciwko ujmowaniu płaszczyzny podmiotowej w ramach akcesoryjności.

¹⁹⁸ Zależność pomiędzy podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia.

¹⁹⁹ Jak już wspomniano, T. Czech również mieści płaszczyznę podmiotową w pojęciu akcesoryjności, ale definiuje ją nieco inaczej. Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

²⁰⁰ A zatem ciężko jest bezspornie wyciągać jakieś konsekwencje prawne z faktu, że dane prawo zakwalifikujemy w takim czy innym znaczeniu jako akcesoryjne.

²⁰¹ Tj. czy mieszczą się one w pojęciu akcesoryjności czy nie.

²⁰² Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 53, który przez zabezpieczenie wierzytelności rozumie: „instrument normatywny, który **wzmacnia pozycję prawną wierzyciela** w zakresie zaspokojenia **przysługującej mu wierzytelności**” [pogrubienie – T.T.] lub A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 22, który to definiuje funkcję zabezpieczającą poręczenia jako: „polegającą na **umocnieniu wierzytelności** – istniejącej lub mogącej powstać w przyszłości – **przysługującej wierzycielowi** w stosunku do dłużnika głównego” [pogrubienie – T.T.].

podmiotowi. **To oznacza, że wyodrębniona na gruncie płaszczyzny podmiotowej relacja pomiędzy tymi dwoma podmiotami zwykle nie wystąpi, ponieważ będziemy mieli do czynienia z jednym podmiotem.**

Może jednak dojść do sytuacji, w której takie rozejście będzie pożądane już od samego początku transakcji albo może ono nastąpić w trakcie jej realizacji. Pierwsza sytuacja wystąpi w szczególności w przypadkach, gdy będziemy mieli do czynienia z finansowaniami, w których wystąpi więcej niż jeden wierzyciel²⁰³. Dobrym przykładem jest omawiane w ramach niniejszej pracy kredytowanie konsorcjalne, gdzie po prostu „praktyczne” może być przyznanie zabezpieczenia/zabezpieczeń jednemu podmiotowi, zamiast wszystkim wierzycielom odrębnie²⁰⁴. Druga sytuacja dotyczy prób przenoszenia/przejęcia czy to zabezpieczonej wierzytelności, czy zabezpieczenia²⁰⁵.

Powyższe wskazuje, że płaszczyzna podmiotowa akcesoryjności nie jest problematyczna w każdym przypadku zabezpieczania transakcji. Zależność występująca na jej gruncie może być jednak w określonych sytuacjach problemem doniosłym. Zwłaszcza że obrót gospodarczy coraz bardziej się komplikuje i mamy do czynienia nie tylko z coraz większą złożonością transakcji, ale i częstszą „migracją” wierzytelności, które oczywiście mogą być (i bardzo często są) zabezpieczone²⁰⁶. Sporną i rozważaną w niniejszej pracy kwestią będzie to, czy w przypadku kredytowania konsorcjalnego **może dojść do przyznania tytułu do zabezpieczenia innemu podmiotowi niż podmiot/podmioty, którym przysługują zabezpieczone wierzytelności**²⁰⁷. **Można postawić tezę, że takie podmiotowe rozdzielenie/rozłączenie tytułów należy określić jako „separacja podmiotowa”** i przedstawiony problem będzie lepiej widoczny w dalszych częściach pracy²⁰⁸.

1.3.4. Katalog akcesoryjnych zabezpieczeń na gruncie płaszczyzny podmiotowej

Prawidłowe rozważenie kwestii separacji podmiotowej na potrzeby niniejszej pracy wymaga jednak przynajmniej wstępnego podziału zabezpieczeń na te, które będą wymagały, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności oraz na te, które tego nie będą wymagały. Te pierwsze niniejsza praca będzie określać jako **zabezpieczenia akcesoryjne na gruncie płaszczyzny podmiotowej (dalej: „Zabezpieczenia Akcesoryjne”)**, a te drugie jako **zabezpieczenia nieakcesoryjne na gruncie płaszczyzny podmiotowej**

²⁰³ I wydaje się, że zasadą będzie, że im więcej wierzycieli, tym taka sytuacja będzie bardziej pożądana.

²⁰⁴ Powyższe jest lekkim uproszczeniem i kwestia ta będzie szerzej opracowana w podrozdziale 2.2.

²⁰⁵ Zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263.

²⁰⁶ Zob. <https://www.pb.pl/koniunktura-sprzyja-branzy-obrotu-wierzytelnosciami-872470> [dostęp: 02.02.2019]

²⁰⁷ Do problemu tego praca będzie odnosiła się dosyć ogólnie, ale czasami, w celu zawężenia przedmiotu analizy, będzie podkreślane, że problem ten rozważany jest w kontekście kredytowania konsorcjalnego.

²⁰⁸ Wydaje się, że za synonim zwrotu: „posiadanie tytułu” może być uznane „znajdowanie się w majątku”. Szerzej na ten temat zob. podrozdział 2.3.1.5.

(dalej: „Zabezpieczenia Nieakcesoryjne”). Rolą tego podrozdziału nie będzie skonstruowanie dokładnych katalogów odpowiednio Zabezpieczeń Akcesoryjnych oraz Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych, tj. takich dwóch zbiorów, które dokładnie zaliczą wszystkie istniejące zabezpieczenia do jednej albo drugiej grupy. Taki zabieg wydaje się niemożliwy choćby ze względu na już wspomniany otwarty katalog zabezpieczeń, co najmniej osobistych²⁰⁹. Rolą tej części pracy będzie znalezienie kryterium/kryteriów albo chociaż ogólnych zasad, na podstawie których do podziału zabezpieczeń na Akcesoryjne i Nieakcesoryjne może dojść. Będzie to niezwykle istotne, ponieważ problem rozważany w niniejszej pracy powstaje jedynie w odniesieniu do tej pierwszej grupy zabezpieczeń²¹⁰. Znalezienie nieprawidłowego kryterium lub zasady doprowadzi albo do zakreszenia problemu zbyt szeroko (w przypadku zaliczenia zbyt dużej liczby zabezpieczeń do Zabezpieczeń Akcesoryjnych), albo zbyt wąsko (w przypadku zaliczenia zbyt małej liczby zabezpieczeń do Zabezpieczeń Akcesoryjnych). Należy zatem bardzo dokładnie rozważyć to zagadnienie. W poprzedniej części pracy były prowadzone rozważania dotyczące definicji zabezpieczeń rzeczowych²¹¹ i jak się okaże w niniejszym podrozdziale, nabiorą one szczególnego znaczenia.

W artykule autora niniejszej rozprawy dotyczącym akcesoryjności rozważone zostały, na gruncie płaszczyzny przedmiotowej, aspekty wiążące się z „przeniesieniem”²¹². W ramach tak specyficznie rozumianej grupy wyodrębnione zostały dwie zależności (aspekty). Po pierwsze, aspekt związany z wpływem przelewu zabezpieczonej wierzytelności na zabezpieczenie oraz drugi, tzw. „aspekt dotyczący zależności wzajemnego obrotu”²¹³. Aby dobrze zrozumieć te dwa aspekty, należy wyjść od tego, że w przywoływanym artykule zostało założone, iż **akcesoryjność należałoby rozumieć jako zależność zabezpieczenia od zabezpieczonej wierzytelności oraz że mówimy w tym przypadku o relacji jednostronnej**²¹⁴. Mówiąc inaczej, zostały zadane dwa pytania. Po pierwsze, jaki wpływ (jeżeli jakikolwiek) na zabezpieczenie ma przelew zabezpieczonej wierzytelności. Po drugie, czy można obracać samym zabezpieczeniem, tj. czy zależność niektórych/wszystkich zabezpieczeń od zabezpieczonej wierzytelności nie sprawia, że taki obrót jest niemożliwy. Zaznaczone zostało, że zagadnienie jest w znacznej części innym spojrzeniem na płaszczyznę podmiotową, wymaga rozważenia, jak istotne jest

²⁰⁹ T. Czech mówi generalnie o otwartym katalogu zabezpieczeń wierzytelności (T. Czech, *Ogólne...*, s. 57), jednak na poparcie swojej tezy przytacza wyroki Sądu Najwyższego, które stanowią jedynie o otwartym katalogu zabezpieczeń **osobistych** (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2004 r., I CK 114/04, Legalis: 75576 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 690/10, Legalis: 399538). Podejście T. Czecha może wynikać m.in. z tego, że podważa on od początku swojego opracowania w ogóle sens podziału zabezpieczeń na osobiste i rzeczowe (T. Czech, *Ogólne...*, s. 53–54).

²¹⁰ Tj. dopuszczalność separacji podmiotowej.

²¹¹ Zob. podrozdział 1.2.5.

²¹² T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 104–114.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Odnośnie do jednostronności relacji zob. podrozdział 1.3.1.

to, aby zabezpieczenie i zabezpieczone wierzytelności przysługiwały temu samemu podmiotowi oraz że kwestia wymaga dalszych badań²¹⁵.

Niniejsza część rozprawy ma za zadanie generalnie odpowiedzieć na pytanie, które zabezpieczenia mogą być uznane za Zabezpieczenia Akcesoryjne. Jednak wydaje się, że podobnie, jak w przypadku analizy płaszczyzny przedmiotowej, na problem, przynajmniej w jego początkowej fazie, można spojrzeć przez pryzmat, po pierwsze, dopuszczalności przelewu zabezpieczonej wierzytelności oraz po drugie, z perspektywy obrotu samym zabezpieczeniem.

1.3.4.1. Przelanie zabezpieczonej wierzytelności a separacja podmiotowa

Z dwóch powodów próbę budowania katalogu zabezpieczeń akcesoryjnych można zacząć od rozważenia kwestii możliwości przenoszenia zabezpieczonej wierzytelności. Po pierwsze, niewątpliwie to, czy dozwolone będzie przeniesienie samej zabezpieczonej wierzytelności bez zabezpieczenia, będzie miało mniejszy lub większy wpływ na to, czy dane zabezpieczenie będziemy mogli zaliczyć do Zabezpieczeń Akcesoryjnych albo Nieakcesoryjnych. Po drugie, ponieważ mamy przepis, który kwestię tę, przynajmniej w jakimś stopniu, reguluje.

Art. 509 k.c. stanowi o przelewie wierzytelności i § 1 tego przepisu generalnie określa warunki jego dopuszczalności. Zasadą jest, że przelew jest możliwy bez zgody dłużnika, chyba że sprzeciwiałby się on ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Ustalenie tego, czy do przelewu rzeczywiście doszło, jest oczywiście bardzo istotne, ponieważ dopiero stwierdzenie tego faktu otwiera pole do rozważań, jaki wpływ taki przelew miał na zabezpieczenie. Mówiąc inaczej, rozważanie, czy na skutek przelewu doszło lub mogło dojść do separacji podmiotowej, opiera się na założeniu, że skuteczny przelew miał miejsce. Przynajmniej w niniejszej części pracy kwestia ta nie będzie rozważana. Zwyczajnie będzie zakładane, że do niego doszło²¹⁶.

Powyższe oznacza, że w ramach niniejszego podrozdziału (1.3.4.) dużo istotniejszy będzie § 2 art. 509 k.c. Brzmi on:

Wraz z wierzytelnością przechodzą na nabywcę **wszelkie** związane z nią prawa, w szczególności roszczenie o zaległe odsetki [pogrubienie – T.T.]

Przepis ten może sugerować, że zabezpieczenie zawsze „wędruje” razem z zabezpieczoną wierzytelnością. To by oznaczało, że do separacji podmiotowej na skutek przelewu nigdy nie powinno dojść. Jednak zagadnienie to nie jest takie proste, jak mogłoby się *prima facie* wydawać. Powstają przede wszystkim dwa pytania:

- 1) Czy rzeczywiście wszystkie zabezpieczenia należałoby uważać za „związane”?
- 2) Czy przepis ten ma charakter względnie czy bezwzględnie obowiązujący?

²¹⁵ T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 104–114.

²¹⁶ Instytucja przelewu wierzytelności spotkała się z szerokim omówieniem w doktrynie i należy odesłać do istniejącej literatury, np. K. Zawada, *Umowa przelewu wierzytelności*, Nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1990.

1.3.4.1.1. Jakie zabezpieczenia można uznawać za „związane” w rozumieniu art. 509 § 2 k.c.?

Z. Radwański i A. Olejniczak sugerują, że wszystkie zabezpieczenia należałoby uznać za „związane”. Twierdzą oni, że „na cesjonariusza przechodzą także **wszelkie** zabezpieczenia wierzytelności” [wyróżnienie – T.T.]²¹⁷. Mogłoby się zatem wydawać, że przelew zabezpieczonej wierzytelności nie powinien prowadzić do separacji podmiotowej, co może rodzić wniosek, że w takim razie wszystkie zabezpieczenia należałoby uznać za Zabezpieczenia Akcesoryjne.

Jednak sprawa przestaje być taka prosta, gdy np. zaczniemy przyglądać się orzecznictwu Sądu Najwyższego. Przede wszystkim należałoby zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r.²¹⁸ Upraszczając, Sąd Najwyższy rozważał m.in., czy zabezpieczenie w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości należałoby uznać za związane w rozumieniu art. 509 § 2 k.c., tj. czy powinno dojść do jego przejścia na nowego wierzyciela w przypadku przelewu²¹⁹. Gdyby Sąd Najwyższy zgodził się z powyższą tezą Z. Radwańskiego i A. Olejniczaka, to stwierdziłby, że przewłaszczenie na zabezpieczenie, ponieważ jest zabezpieczeniem, jest także prawem związanym, a zatem w rozważanym stanie faktycznym powinno przejść na nowego wierzyciela. Jednak Sąd Najwyższy doszedł do przeciwnej konkluzji. Dokonał tego z kilku powodów, ale dla niniejszych rozważań w szczególności interesujące są rozważania dotyczące pojęcia akcesoryjności, pojęcia praw związanych i relacji między tymi pojęciami.

Bliższe przyjrzenie się orzeczeniu Sądu Najwyższego wydaje się ujawniać jego niespójność. Na początku Sąd Najwyższy przytacza art. 509 § 2 k.c., podkreślając przejście **wszelkich** związanych z przelewana wierzytelnością praw, ale już chwilę później podkreśla, że jest to **jedynie reguła**²²⁰. Funkcjonalne powiązanie danego prawa może nie być wystarczające, aby ono jej podlegało. Sąd Najwyższy zaczyna następnie od przykładu tych praw, które mimo istnienia owej reguły, nie przejdą wraz z wierzytelnością²²¹. Jednak najbardziej interesujące jest to, że jako przykład praw, które jej podlegają²²², podaje **prawa o charakterze obligacyjnym i rzeczowym zabezpieczające daną wierzytelność**.

²¹⁷ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 371.

²¹⁸ II CSK 396/12, LEX: 1324263. Zob. jednak też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2004 r., V CK 198/04, LEX: 277881.

²¹⁹ W rozważanym wyroku nie chodziło o przelew, a o wstąpienie w prawa wierzyciela na mocy art. 518 § 1 pkt 3 k.c., jednak Sąd Najwyższy, zgadzając się ze wcześniejszą linią orzecniczą, stwierdził, że w takim przypadku także znajduje zastosowanie art. 509 § 2 k.c.

²²⁰ Podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2011 r., I CSK 788/10, LEX: 1101645, Sąd Najwyższy podkreśla, że **zasadą** jest przeniesienie wraz z przelaną wierzytelnością wszelkich związanych z nią praw.

²²¹ Prawa ściśle związane z osobą cedenta. Sąd Najwyższy tworzy tutaj wyjątki od, wydaje się, jednoznacznie brzmiącego przepisu. Odnośnie do wpływu orzecznictwa na interpretację przepisów prawnych. Zob. J. Frąckowiak, *Orzecznictwo i doktryna jako źródło prawa prywatnego*, Przegląd Prawa i Administracji 2018, nr 112.

²²² Cytując Sąd Najwyższy: „praw związanych”.

Powyższe stanowiłoby jedynie lekkie rozwinięcie tezy Z. Radwańskiego i A. Olejniczka, gdyby nie fakt, że Sąd Najwyższy dodał zwrot: „co do zasady”. Czyli w przypadku tego orzeczenia mówilibyśmy o dwóch zasadach. Pierwszej, wynikającej bezpośrednio z 509 § 2 k.c., dotyczącej przejścia wszelkich **związanych** z przelewaną wierzytelnością praw, co do której Sąd Najwyższy twierdzi, że istnieją wyjątki, choć nie przewiduje ich bezpośrednio sam przepis. Drugą, jakby „stworzoną” przez Sąd Najwyższy, że zasadniczo za prawa związane należałoby uznać zabezpieczenia, a skoro tak, to zabezpieczenie, co do zasady, przechodzi wraz z zabezpieczoną wierzytelnością²²³. To sprawia, że brak przejścia konkretnego zabezpieczenia można by argumentować na dwa sposoby. Po pierwsze, że pomimo tego, że jest to prawo „związane”, to nie podlega regule z art. 509 § 2 k.c. Po drugie, że pomimo że mamy do czynienia z zabezpieczeniem, nie należałoby go uznawać za związane, ponieważ dane zabezpieczenie stanowiłoby wyjątek od zasady przejścia wszystkich zabezpieczeń.

Z powyższego wynika, że zdaniem Sądu Najwyższego teza Z. Radwańskiego i A. Olejniczaka powinna zostać zmodyfikowana przez dodanie słowa: „zasadniczo”. A zatem jedynie należałoby rozważyć wyjątki od owego stwierdzenia i zastanowić się, w którym kierunku rzezone wyjątki powinny pójść. Jednak zanim to nastąpi, warto jeszcze rozważyć, w jaki sposób Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że zabezpieczenia stanowią prawa związane.

Sąd Najwyższy jako uzasadnienie dla „związania” zabezpieczeń **podaje ich akcesoryjność**. Sąd Najwyższy twierdzi, że:

prawami związanymi z wierzytelnością, które przechodzą na nabywcę wierzytelności są, co do zasady, prawa o charakterze obligacyjnym i rzeczowym zabezpieczające daną wierzytelność. Są one ukształtowane jako **prawa o charakterze akcesoryjnym** w stosunku do wierzytelności, które zabezpieczają [pogrubienie – T.T.].

Z takich dwóch zdań Sądu Najwyższego można próbować wyprowadzać wnioski, że prawa, które zabezpieczają jakąś wierzytelność, są po prostu akcesoryjne i z tego powodu, co do zasady, przechodzą na nabywcę. Sąd Najwyższy zdaje się tutaj rozumieć zabezpieczenia akcesoryjne bardzo szeroko, jako wszystkie, które zabezpieczają jakąś wierzytelność. Przy takim rozumieniu akcesoryjności trudno byłoby znaleźć zabezpieczenia, które nie są akcesoryjne. Jednak później Sąd Najwyższy próbuje nieco doprecyzować, co rozumie przez „akcesoryjność”. Twierdzi, że przejawia się ona w tym, że istnienie i zakres praw zabezpieczających zależy od istnienia i zakresu wierzytelności, którą prawa akcesoryjne zabezpieczają. Jednak dalsza część wyroku jest nie do końca

²²³ Różnica między pierwszą a drugą zasadą polega na tym, że pierwsza, wbrew literalnemu brzmieniu art. 509 § 2 k.c., zawęża jego zastosowanie (prawo może być „związane”, a mimo to nie przejść na nabywcę). Natomiast druga zasada nakazuje traktować wszystkie zabezpieczenia zasadniczo za prawa związane. Mówiąc inaczej, pierwsza zasada odnosi się do zakresu zastosowania art. 509 § 2 k.c., druga natomiast, do interpretacji pojęcia „praw związanych” na gruncie tego przepisu.

jasna, jeżeli chodzi o relację zabezpieczeń akcesoryjnych do praw związanych. Wydaje się, że Sąd Najwyższy wszystkie prawa akcesoryjne uznaje za prawa związane, ale katalog zabezpieczeń akcesoryjnych ogranicza²²⁴ do praw obligacyjnych o charakterze zabezpieczającym i do trzech praw rzeczowych: zastawu, zastawu rejestrowego i hipoteki. Powyższe oznacza, że za zabezpieczenia „nieakcesoryjne”, tj. za te nieprzechodzące na nowego wierzyciela, należałoby uznać wszystkie zabezpieczenia rzeczowe poza trzema wyżej wymienionymi. To, z jak rozbudowanym zbiorem nieprzechodzących zabezpieczeń będziemy mieli do czynienia, będzie zależało od tego, jak szeroko zakreślimy katalog zabezpieczeń rzeczowych. Jednak, co najważniejsze, wydaje się, że mamy tutaj do czynienia co najmniej z lekką niespójnością w orzeczeniu Sądu Najwyższego. Z jednej strony Sąd Najwyższy twierdzi, że na nowego wierzyciela przejdą, co do zasady, **wszelkie** zabezpieczenia. Z drugiej strony, Sąd Najwyższy twierdzi, że przejdą „jedynie” zabezpieczenia o charakterze obligacyjnym oraz trzy zabezpieczenia rzeczowe. Rozstrzygnięcie tego dylematu jest oczywiście bardzo istotne, ponieważ może wpłynąć na różne zakreślenie katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych. Jednak przed próbą jego definitywnego rozstrzygnięcia należałoby zastanowić się nad tym, czy art. 509 § 2 k.c. ma bezwzględny charakter oraz czy możliwy jest obrót samym zabezpieczeniem, bo wszystkie te kwestie są ze sobą powiązane, a zatem dzięki takim wieloaspektowym rozważaniom może uda się osiągnąć bardziej spójne systemowo stanowisko.

1.3.4.1.2. Bezwzględny czy względny charakter art. 509 § 2 k.c.?

Przed przejściem do rozważenia, czy możliwy jest obrót samym zabezpieczeniem, należałoby jeszcze zastanowić się, czy można umownie wyłączyć zastosowanie art. 509 § 2 k.c. Mówiąc inaczej, czy przy przelewie wierzytelności można postanowić, że wraz z wierzytelnością nie przejdą na cesjonariusza (nabywcę) zabezpieczenia²²⁵.

Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, wskazują na względnie obowiązujący charakter art. 509 § 2 k.c.²²⁶ Innymi słowy, źródła te dopuszczają możliwość umownego wyłączenia automatycznego przejścia praw związanych z przelaną wierzytelnością. Jednak to, czy można wyłączyć przejście **wszelkich** praw związanych z daną wierzytelnością, może być już bardziej sporne. Na potrzeby niniejszej pracy nie jest potrzebne generalne rozstrzygnięcie tego sporu i budowanie ewentualnego katalogu praw związanych, których przejścia nie można wyłączyć. Rozważenia wymaga jedynie możliwość wyłączenia przejścia **zabezpieczeń**. Problem dotyczy tych zabezpieczeń, które na mocy

²²⁴ Inaczej niż we wcześniejszych fragmentach orzeczenia, w których wydawałoby się, że do zabezpieczeń akcesoryjnych Sąd Najwyższy zalicza, co do zasady, wszystkie prawa o charakterze obligacyjnym i rzeczowym zabezpieczające daną wierzytelność.

²²⁵ Oczywiście rozważania te dotyczą zabezpieczeń, które powinny przejść na mocy art. 509 § 2 k.c., a jak zostało wykazane powyżej, zakres owych zabezpieczeń, które przejdą, może być sporny.

²²⁶ Zob. np. W. Kurowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353–534), red. M. Habdas, M. Frasz, Wolters Kluwer, LEX 2018, komentarz do art. 509 k.c., oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2009 r., V CSK 184/09, Legalis: 254070.

art. 509 § 2 k.c. miałyby automatycznie przejść²²⁷ i których katalog nie został póki co w ramach niniejszej pracy jednoznacznie określony²²⁸. Niewątpliwie brak przejścia takich praw wymagałby wyraźnego wyłączenia zastosowania art. 509 § 2 k.c. w treści umowy przelewu, inaczej zabezpieczenia te przejdą z mocy prawa (nawet bez wyraźnego wskazania w umowie)²²⁹. Powstaje jednak pytanie: czy takie wyłączenie byłoby skuteczne w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń, które normalnie przeszłyby wraz z wierzytelnością? Przykładowo, czy inaczej nie należałoby traktować pod tym względem zabezpieczeń rzeczowych, a inaczej osobistych itp.? Takie podziały są jednak niepotrzebne. Wydaje się, że można umownie **wyłączyć przejście wszelkich zabezpieczeń**. Taki wniosek wynika z tego, że **sam fakt wyłączenia przejścia nie determinuje jeszcze jego skutku**. Mówiąc inaczej, **to że umownie wykluczymy skutek z 509 § 2 k.c., nie określa nam jeszcze, co stanie się z zabezpieczeniem**. Czy zostanie ono w rękach poprzedniego wierzyciela, czy może jednak wygaśnie. Odpowiedź na to pytanie jest kluczowa dla potrzeb niniejszej pracy, ponieważ pierwszy przypadek będzie mógł sugerować, że mamy do czynienia z Zabezpieczeniem Nieakcesoryjnym (doszłoby do separacji podmiotowej). Natomiast wygaśnięcie zabezpieczenia sprawi, że nasuwać się będzie wniosek, że zabezpieczenie należy do Zabezpieczeń Akcesoryjnych²³⁰. Można rozważać tutaj bardzo różne konfiguracje. Po pierwsze, np. wszystkie zabezpieczenia, które przechodzą na mocy art. 509 § 2 k.c., powinny wygasnąć w przypadku wyłączenia ich przejścia. Alternatywnie, wszystkie zabezpieczenia jedynie o charakterze rzeczowym, które przechodzą na mocy art. 509 § 2 k.c., powinny wygasnąć w przypadku wyłączenia ich przejścia. Kwestia ta ponownie jest skomplikowana i wydaje się, że najlepiej będzie spojrzeć na nią bardziej generalnie po przeanalizowaniu możliwości obrotu samym zabezpieczeniem. Pozwoli to na wspólne rozważenie kwestii przejścia zabezpieczeń na mocy art. 509 § 2 k.c., możliwości wyłączenia takiego przejścia oraz obrotu samym zabezpieczeniem, co pozwoli poszukać rozwiązania, tj. katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych, które będzie uzasadnione nie tylko z perspektywy tych problemów rozpatrywanych odrębnie, ale i generalnie spójne.

1.3.4.2. Obrót samym zabezpieczeniem a separacja podmiotowa

Powyżej było rozważane, jaki wpływ na zabezpieczenie ma przelew zabezpieczonej nim wierzytelności. Najpierw, czy sama czynność rozporządzająca, przenosząca zabezpieczoną wierzytelność, powoduje również przejście zabezpieczenia. Następnie, czy taki ewentualny skutek można umownie wyłączyć i jaki wpływ na zabezpieczenie ma takie wyłączenie. Czyli powyżej, w istocie, była rozważana **umowa przelewu**

²²⁷ Biorąc pod uwagę oczywiście szczególne reguły dotyczące przejścia niektórych zabezpieczeń. Zob. np. 79 ust. 1 zd. 2 u.k.w.h.

²²⁸ Zob. podrozdział 1.3.4.1.1.

²²⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2011 r., I CSK 788/10, LEX: 1101645 oraz W. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. 3, red. M. Habdas, M. Fras, komentarz do art. 509 k.c.

²³⁰ Separacja podmiotowa nie jest dozwolona.

zabezpieczonej wierzytelności. Cel niniejszego podrozdziału jest inny. Jest nim rozważenie, czy można zawrzeć umowę dotyczącą przejścia **zabezpieczenia**.

Można zadać pytanie, czy jest sens rozważać te dwie kwestie odrębnie. Odpowiedź na to zapytanie powinna być twierdząca co najmniej z dwóch powodów.

Po pierwsze, nawet jeżeli w praktyce przejście zabezpieczenia²³¹ będzie często regulowane w umowie przelewu zabezpieczenia²³², a zatem będziemy mieli do czynienia z jednym **dokumentem**²³³, to z jurydycznego punktu widzenia należałoby widzieć tu dwa odrębne stosunki prawne. Stosunek prawny, z którego wynika zabezpieczona wierzytelność, oraz stosunek zabezpieczający. Pomimo że stosunki te są powiązane, jak zaraz się okaże, kwestie zmian podmiotowych w tych dwóch stosunkach mogą podlegać nieco innym zasadom i wcale ten związek nie musi być tak ścisły, jak mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka. Patrząc na kwestie z perspektywy separacji podmiotowej i poszukiwania katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych, tym bardziej wydaje się, że zagadnienia te należałoby analizować odrębnie. Z jednej strony trzeba rozważyć, czy możliwy jest przelew zabezpieczonej wierzytelności bez zabezpieczenia i bez jego wygaśnięcia, bo jeżeli tak, to w odniesieniu do takich zabezpieczeń mamy podstawę do twierdzenia, że są one Nieakcesoryjne. Z drugiej jednak strony, można twierdzić, że jakieś zabezpieczenie jest Nieakcesoryjne, jeżeli możemy przenieść je samodzielnie, bez zabezpieczonej wierzytelności (wtedy również uzyskamy separację podmiotową).

Po drugie, same przepisy regulujące dane zabezpieczenie często określają te dwie kwestie co najmniej w dwóch odrębnych przepisach, ustępach²³⁴. Uzasadnione wydaje się dlatego rozważenie w niniejszym podrozdziale kwestii możliwości obrotu samym zabezpieczeniem, co może pomóc w zbudowaniu katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych w następnym podrozdziale.

Po uzasadnieniu wyodrębnienia niniejszego podrozdziału, należałoby przejść do jego sedna, tj. **zastanowić się, czy możliwy jest obrót samym zabezpieczeniem**. Analiza przepisów regulujących określone rodzaje zabezpieczeń pokazuje, że występują przepisy, które wyraźnie zakazują takiego obrotu. Chodzi tu o takie artykuły, jak art. 323 § 2 k.c. (zastaw), art. 17 ust. 1 u.z.r. (zastaw rejestrowy) czy art. 79 ust. 2 u.k.w.h. (hipoteka). Jednak przytoczone przepisy dotyczą **jedynie trzech zabezpieczeń, niewątpliwie rzeczowych**. W przypadku pozostałych zabezpieczeń brak jest podobnych, wyraźnych regulacji. Można się zatem zastanawiać, jak wygląda obrót nimi. Dopuszczalne są co

²³¹ W praktyce zabezpieczeń jest zwykle więcej niż tylko jedno, ale dla większej klarowności przykładu zostało przyjęte, że zabezpieczenie jest tylko jedno.

²³² Albo po prostu nie będzie regulowane, a dojdzie do jego przejścia ma mocy art. 509 § 2 k.c. Ewentualnie po spełnieniu dodatkowych wymogów.

²³³ Mówiąc inaczej, w praktyce nie wystąpi jedna umowa (w rozumieniu dokumentu) regulująca przelew wierzytelności oraz druga, odrębna, normująca przeniesienie zabezpieczenia.

²³⁴ Zob. art. 79 u.k.w.h., który w ust. 1 określa kwestie przelewu zabezpieczonej wierzytelności, a w ust. 2 reguluje kwestię możliwości przeniesienia samej hipoteki (zakazując takiego przeniesienia). Podobnie art. 323 k.c. w odniesieniu do zastawu zwykłego.

najmniej cztery następujące stanowiska, z których każde da się w mniejszym lub większym stopniu wesprzeć opiniami doktryny lub orzecznictwa²³⁵:

- 1) skoro wyraźna podstawa normatywna występuje jedynie w przypadku tych trzech zabezpieczeń, to w przypadku pozostałych, ze względu na brak podobnej regulacji, obrót samym zabezpieczeniem jest możliwy;
- 2) zarówno w przypadku zastawu zwykłego, zastawu rejestrowego oraz hipoteki, jak i zabezpieczeń obligacyjnych, mówilibyśmy o zakazie odrębnego obrotu i w przypadku zabezpieczeń obligacyjnych wynikałoby to z rozszerzającej wykładni art. 509 § 2 k.c. Obrót pozostałymi zabezpieczeniami rzeczowymi byłby dozwolony ze względu na brak wyraźnego zakazu;
- 3) zarówno w przypadku zabezpieczeń rzeczowych, jak i zabezpieczeń obligacyjnych, mówilibyśmy o zakazie odrębnego obrotu, przy czym w przypadku zabezpieczeń rzeczowych wynikałoby to z istoty zabezpieczeń rzeczowych, a w przypadku zabezpieczeń obligacyjnych ponownie z rozszerzającej interpretacji art. 509 § 2 k.c.;
- 4) zakaz obrotu samym zabezpieczeniem wynika z istoty zabezpieczeń, a trzy przytoczone przepisy jedynie to potwierdzają.

Odnosnie do stanowiska pierwszego można zacząć od podkreślenia zasady samoistności poszczególnych praw podmiotowych²³⁶. T. Czech twierdzi, że „każde z tych praw [tj. zabezpieczona wierzytelność i zabezpieczenie –T.T.] może być zasadniczo przedmiotem samoistnego obrotu”²³⁷. Problem przy takim stanowisku polega na wątpliwości, czy rzeczywiście zabezpieczenia powinno traktować się jako „samoistne” oraz jak należałoby traktować takie zabezpieczenia jak np. poręczenie, które nie posiada podobnego przepisu, a powszechnie uznaje się, że do separacji podmiotowej w jego przypadku dojść nie może²³⁸.

Drugie stanowisko jest opinią Sądu Najwyższego z przytaczanego już orzeczenia²³⁹. Sąd Najwyższy wyraźnie twierdzi, że przedmiotem samodzielnego obrotu nie mogą być zastaw, zastaw rejestrowy, hipoteka i obligacyjne prawa zabezpieczające. Co do tych trzech pierwszych, jak już było wyżej wskazywane, mamy wyraźną podstawę normatywną, a więc co do nich stanowisko takie nie budzi wątpliwości. Problem pojawia się oczywiście w przypadku obligacyjnych praw zabezpieczających. Sąd Najwyższy zakaz taki wywodzi z art. 509 § 2 k.c. Jednak przepis ten odnosi się do **skutku przelewu**

²³⁵ Zob. podobnie T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 111–114 i poniższe rozważania, które bardzo przypominają te z przywoływanego artykułu (jednak z pewnymi modyfikacjami).

²³⁶ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66. Przywołany autor powołuje się na identyczne stanowisko K. Zaradkiewicza, *Nowa regulacja prawa hipotecznego*, Przegląd Prawa Handlowego 2011, nr 1, s. 11.

²³⁷ T. Czech, *Ogólne...*, s. 67. Przytaczanie twierdzenia T. Czecha może być kontrowersyjne ze względu na to, że nieco dalej, w nie do końca jasny sposób, odwołuje się on do art. 509 § 2 k.c. (właściwość zobowiązania).

²³⁸ Zob. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 28: „Akcesoryjny charakter poręczenia przejawia się w tym, że nie może być ono odłączone od zobowiązania głównego”. Podkreśla to też sam T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

²³⁹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263, oraz podrozdział 1.3.4.2.1.

zabezpieczonej wierzytelności. Mówiąc inaczej, rozstrzyga on o tym, co dzieje się z prawami związanymi, w tym przynajmniej z większością zabezpieczeń²⁴⁰, w przypadku przelewu zabezpieczonej wierzytelności. Nie reguluje natomiast, przynajmniej bezpośrednio, zakazu obrotu samym zabezpieczeniem o charakterze osobistym. Stanowisko Sądu Najwyższego zdaje się dosyć kreatywną interpretacją art. 509 § 2 k.c. Sądowi Najwyższemu można zarzucić też niewłaściwe²⁴¹ ograniczanie zastosowania art. 509 § 2 k.c. jedynie do zabezpieczeń obligacyjnych. Jeżeli już Sąd Najwyższy przyjął ową rozszerzającą wykładnię art. 509 § 2 k.c.²⁴², to rodzi się pytanie, dlaczego zawęził ją do zabezpieczeń obligacyjnych. Co najmniej kontrowersyjne jest twierdzenie, że ustawodawca przez zwrot „prawa związane” chciał ograniczyć się do praw obligacyjnych, a wykładnia systemowa, tj. znajdowanie się art. 509 k.c. w księdze trzeciej k.c. (zobowiązania), wydaje się słabym argumentem w tym przypadku²⁴³. Rodzi się pytanie, na ile takie ograniczenie odpowiadało Sądowi Najwyższemu ze względu na ustalone z góry rozstrzygnięcie. Sąd Najwyższy nie chciał, aby zabezpieczenie w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie przechodziło razem z zabezpieczoną wierzytelnością. Skoro mamy w tym przypadku do czynienia z zabezpieczeniem rzeczowym to, zgodnie z wykładnią zawężającą przyjętą przez Sąd Najwyższy, art. 509 § 2 k.c. nie znajdzie zastosowania. Wydaje się, że wniosek, jaki płynie z orzeczenia Sądu Najwyższego, jest taki, że przewłaszczenie na zabezpieczenie może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Podsumowując, patrząc generalnie na postanowienie Sądu Najwyższego, widać w nim brak wyraźnego odróżnienia kwestii umowy przelewu (i jej skutku na zabezpieczenie) od kwestii dopuszczalności umowy dotyczącej przejścia samego zabezpieczenia. Dochodzi do utożsamiania/zlewania tych dwóch aspektów, które mogą być, jak się wydaje, analizowane odrębnie.

W przypadku trzeciego stanowiska można przytoczyć stanowisko F. Zolla z glosy²⁴⁴ do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r.²⁴⁵, który twierdzi, że:

akcesoryjność zabezpieczenia rzeczowego należy uznać za jedną z podstawowych instytucji związanych z zabezpieczeniami rzeczowymi, służącymi ochronie dłużnika.

²⁴⁰ Jak już było wyżej wskazywane, katalog zabezpieczeń, które przechodzą na nowego wierzyciela, może być sporny (zob. podrozdział 1.3.4.2.1) i kwestia ta będzie jeszcze w dalszej części pracy rozważana.

²⁴¹ Choć kwestia ta może być sporna.

²⁴² Rozszerzającą w tym sensie, że Sąd Najwyższy odniósł artykuł 509 k.c. nie tylko do umów przelewu zabezpieczonej wierzytelności, ale także do umów dotyczących obrotu samym zabezpieczeniem, zakazując na jego podstawie obrotu samym zabezpieczeniem osobistym.

²⁴³ Zob. K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 509 k.c., s. 1076 oraz np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., I CKN 822/97, Legalis: 44064: „Zakres praw związanych, w rozumieniu art. 509 § 2 KC, z wierzytelnością jest szeroki (...)”. Kwestia ta jednak jest kontrowersyjna w doktrynie. Zob. też: M. Mojak [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 509 k.c., nb. 26.

²⁴⁴ F. Zoll, Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, OSP 2001, nr 2, poz. 26.

²⁴⁵ III CKN 246/00, LEX: 41955.

Sam Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku zaznacza, że charakter akcesoryjny zabezpieczeń rzeczowych, ścisły związek z wierzytelnością, **jest ich cechą strukturalną**²⁴⁶. Pojawia się jednak tutaj typowy w polskiej doktrynie i orzecznictwie problem, który autor niniejszej pracy starał się podkreślić w swoim artykule²⁴⁷. Bardzo często można spotkać w literaturze i judykaturze powoływanie się na akcesoryjność bez określenia, co się przez nią rozumie²⁴⁸. Ukrywa to złożoność pojęcia i może prowadzić do nieprawidłowych wniosków przez niewłaściwe „rozszerzanie” akcesoryjności. Wydaje się, że F. Zoll powołuje się na akcesoryjność, aby lepiej uzasadnić brak dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, a nie po to, by wyciągać wnioski co do zakazu odrębnego obrotu. Natomiast Sąd Najwyższy powołuje się na nią po to, aby nie pozwolić na traktowanie zabezpieczeń rzeczowych jako czynności prawnych warunkowych czy terminowych. Niewłaściwe byłoby zwykle przytaczanie, bez głębszej refleksji, twierdzeń F. Zolla czy Sądu Najwyższego w celu uzasadnienia zakazu odrębnego obrotu zabezpieczeniami rzeczowymi. Poza tym, akceptując taką ogólną argumentację, rodzi się też już wielokrotnie zadawane pytanie, jakie zabezpieczenia należałoby uznać w takim razie za rzeczowe. Natomiast w odniesieniu do zabezpieczeń obligacyjnych argumentacja byłaby podobna jak w przypadku stanowiska drugiego, czyli zakaz odrębnego obrotu ponownie wynikałby z rozszerzającej interpretacji art. 509 § 2 k.c.²⁴⁹

Czwarte stanowisko, tj. zakaz obrotu samym zabezpieczeniem jako wynikający z istoty zabezpieczeń, zdaje się najlepiej chronić interesy osoby udzielającej zabezpieczenia i z tego punktu widzenia być jak najbardziej uzasadniony. Poza tym w doktrynie generalnie podkreśla się zakaz zbycia samych praw zabezpieczających, argumentując to ich niesamodzielną, charakterem (istotą) praw akcesoryjnych oraz przytaczanymi już art. 79 ust. 2 u.k.w.h. (hipoteka) oraz 323 § 2 k.c. (zastaw)²⁵⁰. Jednak, jak już podkreślono,

²⁴⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955.

²⁴⁷ Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 72–78.

²⁴⁸ Przytaczane powyżej źródła są tego świetnym przykładem.

²⁴⁹ Przytoczona glosa czy orzeczenie Sądu Najwyższego nie odnoszą się do takiej argumentacji, ponieważ źródła te odnoszą się jedynie do zabezpieczeń rzeczowych. Argumentacja taka została przeszczepiona ze stanowiska drugiego i przyjęta dla wyraźnego rozróżnienia każdego ze stanowisk.

²⁵⁰ W. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. 1, red. M. Habdas, M. Fras, komentarz do art. 509 k.c. Autor nie tłumaczy, co rozumie przez akcesoryjność. Biorąc pod uwagę, że odnosi się ogólnie do niedopuszczalności zbycia praw zabezpieczających, nie czyniąc żadnych wyjątków, to wniosek, jaki można wyciągnąć, jest taki, że uważa wszystkie prawa zabezpieczające za akcesoryjne z punktu widzenia możliwości samodzielnego obrotu, tj. samodzielny obrót zabezpieczeniem nie jest możliwy. Z podobnego założenia zdaje się wychodzić K. Zagrobelny, który twierdzi, że prawa o charakterze pomocniczym nie mogą być przedmiotem przelewu. K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, s. 1082 (choć autor ten wyraźnie do zabezpieczeń się nie odnosi). Z nieco innego założenia wychodzi K. Mularski, który uważa, że zakaz przelewu wielu zabezpieczeń wynika z faktu, że art. 509 § 1 k.c. odnosi się wyłącznie do wierzytelności, a nie zawsze zabezpieczenie stanowi wierzytelność (np. może stanowić ograniczone prawo rzeczowe). Natomiast w stosunku do zabezpieczeń będących wierzytelnościami, autor ten twierdzi, że niedopuszczalny jest samodzielny przelew wierzytelności, które mają charakter akcesoryjny. K. Mularski nie tłumaczy jednak co rozumie przez „akcesoryjność”. Zob. K. Mularski [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, C.H. Beck, Warszawa 2019, komentarz do art. 509 k.c., nb. 28–30. Natomiast J. Mojak pisze: „Jako regułę należy natomiast przyjąć, że przedmiotem przelewu nie mogą być związane

w polskim prawie brak jest przepisów ogólnych regulujących zabezpieczenia²⁵¹, a zatem i przepisu, który by takiego generalnego obrotu zakazywał. Wniosek taki można próbować wyciągać, rozciągając, w drodze wykładni rozszerzającej, trzy przytoczone przepisy dotyczące zastawu, zastawu rejestrowego oraz hipoteki²⁵² na wszystkie zabezpieczenia albo „po prostu” z istoty zabezpieczenia, którą trzy przytoczone przepisy jedynie „potwierdzają”.

Różnica pomiędzy powyższymi czterema stanowiskami nie jest li tylko teoretyczna²⁵³. Każde z nich prowadzi do różnego zakreszenia katalogu zabezpieczeń, które mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu. Np. w przypadku pierwszego stanowiska należałoby uznać, że przewłaszczenie na zabezpieczenie może być przeniesione bez zabezpieczonej wierzytelności. Natomiast m.in. stanowisko czwarte by takiej separacji zakazywało.

Powyższe rozważania ponownie pokazują, że mamy do czynienia z kwestią kontrowersyjną i konstruowanie katalogu zabezpieczeń, które mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu, wcale nie jest proste. W następnym podrozdziale należy zatem spróbować zebrać powyższe rozważania, dodać rozważania natury bardziej ogólnej i w końcu spróbować z mniejszą lub większą precyzją określić, które zabezpieczenia można uznać za Akcesoryjne, a które za Nieakcesoryjne.

1.3.4.3. Budowanie katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych

Jak zostało wykazane powyżej, nie jest łatwe i jednoznaczne budowanie zarówno katalogu zabezpieczeń, które przejdą wraz z przelewem zabezpieczonej wierzytelności, jak i katalogu zabezpieczeń, co do których samodzielny obrót jest zakazany. Co więcej, regulacje normatywne tych dwóch zagadnień nie są do końca spójne. Dlatego zamiast próbować znaleźć kryterium, na podstawie którego możemy odróżnić Zabezpieczenia Akcesoryjne od Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych na podstawie tych nieprecyzyjnych regulacji normatywnych, zostanie dokonany inny zabieg. Autor niniejszej rozprawy spróbuje zastanowić się, dlaczego **uzasadnione jest przysługiwanie tytułu do zabezpieczenia oraz do zabezpieczonej wierzytelności temu samemu podmiotowi (brak separacji podmiotowej)**. Takie rozważania powinny pozwolić ustalić stopień doniosłości braku separacji podmiotowej, co pozwoli sformułować postulaty w odniesieniu do katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych. Chodziłoby tutaj o taką zależność: im większa relewantność braku separacji podmiotowej, tym skromniejszy powinien być katalog Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych. Rozważania te mogą pomóc też przy zakreszaniu

z wierzytelnością prawa uboczne. Zasada ta odnosi się przede wszystkim do rzeczowych i osobowych zabezpieczeń wierzytelności, takich jak hipoteka, zastaw, poręczenie” – J. Mojak [w:] *Kodeks...*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, komentarz do art. 509 k.c., nb. 16. Takie stwierdzenie jest o tyle niejasne, że nie wiadomo, czy autor twierdzi, że wszystkie zabezpieczenia nie mogą być przedmiotem przelewu, czy może jest to jedynie zasada, od której istnieją wyjątki, których autor nie wskazuje.

²⁵¹ Zob. podrozdział 1.2.2.

²⁵² Odpowiednio przepisy 323 § 2 k.c. (zastaw), art. 17 ust. 1 u.z.r. (zastaw rejestrowy) i art. 79 ust. 2 u.k.w.h. (hipoteka).

²⁵³ Najbardziej teoretyczna różnica jest między stanowiskiem 3 i 4.

zbiorów wyżej wspomnianych grup zabezpieczeń²⁵⁴. Wspólne spojrzenie na te katalogi pozwoli poszukać takiego rozwiązania, które będzie spójne systemowo i nie sprawi, że np. wymóg przejścia zabezpieczenia wraz z zabezpieczoną wierzytelnością nie będzie mógł być ominięty przez np. późniejsze (po przelewie) przeniesienie zwrotne samego zabezpieczenia.

1.3.4.3.1. Istota braku separacji podmiotowej

Jest co najmniej kilka powodów, dla których tak istotne jest, aby zabezpieczenie oraz zabezpieczona wierzytelność były w posiadaniu tego samego podmiotu (brak separacji podmiotowej). Po pierwsze, wynika to z samej definicji i istoty zabezpieczenia. Choć, jak już było wskazywane powyżej, sporne może być rozumienie pojęcia „zabezpieczenia”²⁵⁵, to tym, co jest zaznaczane chyba przy każdej próbie definiowania tego pojęcia, jest jego podstawowa funkcja, czyli **umocnienie/wzmocnienie pozycji wierzyciela**²⁵⁶. Nieważne jakich zwrotów później użyjemy, aby zawęzić tę definicję, owa funkcja wydaje się jej trzonem, bez którego pojęcie to nie może funkcjonować. Separacja podmiotowa może wydawać się dlatego dla wielu „nieintuicyjna”. Przyznanie tytułu do zabezpieczenia innemu podmiotowi niż ten, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, może godzić w ową istotę i właśnie z tego powodu być niedopuszczalne, w szczególności gdy w ostatecznym rozrachunku korzyści z zabezpieczenia będą przysługiwały innemu podmiotowi niż ten, któremu przysługuje wierzytelność. Wątpliwe jest w takim przypadku, czy w ogóle możemy wtedy mówić o „zabezpieczonej” wierzytelności.

Po drugie, należy zastanowić się, dlaczego w ogóle mówimy o „akcesoryjności” zabezpieczenia. Mówiąc inaczej, po co w ogóle nam ta złożona i nie do końca jasna instytucja. Choć zakres pojęcia akcesoryjności może być sporny, to raczej nie budzi wątpliwości, że akcesoryjność, przynajmniej jako zasada, została przyjęta w wielu porządkach prawnych, w szczególności tych kontynentalnych²⁵⁷. Powstaje pytanie: dlaczego tak się stało? Funkcję akcesoryjności prawidłowo dostrzega A. Szpunar. Jest nią **ochrona podmiotu ustanawiającego zabezpieczenie**²⁵⁸. Zasadniczo i nieco upraszczając można

²⁵⁴ Po pierwsze, zbiór tych, które nie przejdą wraz z przejściem zabezpieczonej wierzytelności i ze względu na przelew nie wygasną oraz po drugie, tych, które mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu.

²⁵⁵ Zob. podrozdział 1.2.3.

²⁵⁶ Zob. np. definicję T. Czecha, który definiuje zabezpieczenie wierzytelności jako: „instrument normatywny, który **wzmacnia pozycję prawną wierzyciela** w zakresie zaspokojenia **przysługującej mu** wierzytelności” (T. Czech, *Ogólne...*, s. 53) lub sposób zdefiniowania „funkcji zabezpieczającej” poręczenia przez A. Szpunara jako polegającej „na **umocnieniu wierzytelności** – istniejącej lub mogącej powstać w przyszłości – **przysługującej wierzycielowi** w stosunku do dłużnika głównego” (A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 22). [wszystkie pogrubienia - T.T]. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955.

²⁵⁷ Więcej na ten temat w podrozdziale 4.2, rozdziale 5 i np. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 23, który również zaznacza, że „została ona [zasada akcesoryjności – T.T.] przyjęta we współczesnych prawodawstwach”. Jednak autor ten nie wskazuje tych ustawodawstw i należy zauważyć, że artykuł pochodzi z roku 1992, a od tamtego czasu można zauważyć trend osłabiania akcesoryjności.

²⁵⁸ Por. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 23–24, który odnosi się do akcesoryjności poręczenia.

powiedzieć, że im mocniej zabezpieczenie jest akcesoryjne, tym interesy zabezpieczającego są lepiej chronione. Innymi słowy, im zależność jest większa, tym ustanawiający zabezpieczenie ma większą pewność, że dopóty egzekucja zabezpieczonej wierzytelności okaże się niemożliwa, dopóki nie dojdzie do realizacji zabezpieczenia. Jednak nie odbywa się to bez „kosztów” dla zabezpieczonego wierzyciela. Im większa akcesoryjność, tym dochodzenie zabezpieczenia jest trudniejsze. **Wynika to z prostego faktu, że brak zależności zabezpieczenia od zabezpieczonej wierzytelności powoduje, że dochodzenie „zabezpieczenia” opiera się wyłącznie na stosunku „zabezpieczającym”**²⁵⁹. Natomiast im ta zależność jest większa, to w tym większym stopniu egzekucja zabezpieczenia opiera się nie tylko na stosunku zabezpieczającym, ale i na stosunku podstawowym, jakim jest stosunek zabezpieczonej wierzytelności. **A zatem rośnie, przynajmniej potencjalnie, liczba okoliczności, które zabezpieczony wierzyciel musi wziąć pod uwagę i liczba zarzutów przysługujących zabezpieczającemu.** To wszystko komplikuje realizację zabezpieczenia, sprawiając, że jest ona trudniejsza i bardziej czasochłonna. Dlatego, przynajmniej zasadniczo, słusznie zauważa A. Szpunar, iż:

banalną prawdą [jest – T.T.], że interesy wierzyciela i [zabezpieczyciela – T.T]²⁶⁰ są sprzeczne²⁶¹.

Prawodawca przez akcesoryjność próbuje szukać w tych interesach jakiegoś kompromisu. Można próbować postawić tezę, że **zbyt silna akcesoryjność współcześnie nie równoważy ich odpowiednio, dlatego już od jakiegoś czasu obserwujemy trend w jej osłabianiu**²⁶².

Na potrzeby niniejszej pracy należy jednak przede wszystkim zastanowić się, jak płaszczyzna podmiotowa akcesoryjności wpływa na ochronę interesów zabezpieczyciela, czy też jak równowagi wyżej wspomniane sprzeczne interesy. Zabezpieczającemu, przynajmniej co do zasady, zależy na tym, aby do separacji podmiotowej nie doszło²⁶³. Wynika to z tego, że połączenie jej z rozluźnieniem akcesoryjności w płaszczyźnie przedmiotowej **może prowadzić do powstania dwóch długów zamiast jednego**²⁶⁴. Jeżeli tytuł do zabezpieczenia będzie przysługiwał innemu podmiotowi i przy tym dłużnik będzie pozbawiony niektórych albo wręcz wszystkich zarzutów związanych

²⁵⁹ Słowa są wzięte w cudzysłów, ponieważ wątpliwe może być mówienie w takim przypadku o „zabezpieczeniu” czy „stosunku zabezpieczającym”.

²⁶⁰ A. Szpunar posługuje się słowem „poręczyciel”, z prostego faktu, że jego artykuł odnosi się do poręczenia, ale wydaje się, że jego zwrot można bardziej zgeneralizować. Zob. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 23.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Zob. np. J. Pisuliński, *Zasada...*, s. 479–484 czy T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 66–73. Oba opracowania odnoszą się do hipoteki, ale jest to zabezpieczenie, które było i jest uważane za najsilniej akcesoryjne, więc poluźnianie akcesoryjności w odniesieniu do niego wydaje się dobrym przykładem wskazującym taki trend.

²⁶³ Wyjątki od tej zasady będą właśnie widoczne w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Zob. podrozdział 2.3.

²⁶⁴ L. Vliet określa ten potencjalny problem jako problem „podwójnej egzekwowalności” (*Double enforcement*). Zob. L. Vliet, *The German Grundschuld*, *The Edinburgh Law Review* 2012, nr 16, s. 153–155.

z zabezpieczoną wierzytelnością, egzekwować będzie można, przy zaistnieniu określonych okoliczności, zarówno zabezpieczoną wierzytelność, jak i zabezpieczenie. Może dojść po prostu do podwójnej egzekucji „tego samego” długu. Jednak stwierdzenie, że mamy do czynienia z „podwójną egzekucją tego samego długu” może być kontrowersyjne. Jak już wspomniano, zabezpieczenie służy **wzmocnieniu** pozycji prawnej wierzyciela. Zgodnie z definicją słownikową „wzmocnienie” oznacza „uczynienie **czegoś** trwalszym, odporniejszym na zniszczenie”²⁶⁵ [pogrubienie – T.T.]. Przekładając to na omawiany problem, wierzytelność przysługująca wierzycielowi, dzięki zabezpieczeniu, powinna stać się „trwalsza”, odporniejsza na ryzyko niewyegzekwowania, a zatem generalnie sytuacja wierzyciela powinna ulec poprawie. Intuicyjnie może też się wydawać, że zabezpieczenie jest po to, żeby dać **wierzycielowi** dodatkową gwarancję na wypadek, gdyby spłata jego wierzytelności była zagrożona. Natomiast im bardziej osłabiamy zależność zabezpieczenia od zabezpieczonej wierzytelności i pozwalamy na coraz to większe „rozejście” się podmiotów, tym mniej możemy mówić o „tym samym długu”. Innymi słowy, coraz bardziej tworzymy niezależne prawo, gdzie wzmocnienie „czegoś” coraz bardziej schodzi na drugi plan i przy najdalej posuniętej niezależności, wręcz w ogóle przestaje odgrywać znaczenie²⁶⁶. Coraz bardziej zaczynamy mieć dwa oddzielne prawa, a nie prawo główne (zabezpieczoną wierzytelność), i prawo „uboczne”²⁶⁷. Mówiąc inaczej, nie tyle mamy do czynienia z „tym samym długiem”, co, w przypadku osłabiania akcesoryjności, coraz bardziej krystalizuje nam się „drugi” dług. Bardzo złożone i trudne jest pytanie, jak daleko owo „rozejście” musi być posunięte, aby nie tylko mówić o zabezpieczeniu nieakcesoryjnym, ale wręcz nadużyciem jest mówienie ciągle o **zabezpieczeniu**²⁶⁸.

Ze względu na powyższe można postawić tezę, że **zasadniczo każde zabezpieczenie należałoby określić jako Zabezpieczenie Akcesoryjne**. Mówiąc inaczej, zgodnie z przyjętą definicją, co do zasady, zabezpieczenia byłyby akcesoryjne w odniesieniu do płaszczyzny podmiotowej, tj. wymagałyby, aby tytuł do zabezpieczenia i zabezpieczonej wierzytelności przysługiwał temu samemu podmiotowi. Takie stanowisko może razić brakiem wyraźnej, ogólnej podstawy normatywnej. Nie ma przecież żadnego **ogólnego** przepisu, który by taką zasadę stanowił i niełatwo ją wyprowadzić z przepisów, np. k.c., chociażby ze względu na brak generalnej regulacji zabezpieczeń. Można ją próbować wyinterpretować z wyżej przytaczanych przepisów dotyczących przelewu zabezpieczonej wierzytelności i możliwości przeniesienia samego zabezpieczenia. Jednak zanim do tych przepisów niniejsza rozprawa znowu się odniesie, należałoby zastanowić się nad stanowiskiem przeciwnym, tj. że zasadniczo separacja podmiotowa jest dozwolona. Oznaczałoby

²⁶⁵ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wzmocni%C4%87.html> [dostęp: 24.09.2019].

²⁶⁶ Zob. ciekawy wyrok Sądu Najwyższego, gdzie Sąd ten w zasadzie nie uznał przewłaszczenia na zabezpieczenie za zabezpieczenie w rozumieniu art. 127 ust. 3 p.u. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2016 r., II CSK 815/14, Legalis: 1461019.

²⁶⁷ Por. A.J.M. Stevens, *Accessoriness...*, s. 389.

²⁶⁸ Wydaje się ono jednak mieć bardziej wymiar teoretyczny niż praktyczny.

to, że poza przypadkami, gdzie jest ona zabroniona przez wyraźny przepis, jest ona dozwolona. Takie stanowisko zdaje się prezentować T. Czech, który uważa, że:

w polskim prawie cywilnym nie występuje zasadniczo powiązanie podmiotowe pomiędzy zabezpieczeniem a zabezpieczoną wierzytelnością. (...) W związku z powyższym *de lege lata* obowiązuje ogólna reguła, zgodnie z którą przeniesienie zabezpieczonej wierzytelności następuje niezależnie od przeniesienia zabezpieczenia²⁶⁹.

Jednak i tutaj należy zastanowić się nad podstawą normatywną takiego stanowiska. T. Czech żadnego przepisu na poparcie swojego poglądu nie podaje, a przywoływane regulacje zdają się raczej sugerować wniosek odwrotny²⁷⁰. Choć autor ten tego wyraźnie nie zaznacza, można domniemywać, że swój wniosek wyprowadza z przytaczanej na początkowych stronach swego tekstu podstawowej zasady prawa cywilnego, jaką jest **zasada autonomii woli**²⁷¹. T. Czech zaznacza, że rzeczona zasada znajduje zastosowanie we **wszystkich** działach prawa cywilnego, ale w różnych działach może obowiązywać **w różnym zakresie**²⁷². Autor nie doprecyzowuje jednak wspomnianego różnego zakresu w różnych działach. Natomiast owo rozróżnienie zdaje się bardzo pomocne przy próbie zaprzeczenia twierdzeniu, że wszystkie zabezpieczenia należy uważać za Zabezpieczenia Akcesoryjne²⁷³. Wynika to z faktu, że jeżeli przyjmiemy na tym etapie pracy założenie, że zabezpieczenia rzeczowe mieszczą się w dziale prawa rzeczowego, a zabezpieczenia osobiste w dziale prawa zobowiązań²⁷⁴, to należy rozważyć, jak ten różny zakres autonomii woli wygląda w odniesieniu do tych dwóch różnych grup zabezpieczeń. Kwestię tę należałoby rozważyć przede wszystkim z perspektywy dopuszczalności separacji podmiotowej.

1.3.4.3.2. Zabezpieczenia Akcesoryjne a zabezpieczenia rzeczowe

W pierwszej kolejności konieczne jest rozważenie poruszonych kwestii w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych. Jednak pierwsze pytanie, jakie powstaje, to pytanie, jakie zabezpieczenia należy zaliczyć do tej kategorii z **punktu widzenia płaszczyzny**

²⁶⁹ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66. Jednak dyskusyjny jest wyrok, który wspomniany autor powołuje na uzasadnienie swojej ogólnej reguły. Do pewnego stopnia, ponieważ cytat odnosi się jedynie do cesji zabezpieczonej wierzytelności, natomiast nie do przejścia samego zabezpieczenia czy dopuszczenia separacji przy ustanawianiu zabezpieczenia.

²⁷⁰ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66–67. Np. autor twierdzi, że wyjątki od zaprezentowanej przez niego zasady stanowią zabezpieczenia, które przechodzą na nabywcę zabezpieczonej wierzytelności na mocy art. 509 § 2 k.c. Jednak wydaje się, że to art. 509 § 2 k.c. jest zasadą, od której można szukać wyjątków, a nie twierdzić, że ten przepis stanowi wyjątek, bo taka wykładnia zdaje się sprzeczna z jego literalnym brzmieniem stanowiącym o przejściu „wszelkich związanych” praw.

²⁷¹ *Ibid.*, s. 55.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Gdybyśmy nie zgodzili się z powyższym, wstępnym stanowiskiem, że wszystkie zabezpieczenia należałoby uważać zasadniczo za Zabezpieczenia Akcesoryjne.

²⁷⁴ Odnośnie do wyróżniania działów prawa cywilnego zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 13–15. Natomiast czy zabezpieczenia rzeczowe można utożsamiać z prawami rzeczowymi, będzie dokładniej rozważone w dalszej części niniejszego podrozdziału.

podmiotowej akcesoryjności. Pierwszą tezę, którą można postawić i spróbować obronić, jest stwierdzenie, że z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej za zabezpieczenia rzeczowe należałoby uważać jedynie zabezpieczenia, które, po pierwsze, są prawami rzeczowymi oraz, po drugie, ustawodawca wyraźnie w odniesieniu do nich wskazał, że prawa te stanowią zabezpieczenie wierzytelności. Zagadnienie, jakie prawa mogą być uznane za rzeczowe, nie jest bezsporne w doktrynie. Można się zgodzić z P. Machnikowskim, że są to wyłącznie prawa, które zostały wyraźnie uznane za rzeczowe przez ustawodawcę²⁷⁵. Innymi słowy, prawa rzeczowe byłyby wyróżnianie na podstawie tzw. kryterium normatywnego²⁷⁶. Przenosząc rozważania P. Machnikowskiego dotyczące praw rzeczowych na grunt zabezpieczeń, należy postawić tezę, że zaliczenie zabezpieczenia do katalogu zabezpieczeń rzeczowych z perspektywy płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności, również powinno odbywać się na podstawie kryterium normatywnego, tj. zgodnie z powyższym, stwierdzenia przez ustawodawcę, że dane prawo rzeczowe stanowi zabezpieczenie. Przyjęcie takiego założenia sprawia, że można postawić tezę, iż do grona zabezpieczeń rzeczowych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności należy zaliczyć na pewno: zastaw zwykły, zastaw rejestrowy, hipotekę oraz hipotekę morską²⁷⁷. Wątpliwości mogłyby powstać odnośnie do dwóch zabezpieczeń: zastawu finansowego oraz przewłaszczenia na zabezpieczenie.

Art. 244 § 1 k.c. jak i P. Machnikowski wśród katalogu ograniczonych praw rzeczowych wymienia jedynie „zastaw”²⁷⁸. Podobnie M. Kućka wymienia zabezpieczenia rzeczowe i w katalogu tego autora nie znajduje się zastaw finansowy, choć znajduje się zarówno zastaw zwykły, jak i wyraźnie wskazany zastaw rejestrowy²⁷⁹. Mogą zatem powstać wątpliwości, czy wspomniany art. 244 k.c. należy interpretować wąsko i chodziłoby tu tylko o zastaw „zwykły” uregulowany w art. 306–335 k.c. i zastaw rejestrowy, którego może k.c. nie reguluje, ale do którego odsyła art. 308 k.c. Tym samym, doszłoby do wyłączenia z katalogu ograniczonych praw rzeczowych, czy szerzej praw rzeczowych, zastawu finansowego, który jest regulowany przez ustawę z dnia 2 kwietnia 2004 r.

²⁷⁵ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, 36–39 i wskazywaną tam literaturę.

²⁷⁶ *Ibid.* Może tu być widoczny brak spójności z wcześniejszym stanowiskiem dotyczącym definicji zabezpieczeń rzeczowych (zob. podrozdział 1.2.5), ale należy pamiętać, że w przypadku tego podrozdziału próbujemy zbudować katalog zabezpieczeń rzeczowych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej. Kwestia ta będzie jeszcze poruszana poniżej.

²⁷⁷ Ograniczone prawa rzeczowe są prawami rzeczowymi co wynika choćby z systematyki k.c. i tytułu Księgi Drugiej (Własność i inne prawa rzeczowe). To że zastaw zwykły oraz hipoteka stanowią ograniczone prawa rzeczowe wynika z art. 244 § 1 k.c., który zawiera ich katalog. Zastaw rejestrowy i hipoteka morska nie zostały wymienione w tym katalogu, a P. Machnikowski, przy tworzeniu katalogu praw rzeczowych, stanowi jedynie o „zastawie” i „hipotece”, więc mogą powstać wątpliwości, czy są to też ograniczone prawa rzeczowe. Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 39.

²⁷⁸ Zob. *ibid.*, s. 39.

²⁷⁹ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 32. Choć autor ten też wyraźnie nie stwierdza, że zastaw finansowy zalicza się do grupy zabezpieczeń osobistych.

o niektórych zabezpieczeniach finansowych²⁸⁰. Choć kwestia ta może być sporna, należy się zgodzić z J. Gołaczyńskim, że zastaw finansowy stanowi podtyp zastawu „zwykłego” na prawach²⁸¹. Należałoby go zatem uznać za ograniczone prawo rzeczowe i postawić **tezę, że zastaw finansowy należy zaliczyć do katalogu zabezpieczeń rzeczowych**²⁸². Taka klasyfikacja tego zabezpieczenia ma bardzo istotny wpływ na rozważany w niniejszej pracy problem, ponieważ sprawia, że do zastawu finansowego, w zakresie nieuregulowanym, stosować należy przepisy o zastawie zwykłym²⁸³. Przeważająca część doktryny uważa zastaw finansowy za prawo rzeczowe, więc kwestia ta nie jest aż tak sporna²⁸⁴.

Problematyczne jest także pytanie, czy przewłaszczenie na zabezpieczenie należy zaliczyć do zabezpieczeń rzeczowych. Problem wynika z tego, że zabezpieczenie to opiera się na prawie własności, które niewątpliwie prawem rzeczowym jest²⁸⁵. W doktrynie generalnie zalicza się je do zabezpieczeń rzeczowych²⁸⁶. Choć teza ta może być mocno kontrowersyjna, to wydaje się, że **z perspektywy płaszczyzny podmiotowej** należy stwierdzić, że przewłaszczenie na zabezpieczenie stanowi **zabezpieczenie osobiste**. Wniosek taki wynika z kilku przyczyn. Po pierwsze, prawo własności nie zostało przez ustawodawcę uregulowane, aby pełnić funkcję zabezpieczającą. Właśnie m.in. z tego powodu przez długi czas było kwestionowane, czy w ogóle dopuszczalne jest zabezpieczenie w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie, w szczególności nieruchomości²⁸⁷. Inaczej mówiąc, **prawo własności samo w sobie nie jest zabezpieczeniem. Może pełnić funkcję zabezpieczającą na mocy odpowiednich postanowień umownych i ta forma zabezpieczenia istnieje dzięki wykorzystaniu swobody umów**²⁸⁸. Innymi

²⁸⁰ Ustawa o niektórych zabezpieczeniach finansowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 891), dalej: u.n.z.f.

²⁸¹ Szerzej zob. J. Gołaczyński [w:] *System...*, t. 4, s. 707. Tak samo: Zob. Ł. Goździaszek, *Rodzaje zabezpieczeń finansowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2009, nr 2, s. 41. Nie o „podtypie”, a o odrębnym prawie zastawniczym stanowi A. Stangret-Smoczyńska, *Charakter prawny zastawu finansowego*, Państwo i Prawo 2010, nr 1 s. 71.

²⁸² Zob. Ł. Goździaszek, *Rodzaje...*, s. 41; D. Sobczyński, *Novum w obrocie finansowym – ustawa o niektórych zabezpieczeniach finansowych*, Glosa 2004 nr 8, s. 12; J. Pisuliński, *Zabezpieczenia finansowe w systemie prawa cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego 2005, nr 6, s. 29.

²⁸³ M. Michalski, *Kilka uwag w sprawie zastawu finansowego*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 12 s. 16; J. Pisuliński, *Zabezpieczenia...*, s. 31; D. Sobczyński, *Ustawa o niektórych zabezpieczeniach finansowych na tle zastawu rejestrowego i przepisów prawa upadłościowego*, Glosa 2004, nr 11, s. 12. Nawet A. Stangret-Smoczyńska, która nie uważa zastawu finansowego za podtyp zastawu zwykłego na prawach, twierdzi, że zastosowanie do niego powinny znaleźć przepisy k.c. „na zasadach analogicznych jak wobec zastawu rejestrowego”. Zob. A. Stangret-Smoczyńska, *Charakter...*, s. 71–72.

²⁸⁴ Poza przytoczony wyżej opracowaniem J. Gołaczyńskiego, zob. też T. Czech, *Wymagalność...*, s. 1247–1248 czy J. Pisuliński, *Zabezpieczenia...*, s. 30–31; M. Michalski, *Kilka...*, s. 20; J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 255.

²⁸⁵ Zob. J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie ruchomości na zabezpieczenie*, Rejent 1995, nr 1, s. 50.

²⁸⁶ Zob. J. Gołaczyński [w:] *System...*, t. 4, s. 671 oraz J. Pisuliński [w:] *System...*, t. 4, s. 761.

²⁸⁷ F. Zoll, *Glosa...*; J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie...*, s. 47–58. Sąd Najwyższy dopuszcza jednak tego rodzaju zabezpieczenie. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955 czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, LEX: 54937. J. Gołaczyński w glosie, w przeciwieństwie do F. Zolla, aprobował wyrok Sądu Najwyższego. Zob. J. Gołaczyński, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00*, OSP 2001, nr 5, poz. 69.

²⁸⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 2004 r., IV CK 589/03, Legalis: 77100.

słowy własność, zgodnie ze swoją regulacją normatywną, nie byłaby zabezpieczeniem, gdyby nie było takiej woli stron danej transakcji, **a zatem to dopiero umowa nadaje temu prawu rzeczowemu charakter zabezpieczenia**²⁸⁹. Ustanowienie przewłaszczenia na zabezpieczenie będzie zwykle wyglądało w ten sposób, że, co najmniej z prawnego punktu widzenia, będziemy mieli do czynienia z dwiema umowami (czynnościami prawnymi)²⁹⁰. Pierwszą, przenoszącą bezwarunkowo własność, i drugą, zobowiązującą do zwrotnego przeniesienia własności w przypadku spłaty wierzytelności²⁹¹. Bez drugiej umowy o charakterze zabezpieczającym po prostu nie byłoby zabezpieczenia. Jednak nawet w przypadku prawidłowego ustanowienia tego zabezpieczenia, jak podkreśla to sam Sąd Najwyższy, prawo własności zachowuje **samodzielny charakter**²⁹². Spłata zabezpieczonej wierzytelności nie powoduje wygaśnięcia prawa własności (prawo to nie „znika”) i umowa przewłaszczenia nie ogranicza ze skutkiem wobec osób trzecich prawa rozporządzania prawem własności przez osobę, na którą prawo to zostało przeniesione²⁹³. Takie rozporządzenie może powodować jedynie odpowiedzialność odszkodowawczą wobec powierzającego²⁹⁴. Sąd Najwyższy w tym samym orzeczeniu stwierdza też, że **akcesoryjnymi** prawami rzeczowymi są „jedynie hipoteka, zastaw oraz zastaw rejestrowy”²⁹⁵. Sąd Najwyższy nie jest bardzo precyzyjny, co rozumie przez akcesoryjność²⁹⁶, jednak przytaczane w wyroku przepisy²⁹⁷ oraz treść wyroku wyraźnie

²⁸⁹ Wydaje się, że podobnie uważa M. Kučka, który stwierdza, że w odniesieniu do rzeczowych zabezpieczeń powierniczych, do których zalicza przewłaszczenie oraz cesję na zabezpieczenie, funkcja zabezpieczająca jest „funkcją dodatkową”. Nadanie takiej funkcji prawu własności czy wierzytelności przeniesionej na zabezpieczenie wynika, zdaniem tego autora, z braku nieakcesoryjnych praw zastawniczych. Zob. M. Kučka, *Administrator...*, s. 32 oraz s. 44.

²⁹⁰ Nie chodzi tu o umowę w znaczeniu „dokumentu”, bo w tym znaczeniu może być wyłącznie jedna.

²⁹¹ Tak samo: J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie...*, s. 59. W przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości dwie umowy (czynności prawne) powinny wystąpić zawsze ze względu na wynikającą z art. 157 § 1 k.c. niedopuszczalność warunku. Natomiast w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie ruchomości zabezpieczenie to może być ukształtowane w ten sposób, że może dojść do ustanowienia warunku i wtedy zobowiązanie do zwrotnego przeniesienia własności nie powstanie, ponieważ własność zwrotnie przejdzie na dłużnika wraz ze ziszczeniem się warunku (spłatą zabezpieczonej wierzytelności). Jednak w doktrynie kwestionuje się możliwość ustanowienia warunku w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie także w przypadku przewłaszczenia ruchomości. Zob. J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie...*, s. 67–69.

²⁹² Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.* Powyższe stwierdzenie Sądu Najwyższego jest prawdziwe przy założeniu, że strony umowy przewłaszczenia na zabezpieczenie nie podjęły dalszych czynności w celu zabezpieczenia roszczenia o zwrotne przeniesienie własności. Zgodnie z art. 16 ust. 2 pkt 2 u.k.w.h. roszczenie o zwrotne przeniesienie własności może być ujawnione w księdze wieczystej i w takim przypadku, na mocy art. 17 u.k.w.h., uzyskiwałoby ono wtedy rozszerzoną skuteczność. Więcej na ten temat zob. S. Kostecki [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 16 u.k.w.h., pkt 8 oraz E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Art. 1–58² KWU, Art. 626¹–626¹³ KPC. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 16 u.k.w.h. nb. 51.

²⁹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263.

²⁹⁶ Do jakiego aspektu czy płaszczyzny akcesoryjności się odnosi. Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 72–78.

²⁹⁷ Art. 509 § 2 k.c., art. 79 u.k.w.h. oraz 323 k.c.

wskazują właśnie **na analizowanie głównie jej płaszczyzny podmiotowej**²⁹⁸, zatem przedstawione rozważania stanowią pierwszy argument za tym, aby co najmniej **z punktu widzenia tej płaszczyzny, przewłaszczenie na zabezpieczenie zaliczyć do katalogu zabezpieczeń osobistych**²⁹⁹. Takie założenie opiera się na prostej, choć kontrowersyjnej tezie, stawianej przez autora niniejszej rozprawy na początku niniejszego podrozdziału, że zaliczenie zabezpieczenia do kategorii zabezpieczeń rzeczowych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, powinno odbywać się na podstawie **kryterium normatywnego**. Powyższe wyraźnie wskazało, że **ustawodawca** własności takiego charakteru nie nadał, a dopiero **strony** z tego prawa uczyniły, w określonych przypadkach, zabezpieczenie. Natomiast obecne, występujące w literaturze i wydaje się bezsporne zaliczanie przewłaszczenia na zabezpieczenie do kategorii zabezpieczeń rzeczowych, odbywa się na podstawie kryterium „funkcjonalnego” (pierwszeństwo zaspokojenia z określonego przedmiotu zabezpieczenia/bezwzględność uprawnień w stosunku do określonego przedmiotu)³⁰⁰. Kryterium takie oczywiście dalej może być stosowane, ale zdaniem autora niniejszej pracy, nie na gruncie płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności.

Drugim argumentem może być **większa spójność prawa zabezpieczeń wierzytelności**. Więcej na ten temat poniżej, ale zgadzając się z tezą postawioną poniżej, że wszystkie zabezpieczenia należałoby uznać za Akcesoryjne³⁰¹, oraz tezą, że dla dopuszczalności separacji podmiotowej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych potrzebny jest wyraźny przepis prawny, ze względu na brak takiego przepisu, separacja podmiotowa w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie **nie byłaby dopuszczalna**. Byłby to rezultat sprzeczny z aktualnym orzecnictwem Sądu Najwyższego oraz stanowiskiem doktryny, które na taką separację zezwalają. Z tym że Sąd Najwyższy i doktryna wywodzą to nie tyle z osobistego charakteru tego zabezpieczenia, co jego „nieakcesoryjności”. Takie podejście jednak rodziłoby pytanie: dlaczego przewłaszczenie na zabezpieczenie należałoby uznać za zabezpieczenie nieakcesoryjne? Powodem z pewnością nie jest uznanie go za takie przez ustawodawcę, ponieważ brak jest w przypadku tego zabezpieczenia regulacji normatywnej. Należałoby zatem wyjść z podobnego założenia, z jakiego wychodzi T. Czech, że zasadniczo wszystkie zabezpieczenia są Nieakcesoryjne³⁰². Autor niniejszej pracy kategorycznie nie zgadza się z tym stwierdzeniem, stawiając w niniejszej

²⁹⁸ Patrząc na zagadnienie z punktu widzenia płaszczyzny przedmiotowej, Sąd Najwyższy analizował aspekty związane z „przenoszeniem”. Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 104–114.

²⁹⁹ Jak już było wyżej wskazywane, w doktrynie nie ma zgody w odniesieniu do katalogu zabezpieczeń rzeczowych, a sam T. Czech kwestionuje potrzebę podziału zabezpieczeń na rzeczowe i osobiste (zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 54). Może jednak zamiast próbować budować jeden katalog zabezpieczeń rzeczowych, lepiej byłoby zbudować kilka katalogów, które mogłyby się od siebie różnić, a byłyby wyodrębniane ze względu na np. różne konsekwencje prawne. Kwestia oczywiście wymaga szerszego rozważenia i wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

³⁰⁰ Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 36–37.

³⁰¹ Zob. podrozdział 1.3.4.4.

³⁰² Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66 oraz rozważania w podrozdziale 1.3.4.4.

pracy tezę przeciwną³⁰³. Alternatywą dla większej spójności prawa zabezpieczeń wierzytelności, zamiast zaliczania tego zabezpieczenia do Zabezpieczeń Osobistych lub stawiania tezy o zasadzie Nieakcesoryjności zabezpieczeń, byłaby eliminacja tego problematycznego dla spójności prawa zabezpieczeń, zabezpieczenia z polskiego systemu prawnego³⁰⁴. Postulaty takie można spotkać w doktrynie³⁰⁵, jednak obecnie są to jedynie postulaty *de lege ferenda*, a zdaniem autora niniejszej rozprawy, należałoby pójść nawet dalej i dokonać gruntownej reformy prawa zabezpieczeń wierzytelności, podobnej do takiej, jaka miała miejsce w Kanadzie³⁰⁶.

Powyższe argumenty prowadzą zatem do kontrowersyjnego i wydawałoby się, przynajmniej *prima facie*, nielogicznego wniosku i tezy, że choć przewłaszczenie na zabezpieczenie jest oparte głównie na prawie własności, które niewątpliwie prawem rzeczowym jest, **to już samo zabezpieczenie należy zaliczyć do zabezpieczeń osobistych, a nie rzeczowych.**

Podsumowując, można stwierdzić, że do katalogu zabezpieczeń rzeczowych z **perspektywy płaszczyzny podmiotowej** należałoby zaliczyć: zastaw zwykły, zastaw rejestrowy, zastaw finansowy, hipotekę oraz hipotekę morską. **Taki katalog zabezpieczeń będzie dalej określany jako „Zabezpieczenia Rzeczowe”³⁰⁷.**

Mając katalog Zabezpieczeń Rzeczowych, należałoby zastanowić się, czy w odniesieniu do nich możliwe jest takie ich ukształtowanie, aby zezwolić na separację podmiotową, tj. przyznanie tytułu do zabezpieczenia podmiotowi innemu niż zabezpieczony wierzyciel. Pytanie dotyczy tutaj (jak było zaznaczone we wstępie do niniejszego podrozdziału³⁰⁸), **zakresu autonomii woli**. Słusznie T. Czech podkreśla, że występuje ona we wszystkich działach prawa cywilnego i twierdzenie, że swoboda umów nie występuje na gruncie prawa rzeczowego należy uznać za nieprawdziwe albo co najmniej za nieprecyzyjne³⁰⁹. Po prostu, w przypadku praw rzeczowych ma ona **węższy zakres**³¹⁰. Pytanie, czy ten węższy zakres dotyczy też zakazu separacji podmiotowej, do trywialnych

³⁰³ Zob. podrozdział 1.3.4.4.

³⁰⁴ Np. w Holandii zabezpieczenie to w ogóle nie występuje. Zob. 4.2.2.2.

³⁰⁵ Tak np. F. Zoll, *Glosa...* oraz, bardziej aktualnie, tak P. Machnikowski podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego *Prawne zabezpieczenia wierzytelności i umowy pośrednictwa*, która miała miejsce 25–26 października 2018 r. we Wrocławiu.

³⁰⁶ Zob. podrozdział 4.3.2.

³⁰⁷ Specjalna definicja zabezpieczeń rzeczowych jest potrzebna, ponieważ po pierwsze, kształtuje ona ten katalog w sposób odmienny niż zwykle przyjęty, a po drugie, ponieważ w przypadkach gdy praca będzie odnosiła się do zabezpieczeń rzeczowych pisanych małymi literami, będzie odnosiła się do nich w ich „tradycyjnym” znaczeniu. Zob. podrozdział 1.2.5.

³⁰⁸ Tj. podrozdziału 1.3.4.3.

³⁰⁹ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 55. P. Machnikowski podobnie podkreśla „nieściskość” takiego twierdzenia. Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 43. Jako przykład takich nieprecyzyjnych wypowiedzi doktryny można przytoczyć Z. Radwańskiego i A. Olejniczka, którzy piszą, że „Zasada swobody umów nie obejmuje w polskim systemie prawnym stosunków prawnorzeczowych, spadkowych oraz rodzinnych”. Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 129.

³¹⁰ Dokładniej odnośnie do owego „węższego zakresu” P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 43.

nie należy. Zasadniczym elementem zasady swobody umów, która w odniesieniu do praw rzeczowych może znaleźć zastosowanie co najwyżej przez analogię³¹¹, jest swoboda kształtowania treści stosunku prawnego i to ten aspekt w największym stopniu jest ograniczony w odniesieniu do praw rzeczowych ze względu na ich skuteczność *erga omnes* (bezwzględny charakter)³¹². Jednak treść stosunku prawnego definiuje się zwykle jako prawa i obowiązki stron³¹³. **Natomiast zasada swobody umów, poza swobodą kształtowania treści, obejmuje też m.in. swobodę wyboru kontrahenta i ta swoboda obowiązuje także na gruncie prawa rzeczowego**³¹⁴. Pytanie, które w takim razie się rodzi, to czy zadecydowanie, że tytuł do zabezpieczenia będzie przysługiwał podmiotowi innemu niż podmiot, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, mieści się w ramach dopuszczonej autonomii woli czy poza nią wykracza. Żadne zabezpieczenie zaliczone do kategorii Praw Rzeczowych nie posiada przepisu brzmiącego: „niedopuszczalne jest udzielenie zabezpieczenia podmiotowi innemu niż podmiot, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność”. Jednak, jak zostało wskazane przede wszystkim w podrozdziale 1.3.4.2., w zasadzie wszystkie zabezpieczenia rzeczowe posiadają wyraźną regulację, która stanowi, że przelew zabezpieczonej wierzytelności powoduje przejście zabezpieczenia oraz że przelew samego zabezpieczenia nie jest dozwolony³¹⁵. Przepisy te odnoszą się do sytuacji już **po** ustanowieniu zabezpieczenia, a nie ma przepisu, który by wyraźnie zakazywał właśnie **pierwotnego ustanowienia** jednego z tych zabezpieczeń w ten sposób, że zakazana byłaby separacja podmiotowa. **Aczkolwiek przepisy te należy interpretować w ten sposób, że generalnie zakazują separacji podmiotowej.** Inaczej ciężko byłoby np. bezspornie powiedzieć, co dzieje się z zabezpieczeniem po przelewie zabezpieczonej wierzytelności, gdy przy ustanawianiu tytuł do zabezpieczenia zostałby przyznany innemu podmiotowi. Zagadnienie separacji podmiotowej nie powinno się też mieścić w wyżej wspomnianej zasadzie swobody wyboru kontrahenta. Można próbować argumentować, że przez to że zabezpieczenie musi być przyznane temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, istotnie ogranicza się zakres osób, którym zabezpieczenie może być przyznane, a zatem ten zakaz jest sprzeczny z zasadą swobody wyboru kontrahenta, która na gruncie prawa rzeczowego w tym zakresie przecież obowiązuje. Jednak na zakaz separacji podmiotowej w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych należałoby spojrzeć nieco bardziej funkcjonalnie. **Ustawodawca nie ogranicza**

³¹¹ Zob. *ibid.*

³¹² *Ibid.* oraz E. Gniewek, *Prawo...*, s. 20–21.

³¹³ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 273–274.

³¹⁴ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 43.

³¹⁵ „W zasadzie”, bo hipoteka i zastaw zwykły posiadają taką wyraźną regulację odnoszącą się do tych dwóch kwestii (zob. art. 323 k.c. i art. 79 u.k.w.h.). Art. 17 u.z.r. brzmi nieco inaczej, ponieważ odnosi się tylko do obrotu samym zabezpieczeniem. Do hipoteki morskiej art. 79 u.k.w.h. znajdzie zastosowanie na mocy art. 76 zd. 2 § 1 ustawy z dnia 18 września 2001 r. Kodeks morski (Dz. U. z 2018 r. poz. 2175 z późn. zm.), dalej: k.m. Natomiast w odniesieniu do zastawu finansowego zarówno brak jest wyraźnego przepisu, jak i odesłania do przepisów o zastawie zwykłym czy zastawie rejestrowym. Jednak art. 323 k.c. powinien znaleźć zastosowanie, jeżeli się zgodzimy z przyjętą wyżej tezą, że zastaw finansowy stanowi podtyp zastawu zwykłego.

generalnie podmiotów, których wierzytelności mogą być zabezpieczone, a jedynie funkcja, jaką pełni zabezpieczenie, wymaga, aby do separacji podmiotowej nie dochodziło, ponieważ inaczej Zabezpieczenia Rzeczowe mogłyby nieprawidłowo spełniać swoją funkcję. Ustawodawca w ten sposób wpływa na treść zabezpieczającego stosunku prawnego, bo chce sprawić, aby zabezpieczony wierzyciel mógł m.in. efektywnie dochodzić swoich uprawnień. Można też nie zgodzić się z generalnym twierdzeniem P. Machnikowskiego, że w odniesieniu do praw rzeczowych istnieje zasada swobody wyboru kontrahenta. Nie ma przeszkód, aby stwierdzić, że w odniesieniu do Zabezpieczeń Rzeczowych ta zasada jednak była ograniczona przez właśnie wyinterpretowany powyżej zakaz separacji podmiotowej w odniesieniu do Zabezpieczeń Rzeczowych. Trzecim alternatywnym spojrzeniem jest twierdzenie, że zabezpieczenie i zabezpieczona wierzytelność stanowią „układ stosunków prawnych o określonej całości”³¹⁶, a zatem na swobodę wyboru kontrahenta trzeba spojrzeć z perspektywy takiego całego układu, a nie wyłącznie zabezpieczenia.

Przedstawione wyżej argumentacje stanowią jednak jedynie problem teoretyczny i niezależnie, którą z nich wybierzemy, należałoby postawić tezę, że **separacja podmiotowa w odniesieniu do Zabezpieczeń Rzeczowych jest zasadniczo zabroniona**. Wniosek taki potwierdza to, że ustawodawca, aby zezwolić na separację podmiotową w przypadku zastawu rejestrowego i hipoteki, musiał wprowadzić specjalne instytucje, odpowiednio administratora zastawu rejestrowego i administratora hipoteki³¹⁷. Jednak nawet w tych przypadkach separacja podmiotowa musi spełniać wymogi odpowiednio art. 4 u.z.r. i art. 68² u.k.w.h.

1.3.4.3.3. Zabezpieczenia Akcesoryjne a zabezpieczenia osobiste

W przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych udało się ustalić, że zakaz separacji podmiotowej dotyczy ich wszystkich, jednak mogą wystąpić szczególne przepisy, które na taką separację, w przypadku spełnienia warunków w nich określonych, zezwalają. Należy zatem zastanowić się, jak zakaz separacji podmiotowej wygląda w przypadku zabezpieczeń osobistych.

W przypadku zabezpieczeń rzeczowych zacząłem od skonstruowania ich katalogu. Należałoby zrobić tak samo w przypadku zabezpieczeń osobistych. **Z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej** za zabezpieczenia osobiste można uznać **wszystkie zabezpieczenia, które nie są Zabezpieczeniami Rzeczowymi („Zabezpieczenia Osobiste”)**. Nie da się skonstruować ich enumeratywnego zbioru jak w przypadku zabezpieczeń rzeczowych, ponieważ w polskim systemie prawnym mamy do czynienia z otwartym katalogiem zabezpieczeń osobistych³¹⁸. Nie powinno to jednak uniemożliwiać skonstruowania co najmniej ogólnych zasad dotyczących dopuszczalności separacji podmiotowej.

³¹⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955.

³¹⁷ Zob. odpowiednio art. 4 u.z.r. oraz art. 68² u.k.w.h. Więcej na temat tych dwóch instytucji w podrozdziałach 2.3.1.2 oraz 2.3.1.4, które odnoszą się do radzenia sobie przez strony kredytowania konsorcjalnego z problemem wielości zabezpieczeń właśnie m.in. przez wykorzystanie tych instytucji.

³¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 12.10.2011 r., II CSK 690/10, Legalis: 399538.

Podobnie jak w przypadku zabezpieczeń rzeczowych, należy wyjść od zasady autonomii woli. Skoro mówimy o zabezpieczeniach osobistych, to mogłoby się wydawać, że obracamy się wyłącznie w sferze działu zobowiązań, a więc tego obszaru prawa cywilnego, w którym zasady autonomii woli i swobody umów³¹⁹ obowiązują w najszerszym zakresie. Jednak przed przejściem do omawiania granic tych zasad i weryfikacji, czy separacja podmiotowa mieści się w nich, należy zwrócić uwagę, że bardzo wąsko został określony katalog Zabezpieczeń Rzeczowych. Przykładowo tylko można wskazać, że w doktrynie taki zbiór zwykle określa się szerzej. J. Gołaczyński zalicza do zabezpieczeń rzeczowych zastaw, hipotekę, przeniesienie własności na zabezpieczenie, cesję na zabezpieczenie, zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej, kaucję, blokadę środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym, prawo zatrzymania³²⁰, a J. Pisuliński jedynie zastaw, hipotekę i przeniesienie własności na zabezpieczenie³²¹. Zbiór J. Pisulińskiego bardziej przypomina ten określony w niniejszej pracy na potrzeby płaszczyzny podmiotowej, bo opiera się wyłącznie na prawach bezspornie rzeczowych. Natomiast katalog J. Gołaczyńskiego bardziej wpasowuje się w definicję zabezpieczeń rzeczowych przytoczoną w podrozdziale 1.2.5. niniejszej rozprawy, gdzie zabezpieczenia rzeczowe zostały zdefiniowane jako te, które charakteryzują się zindywidualizowanym przedmiotem i bezwzględnością uprawnień. W związku z tym pojawia się pytanie, czy nawet jeżeli określimy tak szeroko zakres zabezpieczeń osobistych, jak w niniejszej pracy³²², to czy w ramach tej grupy nie powinno się wyodrębnić jakichś podzbiorów, do których znajdowałyby zastosowanie odrębne zasady? Zabieg taki wydaje się jednak niepotrzebny. W odniesieniu do szeroko określonego zakresu zabezpieczeń „rzeczowych” J. Gołaczyńskiego, możemy dostrzec, że wszystkie zabezpieczenia z tego katalogu, które nie mieszczą się w zbiorze Zabezpieczeń Rzeczowych³²³, wykazują w zasadzie wspólną cechę. Opierają się na **przeniesieniu czy zachowaniu prawa własności, innego tytułu lub posiadania**, co pozwala argumentować, że mają one rozszerzoną skuteczność, a zatem zaliczają się do katalogu zabezpieczeń rzeczowych w rozumieniu przyjętym w podrozdziale 1.2.5 niniejszej pracy. Jednak jeszcze raz należy podkreślić, że w niniejszej pracy wyodrębnienie Zabezpieczeń Rzeczowych odbyło się na podstawie **kryterium normatywnego**. Dopuszczalność separacji podmiotowej w odniesieniu do nich, została oceniona na podstawie treści przepisów i ograniczeń w kształtowaniu treści praw rzeczowych, a nie skuteczności *erga omnes*. W odniesieniu do wyłączenia z katalogu Praw Rzeczowych zabezpieczeń rzeczowych z grupy J. Gołaczyńskiego, które nie mieszczą się w stworzonym na potrzeby niniejszej pracy katalogu, można posłużyć się podobną argumentacją, jaka była zastosowana w odniesieniu do wyłączenia z katalogu Zabezpieczeń

³¹⁹ Pojęcie autonomii woli jest szersze od swobody umów, ponieważ odnosi się do kształtowania sytuacji prawnej przez same podmioty prawa cywilnego za pomocą też innych czynności prawnych niż tylko same umowy. Por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 128.

³²⁰ J. Gołaczyński [w:] *System...*, t. 4, s. 463.

³²¹ Zob. J. Pisuliński [w:] *System...*, t. 4, s. 559.

³²² Czyli wszystkie zabezpieczenia, które nie są Zabezpieczeniami Rzeczowymi.

³²³ Czyli wszystkie wymienione poza hipoteką i zastawem.

Rzeczowych przewłaszczenia na zabezpieczenie. Należałoby tutaj dostrzec dwie czynności prawne. Pierwszą, przeniesienie samej własności, tytułu czy posiadania oraz drugą, zobowiązanie o pewnej treści, które to nadaje pierwszej czynności charakter zabezpieczenia. Samo przeniesienie własności, innego tytułu czy posiadania nie stanowi zabezpieczenia. Instytucje te klasycznie pełnią inną funkcję. Dopiero gdy przyjrzymy się celowi owego przeniesienia, którego byłoby trzeba doszukiwać się właśnie w zobowiązaniu, to takie przeniesienie może nabrać charakter zabezpieczenia. W przypadku tych zabezpieczeń brak jest też przepisów podobnych do tych, które mieliśmy w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych nakazujących wzajemny obrót³²⁴. Poza tym, generalnie kauza zabezpieczająca (*causa cavendi*) jest kauzą dopuszczalną³²⁵. Nieważności, co najwyżej, byłoby trzeba doszukiwać się właśnie w owym zobowiązaniu, co w przypadku zabezpieczeń kauzalnych, powodowałoby nieważność samego przejścia tych tytułów³²⁶.

Ze względu na powyższe, patrząc na problem z **perspektywy separacji podmiotowej**, można postawić kontrowersyjną tezę, że w **przypadku takich zabezpieczeń z „pogranicza” prawa rzeczowego i prawa zobowiązań jak np. przewłaszczenie na zabezpieczenie, cesja na zabezpieczenie czy kaucja, dopuszczalne jest spojrzenie na nie jedynie z perspektywy autonomii woli na gruncie działu zobowiązań**³²⁷. Nie jest potrzebne tutaj jakieś mieszanie zakresów autonomii woli występujących na gruncie działu prawa rzeczowego i zobowiązań. Jak się niżej okaże, spojrzenie na separację podmiotową w przypadku zabezpieczeń osobistych jedynie z perspektywy autonomii woli obowiązującej na gruncie działu zobowiązań powinno być w stanie zapewnić prawidłową ochronę zarówno stronom transakcji, jak i osobom trzecim.

To, że na gruncie działu zobowiązań zasada autonomii woli występuje w najszerszym zakresie oraz że mamy bezpośrednio wyrażoną w przepisie zasadę swobody kształtowania treści stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.)³²⁸, nie powinno prowadzić automatycznie do wniosku, że w odniesieniu do zabezpieczeń osobistych separacja podmiotowa jest dopuszczalna. Nie tylko zasada autonomii woli ma swoje „naturalne granice”, ale także zasada swobody umów ma limity wyrażone w samym art. 353¹ k.c.

1.3.4.3.3.1. „Naturalne granice” autonomii woli

Na gruncie Kodeksu cywilnego autonomię woli wywodzi się przede wszystkim z art. 56 k.c., ale ma ona podstawę także w normach hierarchicznie wyższych, tj. wyprowadza się ją z przepisów Konstytucji³²⁹. Chodziłoby tu przede wszystkim o art. 30

³²⁴ Mamy jednak art. 509 § 2 k.c., ale jego znaczenie przy zabezpieczeniach osobistych zostanie omówione poniżej.

³²⁵ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 226 oraz J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie...*, s. 64–65.

³²⁶ Zob. art. 156 k.c. oraz art. 510 § 2 k.c. Więcej na temat kauzalności zob. podrozdział 3.2.2.4.3.2.

³²⁷ Wydaje się, że podobnie w odniesieniu do samego przewłaszczenia na zabezpieczenie ruchomości J. Gołaczyński, *Przewłaszczenie...*, s. 66–67.

³²⁸ Zasada swobody umów obejmuje swobodę kształtowania treści oraz swobodę zawierania umów, przy czym ta druga jest rozumiana szeroko. Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 128.

³²⁹ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 40.

Konstytucji dotyczący przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, która jest źródłem wolności i praw człowieka i obywatela, ale też o art. 20, 21, 31 oraz 64 ustawy zasadniczej³³⁰. Jednakże przepisy te nie tylko stanowią podstawę tej zasady, ale także wyznaczają jej **granice**³³¹. Przyznana przez normy konstytucyjne ochrona godności i wolności każdego człowieka nie oznacza, że ta ochrona daje prawo do naruszania godności i wolności innego człowieka. Art. 31 ust. 2 Konstytucji wyraźnie stanowi, że **każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych**. Jak bardzo trafnie ujął to Z. Radwański:

naturalną (...) barierę [swobody kształtowania treści czynności prawnej – T.T.], niewymagającą żadnego szczególnego zakazu, stanowi autonomiczność sfery prawnej innych podmiotów prawnych, której nie wolno, bez szczególnego upoważnienia ustawy lub zgody uprawnionego, naruszać³³² [pogrubienie – T.T.].

Ze względu na powyższe, należy sformułować tezę, że taką pierwszą naturalną granicę dla separacji podmiotowej może stanowić wyżej wspomniana autonomiczność sfery prawnej innych podmiotów. Wynikałoby z niej, że nie można doprowadzić do takiego ukształtowania zabezpieczenia osobistego, które doprowadziłoby do niedozwolonego „wtargnięcia” w sferę prawną osób trzecich³³³. W przypadku większości zabezpieczeń osobistych taki problem nie powinien powstać ze względu na fakt oparcia ich wyłącznie na stosunkach obligacyjnych (względnych), a zatem ze swej natury nieskutecznych wobec takich osób. Problem może natomiast powstać w przypadku wyżej wspomnianych zabezpieczeń z pogranicza prawa rzeczowego i prawa zobowiązań. Gdyby w danym przypadku separacja podmiotowa doprowadziła do wkroczenia w sferę prawną osób trzecich, np. niesłusznego pozbawienia prawa wierzycieli wierzyciela, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności, prawa do wpływów z realizacji zabezpieczenia³³⁴, taką separację należałoby uznać za niedozwoloną ze względu na niemieszanie się jej w granicach przyznanej podmiotom prawa cywilnego autonomii woli. Kontrowersyjne mogą być konsekwencje takiej niedozwolonej separacji. Wydaje się, że podobnie jak w przypadku przekroczenia granic swobody umów należy się odwołać do art. 58 k.c.³³⁵ Mówilibyśmy zatem w tym przypadku o bezwzględnej nieważności czynności prawnej doprowadzającej do

³³⁰ Por. *ibid.*

³³¹ Zob. *ibid.*

³³² Zob. Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 8 i n. Przytoczony cytat przywołuje też P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 40.

³³³ Por. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 41.

³³⁴ Przykład ten może wydawać się niejasny dla czytelnika, ale powinien być bardziej zrozumiały po przeczytaniu poniższych rozważań dotyczących zabezpieczeń „fiducyjnych”, gdzie może dojść do dozwolonej sytuacji separacji podmiotowej, ale zabezpieczenia są przyznane danemu podmiotowi, który wykonuje prawa i obowiązki z nich wynikające we własnym imieniu, ale na rachunek wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem. Zob. podrozdział 2.3.1.2 oraz 2.3.1.4.

³³⁵ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 134.

takiej separacji (art. 58 § 1 k.c.). Ewentualnie, w przypadku gdy do separacji strony próbowałyby doprowadzić na skutek przeniesienia zabezpieczonej wierzytelności bez zabezpieczenia, można by twierdzić, że zgodnie z art. 58 § 3 k.c. nieważne są jedynie te postanowienia umowy, które do takiej separacji próbowały doprowadzić, a zatem zgodnie z art. 509 § 2 k.c. zabezpieczenie by po prostu przeszło wraz z zabezpieczoną wierzytelnością³³⁶. Art. 509 § 2 k.c. znalazłby zastosowanie zamiast nieważnych postanowień umownych.

1.3.4.3.3.2. Granice wynikające z art. 353¹ k.c.

Art. 353¹ k.c. wyznacza trzy granice swobody kształtowania treści zobowiązania:

- 1) ustawa;
- 2) zasady współżycia społecznego;
- 3) właściwość (natura) stosunku³³⁷.

1.3.4.3.3.2.1. Ustawa jako granica swobody umów

Pierwszą granicą jest ustawa³³⁸. Jak już zauważono powyżej, w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych nie ma wyraźnej podstawy prawnej, która by stanowiła, że niedozwolone jest takie **ustanowienie** zabezpieczenia, aby doprowadzić do separacji podmiotowej. Zakaz separacji został wyinterpretowany m.in. z przepisów dotyczących przenoszenia zabezpieczonej wierzytelności lub zabezpieczenia.

W przypadku zabezpieczeń osobistych również brak jest generalnego przepisu, który by nakazywał takie ich **ustanowienie**, aby zarówno tytuł do zabezpieczenia, jak i zabezpieczona wierzytelność przysługiwały temu samemu podmiotowi. Jednakże nie można zapominać o wstępnie już analizowanym art. 509 § 2 k.c.³³⁹ Przepis ten stanowi, że wraz z wierzytelnością przechodzą na nabywcę wszelkie związane z nią prawa, w szczególności roszczenie o zaległe odsetki. Może oczywiście powstać spór, czy przepis ten dotyczy też zabezpieczeń rzeczowych³⁴⁰, ale przy zakreśleniu zabezpieczeń rzeczowych tak wąsko, jak zostało to uczynione powyżej, rozstrzygnięcie tego sporu nie jest potrzebne, bo w przypadku każdego z Zabezpieczeń Rzeczowych mamy podstawę normatywną, która zakazuje samodzielnego obrotu³⁴¹. Powstaje zatem jedynie pytanie, czy art. 509 § 2 k.c. dotyczy wszystkich zabezpieczeń osobistych. Wydaje się, że nieco wbrew postanowieniu Sądu Najwyższego³⁴² należy stwierdzić, że **zasadniczo art. 509**

³³⁶ Chyba że z okoliczności wynikałoby, iż bez postanowień dotyczących separacji umowa nie została by zawarta. Zob. art. 58 § 3 k.c. *in fine*.

³³⁷ Art. 353¹ k.c. wymienia je w innej kolejności (właściwość, ustawa, zasady współżycia społecznego). Powyżej zostały wymienione w takiej kolejności, w jakiej będą omawiane w niniejszej pracy.

³³⁸ Słusznie P. Machnikowski zauważa, że przez ustawę na gruncie art. 353¹ k.c. rozumie się: „wszystkie źródła powszechnie obowiązującego prawa w Polsce i tylko te”. Zob. P. Machnikowski [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski.

³³⁹ Zob. podrozdział 1.3.4.1.

³⁴⁰ Zob. *ibid.*

³⁴¹ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2.

³⁴² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263. „Nieco wbrew”, ponieważ, choć powyższa argumentacja będzie nieco różna od argumentacji Sądu Najwyższego z powoływanego postanowienia, to będzie ona prowadziła do podobnych rezultatów.

§ 2 k.c. dotyczy wszystkich zabezpieczeń osobistych. Mówiąc inaczej, zasadniczo każde zabezpieczenie osobiste trzeba uznać za „prawo związane”, a zatem powinno ono przejść na mocy art. 509 § 2 k.c. wraz z zabezpieczoną wierzytelnością. Jednak to jeszcze nie oznacza, że mówilibyśmy o zakazie separacji podmiotowej. Po pierwsze, jak już była o tym mowa, przepis ten nie odnosi się do kwestii ustanowienia zabezpieczenia oraz po drugie i najważniejsze, trzeba odpowiedzieć na zadane powyżej pytanie, czy **ma on charakter bezwzględnie obowiązujący**. W doktrynie, jak i orzecznictwie, podkreśla się względnie obowiązujący charakter art. 509 § 2 k.c.³⁴³ Zwłaszcza w przypadku ograniczenia takiej tezy do zabezpieczeń osobistych powinno się ją uznać **za prawidłową i słuszną**. Jednak ciągle nie powinno to prowadzić do wniosku, że dopuszczalna jest separacja podmiotowa. Będzie to zależało od tego, czy takie zabezpieczenie, które nie przejdzie wraz z zabezpieczoną wierzytelnością, wygaśnie czy może będzie mogło dalej przysługiwać podmiotowi, któremu przysługiwało do tej pory³⁴⁴. Biorąc jednak pod uwagę, że art. 353¹ k.c. przez „ustawę” rozumie jedynie normy bezwzględnie wiążące lub normy semiimperatywne³⁴⁵, to ze względu na założony powyżej względny charakter art. 509 § 2 k.c. kwestia ta nie powinna być rozważana z perspektywy przekroczenia granicy swobody umów, jaką jest „ustawa”.

1.3.4.3.2.2. Zasady współzycia społecznego jako granica swobody umów

Granica swobody umów w postaci zasad współzycia społecznego jest granicą „moralną”³⁴⁶. Innymi słowy, prawo nie powinno zezwalać na takie kształtowanie stosunków prawnych, które by prowadziło do istnienia „nieuczciwych” stosunków prawnych. Mowa tutaj nie o **wszelkich** normach czy regułach moralnych, ale o tych, które są **„powszechnie akceptowalne w społeczeństwie”** [pogrubienie – T.T.]³⁴⁷.

Należy się zgodzić z Z. Radwańskim i A. Olejniczakiem, że słusność kontraktowa odgrywa obecnie rolę przy określaniu granic swobody umów³⁴⁸. Wymaga jednak, po pierwsze, zwykle analizy konkretnego przypadku, a po drugie i najważniejsze, zdaje się w mniejszym stopniu dotyczyć obrotu pomiędzy profesjonalistami. Mówiąc inaczej, nie sposób powiedzieć, że obowiązuje jakaś powszechnie akceptowalna norma moralna, która zakazuje separacji podmiotowej i ewentualnie jedynie analiza konkretnego przypadku takiej separacji mogłaby prowadzić do wniosku, że narusza ona słusność kontraktową. Po drugie, niniejsza praca skupia się na analizie separacji podmiotowej w kontekście kredytowania konsorcjalnego, czyli transakcji, gdzie po każdej ze stron mamy podmioty wysoce profesjonalne, majątne i dysponujące zwykle wyspecjalizowanymi

³⁴³ Zob. W. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. 1, red. M. Habdas, M. Frasz, komentarz do art. 509 k.c. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2009 r., V CSK 184/09, Legalis: 254070.

³⁴⁴ Więcej na ten temat: *ibid.*

³⁴⁵ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 130.

³⁴⁶ Por. *ibid.*, s. 131.

³⁴⁷ *Ibid.*, s. 131.

³⁴⁸ Zob. *ibid.*, s. 131 oraz wskazywane tam orzeczenia np. uchwałę Sądu Najwyższego (7) z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSN 1992, Nr 6, poz. 90.

zespołami prawników³⁴⁹. Zarzucanie w takim przypadku przekroczenia granic swobody kontraktowej ze względu na zasady współżycia społecznego, nawet jeżeli nie jest niemożliwe, z pewnością byłoby bardzo trudne. Ze względu na powyższe wydaje się, że bardziej dokładna analiza tej granicy swobody umów nie jest potrzebna.

1.3.4.3.3.2.3. Właściwość (natura) stosunku jako granica swobody umów

Najciekawszą granicą, która będzie wymagała rozbudowanych rozważań, jest właściwość (natura) zobowiązania. Przez granicę tę rozumie się m.in. „swoiste właściwości pewnych tylko **postaci** stosunków zobowiązaniowych”³⁵⁰. Wydaje się, że za taką „postać” stosunków zobowiązaniowych można uznać Zabezpieczenia Osobiste. **Swoistą właściwością zabezpieczeń³⁵¹, w tym Osobistych**, jest to, że służą umocnieniu zabezpieczonej wierzytelności³⁵². Wierzytelność przysługuje określonemu podmiotowi, co powinno oznaczać, że zabezpieczenie powinno poprawiać/umacniać sytuację tej osoby, a nie jakiegoś innego podmiotu, ponieważ wtedy mowa by była o naruszeniu tej właściwości. Przynajmniej co do zasady, nie po to wierzyciel powinien żądać zabezpieczenia, aby potem realizować i czerpać z niego korzyści miał ktoś inny. Widoczne to było na gruncie Zabezpieczeń Rzeczowych, gdzie ustawodawca bardziej wyraźnie zakazuje owej separacji. W odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych na tę swoistość wskazuje omawiany powyżej art. 509 § 2 k.c. Generalne dopuszczenie podmiotowo niezależnego ustanawiania czy też niezależnego obrotu zabezpieczoną wierzytelnością lub zabezpieczeniem mogłoby zwyczajnie prowadzić do tego, że zabezpieczenie przestałoby pełnić swoją podstawową funkcję. Ze względu na powyższe, w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych, przynajmniej **zasadniczy** zakaz separacji podmiotowej wynikałby z granicy swobody umów, jaką jest **natura (właściwość) stosunku zabezpieczającego**.

Nie przez przypadek jednak było podkreślane **zasadnicze** obowiązywanie rzeczowego zakazu. Należałoby się bliżej przyjrzeć owej swoistej właściwości zabezpieczeń, polegającej na umocnieniu zabezpieczonej wierzytelności. Niewątpliwie będzie ona naruszona, jeżeli tytuł do zabezpieczenia będzie przyznany innemu podmiotowi niż ten, któremu przysługuje tytuł do „zabezpieczonej” wierzytelności i to ten inny podmiot będzie „czerpał korzyści” z zabezpieczenia, tj. będzie ustanowione ono na **jego rzecz/jego rachunek³⁵³**. Do naruszenia tej swoistości nie powinno dojść, gdy, **co prawda, separacja podmiotowa** będzie miała miejsce, ale zabezpieczenia będą ustanowione **na rzecz/na rachunek podmiotu/podmiotów, którym przysługują zabezpieczone wierzytelności**. Chodziłoby tutaj zatem o skorzystanie z dobrze znanej praktyce, choć

³⁴⁹ Więcej o tym w dalszej części pracy. W szczególności zob. rozdział 2.

³⁵⁰ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 132–134.

³⁵¹ Owa swoistość odnosi się do **wszystkich** zabezpieczeń, a więc też do Zabezpieczeń Rzeczowych, ale w tej części pracy analizowana jest natura stosunku **zobowiązaniowego**, a nie rzeczowego.

³⁵² Generalnie o „umacniającej” roli zabezpieczenia zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955.

³⁵³ Por. art. 4 u.z.r. oraz art. 68² u.k.w.h.

odrębnie nieuregulowanej w polskim prawie, instytucji powiernictwa³⁵⁴, czy nawet bardziej precyzyjnie – zastępcy pośredniego³⁵⁵. Nawet jeżeli tytuły do zabezpieczenia i zabezpieczonej wierzytelności zostałyby rozdzielone pomiędzy różne podmioty, to odpowiedni związek zostałby tutaj zapewniony przez właściwe postanowienia umowne. Stosunek zabezpieczający byłby tutaj uzupełniony dzięki nim o taką treść, która powinna zapewnić, że do naruszenia owej swoistości nie powinno dojść. Można by zatem mówić tutaj o pewnego rodzaju „obligatoryjnej” podmiotowej akcesoryjności umownej³⁵⁶. Do akcesoryjności umownej odnosi się zarówno doktryna³⁵⁷ jak i orzecznictwo³⁵⁸. Źródła te, co prawda, zdają się nie rozważać akcesoryjności w jej płaszczyźnie podmiotowej, a skupiają się na płaszczyźnie przedmiotowej, ale np. F. Zoll zdaje się twierdzić, że akcesoryjność umowna może uratować ważność nawet tak mocno akcesoryjnego zabezpieczenia jak hipoteka³⁵⁹. Wydaje się zatem, że przez odpowiednio ukształtowaną akcesoryjność umowną można uniknąć naruszenia rozważanej „właściwości” zabezpieczenia. W przypadku kredytowania konsorcjalnego zostanie ona zwykle zachowana przez wykorzystanie zastępcy pośredniego, dlatego, ze względu na przedmiot pracy, analiza innych przypadków, kiedy „odpowiednia” akcesoryjność zostanie zachowana, nie będzie wymagana. Instytucja zastępcy pośredniego wymaga bardziej rozbudowanej analizy, ale zostanie ona dokonana w dalszej części opracowania, w której konstrukcja ta zostanie zestawiona z instytucją agenta. Pozwoli to lepiej ukazać jej istotę i użyteczność³⁶⁰.

Należy też jednak podkreślić, że akcesoryjność umowna „nie uratuje” każdego zabezpieczenia. Z istoty niektórych Zabezpieczeń Osobistych wynika, że mogą one być

³⁵⁴ Odnośnie do nieprzydatności posługiwania się pojęciem „powiernictwa” dla określenia stosunku łączącego administratora z wierzycielami zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 71–75. Zob. jednak E. Gnievek, *Nowelizacja ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Edukacja Prawnicza 2011, nr 2, s. 5. Zob. też P. Kułak, *Analiza...*, s. 169, który twierdzi, iż „prawo polskie, podobnie jak prawo niemieckie, nie rozpoznaje instytucji powiernictwa”. Wydaje się, że autor ten niepoprawnie utożsamia anglosaski trust z kontynentalnymi instytucjami powiernictwa. Możliwe, że wynika to z niepotrzebnego i niepoprawnego tłumaczenia słowa „trust” na kontynentalny język prawniczy jako „powiernictwo”.

³⁵⁵ Odnośnie do instytucji powiernictwa zob. np. P. Stec, *Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Zakamycze, Kraków 2005. W szczególności rozdział IV dotyczący prawa polskiego. Zob. też: J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273. Choć czy zawsze w tym przypadku mówimy o zastępcy pośrednim, będzie jeszcze rozważone w dalszej części pracy. O potrzebie wyraźnego odróżnienia instytucji powiernika od zastępcy pośredniego piszą np. K. Ziemnicka, K. Kuzioła, *Na czym polega istota umownego zarządu powierniczego i w jaki sposób zabezpieczyć interesy powierzającego?* Monitor Prawniczy 2012, nr 23, s. 1283.

³⁵⁶ Innymi określeniami akcesoryjności umownej są: „akcesoryjność zastępcza”, „akcesoryjność z umowy”, „akcesoryjność uzupełniająca”. Zob. T. Czech, *Wymagalność...*, s. 1249, który odsyła też do I. Karasek, *Zabezpieczenie wierzytelności na zbiorze rzeczy lub praw o zmiennym składzie. Zagadnienia konstrukcyjne*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 26 i n.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2010 r., I CSK 114/10, LEX: 784305.

³⁵⁹ „Stosunek prawny może być tak ukształtowany, że strony osiągną te same korzyści, które wiążą się dla dłużnika z zasadą akcesoryjności. Powiązanie zabezpieczenia z wierzytelnością może być dokonane przy pomocy odpowiedniego ukształtowania warunków, uzależniających istnienie zabezpieczenia od istnienia wierzytelności oraz chroniących dłużnika przed zabezpieczeniem”. Zob. F. Zoll, *Glosa...*

³⁶⁰ Zob. podrozdział 2.3.

przyznane wyłącznie wierzycielowi³⁶¹. Chodziłoby tutaj przede wszystkim o poręczenie³⁶², ale zakładając, że za zabezpieczenie należy też uznać oświadczenie o poddaniu się egzekucji, tak samo ono może być udzielone wyłącznie podmiotowi, któremu przysługuje określone uprawnienie³⁶³.

Przed przejściem do zbudowania definitywnego katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych należy jeszcze krótko zastanowić się nad skutkami przekroczenia tej granicy swobody kontraktowej przez separację podmiotową, która prowadziłaby do naruszenia **omawianej swoistości**. Podobnie, jak w przypadku przekroczenia „naturalnych” granic autonomii woli³⁶⁴, trzeba się odwołać do art. 58 k.c.³⁶⁵ Co ciekawe jednak, gdybyśmy mówili o próbie ustanowienia albo obrotu samym zabezpieczeniem naruszających taką swoistość, to mówilibyśmy o bezwzględnej nieważności czynności prawnej doprowadzającej do takiej separacji (art. 58 § 1 k.c.)³⁶⁶. Natomiast sytuacja byłaby bardziej ciekawa, gdyby dochodziło do próby przelewu samej wierzytelności bez zabezpieczenia. Ze względu na istnienie art. 509 § 2 k.c. wyłączenie przejścia zabezpieczenia wymagałoby zwykle wyraźnego postanowienia umownego. To prowadzi do wniosku, że zgodnie z art. 58 § 3 k.c. zbadania wymagałyby konkretne okoliczności i jeżeli dopiero z nich nie wynikałoby, iż bez takich postanowień czynność nie zostałaby dokonana, należałoby uznać jedynie nieważność owego postanowienia, a zatem zabezpieczenie po prostu, by przeszło wraz z przelaną wierzytelnością.

W przypadku takich Zabezpieczeń Osobistych jak np. przewłaszczenie na zabezpieczenie, na podstawie art. 58 § 1 k.c. powinno się stwierdzić nieważność czynności prawnej, która uczyniła z prawa własności „zabezpieczenie”, co powodowałby odpadnięcie kauzy dla przeniesienia własności i nieskuteczność umowy rozporządzającej rzeczą³⁶⁷.

1.3.4.4. Katalog Zabezpieczeń Akcesoryjnych

Powyższe długie rozważania zezwalają w końcu na zbudowanie katalogu Zabezpieczeń Akcesoryjnych. Ciekawy wniosek, który się na ich podstawie nasuwa, jest taki, iż dopuszczalne jest postawienie tezy, że **wszystkie zabezpieczenia są zasadniczo Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi, tj. w odniesieniu do każdego zabezpieczenia co do zasady wymagane jest, aby tytuł do zabezpieczenia był przyznany temu samemu podmiotowi co ten, któremu przysługuje wierzytelność, która ma nim być zabezpieczona**³⁶⁸.

³⁶¹ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

³⁶² Zob. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 28. Ale zob. też rozważania w podrozdziale 2.3.2.2.

³⁶³ Por. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66. Bardziej szczegółowo i więcej na ten temat w podrozdziale 2.3.2.

³⁶⁴ Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.1.

³⁶⁵ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 134.

³⁶⁶ Mogłaby być to czynność ustanawiająca zabezpieczenie albo dotycząca obrotu czy to zabezpieczeniem, czy zabezpieczoną wierzytelnością.

³⁶⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 2004 r., IV CK 589/03, Legalis: 77100. Więcej na temat kauzalności zob. podrozdział 3.2.2.4. i przywoływaną tam literaturę.

³⁶⁸ Por. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 338. Autorzy Ci piszą, że taki stan jest „jedynie postulowany”, ponieważ nie ma przepisu ogólnego, który by zakazywał separacji podmiotowej.

Jednak od tej zasady występują wyjątki, które mogą zezwalać na takie ukształtowanie relacji prawnej, aby w konkretnym przypadku do dozwolonej separacji podmiotowej doszło. Wydaje się, że w takim przypadku jednak nie tyle mielibyśmy do czynienia z Zabezpieczeniami Nieakcesoryjnymi, co z poluźnieniem akcesoryjności w jej płaszczyźnie podmiotowej. Dopuszczalność rzeczowego „rozluźnienia” inaczej wygląda w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych.

W przypadku tych pierwszych **przepis ustawy** może zezwalać na takie ukształtowanie tego rodzaju zabezpieczenia, aby w konkretnym przypadku, pod pewnymi warunkami, doszło do separacji podmiotowej³⁶⁹. Przykładami takiej dozwolonej separacji podmiotowej są instytucje administratora hipoteki czy administratora zastawu³⁷⁰.

Natomiast w przypadku Zabezpieczeń Osobistych sytuacja wygląda nieco inaczej. Pomimo tego, że brak separacji podmiotowej powinien być regułą, to rozluźnić Akcesoryjność jest dużo łatwiej. Dopuszczalność separacji podmiotowej w takim przypadku nie musi wynikać z przepisu ustawy. Aby rozluźnienie akcesoryjności było dozwolone, będą musiały być spełnione łącznie dwa warunki. Po pierwsze, strony, kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego, nie powinny wykroczyć poza granice przyznanej im autonomii woli. Po drugie, aby nie doszło do przekroczenia granicy swobody umów, jaką jest właściwość (natura) stosunku zabezpieczającego³⁷¹. W przypadku separacji podmiotowej zwykle będzie można uniknąć przekroczenia tej drugiej granicy dzięki odpowiedniemu umownemu powiązaniu podmiotu, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia z podmiotem, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność. Można to uzyskać np. przez wykorzystanie instytucji zastępcy pośredniego.

Powyżej, mimo separacji podmiotowej, mowa **była jednak nie tyle o Nieakcesoryjności, co o jej rozluźnieniu**. Takie podejście wynika z następujących powodów. Po pierwsze, separacja podmiotowa w przypadku zarówno Zabezpieczeń Rzeczowych, jak i Zabezpieczeń Osobistych, **zawsze była dozwolona jedynie na określonych warunkach**³⁷². Ich niespełnienie powinno prowadzić do jej niedopuszczalności. Tym samym, „utrzymanie” Akcesoryjności w stosunku do zabezpieczeń, co do których, w konkretnym przypadku, do dozwolonej separacji podmiotowej doszło, ma na celu zapewnienie, aby, w przyszłości, nie doszło do naruszenia rzeczonych warunków. Po drugie, nawet w przypadkach, w których tytuł do zabezpieczenia przysługuje podmiotowi innemu niż osoba,

³⁶⁹ Wydaje się, że podobnie T. Czech, *Ogólne...*, s. 66–67, choć autor ten unika podziału na zabezpieczenia rzeczowe i osobiste.

³⁷⁰ Odpowiednio art. 68² u.k.w.h. i art. 4 u.z.r. Czy w tym przypadku dochodzi do separacji podmiotowej jest jednak sporne i będzie o tym jeszcze mowa zwłaszcza w podrozdziale 2.3.1.5.1.

³⁷¹ Ewentualnie granicy, jaką jest ustawa w przypadkach, w których występowałoby zabezpieczenie osobiste, które zawierałoby przepis zabraniający takiej separacji. Zob. np. rozważania dotyczące poręczenia w podrozdziale 2.3.2.

³⁷² Wyglądały one inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych.

której przysługuje zabezpieczona wierzytelność, w ostatecznym rozrachunku, to tej drugiej powinny przysługiwać korzyści z zabezpieczenia.

Powyższe prowadzi do ciekawej tezy, że, co do zasady, **katalog Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych w polskim systemie prawnym jest pusty**. Jedynie w konkretnym przypadku i przy spełnieniu określonych warunków, może dojść do sytuacji, że tytuł do zabezpieczenia będzie przysługiwał podmiotowi innemu niż ten, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność. Jednak w takim przypadku, nie tyle należałoby mówić o Zabezpieczeniach Nieakcesoryjnych, co o dopuszczalnym „poluźnieniu” Akcesoryjności.

Na koniec niniejszego podrozdziału należy zauważyć, że rozważania w nim poczynione nie są pozbawione kontrowersji. Można wskazać przytaczane już stanowisko T. Czecha, który uważa, że:

obowiązuje ogólna reguła, zgodnie z którą przeniesienie zabezpieczonej wierzytelności następuje niezależnie od przeniesienia zabezpieczenia³⁷³.

Wydaje się, że taka teza może prowadzić do odwrotnego wniosku, niż prezentowany przez autora niniejszej pracy, czyli że **zasadniczo** wszystkie zabezpieczenia są **Nieakcesoryjne**³⁷⁴. Bardzo liberalne stanowiska w odniesieniu do akcesoryjności zabezpieczeń osobistych można też spotkać w orzecznictwie³⁷⁵.

Niepełne uregulowania normatywne i wątpliwe zasady powodują, że powyższe jest zwykłą próbą szukania bardzo trudnego kompromisu „między zasadą autonomii woli a próbą ochrony dłużnika i zasadą bezpieczeństwa obrotu lub słuszności”³⁷⁶. Taki kompromis buduje się, próbując z niekompletnych przepisów prawnych³⁷⁷ zbudować kompletne i spójne normy prawne³⁷⁸. T. Czech tworzy go, próbując lekko przechylać szalę na rzecz autonomii woli, którą to zresztą zasadę uważa za przewodnią³⁷⁹. Jednak autor niniejszej pracy wychodzi z założenia, że akcesoryjność stanowi bardzo **istotny element ochrony dłużnika i choćby z tego względu nie może być oddana zupełnej swobodzie stron**³⁸⁰. Dlatego niejasności i niespójności pojawiające się na gruncie płaszczyzny podmiotowej powinny być, przynajmniej zasadniczo, rozstrzygane na jej korzyść, a nie na korzyść

³⁷³ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66. Jednak dyskusyjny jest wyrok, który wspomniany autor powołuje na uzasadnienie swojej ogólnej reguły, ponieważ jest to właśnie wyrok omawiany w niniejszej części pracy i moim zdaniem ciężko z niego wyciągnąć taki wniosek.

³⁷⁴ Jednak wywody T. Czecha są nie do końca jasne ze względu na przytoczenie choćby art. 509 § 2 k.c. na poparcie jego tezy, a artykuł ten ma przecież bardzo szeroki zakres zastosowania i zdaje się raczej przemawiać za tezą zaprezentowaną w niniejszej pracy.

³⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2010 r., I CSK 114/10, LEX: 784305. Sąd Najwyższy nie jest precyzyjny, co rozumie przez akcesoryjność i wydaje się, że odnosi się do płaszczyzny przedmiotowej, a nie podmiotowej.

³⁷⁶ Tak T. Czech, *Ogólne...*, s. 55.

³⁷⁷ Np. zarówno w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, jak i Zabezpieczeń Osobistych, brak przepisu, który by zakazywał separacji podmiotowej przy **ustanawianiu** zabezpieczeń.

³⁷⁸ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 130.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Tak samo, ale w kontekście hipoteki F. Zoll, *Glosa...*

autonomii woli, która pogarszałaby sytuację dłużnika i poprawiałaby zwykle sytuację wierzyciela, któremu przysługuje zabezpieczenie³⁸¹. Im większa rezygnacja z akcesoryjności, tym większe ryzyko, że dłużnik może odpowiadać za coś za co, „słusznościowo”, nie powinien odpowiadać albo wręcz nawet ponosić „podwójną odpowiedzialność” za „ten sam dług”³⁸². Mówiąc inaczej, rozstrzygnięcie jej na korzyść dłużnika powinno być, co do zasady, rozwiązaniem „słusznym” i dzięki wskazanym powyżej granicom autonomii woli i swobody umów, powinno prowadzić też do większej pewności obrotu³⁸³. Pisanie jedynie o „zasadzie” Akcesoryjności wszystkich zabezpieczeń jest też o tyle trafne, że przyjęcie takiego stanowiska nie zabrania wyjątków od niej lub, jak zostało przyjęte w niniejszej rozprawie, możliwości jej rozluźnienia. Jednak to na tym podmiocie, który będzie bronił Nieakcesoryjności/możliwości rozluźnienia Akcesoryjności danego zabezpieczenia, będzie spoczywał ciężar udowodnienia, że w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych spełnił wymagania wynikające z przepisów, a w przypadku Zabezpieczeń Osobistych, że nie zostały przekroczone granice autonomii woli i swobody umów³⁸⁴.

1.4. Podsumowanie

Jak zostało zaznaczone we wstępie, opracowanie odnosi się jedynie do **empirycznego** modelu konsorcjum kredytowego, a zatem rozważania w niej mogą się nieco różnić od tych występujących w doktrynie, a mających wymiar bardziej teoretyczny. Omawiany rozdział wyjaśnił lub zdefiniował też takie pojęcia jak stosunek kredytu, stosunek organizacyjny, kredytowanie konsorcjalne, separacja podmiotowa, Zabezpieczenia Akcesoryjne, Zabezpieczenia Nieakcesoryjne, Zabezpieczenia Rzeczowe i Zabezpieczenia Osobiste. Terminy te będą pojawiać się w całej rozprawie, więc ich wyjaśnienie lub zdefiniowanie było kluczowe, aby prawidłowo zrozumieć i rozważyć problemy omawiane w niniejszej pracy.

Jednak głównym celem, który autor niniejszej rozprawy postawił sobie w odniesieniu do rozdziału 1, była próba odpowiedzi na pytanie, czy tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i tytuł do zabezpieczenia powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi. Teza, którą można postawić na podstawie powyższej analizy, jest następująca:

³⁸¹ Ale już niekoniecznie wierzyciela, którego wierzytelność danym zabezpieczeniem miała być zabezpieczona.

³⁸² Problem ten pewien czas temu rzeczywiście powstał w przypadku niemieckiego *Grundschuld* i był określany jako *double enforcement*. Polegał on na tym, że brak dostatecznego powiązania zabezpieczenia (*Grundschuld*) z zabezpieczoną wierzytelnością mógł prowadzić np. do tego, że spłata zabezpieczonej wierzytelności nie prowadziła do wygaśnięcia *Grundschuld* i dłużnik mógł odpowiadać „drugi raz”, tj. *Grundschuld* mógł ciągle być w stosunku do niego egzekwowany. Szerzej na ten temat zob. L. Vliet, *The German...*, s. 153–155.

³⁸³ Zwyczajnie bardziej „naturalnym” rozwiązaniem jest, gdy tytuł do zabezpieczenia i zabezpieczonej wierzytelności przysługuje temu samemu podmiotowi, a rozdzielenie tych tytułów może rodzić wątpliwości np. odnośnie do tego, czy doszło do ważnego przejścia samego zabezpieczenia.

³⁸⁴ Por. T. Czech, *Ogólne...*, s. 53.

Wszystkie zabezpieczenia należałoby, co do zasady, uznać za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, tj. w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń wymagane jest, aby tytuł do zabezpieczonej wierzytelności oraz tytuł do zabezpieczenia przysługiwały temu samemu podmiotowi. Tak rozumiana akcesoryjność może ulegać rozluźnieniu, jednak jego warunki wyglądają inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych. W przypadku tych pierwszych potrzebne jest wyraźne zezwolenie ustawodawcy, natomiast w przypadku tych drugich separacja podmiotowa będzie dopuszczalna pod warunkiem, że strony kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego nie wykrócą poza granice przyznanej im autonomii woli oraz nie dojdzie do przekroczenia granic swobody umów wynikających z art. 353¹ k.c.

Do takiej tezy doprowadziły następujące tezy cząstkowe postawione w pierwszym rozdziale, które w podsumowaniu należałoby uporządkować:

- 1) nie da się stworzyć powszechnie akceptowalnej definicji zabezpieczenia. Teza taka wynika z wielości i różnorodności instrumentów zabezpieczających³⁸⁵;
- 2) mimo że nie da się stworzyć powszechnie akceptowalnej definicji zabezpieczenia wierzytelności, właściwością każdego zabezpieczenia powinno być umocnienie zabezpieczonej wierzytelności lub, patrząc z perspektywy podmiotowej, pozycji prawnej wierzyciela. W przypadku nieposiadania tej cechy przez konkretny instrument nie sposób uznać, że stanowi on zabezpieczenie;
- 3) płaszczyzna podmiotowa, przez którą należy rozumieć zależność pomiędzy podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności, a podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia, mieści się w pojęciu akcesoryjności;
- 4) przypadek, w którym dochodzi do przyznania tytułu do zabezpieczenia innemu podmiotowi niż podmiot, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, należy określić mianem separacji podmiotowej;
- 5) z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności za zabezpieczenia rzeczowe należałoby uważać wyłącznie takie, które zostały uznane za nie na podstawie kryterium normatywnego, tj. wyłącznie te, które, po pierwsze, są prawami rzeczowymi oraz, po drugie, ustawodawca wyraźnie w odniesieniu do nich wskazał, że prawa te stanowią zabezpieczenie wierzytelności;
- 6) z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności zastaw finansowy stanowi zabezpieczenie rzeczowe;
- 7) ze względu na powyższą tezę do katalogu zabezpieczeń rzeczowych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej należałoby zaliczyć wyłącznie: hipotekę,

³⁸⁵ W rozprawie zostało jednak wskazane, że na potrzeby niniejszego opracowania od tworzenia takiej definicji dużo ważniejsze jest wyraźne rozgraniczenie zabezpieczeń akcesoryjnych od nieakcesoryjnych.

- zastaw zwykły, zastaw rejestrowy oraz zastaw finansowy (zdefiniowane w pracy jako Zabezpieczenia Rzeczowe);
- 8) za zabezpieczenia osobiste z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności należy uznać wszystkie zabezpieczenia, które nie stanowią Zabezpieczeń Rzeczowych (zabezpieczenia te w pracy zostały zdefiniowane jako Zabezpieczenia Osobiste);
 - 9) przewłaszczenie na zabezpieczenie należy uznać za Zabezpieczenie Osobiste;
 - 10) za zabezpieczenia akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej należałoby uważać takie, które wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (pojęcie zdefiniowane w pracy jako Zabezpieczenia Akcesoryjne);
 - 11) za zabezpieczenia nieakcesoryjne należałoby uważać zabezpieczenia, które nie wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (pojęcie zdefiniowane w pracy jako Zabezpieczenia Nieakcesoryjne);
 - 12) wszystkie zabezpieczenia zasadniczo należałoby określić jako Zabezpieczenia Akcesoryjne;
 - 13) dozwolone jest rozluźnienie Akcesoryjności, jednak jego dopuszczalność przedstawia się inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych;
 - 14) rozluźnienie Akcesoryjności w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych wymaga wyraźnego zezwolenia ustawodawcy;
 - 15) rozluźnienie Akcesoryjności w przypadku Zabezpieczeń Osobistych jest dopuszczalne pod warunkiem, że strony kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego nie wykrócą poza granice przyznanej im autonomii woli oraz nie dojdzie do przekroczenia granic swobody umów;
 - 16) katalog Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych w polskim systemie prawnym, co do zasady, jest pusty³⁸⁶.

Udowodnienie powyższej tezy głównej pozwala przejść do rozdziału drugiego i tym samym próby odpowiedzi na pytanie: czy takie ukształtowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, że tytuł do zabezpieczeń przysługuje agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom, stanowi bardziej optymalne jej ustrukturyzowanie niż sytuacja, w której tytuł do nich przysługuje kredytodawcom?

³⁸⁶ Ta kontrowersyjna teza częściowa jest szerzej omawiana w podrozdziale 1.3.4.4.

Rozdział 2

Zabezpieczenie wierzytelności w przypadku kredytowania konsorcjalnego – rola agenta zabezpieczeń

2.1. Zbiorowość i wielość zabezpieczeń występująca w przypadku kredytowania konsorcjalnego

Jak już wspomniano powyżej, w przypadku kredytowania konsorcjalnego mamy do czynienia z co najmniej wielomilionowymi kredytami³⁸⁷. To powoduje, że sytuacja, w której takie finansowanie byłoby niezabezpieczone, wydaje się faktycznie niemożliwa i zawsze powinna wystąpić mniej lub bardziej złożona mozaika dodatkowych zabezpieczających stosunków prawnych. Słowo „mozaika” nie zostało tutaj użyte przypadkowo. Obraz zabezpieczeń będzie wyglądał bardzo skomplikowanie. W odniesieniu do prawie każdego z zabezpieczeń będziemy mieli do czynienia z odrębnym dokumentem; w przypadku niektórych zabezpieczeń tytuł do nich będzie przysługiwał kredytodawcom³⁸⁸, w przypadku innych będą one ustanawiane przez agenta w imieniu własnym, ale za to na rzecz kredytodawców³⁸⁹; nie wszystkie będą zawsze musiały być ustanawiane na rzecz wszystkich kredytodawców³⁹⁰; wystąpią zabezpieczenia różnego rodzaju³⁹¹; ta sama wierzytelność będzie zwykle zabezpieczona wieloma zabezpieczeniami oraz bardzo często to samo dobro będzie stanowiło przedmiot zabezpieczenia różnych zabezpieczeń na rzecz tych samych wierzycieli.

Obrazując powyższe, kredytowanie konsorcjalne będzie bardzo często wyglądało w następujący sposób. Kredyt będzie przyznawany konkretnemu kredytobiorcy, ale podmioty z jego grupy kapitałowej³⁹² będą udzielały kredytobiorcom poręczeń albo gwarancji zabezpieczających taki kredyt³⁹³. Poza tym wierzytelności kredytodawców będą też zabezpieczone licznymi zabezpieczeniami takimi jak: hipoteki, liczne zastawy

³⁸⁷ Zob. podrozdziały 1.1.3.2. oraz 1.1.3.3.

³⁸⁸ Odnośnie do tego, co oznacza „przysługiwanie tytułu”, zob. podrozdział 2.3.1.5.1.

³⁸⁹ Więcej na ten temat w podrozdziale 2.2.

³⁹⁰ Np. w przypadku gdy kredyty udostępniane w ramach kredytowania przez różne banki będą się znacznie różniły.

³⁹¹ Zarówno rzeczowe, jak i osobowe, o czym też więcej poniżej.

³⁹² Określane w umowie kredytu często jako np. „Podmioty Zobowiązane”.

³⁹³ Odnośnie do „funkcji”, w jakich mogą wystąpić podmioty zależne od kredytobiorcy, zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 37.

rejestrów na różnych przedmiotach, zastawy finansowe, zastawy zwykłe na udziałach/akcjach, przelewy wierzytelności na zabezpieczenie, przelewy praw z umów ubezpieczenia, oświadczeniami o dobrowolnym poddaniu się egzekucji (art. 777 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego³⁹⁴), pełnomocnictwami do rachunków bankowych, przewłaszczeniami na zabezpieczenie³⁹⁵ lub weksłami.

Wyżej wspomniane, liczne zabezpieczenia będą udzielane zarówno przez kredytobiorcę, jak i podmioty z jego grupy kapitałowej, w dużym stopniu w zależności od posiadanego przez nich majątku i sytuacji finansowej. Na tych samych rachunkach bankowych³⁹⁶ i kluczowych aktywach będzie zwykle ustanawiany zarówno zastaw rejestrowy, jak i finansowy³⁹⁷. Głównie od charakteru zabezpieczenia będzie zależało, czy tytuł do niego będzie przysługiwał agentowi zabezpieczeń czy kredytobiorcom³⁹⁸. Wystąpią odrębne umowy (dokumenty) dotyczące ustanawiania hipotek, różnych zastawów, dokonywanych cesji, udzielanych pełnomocnictw. Pojawi się kilka umów dotyczących tego samego rodzaju zabezpieczenia, które będą „multiplikowane” o liczbę podmiotów udzielających dany, konkretny rodzaj zabezpieczenia. „Multiplikowane” w tym sensie, że umowy dotyczące danego typu zabezpieczenia na danym rodzaju przedmiotu zabezpieczenia (np. zastawu rejestrowego na wierzytelnościach z rachunku bankowego³⁹⁹) będą bliźniaczo podobne. Różnice będą wynikały: z innego podmiotu udzielającego zabezpieczenia, z tego, że nieco inny może być przedmiot zabezpieczenia⁴⁰⁰ i ewentualnie różnej liczby udzielanych zabezpieczeń⁴⁰¹.

Dla bardziej empirycznego potwierdzenia powyższych rozważań można przytoczyć zgeneralizowane fakty z dwóch transakcji kredytowania konsorcjalnego, przy których obsłudze prawnej autor niniejszej rozprawy miał przyjemność uczestniczyć.

Pierwsza była kredytem konsorcjalnym, na który składały się cztery kredyty obrotowe oraz kredyt refinansowy na łączną kwotę 46 milionów złotych, zorganizowany

³⁹⁴ Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 z późn. zm., dalej: k.p.c.

³⁹⁵ R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 791–793.

³⁹⁶ Powyższe stanowi uproszczenie, ponieważ ściśle rzecz ujmując zastaw ustanawia się na prawach/wierzytelnościach z rachunku bankowego. W praktyce, dla uproszczenia, przyjęło się mówienie o zastawie na rachunkach.

³⁹⁷ O przyczynach tego stanu rzeczy w zob. podrozdział 2.3.1.3.

³⁹⁸ Więcej na ten temat w podrozdziale 2.2 oraz 2.3.

³⁹⁹ Bardziej dokładnie i szerzej można powiedzieć, że „Przedmiotem zabezpieczenia są środki pieniężne, tj. środki pieniężne na rachunku i roszczenia o wypłatę środków pieniężnych”. Zob. A. Stangret-Smoczyńska, *Charakter...*, s. 62.

⁴⁰⁰ Np. w przypadku hipoteki jeden podmiot może ustanawiać ją na nieruchomości, a drugi na prawie użytkownictwa wieczystego. Oczywiście każdy podmiot ustanawiający zabezpieczenie będzie ustanawiał zabezpieczenie na swoim majątku, więc w przypadku np. zastawu finansowego na wierzytelnościach z rachunku bankowego zauważalną różnicą będzie inny numer rachunku bankowego i ewentualnie inny bank wskazany jako prowadzący rachunek.

⁴⁰¹ Np. jeżeli zastaw rejestrowy na rachunkach będzie udzielany przez trzy podmioty, to liczba zastawów może się różnić w zależności od liczby zastawianych rachunków. Np. pierwszy podmiot może ustanowić cztery zastawy rejestrowe, a drugi i trzeci tylko po dwa.

przez konsorcjum czterech banków⁴⁰². Kredyty zostały udzielone kredytobiorcy, a 12 jego spółek zależnych było poręczycielami. Inne zabezpieczenia były udzielane przez kredytobiorcę oraz przez jego spółki zależne. W odniesieniu tylko do zabezpieczeń, dla których prawem właściwym było prawo polskie⁴⁰³, doszło do:

- 1) ustanowienia czterech hipotek, po jednej dla każdego z kredytodawców⁴⁰⁴;
- 2) udzielenia przez kredytobiorcę i jego wybrane podmioty zależne pełnomocnictw do rachunków bankowych posiadanych u odpowiednich kredytobiorców;
- 3) ustanowienia 30 zastawów rejestrowych na rachunkach i 120 zastawów finansowych na rachunkach;
- 4) ustanowienia trzech zastawów rejestrowych na aktywach (przedsiębiorstwie);
- 5) ustanowienia czterech zastawów rejestrowych na akcjach; 16 zastawów finansowych na akcjach i 16 zastawów cywilnych na akcjach;
- 6) ustanowienia pięciu zastawów rejestrowych na udziałach i 40 zastawów finansowych na udziałach;
- 7) zawarcia pięciu umów cesji wierzytelności na zabezpieczenie;
- 8) zawarcia jednej umowy cesji praw z umów ubezpieczenia;
- 9) złożenia 52 oświadczeń o poddaniu się egzekucji (art. 777 k.p.c.).

Łącznie doszło zatem do ustanowienia ponad 300 zabezpieczeń. Zastawy rejestrowe i finansowe na różnych przedmiotach nie zostały powyżej zsumowane, ponieważ nieco inaczej wyglądają reguły ustanowienia tych zabezpieczeń w zależności od przedstawionych powyżej przedmiotów zabezpieczenia. To sprawia, że przy obsłudze transakcji kredytowania konsorcjalnego umowy te są „grupowane” ze względu na przedmiot zabezpieczenia. W odniesieniu do danego przedmiotu dochodzi do wspomnianej wyżej multiplikacji (umowy są bliźniaczo podobne). Zmiany negocjuje się zazwyczaj w odniesieniu do jednej umowy, a potem wprowadza w odniesieniu do wszystkich z danej grupy.

Podpisane zostało 51 dokumentów zabezpieczeń:

- 1) cztery oświadczenia o ustanowieniu hipoteki;
- 2) siedem pełnomocnictw do rachunków bankowych;
- 3) siedem umów zastawu rejestrowego i zastawów finansowych na rachunkach bankowych;
- 4) trzy umowy zastawu rejestrowego na aktywach;
- 5) cztery umowy zastawu rejestrowego i zastawów finansowych na akcjach;
- 6) pięć umów zastawu rejestrowego i zastawów finansowych na udziałach;
- 7) pięć umów przelewu praw z wierzytelności handlowych;
- 8) jedna umowa przelewu praw z umów ubezpieczenia;

⁴⁰² Powyższe stanowi lekkie uproszczenie, ponieważ tak naprawdę było to refinansowanie kredytu w tej postaci i do umowy przystępował nowy bank, ale nie jest to aż tak istotne dla niniejszych rozważań.

⁴⁰³ Wystąpiły w tej transakcji też zabezpieczenia, które rządziły się innym prawem.

⁴⁰⁴ Z niewiadomych dla autora niniejszej pracy przyczyn kredytodawcy w tym przypadku nie chcieli skorzystać z instytucji administratora hipoteki.

9) 13 oświadczeń o poddaniu się egzekucji (art. 777 k.p.c.).

Powyższa transakcja będzie dalej określana jako „Kredytowanie Konsorcjalne nr 1”.

Drugie finansowanie było umową kredytu na 50 milionów złotych i było ono zorganizowane przez konsorcjum trzech banków. Kredyt był udzielany kredytobiorcy, a niektóre spółki zależne kredytobiorcy udzielały gwarancji. W przypadku tego finansowania doszło do:

- 1) ustanowienia hipoteki łącznej ustanowionej przez kredytobiorcę i trzy podmioty powiązane na ponad 10 nieruchomościach/prawach użytkowania wieczystego; tytuł do hipoteki przysługiwał administratorowi hipoteki⁴⁰⁵;
- 2) udzielenia przez kredytobiorcę jak i jego wybrane podmioty zależne pełnomocnictw do rachunków bankowych posiadanych u poszczególnych kredytodawców;
- 3) ustanowienia 18 zastawów rejestrowych na rachunkach i 54 zastawów finansowych na rachunkach;
- 4) ustanowienia 14 zastawów rejestrowych na określonych aktywach kredytobiorcy i spółek zależnych;
- 5) ustanowienia jednego zastawu rejestrowego na udziałach i trzech zastawów finansowych na udziałach;
- 6) zawarcia czterech umów cesji praw z umów ubezpieczenia;
- 7) złożenia 10 oświadczeń o poddaniu się egzekucji (art. 777 k.p.c.).

Łącznie doszło zatem do ustanowienia ponad 100 zabezpieczeń. Podpisano 40 dokumentów zabezpieczeń:

- 1) jedno oświadczenie o ustanowieniu hipoteki łącznej;
- 2) 10 pełnomocnictw do rachunków bankowych;
- 3) 10 umów zastawów finansowych i rejestrowych na rachunkach bankowych;
- 4) trzy umowy zastawów rejestrowych na aktywach;
- 5) jedną umowę zastawu na udziałach;
- 6) cztery umowy przelewu praw z umów ubezpieczenia;
- 7) 10 oświadczeń o poddaniu się egzekucji (art. 777 k.p.c.).

Powyższa transakcja będzie dalej określana jako „Kredytowanie Konsorcjalne nr 2”.

Zadaniem tej części pracy nie jest pokazanie, z czego wynikają wyżej przedstawione liczby zabezpieczeń lub udzielenie odpowiedzi, dlaczego ustanawiano akurat te zabezpieczenia. Tak samo niniejsza część pracy nie wyjaśni, z czego wynikają różnice w liczbie dokumentów dotyczących danego rodzaju zabezpieczenia, a liczbie ustanowionych zabezpieczeń. Kwestie te staną się, przynajmniej do pewnego stopnia, bardziej jasne przy dalszych rozważaniach⁴⁰⁶. Celem tej części pracy było, po pierwsze, przynajmniej **częściowe**

⁴⁰⁵ Więcej na ten temat zob. zwłaszcza podrozdział 2.3.1.5.2.

⁴⁰⁶ W szczególności zob. podrozdział 2.2 i 2.3. Jednak różnice w powyższych liczbach często wynikają po prostu z sytuacji majątkowej danego kredytobiorcy i jego grupy kapitałowej. Zabezpieczenia zwyczajnie są do niej dostosowane, dlatego np. mimo występowania 10 podmiotów zależnych tylko np. cztery udzielały danego zabezpieczenia.

i pośrednie potwierdzenie tezy o „mozaice” i wielości zabezpieczeń w przypadku tego rodzaju finansowania. Po drugie, opis tych dwóch transakcji pozwoli w dalszej części pracy w sposób bardziej konkretny i obrazowy odnieść się do pojawiających się problemów.

Kredytodawcy chcą jak najlepiej zabezpieczyć swoje wielomilionowe wierzytelności, ale owa mozaika jest możliwa m.in. dzięki temu, że generalnie nie zakazuje się zabezpieczania tej samej wierzytelności **wieloma** zabezpieczeniami⁴⁰⁷ oraz ze względu na brak ogólnego zakazu **nadzabezpieczenia**/nadmiernego zabezpieczenia⁴⁰⁸. W doktrynie podkreśla się, że majątek danego przedsiębiorcy wielokrotnie stanowi przedmiot zabezpieczenia, co jest widoczne zwłaszcza w stosunkach kredytowych⁴⁰⁹. „Naturalnym” limitem dla wielości zabezpieczeń jest konstrukcyjna sprzeczność zabezpieczeń⁴¹⁰. Poza rzeczoną granicą, jedynymi i to jeszcze spornymi oraz trudnymi do podnoszenia zarzutami odnośnie do wielości zabezpieczeń i nadzabezpieczenia, są art. 58 § 2 k.c. i ewentualna niejasna podstawa w postaci „interesu kreowanego przez umowę kredytową”⁴¹¹. Co więcej, kredytodawcy, aby z góry uniknąć twierdzeń o nadmiernym zabezpieczeniu, ustanawiają zwykle sumę zabezpieczenia na poziomie 150% kwoty kredytu, co uznaje się za rynkowy standard, w zasadzie uniemożliwiający lub przynajmniej bardzo utrudniający jakiegokolwiek skuteczne zarzuty dotyczące nadzabezpieczenia⁴¹².

Powyższe prowadzi do tezy, że **w przypadku kredytowania konsorcjalnego powstanie problem wielości zabezpieczeń.** Jednak nie jest to jedyny problem. Tym, co dodatkowo komplikuje sytuację, jest ich **zbiorowość**. Zbiorowe zabezpieczenie wierzytelności można zdefiniować jako sytuację, w której „zabezpieczenia są utrzymywane dla

⁴⁰⁷ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 267 oraz P. Konik, *Wielość zabezpieczeń – wybrane zagadnienia związane z zastawem rejestrowym i przewłaszczeniem na zabezpieczenie*, Prawo Bankowe 2003, Nr 9.

⁴⁰⁸ Zob. podrozdział 1.2.3; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 218/10, Legalis: 276045; T. Czech, *Ogólne...*, s. 59–61; P. Konik, *Wielość...*, s. 42; J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 267–271; Ł. Przyborowski, *Nadmierne zabezpieczenie kredytu*, Lexis Nexis, Warszawa 2012; I. Karasek, *Granice dopuszczalności ustanawiania zabezpieczeń – nadmierność zabezpieczeń*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2003, nr 4; L. Kociucki, *Czy potrzebne jest pojęcie „adekwatnego” zabezpieczenia wierzytelności?* [w:] *Współczesne tendencje zabezpieczania wierzytelności*, red. T. Sokołowski, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 2013. Kwestie wielości zabezpieczeń i nadzabezpieczenia są ze sobą powiązane. Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 268.

⁴⁰⁹ Zob. P. Konik, *Wielość...*, s. 41.

⁴¹⁰ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 267.

⁴¹¹ Gdzie ten drugi zarzut odnosi się jedynie do nadzabezpieczenia. Odnośnie do tych zarzutów zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 266. Wyjątkowo, w przypadku hipoteki, mamy wyraźny przepis, tj. art. 68 ust. 2 u.k.w.h. Więcej na temat tych limitów zob. *ibid.*, s. 264–267. Można tylko zauważyć, że w Akademickim Projekcie Nowego Kodeksu Cywilnego planuje się wprowadzić ogólną regulację dotyczącą zabezpieczeń, gdzie kwestia nadzabezpieczenia miałyby być generalnie, tj. w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń, uregulowana. Tak: J. Gołaczyński podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego *Prawne zabezpieczenia wierzytelności i umowy pośrednictwa*, która miała miejsce 25–26 października 2018 r. we Wrocławiu.

⁴¹² Zob. art. 110¹ u.k.w.h. oraz I. Karasek-Wojciechowicz, *Nadmierność zabezpieczenia hipotecznego*, *Monitor Prawa Bankowego* 2011, nr 5, s. 64. Por. jednak: Ł. Przyborowski, *Nadmierne...*, s. 266–267.

wspólnej korzyści kilku kredytodawców⁴¹³ [pogrubienie – T.T]. W przypadku kredytowania konsorcjalnego owa zbiorowość polega na tym, że pomimo tego, że każdy z kredytodawców ma własną wierzytelność, to wierzytelności te składają się na **jedną transakcję (jeden kredyt w znaczeniu ekonomicznym)**⁴¹⁴. Dlatego, zakładając identyczny poziom ryzyka każdego z banków, żaden z kredytodawców nie powinien być uprzywilejowany w odniesieniu do zabezpieczeń⁴¹⁵. To powoduje, że kredytodawcy starają się wprowadzić swoistego rodzaju „sprawiedliwość” transakcyjną także w odniesieniu do tej kwestii i regulują ją w ramach stosunku organizacyjnego. Standardowym postanowieniem, w przypadku chyba każdej umowy powołującej konsorcjum kredytowe, jest klauzula uzależniająca realizację zabezpieczenia od zgody wszystkich albo większości kredytodawców⁴¹⁶. Jednak należy pamiętać, że na mocy wyłącznie takich postanowień, powstają jedynie stosunki obligacyjne⁴¹⁷. Zabezpieczone wierzytelności dalej przysługują bankom. W przypadku braku odpowiedniego ukształtowania zabezpieczeń⁴¹⁸, złamanie takiego postanowienia i samodzielna realizacja zabezpieczenia przysługującego danemu kredytodawcy, nie spowoduje nieskuteczności takiej czynności, a co najwyżej będzie rodzic jego odpowiedzialność kontraktową⁴¹⁹. Powyższe prowadzi do **tezy, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego powstanie problem zbiorowości zabezpieczeń**. Jednym, jedynie częściowym, sposobem radzenia sobie z wyżej przedstawionymi problemami wielości i zbiorowości jest instytucja **agenta do spraw zabezpieczeń**.

2.2. Instytucja agenta/administratora do spraw zabezpieczeń jako częściowe remedium na problem wielości i zbiorowości zabezpieczeń

2.2.1. Wstęp – uwagi terminologiczne i formy agenta do spraw zabezpieczeń

Powyżej zostało przyjęte, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego wystąpi zawsze agent do spraw zabezpieczeń, który będzie reprezentantem kredytodawców

⁴¹³ A. Thiele, *Collective...*, s. 1. Zob. też: T. Tomczak, *Potrzeba klauzuli długu równoległego w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Praca porównawcza na tle prawa polskiego i holenderskiego*, Monitor Prawa Bankowego 2017, nr 5, s. 63.

⁴¹⁴ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 42.

⁴¹⁵ T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 63.

⁴¹⁶ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 537–540.

⁴¹⁷ Tak samo też: R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 785. Czy mówimy w tym przypadku „tylko” o stosunku obligacyjnym, może być sporne. Np. M. Kućka pisze o upoważnieniu rzeczowym (*Administrator...*, s. 75–83). Więcej na temat owego „upoważnienia rzeczowego” zob. podrozdział 2.3.1.5.2.

⁴¹⁸ Więcej na ten temat w podrozdziale 2.2.

⁴¹⁹ Ewentualnie odpowiedzialność deliktową. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 477–484. Wspomniana część pracy odnosi się do agenta konsorcjum, a nie agenta zabezpieczeń, ale sam autor stwierdza w rozdziale dotyczącym agenta zabezpieczeń, że wiele uwag w stosunku do agenta konsorcjum znajduje zastosowanie także do agenta zabezpieczeń. Zob. *ibid.*, s. 509.

w odniesieniu do zabezpieczeń oraz że, co do zasady, jest to instytucja pożyteczna⁴²⁰. Przed rozważeniem wspomnianej użyteczności należy zastanowić się nad poprawnością terminologiczną, tj. czy używanie słowa „agent” jest w tym przypadku poprawne. Kwestia ta jest bardzo istotna, ponieważ w literaturze bardzo często można spotkać się z określeniem „administrator” zabezpieczeń⁴²¹, w tym, w artykule autora niniejszej rozprawy⁴²². Słowo „agent” zabezpieczeń pojawia się w opracowaniach mających wymiar bardziej praktyczny⁴²³. Z czego wynika ten problem terminologiczny będzie najlepiej widoczne, jeżeli rozważy się formy, w jakich agent do spraw zabezpieczeń może wystąpić.

2.2.1.1. Formy agenta do spraw zabezpieczeń

Agent zabezpieczeń, w mniejszym lub większym zakresie, jest **pośrednikiem/reprezentantem kredytodawców w relacjach pomiędzy kredytodawcami a kredytobiorcą w odniesieniu do zabezpieczeń**. Różne formy/typy tej instytucji można wyróżnić na podstawie tego, w jaki sposób taki podmiot będzie pośredniczył czy reprezentował kredytodawców i tego, komu będzie przysługiwał tytuł do zabezpieczenia⁴²⁴. W zależności od rodzaju pośredniczenia i ulokowania tytułu, można postawić tezę, że agent zabezpieczeń przybierze formę:

- 1) agenta w wąskim rozumieniu/*sensu stricto*; albo
- 2) zastępcy pośredniego/zastępcy⁴²⁵.

W przypadku agenta w wąskim rozumieniu tytuł do zabezpieczeń jest ciągle w rękach kredytodawców. Jednak agent „zarządza” zabezpieczeniami na podstawie odpowiednich upoważnień i to, jaki będzie zakres owego „zarządu”, będzie zależało od tego, do czego zostanie umocowany⁴²⁶. Będą to prawa i obowiązki związane z, generalnie rzecz ujmując, ustanowieniem, realizacją i zwolnieniem zabezpieczeń⁴²⁷. Jak się później okaże, forma ta nie rozwiązuje problemu wielości zabezpieczeń, a jedynie w ograniczonym zakresie rozwiązuje problem zbiorowości zabezpieczeń.

⁴²⁰ Zob. podrozdział 1.1.3.4.

⁴²¹ Zob. M. Kućka, *Administrator... czy J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] System..., t. 5, s. 272–275.*

⁴²² Zob. T. Tomczak, *Potrzeba..., s. 64 i s. 66–70.* W niniejszym opracowaniu autor niniejszej rozprawy będzie się jednak posługiwał słowem „agent”, a nie „administrator”.

⁴²³ Zob. np. T. Czech, *Konsorcjum..., s. 506–569* lub T. Czech, *Funkcje agenta do spraw zabezpieczeń w konsorcjum kredytowym*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, nr 10.

⁴²⁴ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba..., s. 66–67.* Jednak kwestia ta może być kontrowersyjna, ponieważ to w czym majątku znajdują się zabezpieczenia (komu przysługuje tytuł), jest w doktrynie sporne i będzie jeszcze dalej rozważane w niniejszej pracy. Zob. podrozdziały 2.3.1.5.1 i 2.3.1.5.2. W odniesieniu do prawa innego niż polskie zob. A. Thiele, *Collective..., s. 59.*

⁴²⁵ Odnośnie do tych dwóch form zob. też: A. Thiele, *Collective..., s. 58–60.*

⁴²⁶ W literaturze można jeszcze spotkać podział na agenta koordynującego i agenta występującego jako pełnomocnik. Zob. T. Tomczak, *Potrzeba..., s. 67* lub T. Czech, *Funkcje..., s. 36.* Dla potrzeb niniejszej pracy dokładne rozważenie zakresu umocowania agenta do spraw zabezpieczeń w wąskim rozumieniu nie jest aż tak istotne. Przyczyny takiego stanu rzeczy będą widoczne poniżej.

⁴²⁷ Zob. T. Czech, *Konsorcjum..., s. 533–541.*

W drugim przypadku tytuł do zabezpieczeń przysługuje zastępcy pośredniemu⁴²⁸, ale zabezpieczenia ustanowione są na rzecz kredytodawców. Bankom, w zasadzie, przysługują jedynie względne prawa w stosunku do zastępcy, przez które mogą wpływać na odpowiednie, zgodne z ich wspólnym interesem, zarządzanie przez niego zabezpieczeniami. Można zatem postawić **tezę, że skorzystanie z tej instytucji prowadzi do separacji podmiotowej**. Konstrukcja ta będzie pozwalała na przynajmniej częściową redukcję liczby zabezpieczeń oraz w dużo lepszym stopniu powinna radzić sobie z problemem zbiorowości zabezpieczeń.

Co bardzo istotne, żadna z tych konstrukcji nie pozbawia kredytodawców zabezpieczonych wierzytelności⁴²⁹. Przysługują one dalej kredytodawcom, a różnica polega na ulokowaniu samego tytułu do zabezpieczenia. Wynika to z wielokrotnie podkreślanego stwierdzenia, iż należy wyraźnie rozróżnić **wierzytelność od zabezpieczającego ją stosunku prawnego**. Przedstawienie możliwych form agenta zabezpieczeń pozwala na rozważenie problemu odpowiedniej terminologii.

2.2.1.2. Właściwość terminu „agent zabezpieczeń”

Jak już wyżej wskazywano, pojęcie, którym można próbować objąć formę agenta w wąskim rozumieniu/*sensu stricto* oraz formę zastępcy pośredniego, to albo termin „agent”, albo „administrator”. W swoim poprzednim opracowaniu autor niniejszej rozprawy wybrał ten drugi termin⁴³⁰. Wynikało to z faktu, że pojęcie „agenta” wydawało się potencjalnie mylące dla polskiego prawnika. Za „agenta” należałoby uważać raczej podmiot, który nie działa we własnym imieniu, a w imieniu dającego zlecenie (zob. np. art. 758 k.c.). Natomiast instytucja zastępcy pośredniego opiera się na założeniu, że działa on we własnym imieniu, ale na rachunek innych podmiotów. To oznacza, że próba objęcia pojęciem „agenta” także zastępcy pośredniego mogłaby wprowadzać w błąd i dla precyzji wymagałaby rozróżnienia agenta w wąskim rozumieniu tego pojęcia oraz w jego szerokim rozumieniu. Także, jak już było wspomniane, w innych opracowaniach można spotkać się z pojęciem „administratora”, a nie „agenta” zabezpieczeń⁴³¹. Podobnie, podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego *Prawne zabezpieczenia wierzytelności i umowy pośrednictwa*, która miała miejsce 25–26 października 2018 r. we Wrocławiu (dalej: **Konferencja NAPKC**) postulowano wprowadzenie w nowym Kodeksie cywilnym generalnej instytucji administratora zabezpieczeń, a nie agenta zabezpieczeń⁴³².

⁴²⁸ Zob. jednak rozważania w podrozdziale 2.3.1.5. Zob. też J. Trzebiński, *Czynności powiernicze*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 2.

⁴²⁹ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 67.

⁴³⁰ Zob. *ibid.*, s. 64, przypis 5.

⁴³¹ Zob. M. Kućka, *Administrator... czy J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] System...*, t. 5, s. 272–275.

⁴³² Tak: J. Gołaczyński podczas swojego wykładu pt. *Wprowadzenie do zagadnień przepisów ogólnych nowej księgi Kodeksu cywilnego „Zabezpieczenia wierzytelności”*, podczas Konferencji NAPKC.

Jednak z drugiej strony posługiwanie się pojęciem „administratora” także nie jest pozbawione kontrowersji i wątpliwości. Słowem „administrator” posługuje się zarówno art. 4 u.z.r odnoszący się do administratora zastawu, jak i art. 68² u.k.w.h. stanowiący o administratore hipoteki. Nie budzi raczej wątpliwości w doktrynie, że są to instytucje oparte na konstrukcji zastępcy pośredniego⁴³³. Podobnie, przykładowy przepis dotyczący administratora zabezpieczeń w nowym kodeksie cywilnym, przedstawiony przez J. Gołaczyńskiego podczas Konferencji NAPKC, wyraźnie nawiązywał do regulacji tych dwóch administratorów, a zatem też miałby opierać się na konstrukcji zastępcy pośredniego⁴³⁴. Posługiwanie się zatem słowem „administrator” może sugerować, że chodzi **jedynie** o zastępcę pośredniego. To oznacza, że powstałby identyczny problem, jak w przypadku skorzystania z terminu „agent”. Mogłoby to wprowadzać w błąd i przynajmniej na pierwszy rzut oka sugerować zbyt wąski zakres pojęcia. Posługiwanie się przez autora niniejszej rozprawy słowem „administrator” w swoim wcześniejszym opracowaniu, było też bardziej uzasadnione, ponieważ artykuł, w swojej dalszej części, odnosił się jedynie do problemów pojawiających się na gruncie hipoteki i zastawów⁴³⁵.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że nie ma idealnego rozwiązania tego terminologicznego dylematu. Czy wybierzemy pojęcie „administratora” czy „agenta”, powstaną tego samego rodzaju wątpliwości. Gdyby w sytuacji kredytowania konsorcjalnego ów „pośrednik” przybierał zawsze postać agenta w wąskim rozumieniu/*sensu stricto* albo zastępcy pośredniego, to ten terminologiczny problem, przynajmniej na potrzeby niniejszej pracy, byłby rozwiązany. Forma zastępcy pośredniego jest zwykle formą bardziej optymalną dla kredytodawców. **Jednak nie w przypadku wszystkich zabezpieczeń i każdych okoliczności transakcji będzie ona dostępna dla banków**⁴³⁶. „Pośrednik” będzie zatem przybierał zwykle formę **zarówno** „agenta” w ścisłym tego słowa znaczeniu, jak i zastępcy pośredniego. Można ewentualnie próbować wprowadzić nowy termin (np. zarządca zabezpieczeń), ale wydaje się, że taki zabieg wymagałby odrębnych rozważań, wykraczających poza ramy niniejszego opracowania. **Praca poprzestanie więc jedynie na wyborze terminu „agent zabezpieczeń”.**

Wybór ten powinno się uzasadnić tym, co było już zaznaczane na wstępie niniejszej pracy, tj. że niniejsze opracowanie odnosi się do **empirycznego modelu konsorcjum kredytowego**. Opracowania odnoszące się do takiego modelu posługują się właśnie pojęciem „agent”, a nie administrator⁴³⁷. Wydaje się, że wynika to z przytaczanego na

⁴³³ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273.

⁴³⁴ Treść przepisu została przedstawiona na slajdzie i brzmiała: „§ 1. Jeżeli prawo zastawnicze ma zabezpieczać wierzytelności przysługujące różnym wierzycielom, prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego lub zastawnika **wykonuje** powołany przez wierzycieli administrator we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli, administrator (administrator zabezpieczenia). Administratorem może być wierzyciel lub osoba trzecia.”. Materiały z konferencji można znaleźć na stronie: <http://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje> [dostęp: 31.10.2018].

⁴³⁵ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 72–75.

⁴³⁶ Więcej na ten temat w dalszej części tego rozdziału.

⁴³⁷ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 506–569; T. Czech, *Funkcje...*; Ł. Szegda, *Dochodzenie...*

początku pracy faktu, że kredytowanie konsorcjalne stanowi transplant prawny⁴³⁸. Wzorce przygotowywane przez LMA posługują się anglojęzycznym terminem *agent/security agent*⁴³⁹, które do polskich wzorców zostały przyjęte, chyba bezrefleksyjnie, jako po prostu „agent”/„agent zabezpieczeń”. Dlatego obecnie w polskiej praktyce bankowej w umowach kredytowania konsorcjalnego występuje powszechnie pojęcie „agenta zabezpieczeń”, a nie „administratora zabezpieczeń”. Należy oczywiście pamiętać, że pojęcie „agenta zabezpieczeń” będzie na potrzeby niniejszej pracy używane w szerokim znaczeniu, obejmując formę zastępcy pośredniego i agenta w wąskim rozumieniu. Wtedy kiedy będzie mowa wyłącznie o agencie w wąskim rozumieniu albo zastępcy pośrednim, zostanie to wyraźnie zaznaczone albo będzie wynikało z kontekstu⁴⁴⁰.

Po wyjaśnieniu tych wątpliwości terminologicznych można zastanowić się, w jaki sposób agent do spraw zabezpieczeń radzi sobie wielością i zbiorowością zabezpieczeń.

2.2.2. Agent zabezpieczeń jako remedium na problem wielości zabezpieczeń

To, czy agent zabezpieczeń będzie radził sobie przynajmniej częściowo z problemem wielości zabezpieczeń, zależy będzie od tego, którą ze wspomnianych dwóch form nadadzą mu kredytodawcy, **co będzie, przynajmniej częściowo, determinowane charakterem niektórych zabezpieczeń**⁴⁴¹.

Jeżeli strony zdecydują się na agenta zabezpieczeń w wąskim rozumieniu, to problem wielości zabezpieczeń niemalże w żadnym stopniu nie zostanie rozwiązany. Zabezpieczenia dalej będą musiały być przyznane każdemu z kredytodawców z osobna, a dojdzie, ewentualnie, jedynie do ułatwienia zarządzania nimi przez odpowiednie umocowania⁴⁴². Można to zobrazować przykładem. Kredytobiorca, aby zabezpieczyć transakcję kredytowania konsorcjalnego, będzie chciał zastawić swoje przedsiębiorstwo. Jeżeli strony transakcji zdecydują się na formę agenta w wąskim rozumieniu, to zastaw rejestrowy na przedsiębiorstwie powinien być udzielony bezpośrednio każdemu z kredytodawców. Jeżeli będzie czterech kredytodawców, to powinno dojść do ustanowienia czterech zastawów rejestrowych. Agent będzie mógł być umocowany np. do monitorowania zabezpieczeń⁴⁴³

⁴³⁸ Zob. podrozdział 1.1.2.

⁴³⁹ Zob. np. Loan Market Association, *Guide...*

⁴⁴⁰ „Kontekstu” w takim rozumieniu, że będzie mowa o tym, że mimo powołania agenta zabezpieczeń tytuły do zabezpieczeń przysługują ciągle kredytodawcom. Sytuacja taka będzie stanowiła wyjątek.

⁴⁴¹ „Częściowo” ponieważ czasami charakter zabezpieczenia będzie zezwalał na skorzystanie z zastępcy pośredniego, ale strony i taką będą preferowały skorzystanie z formy agenta w wąskim rozumieniu. Zob. np. Kredytowanie Konsorcjalne nr 1, gdzie kredytodawcy zamiast ustanowić jedną hipotekę, ustanowili cztery, po jednej dla każdego z kredytodawców. Takie działanie może być uzasadnione np. małą ilością zabezpieczeń lub brakiem zaufania do agenta zabezpieczeń. Zob. też T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 517.

⁴⁴² „Zarządzanie zabezpieczeniami” należałoby rozumieć szeroko jako wykonywanie czynności prawnych i faktycznych, które normalnie wykonuje wierzyciel zabezpieczenia. M. Kućka pisze o „administrowaniu zabezpieczeniami”, które również rozumie bardzo szeroko jako „wykonywanie praw i obowiązków wynikających z zabezpieczenia”. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 31.

⁴⁴³ Np. weryfikacji, czy zostały prawidłowo wpisane.

oraz ewentualnie do ich realizacji⁴⁴⁴. Powinno to zwykle, przynajmniej do pewnego stopnia, ułatwić zarządzanie zabezpieczeniami, ale nie zredukuje ich liczby.

Natomiast jeżeli strony zdecydują się na zastępcę pośredniego, może dojść do znacznej redukcji w liczbie zabezpieczeń. Tytuł do zabezpieczeń zostanie przyznany zastępcy pośredniemu, jednak zabezpieczenia będą ustanowione na rzecz kredytodawców. Doprowadzi to do znacznego pomniejszenia ilości zabezpieczeń. Można to zobrazować analogicznym przykładem do przedstawionego powyżej. Jeżeli kredytobiorca będzie chciał zastawić swoje przedsiębiorstwo, to zamiast ustanawiać cztery zastawy rejestrowe, ustanowi jeden zastaw rejestrowy na rzecz wszystkich kredytodawców, ale do którego tytuł będzie przysługiwał zastępcy pośredniemu. Zmniejszenie liczby zabezpieczeń bardzo dobrze widać np. w przypadku Transakcji Kredytowania 1, w której na tych samych rachunkach bankowych zostało ustanowione 30 zastawów rejestrowych (wykorzystano instytucję zastępcy pośredniego, tj. administratora zabezpieczeń) i 120 zastawów finansowych w imieniu i na rzecz kredytodawców (brak możliwości skorzystania z instytucji zastępcy pośredniego w przypadku tego zabezpieczenia)⁴⁴⁵. Odnosząc to do całej transakcji, może dojść do znacznego zmniejszenia liczby zabezpieczeń i tym samym redukcji kosztów zabezpieczenia⁴⁴⁶. Dlatego forma zastępcy pośredniego jest dużo bardziej efektywna, jeżeli chodzi o redukcję ilości zabezpieczeń w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Problem polega jednak na tym, że zasadniczo wszystkie zabezpieczenia są Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi. To oznacza, że do separacji podmiotowej będzie mogło dojść tylko w przypadku spełnienia określonych warunków, które wyglądają inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w sytuacji Zabezpieczeń Osobistych⁴⁴⁷. Nie w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń taka Separacja Podmiotowa będzie możliwa. To sygnalizuje, że owa redukcja, dzięki instytucji zastępcy pośredniego, nie zawsze będzie dla banków dopuszczalna. Kwestia ta zostanie jeszcze rozważona w niniejszym rozdziale, ale dopiero po rozważeniu tego, jak instytucja agenta zabezpieczeń radzi sobie ze zbiorowością zabezpieczeń.

2.2.3. Administrator jako remedium na problem zbiorowości zabezpieczeń

Powyżej, powołując się na definicję A. Thiele, zbiorowość została zdefiniowana jako utrzymywanie zabezpieczeń dla **wspólnej** korzyści kilku kredytodawców⁴⁴⁸. Tak rozumiana zbiorowość zabezpieczeń wydaje się istotą zabezpieczenia transakcji kredytowania konsorcjalnego. Pomimo tego, że w przypadku tego rodzaju finansowania mamy do czynienia z wieloma stosunkami kredytu łączącymi kredytodawców z kredytobiorcą,

⁴⁴⁴ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 538–539.

⁴⁴⁵ Zob. podrozdział 2.3.1.3.

⁴⁴⁶ Zob. A. Bieranowski, *Dług gruntowy (uwagi na tle projektowanej regulacji)*, Rejent 2004, nr 10, s. 83.

⁴⁴⁷ Zob. podrozdziały 1.3.4.3.2. oraz 1.3.4.3.3.

⁴⁴⁸ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 1.

to w sensie **ekonomicznym** mówimy o **jednym** kredycie⁴⁴⁹. Zakłada się ukształtowanie transakcji w sposób *pari passu*⁴⁵⁰, tj. żaden z kredytodawców nie powinien zatem ponosić ryzyka niepowodzenia finansowania w stopniu większym od pozostałych. Temu ma właśnie m.in. służyć takie ukształtowanie zabezpieczeń, aby w przypadku ich egzekucji każdy z kredytodawców uzyskał zaspokojenie swojej wierzytelności zgodnie z zasadą proporcjonalnego podziału („sprawiedliwość transakcyjna”)⁴⁵¹. Wynika ona z istoty kredytowania konsorcjalnego, które polega na udzieleniu kredytu na zasadniczo jednolitych warunkach⁴⁵². Sprawiedliwość transakcyjną próbuje się osiągnąć właśnie dzięki m.in. skorzystaniu z instytucji agenta zabezpieczeń. Jak mocna będzie gwarancja rzezczonej sprawiedliwości, może wyglądać inaczej w zależności od tego, którą z form agenta wybierają kredytodawcy.

W przypadku formy agenta zabezpieczeń w ścisłym tego słowa rozumieniu zabezpieczenia będą przysługiwać wyłącznie kredytodawcom. Dlatego, aby zapobiec przypadkom, w których któryś z banków zacznie dochodzić swoich zabezpieczeń z uszczerbkiem dla innych kredytodawców⁴⁵³, banki będą zobowiązywać się do ich nieegzekwowania bez

⁴⁴⁹ Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 42.

⁴⁵⁰ Zasada *pari passu* definiowana jest jako: „zapewnienie równego traktowania wierzycieli o podobnej sytuacji prawnej”. Zob. R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019, komentarz do art. 3 pr. restr., nb. 3. W opracowaniach o charakterze finansowym można natomiast spotkać następującą definicję tego zwrotu: „*Pari passu* – z łaciny: «równym krokiem». Synonim wykonywania operacji, zadania w sposób jednakowy dla wszystkich na równych zasadach. W terminologii finansowej jest to zobowiązanie do równego traktowania wierzycieli” – <https://www.skarbiec.pl/sloownik-inwestycyjny/pari-passu> [dostęp: 06.10.2018]. Zwrot *pari passu* jest charakterystyczny dla opracowań anglosaskich dotyczących prawa upadłościowego, natomiast w Europie kontynentalnej bardziej upowszechnił się łaciński odpowiednik *par condicio creditorum*. Ponownie wydaje się, że posługiwanie się przez polską praktykę bankową zwrotem *pari passu*, zamiast *par condicio creditorum*, wynika z tezy, że kredytowanie konsorcjalne stanowi transplant prawny, a polskie umowy są oparte na anglosaskich wzorcach (zob. podrozdział 1.1.2. oraz 1.1.4.). Ze względu na odnoszenie się w niniejszym opracowaniu do empirycznego modelu konsorcjum kredytowego, rozprawa będzie posługiwała się zwrotem *pari passu*, a nie terminem *par condicio creditorum*. Ukształtowanie kredytowania konsorcjalnego w sposób *pari passu* powinno być zasadą, ale mogą wystąpić transakcje, gdzie poziom ponoszonego ryzyka przez poszczególnych kredytodawców może być różny, co może prowadzić do odstępstw od tej zasady. Bardzo często też w przypadku większych transakcji kredytowania konsorcjalnego, gdzie wystąpi wielu wierzycieli, mogą być oni podzieleni na grupy w zależności właśnie od poziomu ponoszonego ryzyka i w takim przypadku poziom zabezpieczenia poszczególnych grup zwykle będzie się różnił. Więcej na ten temat zob. D. Wilanowski, *Podporządkowanie wierzytelności w polskim systemie prawnym. Wybrane zagadnienia konstrukcyjne*, cz. I–II, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2007, nr 10 i 11; R. Zdzieborski, *Umowa o podporządkowanie wierzytelności w polskiej praktyce kontraktowej. Zagadnienia wybrane*, cz. I–II, Monitor Prawniczy 2003, nr 12 i 13, M. Hughes, *Legal principles in banking ad structured finance*, Tottel, London 2006, s. 176–177.

⁴⁵¹ Można też mówić o „postulacie równej pozycji kredytodawców połączonych relacją konsorcjalną”. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 578. Generalnie na temat zasady proporcjonalnego podziału zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 570–600. Należy zauważyć, że nie wynika ona z art. 73 ust. 3 p.b., a „standardowych” postanowień umownych w tego typu transakcjach. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 87. Obszernie nt. zasady równego traktowania wierzycieli w postępowaniu upadłościowym zob. P.M. Wiórek, *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005.

⁴⁵² Zob. podrozdział 1.1.3.

⁴⁵³ Tj. naruszającym tym samym wspomnianą wyżej sprawiedliwość transakcyjną.

zgody większości albo wszystkich kredytodawców⁴⁵⁴. Po uzyskaniu owej zgody będą one uprawnione albo do samodzielnej egzekucji zabezpieczeń, albo agent zabezpieczeń w wąskim rozumieniu będzie uprawniony do ich zbiorowej egzekucji, a następnie do odpowiedniego podziału uzyskanych kwot pomiędzy kredytodawców⁴⁵⁵. W tym drugim przypadku agent zabezpieczeń w ścisłym znaczeniu będzie pomagał oczywiście osiągnąć sprawiedliwość transakcyjną, ale problem polega na tym, że w takim przypadku obracamy się w **sferze praw względnych (zobowiązań)**. W takim rozumieniu, że egzekucja zabezpieczenia, które jest w rękach konkretnego kredytodawcy, nie powinna spowodować nieskuteczności takiej egzekucji i zwykle będzie prowadziła jedynie do ewentualnej odpowiedzialności kontraktowej kredytodawcy względem pozostałych banków. Mogłoby się wydawać, że w przypadku tak profesjonalnych instytucji jak banki, do naruszenia sprawiedliwości transakcyjnej nie powinno nigdy dochodzić. W praktyce wystąpiły już jednak na eurorynku przypadki jej naruszenia, które doprowadziły do interesujących postępowań sądowych⁴⁵⁶.

W przypadku wyboru formy zastępcy pośredniego tytuł do zabezpieczeń będzie przysługiwał agentowi zabezpieczeń⁴⁵⁷. Nie oznacza to jednak, że agent zabezpieczeń będzie uprawniony do swobodnej egzekucji zabezpieczeń. Podobnie jak w przypadku skorzystania z pierwszej formy, będzie wymagana uprzednia uchwała większości albo wszystkich kredytodawców, zlecająca agentowi zabezpieczeń egzekucję zabezpieczeń. Jednak fakt, że to zastępcy pośredniemu, a nie kredytodawcom, będzie przysługiwał tytuł do zabezpieczeń, pozwoli uniknąć sytuacji, w której jeden z kredytodawców będzie egzekwował zabezpieczenia z uszczerbkiem dla pozostałych kredytodawców. Agentem zabezpieczeń będzie zwykle jeden z banków, więc istnieje ryzyko, że będzie on egzekwował zabezpieczenia ze szkodą dla pozostałych kredytodawców. Problemowi temu można zapobiegać przez wyznaczenie osoby trzeciej jako zastępcy pośredniego⁴⁵⁸. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że skorzystanie z tej drugiej formy agenta zabezpieczeń daje bankom większą gwarancję, że sprawiedliwość transakcyjna zostanie zachowana⁴⁵⁹.

Powyższe rozważania prowadzą do tezy, że **zastępca pośredni jest bardziej optymalnym i efektywnym rozwiązaniem, jeżeli chodzi o problem radzenia sobie zarówno z wielością, jak i zbiorowością zabezpieczeń, niż agent zabezpieczeń w wąskim rozumieniu**. Nie w przypadku wszystkich zabezpieczeń będzie jednak możliwe skorzystanie z tej konstrukcji. Należałoby zatem zastanowić się nad zabezpieczeniami, w przypadku których skorzystanie z formy zastępcy pośredniego nie będzie albo

⁴⁵⁴ Zob. jednak rozważania dotyczące „upoważnienia rzeczowego” w podrozdziale 2.3.1.6.

⁴⁵⁵ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 538–540.

⁴⁵⁶ Zob. *ibid.*, s. 579–580.

⁴⁵⁷ Zob. jednak rozważania w podrozdziale 2.3.1.5.

⁴⁵⁸ Nie będzie to jednak możliwe w przypadku wszystkich zabezpieczeń. Zob. podrozdział 3.2.1.3. Jednak ze względu na mocno profesjonalny charakter działalności banków rzadko się obecnie zdarza, że podmiot trzeci, a nie jeden z konsorcjantów, jest agentem zabezpieczeń.

⁴⁵⁹ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 67 oraz T. Czech, *Funkcje...*, s. 35–36.

w ogóle możliwe albo, ewentualnie, będzie niemożliwe, gdy strony będą chciały ukształtować transakcję w określony sposób.

2.3. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zabezpieczenie kredytowania konsorcjalnego

Wyżej omówiona efektywność w odniesieniu do zbiorowości i wielości zabezpieczeń w przypadku skorzystania z agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego wynika z tego, że to agentowi zabezpieczeń przysługuje **tytuł do zabezpieczenia, a nie kredytodawcom**⁴⁶⁰. Jednak wierzytelności kredytowe ciągle przysługują kredytodawcom. **Skorzystanie z instytucji zastępcy pośredniego prowadzi zatem do separacji podmiotowej.** Jak wskazano w podrozdziale 1.3.4.4. niniejszego opracowania, wszystkie zabezpieczenia są **zasadniczo** Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi, tj. zasadniczo nie powinno dochodzić do sytuacji, w której tytuł do zabezpieczenia jest w rękach innego podmiotu niż ten, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność. Należy zatem zastanowić się, czy skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego jest niemożliwe w przypadku kredytowania konsorcjalnego ze względu na fakt, że prowadzi właśnie do niedozwolonej separacji podmiotowej. W podrozdziale 1.3.4.4 zwrócono jednak uwagę, że jest to jedynie zasada, która doznaje wyjątków w postaci dopuszczalnych, pod pewnymi warunkami, rozluźnień Akcesoryjności. Kształtowały się one inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych. To oznacza, że skorzystanie z tej formy agenta można przeanalizować odrębnie w odniesieniu do tych dwóch różnych rodzajów zabezpieczeń.

2.3.1. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a Zabezpieczenia Rzeczowe

W pierwszej kolejności należy zastanowić się, jak wygląda możliwość skorzystania z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych. W niniejszej pracy zostało przyjęte, że do katalogu tych zabezpieczeń powinno się zaliczać: zastaw, zastaw rejestrowy, zastaw finansowy, hipotekę i hipotekę morską⁴⁶¹. Jak wskazano w podrozdziale 1.3.4.3.2, separacja podmiotowa w przypadku tych zabezpieczeń zasadniczo jest zabroniona, chyba że udałoby się znaleźć przepis ustawy, który na nią zezwala. Można zatem kolejno rozważyć, w odniesieniu, do których z tych Zabezpieczeń Rzeczowych jesteśmy w stanie taki przepis znaleźć.

⁴⁶⁰ Zob. jednak podrozdział 2.3.1.5.

⁴⁶¹ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2. Ze względu na bardzo ograniczony przedmiot obciążenia hipoteką morską (statek wpisany do rejestru okrętowego lub statek w budowie) rozważania dotyczące tego zabezpieczenia zostaną pominięte w dalszej części pracy. Zob. art. 76 i art. 82 k.m. Można tylko zauważyć, że M. Kućka zdaje się twierdzić, iż w przypadku hipoteki morskiej dopuszczalne jest ustanowienie administratora hipoteki. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 299, przypis 816.

2.3.1.1. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zastaw zwykły

Zastaw zwykły został uregulowany w art. 306–335 k.c., przy czym art. 306–326 k.c. dotyczy zastawu zwykłego na rzeczach ruchomych, a art. 327–335 k.c. zastawu zwykłego na prawach. Do zastawu zwykłego na prawach stosuje się odpowiednio przepisy o zastawie na rzeczach ruchomych (art. 328 k.c.).

Niezależnie jednak czy przedmiotem zastawu będą prawa czy rzeczy ruchome, brak jest przepisu, który zezwalałby na separację podmiotową. To oznacza, że zgodnie z powyższymi rozważaniami zabezpieczenie to, w przypadku kredytowania konsorcjalnego, jest zawsze Zabezpieczeniem Akcesoryjnym i skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego **nie będzie możliwe**⁴⁶². Przekładając to na grunt praktyczny, jeżeli kredytodawcy będą wymagali, aby zostały ustanowione zastawy zwykłe, to nie będą one mogły być udzielone agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, tylko będą musiały być przyznane odrębnie każdemu z kredytodawców. Co najwyżej będzie można skorzystać z instytucji agenta w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Można jednak rozważyć, czy stanowi to problem w przypadku transakcji kredytowania konsorcjalnego. **Jeżeli chodzi o zastaw zwykły na rzeczach ruchomych, niedopuszczalność separacji podmiotowej nie powoduje większych problemów praktycznych.** Konstrukcja zastawu zwykłego opiera się na wyzbyciu się posiadania (wydaniu rzeczy) przez zastawcę⁴⁶³. To powoduje niepopularność tego zabezpieczenia w przypadku omawianego rodzaju finansowania. W przypadku takiej transakcji mamy do czynienia zwykle z wysoce wyspecjalizowanymi gospodarzami podmiotami. Z jednej strony, majątek jest potrzebny kredytobiorcy, aby generować przychód i dzięki temu mieć środki na spłatę zaciągniętego kredytu⁴⁶⁴. Z drugiej strony, banki nie są zwykle zainteresowane posiadaniem przedmiotu zabezpieczenia, ponieważ stanowiłoby to dla nich, co do zasady, większą uciążliwość niż rzeczywiście pożytek⁴⁶⁵.

Jednak sytuacja wygląda już nieco inaczej, gdy mówimy o zastawie zwykłym **na prawach**. Nie są rzadkie sytuacje, gdy w przypadku **kredytowania konsorcjalnego mamy do czynienia z zastawem zwykłym na udziałach albo akcjach**. Zastaw taki nie jest ani dla kredytobiorcy, ani dla kredytodawców, tak samo niepraktyczny jak zastaw zwykły na rzeczach ruchomych. Zwykle umowa zastawnicza będzie zawierać odpowiednie postanowienia, które będą zezwalały na wykonywanie, w ograniczonym zakresie,

⁴⁶² W zdaniu tym podkreślone jest, że chodzi o przypadki kredytowania konsorcjalnego, ponieważ możliwe jest powołanie administratora zabezpieczeń w przypadku zastawu zwykłego, gdy mamy do czynienia z zabezpieczeniem wierzytelności z obligacji. Zob. art. 29 u.o. oraz M. Kućka, *Administrator...*, s. 88–90.

⁴⁶³ Art. 307 § 1 k.c.: „Do ustanowienia zastawu potrzebna jest umowa między właścicielem a wierzycielem oraz, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, **wydanie rzeczy wierzycielowi albo osobie trzeciej, na którą strony się zgodzili**” [pogrubienie - T.T.].

⁴⁶⁴ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 73.

⁴⁶⁵ Podobny wniosek, ale w odniesieniu do przewłaszczenia na zabezpieczenie zob. P. Konik, *Wielkość...*, s. 49–50.

zastawionych przez zastawcę praw, aż do czasu otrzymania odpowiedniego zawiadomienia o zaspokojeniu z przedmiotu zastawu⁴⁶⁶. Zostanie ono wystosowane dopiero w przypadku wystąpienia jednego z tzw. „przypadków naruszenia”. Jakie okoliczności będą stanowiły taki przypadek, będzie zdefiniowane w umowie kredytowej. Jednak już przed ich wystąpieniem kredytodawcy będą starali się chronić swoje interesy. W przypadku zastawu na udziałach będą wymagać odpowiedniego wpisu w księdze udziałów spółki, której udziały będą zastawiane. Z wpisu będzie wynikało, że udziały są przedmiotem zastawu oraz że w przypadku naruszenia umowy kredytowej, to kredytodawcom, a nie zastawcy, będzie przysługiwać m.in. wynikające z nich prawo głosu. Na potwierdzenie tego faktu kredytodawcy będą wymagali odpowiedniego wyciągu z księgi udziałów. Podobnie w sytuacji akcji dokumentowych imiennych, banki będą wymagać, zgodnie z art. 343 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych⁴⁶⁷, odpowiedniego wpisu do księgi akcyjnej⁴⁶⁸. Natomiast w przypadku akcji zdematerializowanych zastawca będzie musiał zwykle uzyskać od domu maklerskiego i przekazać kredytodawcom, świadectwa depozytowe, z których będzie wynikała blokada tych akcji na rachunku papierów wartościowych, wynikająca właśnie z ustanowienia na ich rzecz owych zastawów cywilnych⁴⁶⁹.

Przypadki, w których kredytodawcy będą wymagali zastawu zwykłego na udziałach lub akcjach, nie są aż takie częste w praktyce. Banki będą zwykle preferować zastaw finansowy⁴⁷⁰. Jednak w świetle art. 2 ust. 1 u.n.z.f. ustanowienie tego rodzaju zastawu nie będzie możliwe w przypadku, gdy zastawcą będzie **osoba fizyczna**⁴⁷¹. To oznacza, że w sytuacjach, w których kredytodawcy będą wymagali, aby określone udziały lub akcje były przedmiotem zastawu⁴⁷², a udziałowcem albo akcjonariuszem będzie osoba fizyczna, powinien zostać ustanowiony zastaw cywilny, a nie finansowy.

⁴⁶⁶ Zastawca będzie mógł otrzymywać płatności z tytułu udziałowych czy akcyjnych praw majątkowych tak długo, jak takie płatności będą zgodne z umową kredytową. Im gorsza sytuacja finansowa kredytobiorcy tym możliwość otrzymywania takich płatności będzie bardziej ograniczona przez umowę kredytową. Ustanowienie zastawu zwykłego na prawach, bez żadnych dodatkowych postanowień, oznacza, że pożyczki, w tym dywidenda, należą się zastawnikowi. Zob. J. Frąckowiak, *Zastaw na akcjach*, Rejent 1995, nr 1, s. 22–23.

⁴⁶⁷ Dz. U. z 2017 r. poz. 1577 z późn. zm., dalej: k.s.h.

⁴⁶⁸ Art. 343 k.s.h. stanowi: „§ 1. Wobec spółki uważa się za akcjonariusza tylko tę osobę, która jest wpisana do księgi akcyjnej, lub posiadacza akcji na okaziciela, z uwzględnieniem przepisów o obrocie instrumentami finansowymi. § 2. Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do zastawnika lub użytkownika akcji”.

⁴⁶⁹ Uniemożliwi to obrót zastawionymi papierami wartościowymi Zob. art. 11 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2017 r. poz. 1768 z późn. zm., dalej: u.o.i.f., oraz nieco już nieaktualną monografię: K. Włodarska, *Blokada na rachunku papierów wartościowych jako sposób zabezpieczenia wierzytelności*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 108–148.

⁴⁷⁰ Zob. podrozdział 2.3.1.3.

⁴⁷¹ Art. 2 ust. 1 u.n.z.f. stanowi, że „przepisy ustawy stosuje się, jeżeli ustanawiającym lub przyjmującym zabezpieczenie finansowe jest: (...)”. Następnie w przepisie tym występuje wyliczenie różnego rodzaju „wyspecjalizowanych podmiotów” (np. Narodowy Bank Polski), w którym to katalogu brak jest jakiegokolwiek podmiotu będącego osobą fizyczną.

⁴⁷² Np. akcje lub udziały w kredytobiorcy.

Jak już było wyżej podkreślane, ze względu na brak przepisów dopuszczających separację podmiotową w przypadku zastawu zwykłego, zabezpieczenie to będzie musiało być udzielone odrębnie każdemu kredytodawcy. Dojdzie zatem do multiplikacji zabezpieczeń. Jest to widoczne w przypadku Kredytowania Konsorcjalnego nr 1. W transakcji tej ustanowiono tylko cztery zastawy rejestrowe na akcjach, podczas gdy zastawów cywilnych i finansowych było aż po 16⁴⁷³. Wystąpiły cztery zastawy rejestrowe, bo czterech akcjonariuszy kredytobiorcy zastawiało swoje akcje⁴⁷⁴ w celu zabezpieczenia wierzytelności wynikających z umowy kredytowej. Tytuł do tych zastawów został przyznany administratorowi zastawu⁴⁷⁵. Zastawów cywilnych i finansowych musiało być aż po 16 (łącznie 32) z dwóch powodów. Po pierwsze, było czterech kredytodawców i każdemu z nich musiało być przyznane własne zabezpieczenie. To by jednak oznaczało, że zastawów powinno być łącznie 16⁴⁷⁶, a nie aż 32. Liczba 32 była spowodowana zasadą szczegółowości/specyfikacji praw rzeczowych, która nie doznaje wyjątków w przypadku zastawu finansowego⁴⁷⁷. Odrębnie musiały być zatem zabezpieczone wierzytelności z tytułu kredytu obrotowego, a odrębnie z tytułu kredytu refinansowanego, wszystkie wynikające z tej samej umowy kredytowej (dokumentu) i służące zabezpieczeniu tego samego, szeroko rozumianego celu (**jednej transakcji**). W przypadku zastawu rejestrowego oba „tytuły” (rodzaje kredytu) mogły być objęte jednym zastawem⁴⁷⁸. Innymi słowy, bardziej obrazując sytuację i nieco upraszczając, w przypadku „tej samej”, zabezpieczonej wierzytelności, tego samego zastawcy (osoby fizycznej) i tego samego przedmiotu zastawu (te same udziały/akcje), mieliśmy tylko jeden zastaw rejestrowy, ale aż osiem zastawów cywilnych⁴⁷⁹.

Co istotne, na tych samych akcjach/udziałach, które będą stanowiły przedmiot zastawu zwykłego na prawach, będą ustanawiane także zastawy rejestrowe⁴⁸⁰. Uzasadnione jest to tym, że w celu zaspokojenia się z zastawu zwykłego, potrzebne jest wszczęcie egzekucji sądowej⁴⁸¹, natomiast ustawa o zastawie rejestrowym przewiduje także pozaegzekucyjne sposoby zaspokojenia⁴⁸². Na korzyść zastawu zwykłego na prawach przemawia jednak fakt, że jest on ustanowiony już z chwilą spełnienia przesłanek z art. 329 k.c.

⁴⁷³ 16 zastawów finansowych na akcjach (w tych przypadkach, w których zastawcami nie były osoby fizyczne) oraz 16 zastawów cywilnych (w tych przypadkach, gdzie zastawcami były osoby fizyczne).

⁴⁷⁴ Będąc bardziej precyzyjnym: akcje tych podmiotów stanowiły przedmiot zastawu.

⁴⁷⁵ Zob. podrozdział 2.3.1.2.

⁴⁷⁶ Czterech kredytodawców miało swoje własne wierzytelności kredytowe, a zatem każdy z czterech zastawców powinien ustanowić po jednym zastawie finansowym/cywilnym bezpośrednio dla każdego z kredytodawców. $4 \times 4 = 16$.

⁴⁷⁷ „Jedno prawo zastawnicze – jedna wierzytelność”. Zob. R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 789–790. Odnośnie do krytyki tej zasady zob. T. Czech, *Zabezpieczenie zastawem rejestrowym wielu wierzytelności. Część I*, Przegląd Sądowy 2009, nr 7–8, s. 14–19.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ Tam, gdzie zastawcami-akcjonariuszami były osoby fizyczne.

⁴⁸⁰ Jest to widoczne w przedstawionym akapicie wcześniej przykładowie.

⁴⁸¹ Zob. odnośnie do zastawu zwykłego na prawach zob. art. 328 k.c. w zw. z art. 312 k.c.

⁴⁸² Zob. art. 2127 u.z.r.

Inaczej jest w przypadku zastawu rejestrowego, który do ustanowienia wymaga wpisu do rejestru⁴⁸³. Do pewnego stopnia zatem zastawy te się uzupełniają.

Ze względu na istniejącą w przypadku zastawu rejestrowego konstrukcję administratora zastawu, który jest w istocie zastępcą pośrednim, zastaw rejestrowy zwykle będzie mógł zostać udzielony takiemu podmiotowi i nie będzie potrzebna multiplikacja zabezpieczeń. Należy zatem przyrzeć się bliżej temu zabezpieczeniu.

2.3.1.2. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zastaw rejestrowy

Art. 308 k.c. jedynie stanowi, że wierzytelność można także zabezpieczyć zastawem rejestrowym, który regulują odrębne przepisy. Przez odrębne przepisy w tym przypadku należałoby rozumieć ustawę o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów. Do zastawu rejestrowego w sprawach nieuregulowanych tą ustawą stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (art. 1 ust. 2 u.z.r.).

Regulacja zastawu rejestrowego, w interesującym na potrzeby niniejszej pracy zakresie, jest o tyle różna od regulacji zastawu zwykłego, że w tym przypadku **mamy wyraźny przepis, który zezwala na separację podmiotową**⁴⁸⁴. Art. 4 u.z.r. reguluje instytucję administratora zastawu. Art. 4 ust. 1 u.z.r. stanowi:

w razie zabezpieczenia: **1) wierzytelności przysługującej dwóm lub więcej wierzycielom, 2) (...)** – jeden z wierzycieli wskazany w umowie zawartej z pozostałymi wierzycielami lub w układzie, może być upoważniony do zabezpieczenia zastawem rejestrowym wierzytelności przysługujących pozostałym wierzycielom i **do wykonywania we własnym imieniu, ale na ich rachunek**, prawa i obowiązków zastawnika wynikających z umowy zastawniczej i przepisów prawa (administrator zastawu) [pogrubienie – T.T.].

Jak wynika z powyższego, administrator zastawu wykonuje prawa i obowiązki zastawnika we własnym imieniu, ale na rachunek wierzycieli, którym przysługują zabezpieczone nim wierzytelności. To pozwala zakwalifikować go do szerszej kategorii **zastępcy pośredniego**⁴⁸⁵. Do ustanowienia administratora zastawu wystarcza zawarcie przez wierzycieli umowy i taki administrator jest później wpisywany do rejestru zastawów jako zastawnik⁴⁸⁶.

Dzięki tej instytucji uzyskujemy zarówno redukcję liczby zabezpieczeń, jak i radzimy sobie z problemem zbiorowości zabezpieczeń. Widać to na przykładzie

⁴⁸³ Zob. art. 2 ust. 1 u.z.r. Od chwili zawarcia umowy do momentu wpisu do rejestru może minąć trochę czasu. Problem oczekiwania na wpis dostrzega też M. Michalski, *Kilka...*, s. 20.

⁴⁸⁴ Jednak, czy rzeczywiście dochodzi tutaj do separacji podmiotowej, może być sporne i opiera się na przyjętym w niniejszym pracy założeniu, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi. Zob. 2.3.1.5.

⁴⁸⁵ Taka kwalifikacja administratora zastawu rejestrowego nie budzi większych wątpliwości w doktrynie. Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273.

⁴⁸⁶ W rejestrze zastawów administrator jest wpisywany jako „zastawnik” bez wskazania, czy zastawnik jest administratorem, czy może podmiotem niebędącym administratorem (klasycznym zastawnikiem). Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 137–143.

np. Kredytowania Konsorcjalnego 2. W transakcji tej doszło do ustanowienia 18 zastawów rejestrowych i aż 54 zastawów finansowych na tych samych przedmiotach zastawu. Wynikało to z faktu, że kilku zastawców⁴⁸⁷ miało po kilka rachunków bankowych, w odniesieniu do których kredytodawcy wymagali, aby wierzytelności z nich wynikające stanowiły przedmiot zabezpieczenia. Łącznie wystąpiło 18 takich rachunków bankowych, więc doszło do ustanowienia 18 zastawów rejestrowych, do których tytuł został przyznany agentowi zabezpieczeń (administratorowi zastawu)⁴⁸⁸. Ze względu na brak podobnej instytucji w przypadku zastawu finansowego⁴⁸⁹, każdy rachunek musiał być zastawiony odrębnie i zabezpieczenia musiały być przyznane każdemu z kredytodawców. Biorąc pod uwagę, że kredytodawców było trzech, to liczbę zastawów należało pomnożyć przez trzy i w ten sposób uzyskaliśmy liczbę aż 54 zastawów finansowych.

Wydawałoby się zatem, że instytucja administratora zastawu rozwiązuje problem wielości i zbiorowości zabezpieczeń. Należy jednak zauważyć pewną wadę regulacji. Art. 4 ust. 1 u.z.r. stanowi, że administratorem zastawu może być jedynie „jeden z wierzycieli”. Oznacza to, że agentem zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, któremu miałyby przysługiwać tytuł do zastawów rejestrowych, nie może być osoba trzecia, tj. podmiot, który nie jest jednym z kredytodawców. Wyjątek dotyczy jedynie przypadku, w którym zastaw rejestrowy zabezpiecza wierzytelności z tytułu dłużnych papierów wartościowych emitowanych w serii. Art. 4 ust. 4 u.z.r. zezwala wyraźnie w takim przypadku na wyznaczenie jako administratora podmiotu innego niż wierzyciel z tytułu takich papierów wartościowych⁴⁹⁰. Kredytowanie konsorcjalne, choć z ekonomicznego punktu widzenia jest w dużym stopniu odpowiednikiem finansowania z tytułu dłużnych papierów wartościowych, jest innym rodzajem transakcji i wyjątek ten nie znajdzie zastosowania w jego przypadku⁴⁹¹.

Jednak, przynajmniej obecnie, sytuacja, w której jeden z kredytodawców nie jest agentem zabezpieczeń, stanowi raczej wyjątek⁴⁹². W przypadku wierzytelności z tytułu dłużnych papierów wartościowych emitowanych w serii, wierzycieli jest tak dużo, że wręcz zasadą jest, że agentem zabezpieczeń jest osoba trzecia⁴⁹³. Natomiast w przypadku „polskiego” kredytowania konsorcjalnego⁴⁹⁴ rzadko liczba kredytodawców wykracza poza 4–5 podmiotów, a zaufanie banków do siebie jest na tyle duże, że powierzanie funkcji agenta

⁴⁸⁷ Kredytobiorca i jego niektóre podmioty zależne.

⁴⁸⁸ Wierzytelności wynikające z każdego rachunku bankowego zabezpieczane są odrębnym zastawem rejestrowym.

⁴⁸⁹ Więcej o tym poniżej.

⁴⁹⁰ Zob. art. 4 ust. 4 w zw. z art. 4 ust. 3 u.z.r.

⁴⁹¹ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 31, przypis 15.

⁴⁹² Autor niniejszej pracy nie spotkał się z takim przypadkiem ani bezpośrednio (nie obsługiwał tego rodzaju transakcji), ani pośrednio (nie słyszał o takiej transakcji). Zob. też T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 429.

⁴⁹³ Tym bardziej że jest on wyznaczany przez emitenta i to przed emisją, a więc wierzyciele mogą być na moment jego wyznaczania nawet nieznanymi. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 89.

⁴⁹⁴ „Polskiego” w znaczeniu, że nie mamy tutaj do czynienia z międzynarodowym kredytowaniem konsorcjalnym, w którym występuje bardzo wielu kredytodawców którzy są często podmiotami mającymi swoje siedziby w różnych krajach. Więcej na ten temat w rozdziale 5.

zabezpieczeń osobie trzeciej banki uważają za zbędne⁴⁹⁵. Wyjątki mogą dotyczyć tych sytuacji, w których kredytodawcy nie tyle angażują się w kredytowanie konsorcjalne, aby połączyć się trwałą, wieloletnią więzią kredytową z kredytobiorcą, ile po prostu, żeby zarobić na pewnych prowizjach np. aranżacyjnych⁴⁹⁶ i sprzedać swoje udziały w kredycie, tj. swoje wierzytelności kredytowe, na rynku wtórnym⁴⁹⁷. W takich przypadkach uzasadnione może być utworzenie spółki celowej (ang. *Special purpose vehicle*, SPV)⁴⁹⁸. Jest ona powoływana tylko dla potrzeb konkretnej transakcji, by pełnić funkcję agenta zabezpieczeń. Najbardziej pożądaną sytuacją byłaby taka, w której agent zabezpieczeń przybrałby formę zastępcy pośredniego. Pozwoliłoby to, po pierwsze, uniknąć późniejszego przenoszenia zabezpieczeń i czynności z tym związanych w przypadkach, w których dochodzi do przenoszenia wierzytelności kredytowych⁴⁹⁹. Jeżeli wierzytelności wyzbyłby się dotychczasowy administrator zastawu, ze względu na fakt, że przestał on być jednym z wierzycieli, musiałoby dojść co najmniej do wyznaczenia nowego administratora zastawu oraz wpisania go do rejestru zastawów⁵⁰⁰. Po drugie, spółka celowa (SPV) generalnie może być pożądana, ponieważ taki podmiot nie powinien prowadzić żadnej innej działalności poza zarządzaniem zabezpieczeniami. To oznacza, że ryzyko upadłości takiej spółki będzie znikome⁵⁰¹. Jest to o tyle korzystne dla transakcji kredytowania konsorcjalnego, że przychody z egzekucji zabezpieczeń nigdy nie powinny wejść w skład masy upadłości, co powinno wpłynąć na lepszy *rating* danego finansowania. *Rating* natomiast przekłada się na lepszą cenę, jaką kredytodawcy będą mogli uzyskać przy sprzedaży swoich wierzytelności kredytowych. **Problem ten dotyczy jednak głównie innych zabezpieczeń przyznanych agentowi zabezpieczeń niż zastaw rejestrowy czy hipoteka** (np. przewłaszczenia na zabezpieczenie), ponieważ art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u. wyraźnie stanowi, że:

nie wchodzi do masy upadłości: (...) 3) kwota uzyskana z tytułu realizacji zastawu rejestrowego lub hipoteki, w części przypadającej zgodnie z umową powołującą administratora pozostałym wierzycielom.

Poza powyższym, m.in. ze względu na to, że ryzyko upadłości banku jest raczej niewielkie⁵⁰², ustanawianie spółki celowej (SPV) w przypadku polskiego kredytowania konsorcjalnego jest raczej rzadkie⁵⁰³. Można też zauważyć, że w doktrynie postuluje się

⁴⁹⁵ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 74–75.

⁴⁹⁶ Odnośnie do tych prowizji zob. np. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 576.

⁴⁹⁷ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 186–236. Zob. też: D. Szot, *Cesja konsorcjalnych wierzytelności hipotecznych*, Rejent 2014, nr 8, s. 77–78.

⁴⁹⁸ Więcej na temat SPV zob. G. Cern, *Spółka celowa w praktyce notarialnej*, LEX, Warszawa 2017. Odnośnie do spółek celowych w transakcjach kredytowania konsorcjalnego rządzonych prawem angielskim zob. N. Mugarura, *The Law...*, s. 192–193.

⁴⁹⁹ Więcej na ten temat w podrozdziale 2.3.1.5.

⁵⁰⁰ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 114.

⁵⁰¹ Nie będzie on ponosił ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej.

⁵⁰² Choć jak pokazał kryzys z 2008 r., istnieje ono na pewno.

⁵⁰³ Poza małym ryzykiem upadłości banku innym powodem może być fakt, że polskie transakcje kredytowania konsorcjalnego obecnie charakteryzują się stosunkowo niską kwotą kredytu oraz małą liczbą

rozszerzenie instytucji administratora zastawu także na przypadki, w których takim administratorem miałyby być osoba trzecia⁵⁰⁴.

2.3.1.3. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a zastaw finansowy

Rozważania dotyczące zastawu finansowego można zacząć od przypomnienia tezy, która może być kontrowersyjna, tj. że **zastaw finansowy stanowi Zabezpieczenie Rzeczowe**⁵⁰⁵. Założenie takie jest bardzo istotne, ponieważ, w przypadku jego skutecznego zakwestionowania, zabezpieczenie to należałoby zakwalifikować jako Zabezpieczenie Osobiste. A to z kolei by oznaczało, że rozważania go dotyczące powinno się przenieść do podrozdziału rozważającego tę grupę⁵⁰⁶. Taka kwalifikacja pozwoliłaby uniknąć problemów rozważanych w niniejszym podrozdziale. Jednak przyporządkowanie zastawu finansowego do grupy zabezpieczeń rzeczowych⁵⁰⁷, przynajmniej aktualnie, dominuje w doktrynie⁵⁰⁸.

Zastaw finansowy został uregulowany u.n.z.f. Przepisy dotyczące tego zabezpieczenia są rozproszone po całej ustawie. Jego „definicję” można znaleźć w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.n.z.f., który stanowi:

Umowa o ustanowienie zabezpieczenia finansowego określa wierzytelności finansowe podlegające zabezpieczeniu oraz sposób zabezpieczenia, polegającego na:

- 1) (...)
- 2) ustanowieniu przez ustanawiającego zabezpieczenie na rzecz przyjmującego zabezpieczenie zastawu na prawach do środków pieniężnych, na wierzytelnościach kredytowych lub na instrumentach finansowych (zastaw finansowy) (...)

U.n.z.f. charakteryzuje niski poziom legislacyjny, co sprawia, że w odniesieniu do zastawu finansowego powstaje wiele problemów i wątpliwości interpretacyjnych⁵⁰⁹. Na potrzeby niniejszych rozważań najbardziej interesujący jest fakt, że w przypadku tej

kredytodawców. Wraz ze wzrostem liczby kredytodawców oraz wzrostem kwoty kredytu rośnie ekonomiczna opłacalność i chęć utworzenia SPV. Nie można wykluczyć, że wraz z rozwojem polskiego rynku i coraz to większą liczbą międzynarodowych transakcji kredytowania konsorcjalnego angażujących polskie podmioty, popularność SPV w tego rodzaju transakcjach wzrośnie.

⁵⁰⁴ Np. zaproponowany podczas Konferencji NAPKC przepis brzmiał: „Jeżeli prawo zastawnicze ma zabezpieczać wierzytelności przysługujące różnym wierzycielom, prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego lub zastawnika wykonuje powołany przez wierzycieli administrator we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli, administrator (administrator zabezpieczenia). Administratorem może być wierzyciel **lub osoba trzecia**” [pogrubienie – T.T.]. Zob. też M. Kućka, *Administrator...*, s. 114.

⁵⁰⁵ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2.

⁵⁰⁶ Zob. podrozdział 2.3.2.

⁵⁰⁷ Zwrot „zabezpieczenia rzeczowe”, w tym przypadku, celowo jest pisany z małej litery, ponieważ doktryna klasyfikuje to zabezpieczenie jako zabezpieczenie rzeczowe w „klasycznym” rozumieniu tego zwrotu (bezwzględność uprawnień w odniesieniu do określonego przedmiotu).

⁵⁰⁸ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2 i cytowaną tam literaturę. Choć rozważania te, nie dotyczą zakwalifikowania zastawu finansowego do zabezpieczeń rzeczowych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności. Z tego powodu zwrot „zabezpieczenia rzeczowe” był pisany z małych liter.

⁵⁰⁹ Por. M. Michalski, *Kilka...*, s. 16.

regulacji brak jest np. przepisu, który by stanowił, że zastaw finansowy nie może być przeniesiony bez wierzytelności, którą zabezpiecza. Taka regulacja mogłaby sugerować, że nie może dojść do separacji podmiotowej. Ze względu na brak przepisu w u.n.z.f., który nakazywałby stosowanie do zastawu finansowego wprost czy też odpowiednio przepisów o zastawie zwykłym, może powstać wątpliwość, czy i w jakim zakresie powinniśmy je stosować. Rozważenie tego problemu na potrzeby niniejszej pracy nie jest potrzebne, choć w doktrynie zauważa się, że do zastawu finansowego stosuje się przepisy k.c. o zastawie zwykłym⁵¹⁰. Wynika to z faktu, że jeżeli zgodzimy się, iż zastaw finansowy stanowi Zabezpieczenie Rzeczowe, to zgodnie z powyższymi rozważaniami⁵¹¹, jedyne co musimy ustalić, to czy w jego przypadku **mamy wyraźny przepis, który na Separację Podmiotową zezwala**. W u.n.z.f. takowy nie występuje. Nawet jeżeli zgodzimy się, że do zastawu finansowego stosujemy przepisy k.c. o zastawie, to i w tym przypadku brak będzie takiego przepisu⁵¹². **To oznacza, że zastaw finansowy, podobnie jak zastaw zwykły, w przypadku kredytowania konsorcjalnego⁵¹³, jest zawsze Zabezpieczeniem Akcesoryjnym, a zatem separacja podmiotowa w odniesieniu do niego nie jest możliwa. Powoduje to, że w przypadku zastawu finansowego skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego nie jest możliwe.** Zabezpieczenia te muszą być udzielane odrębnie każdemu z kredytodawców i, podobnie jak w przypadku zastawu zwykłego, co najwyżej będzie można skorzystać z formy agenta w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Akcesoryjność zastawu finansowego rodzi identyczne problemy dotyczące wielości i zbiorowości zabezpieczeń jak Akcesoryjność zastawu zwykłego. Zostały one zobrazowane powyżej⁵¹⁴. Można zauważyć, że już przy tych rozważaniach odnoszono się również do zastawu finansowego, dlatego ponowne, bardziej praktyczne przedstawienie problemów, nie jest potrzebne.

Jedyne, co należy przeanalizować, to kwestia, czy w przypadku kredytowania konsorcjalnego brak możliwości skorzystania z agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego stanowi problem w praktyce. W rozważaniach dotyczących zastawu zwykłego zostało stwierdzone, że problem może powstać przy stosunkowo ograniczonym stanie faktycznym. Będą to następujące okoliczności faktyczne:

- a) mamy do czynienia z zastawem zwykłym na prawach,
- b) przedmiotem zastawu będą udziały lub akcje, oraz
- c) zastawcą będzie osoba fizyczna, która ma udziały/akcje, co do których kredytodawcy będą wymagać, aby były one przedmiotem zastawu.

⁵¹⁰ Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 569.

⁵¹¹ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2.

⁵¹² Zob. podrozdział 2.3.1.1.

⁵¹³ Wytłumaczenie dlaczego powyżej występuje wyraźne odniesienie się do kredytowania konsorcjalnego, można znaleźć w podrozdziale 2.3.1.5. W skrócie można powiedzieć, że u.o. przewiduje „własną” instytucję administratora zabezpieczeń.

⁵¹⁴ Zob. podrozdziały 2.3.1.1 oraz 2.3.1.2.

W przypadku zastawu finansowego sytuacja jest zupełnie inna. Pełni on bardzo istotną funkcję w przypadku kredytowania konsorcjalnego i występuje w niemalże każdej transakcji tego typu⁵¹⁵. Wynika to z faktu, że, podobnie jak w przypadku zastawu zwykłego na prawach, jego ustanowienie nie wymaga wpisu do urzędowego rejestru, a jedynie odpowiedniego odnotowania w właściwym wykazie lub na rachunku⁵¹⁶. Tym, co czyni zastaw finansowy bardziej atrakcyjnym od zastawu zwykłego na prawach, są pozaegzekucyjne sposoby zaspokojenia⁵¹⁷. Natomiast wadą zastawu finansowego, która będzie powodować, że równolegle na tych samych przedmiotach będzie ustanawiany także zastaw rejestrowy, jest fakt, że nie przysługuje mu wyższa kolejność zaspokojenia w postępowaniu egzekucyjnym. O ile należności zabezpieczone zastawem rejestrowym znajdują się w pkt 5 art. 1025 k.p.c., to należności zabezpieczone zastawem finansowym nie będą korzystały z żadnego szczególnego pierwszeństwa⁵¹⁸. Można zatem znowu powiedzieć, że zastawy te do pewnego stopnia uzupełniają się.

Powyższe prowadzi do wniosku, że bezwzględna Akcesoryjność zastawu finansowego prowadzi do rzeczywistych problemów ze zbiorowością i wielością zabezpieczeń. Zabezpieczenia są niepotrzebnie powielane, nie gwarantując w żaden sposób lepszej ochrony dla kredytobiorcy. Wydaje się, że można jednak znaleźć uzasadnienie takiej sytuacji. Będzie ono jednak rozważone dopiero w podrozdziale analizującym, dlaczego ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie instytucji administratora zabezpieczeń w odniesieniu do zastawu zwykłego i zastawu finansowego (podrozdział 2.3.1.6). Przed przejściem do tych przemyśleń, dla pełności wyводу, należałoby najpierw rozważyć możliwość skorzystania z agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w odniesieniu do ostatniego z Zabezpieczeń Rzeczowych, tj. hipoteki.

2.3.1.4. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a hipoteka

Kodeks cywilny jedynie wspomina o hipotece w art. 244 § 1 k.c., a w § 2 tego przepisu zaznacza, że regulują ją odrębne przepisy. Mowa jest tutaj, przede wszystkim, o przytaczanej już wielokrotnie ustawie o księgach wieczystych i hipotece⁵¹⁹. Występują również inne akty prawne normujące tę instytucję, ale dla celów niniejszych rozważań analiza przepisów u.k.w.h. jest wystarczająca⁵²⁰. Można tylko uzupełniająco zauważyć,

⁵¹⁵ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 73–74. Autor niniejszej pracy, w swojej ponaddwuletniej praktyce nie spotkał się nigdy z kredytowaniem konsorcjalnym, w którym tego typu zabezpieczenia nie byłyby ustanawiane.

⁵¹⁶ Zob. art. 7 ust. 2 u.n.z.f.

⁵¹⁷ Zob. art. 10–11 u.n.z.f.

⁵¹⁸ Zob. art. 1025 k.p.c. Tak samo J. Pisuliński, *Zabezpieczenia...*, s. 34 i A. Stangret-Smoczyńska, *Charakter...*, s. 69–70.

⁵¹⁹ Zob. art. 65–112 u.k.w.h.

⁵²⁰ Zob. np. ustawę z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz. U. poz. 819); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz. U. Nr 102, poz. 1122 z późn. zm.); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie teleinformatycznym (Dz. U. poz. 312 z późn. zm.);

że art. 245–250 k.c. dotyczące ograniczonych praw rzeczowych stosuje się do hipoteki w takim zakresie, w jakim rozwiązań szczególnych nie zawiera u.k.w.h.⁵²¹

Regulacja hipoteki, w interesującym nas zakresie, jest podobna do regulacji zastawu rejestrowego. **Wyraźnym przepisem, który zezwala na separację podmiotową**⁵²², jest art. 68² u.k.w.h., regulujący instytucję administratora hipoteki. Art. 68² ust. 1, ust. 3 i ust. 5 u.k.w.h. stanowią:

1. W celu zabezpieczenia hipoteką **kilku wierzycieli przysługujących różnym podmiotom**, a służącym sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia, wierzyciele powołują administratora hipoteki. Administratorem może być jeden z wierzycieli albo osoba trzecia.

(...)

3. Administrator hipoteki zawiera umowę o ustanowienie hipoteki oraz **wykonuje prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli, których wierzycieli są objęte zabezpieczeniem**. W umowie ustanawiającej hipotekę należy określić zakres zabezpieczenia poszczególnych wierzycieli oraz przedsięwzięcie, którego sfinansowaniu służą.

(...)

5. W księdze wieczystej jako wierzyciela hipotecznego wpisuje się administratora hipoteki. Na wniosek wierzycieli, których wierzycieli są objęte zabezpieczeniem, sąd dokonuje zmiany wpisu administratora hipoteki [pogrubienie – T.T.].

Art. 68² ust. 3 u.k.w.h. wyraźnie stanowi, że administrator hipoteki wykonuje prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego, **we własnym imieniu, ale na rachunek wierzycieli, których wierzycieli są objęte zabezpieczeniem**. Taka regulacja pozwala przyporządkować tę instytucję do szerszej kategorii **zastępcy pośredniego**⁵²³. Do jego ustanowienia wystarcza zawarcie przez wierzycieli umowy oraz późniejsze wpisanie takiego administratora do księgi wieczystej jako wierzyciela hipotecznego⁵²⁴.

Między regulacją administratora zastawu a regulacją administratora hipoteki występują pewne różnice⁵²⁵. Wydaje się jednak, że mają one charakter raczej poboczny, niepodważający istoty instytucji, tj. że mamy do czynienia w obu przypadkach z zastępcą pośrednim⁵²⁶. Dlatego też kompleksowa i pełna analiza tych różnic dla potrzeb niniejszej pracy, nie jest wymagana, a w tym zakresie można odesłać do literatury⁵²⁷.

art. 95 p.b.; art. 7 u.o., art. 747 pkt 2 k.p.c. Inne akty prawne odnoszące się w mniejszym lub większym zakresie do hipoteki wymienia też: J. Pisuliński [w:] *System...*, t. 4, s. 574.

⁵²¹ Zob. *ibid.*, s. 573.

⁵²² Zob. jednak podrozdział 2.3.1.4.

⁵²³ Taka kwalifikacja administratora hipoteki nie budzi większych wątpliwości w doktrynie. Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273.

⁵²⁴ Czyli sytuacja jest podobna jak w przypadku administratora zastawu. Zob. podrozdział 2.3.1.2.

⁵²⁵ Zaznaczają je J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272–273.

⁵²⁶ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273.

⁵²⁷ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 111–268.

Wystarczające jest skupienie się na jednej różnicy, która ma istotne znaczenie ze względu na przedmiot niniejszej pracy.

Przy rozważaniach dotyczących zastawu rejestrowego zostało zauważone, że w przypadkach, w których mamy do czynienia z kredytem konsorcjalnym, administratorem zastawu nie może być osoba trzecia⁵²⁸. Natomiast w przypadku hipoteki, art. 68² ust. 1 zd. 2 u.k.w.h. wyraźnie stanowi, że administratorem może być jeden z wierzycieli **albo osoba trzecia**. To powoduje, że nie powstają problemy, które rodziły się w przypadku zastawu rejestrowego. Po pierwsze, nie ma przeszkód, aby administratorem była spółka celowa (SPV). Po drugie, art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u. dotyczy również administratora hipoteki, co oznacza, że nie wejdą do masy upadłości podmiotu będącego administratorem, kwoty uzyskane z tytułu realizacji hipoteki, w części przypadającej zgodnie z umową powołującą administratora pozostałym wierzycielom.

Dla pełni wyводу można tylko zauważyć, że w doktrynie zwraca się uwagę, iż problematyczna jest interpretacja jednego z warunków ustanowienia administratora, tj. przesłanki „**sfinansowania tego samego przedsięwzięcia**” (art. 68² ust. 1 u.k.w.h.) i można spotkać postulat *de lege ferenda* jej wyeliminowania⁵²⁹. Przesłanka ta nie występuje w przypadku administratora zastawu rejestrowego. Jednak w przypadku kredytowania konsorcjalnego jej spełnienie, nawet w przypadku różnego rodzaju i wielości „finansowań” leżących u jego podstaw, zwykle nie powinno rodzić większych trudności. Sam ustawodawca wprowadzając instytucję administratora hipoteki zauważył w uzasadnieniu nowelizacji, że: „ (...) [administrator hipoteki – T.T.] to rozwiązanie umożliwiające dogodne i elastyczne zabezpieczenie wierzytelności **uczestników konsorcjum wierzycieli**”⁵³⁰ [pogrubienie – T.T.].

Dzięki tej instytucji, w ten sam sposób jak w przypadku administratora zastawu, osiągamy redukcję liczby zabezpieczeń, przy zachowaniu zasadniczo takiej samej ochrony wierzycieli oraz, przynajmniej w pewnym zakresie, radzimy sobie z problemem zbiorowości zabezpieczeń⁵³¹. Można tylko zauważyć, że czasami kredytodawcy uważają, że hipoteka jest tak ważnym dla nich zabezpieczeniem, że nie chcą korzystać z instytucji administratora hipoteki i wolą, aby zabezpieczenia były udzielone im odrębnie. Tak było przy transakcji Kredytowania Konsorcjalnego nr 1, przy której banki preferowały, aby hipoteki były przyznane im, a nie agentowi zabezpieczeń, choć taki w tej transakcji występował⁵³². Należy jednak uwzględnić specyfikę tej konkretnej transakcji, w której tylko jedna nieruchomości stanowiła przedmiot zabezpieczenia, a więc do tak dużej multiplikacji nie musiało dojść⁵³³.

⁵²⁸ Zob. podrozdział 2.3.1.2.

⁵²⁹ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 557–563; T. Czech, T. Stawecki, *Ułomny administrator hipoteki*, Rzeczpospolita 2009, nr 146, s. C7 oraz M. Kućka, *Administrator...*, s. 95–96.

⁵³⁰ *Uzasadnienie zmiany ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw*, s. 6, druk 1562, Warszawa, 29 grudnia 2008 r., <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1027>.

⁵³¹ Dlatego wystarczające jest odesłanie do podrozdziału 2.3.1.2, gdzie owa redukcja i radzenie sobie są pokazane w sposób bardziej obrazowy dzięki posłużeniu się przykładem z transakcji Kredytowania Konsorcjalnego 2.

⁵³² Zob. też T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 517.

⁵³³ Zamiast jednej hipoteki zostały ustanowione cztery.

2.3.1.5. Czy zastaw rejestrowy i hipoteka znajdują się w majątku zastępcy pośredniego?

Zarówno w przypadku agenta zabezpieczeń w wąskim rozumieniu, jak i w formie zastępcy pośredniego, zabezpieczone wierzytelności przysługują kredytodawcom. To co odróżnia te dwie formy, to m.in. to, komu będzie przysługiwał „tytuł do zabezpieczenia”⁵³⁴. W przypadku tej pierwszej formy powinien on przysługiwać kredytodawcom, natomiast w przypadku tej drugiej – agentowi zabezpieczeń. Jednak należy zastanowić się, co oznacza wspomniany „tytuł”. Wymóg takich rozważań wynika z tego, że zarówno w przypadku administratora zastawu, jak i administratora hipoteki, w doktrynie możemy napotkać spór dotyczący odpowiedzi na pytanie: czy hipoteka i zastaw rejestrowy znajdują się **w majątku administratora**, czy może jednak **w majątkach kredytodawców**⁵³⁵? Należałoby zatem zastanowić się: czy „przysługiwanie tytułu” oznacza „znajdowanie się w majątku”?⁵³⁶ Jeżeli tak, to czy w przypadku skorzystania z instytucji administratora rzeczywiście znajduje się on w majątkach kredytodawców. Jest to istotne, ponieważ odpowiedź „tak” na oba pytania, oznaczałaby, że w przypadku administratora zastawu i administratora hipoteki do żadnej separacji podmiotowej w rzeczywistości nie dochodzi.

2.3.1.5.1. „Przysługiwanie tytułu” a „znajdowanie się w majątku”

Rozważania dotyczące kwestii „tytułu” i „majątku” można zacząć od podstawowej dla zabezpieczeń kwestii, tj. że w przypadku zabezpieczania wierzytelności mamy do czynienia z **dwoma stosunkami prawnymi**:

- 1) stosunkiem prawnym, z którego wynika albo będzie wynikać w przyszłości zabezpieczona wierzytelność;
- 2) stosunkiem prawnym zabezpieczenia/stosunkiem zabezpieczenia⁵³⁷.

Im bardziej akcesoryjne dane zabezpieczenie⁵³⁸, tym te stosunki prawne są ze sobą ściślej powiązane. Jednak wydaje się, że chyba zawsze można je widzieć jako **dwa różne stosunki prawne nawet w przypadkach, w których po obu ich stronach występują te**

⁵³⁴ Zob. podrozdział 2.2.1.1.

⁵³⁵ Należy zauważyć, że w przypadku pozostałych zabezpieczeń, które mogą być przyznane agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, bezsporne jest, że zabezpieczenie znajduje się w majątku agenta (to jemu przysuguje tytuł). Zob. np. M. Kučka, *Administrator...*, s. 43. Przywołanie tego autora w tym miejscu jest istotne, ponieważ w przypadku skorzystania z instytucji administratora hipoteki i administratora zastawu, twierdzi on, że hipoteka/zastaw rejestrowy znajdują się w majątku kredytodawców. Więcej na ten temat poniżej, natomiast w tym miejscu można tylko zaznaczyć, że autor ten (oraz inni) wywodzą założenie znajdowania się pozostałych zabezpieczeń w majątku agenta w formie zastępcy pośredniego z „nieakcesoryjności” owych zabezpieczeń.

⁵³⁶ W odniesieniu do wyżej przedstawionego kontekstu zwroty „przysługiwanie tytułu” oraz „znajdowanie się w majątku” nie są terminami języka prawnego (można je jedynie znaleźć w literaturze przedmiotu). Przykładowo zwrotem „znajdowanie się w majątku” posługuje się np. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272. Drugi z tych zwrotów jest też bardziej popularny np. w literaturze obcojęzycznej dotyczącej przedmiotu niniejszej rozprawy. Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 61.

⁵³⁷ Por. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 69.

⁵³⁸ Tj. zależność przejawia się przy większej ilości aspektów. Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 82–118.

same podmioty⁵³⁹. Przy pierwszym mówilibyśmy o **zobowiązaniowym** stosunku prawnym, w którym strony określa się jako **wierzyciela i dłużnika**. Przy drugim – o stosunku prawnym, który może być **zobowiązaniem albo stosunkiem prawnorzeczowym**, ale zawsze właściwe byłoby odnoszenie się do stron tego stosunku jako do **zabezpieczającego/zabezpieczyciela (strona zobowiązana) i zabezpieczonego (strona uprawniona)**.

Przenosząc powyższe na grunt rozważań dotyczących zastawu rejestrowego i hipoteki, w odniesieniu do stosunku zabezpieczenia, mówilibyśmy o stosunkach prawno-rzeczowych oraz o, odpowiednio, dłużniku zastawniczym/hipotecznym (zabezpieczający) oraz o wierzycielu zastawniczym/hipotecznym (zabezpieczony)⁵⁴⁰. Za tego drugiego należałoby uważać podmiot, któremu przysługuje tytuł do zastawu/hipoteki. Przez „przyślugiwanie tytułu” można by rozumieć to, komu zabezpieczenie zostało udzielone.

Problem w przypadku administratora hipoteki/zastawu polega na tym, że zabezpieczenie jest udzielone „**na imieniu**” administratora, **ale na rzecz wierzycieli**⁵⁴¹. Może zatem powstać spór, komu tak naprawdę tytuł do zabezpieczenia przysługuje.

Jeżeli zabezpieczenie jest udzielone administratorowi zastawu/hipoteki, to można twierdzić, że to on powinien być uznany za zabezpieczonego (wierzyciela zastawniczego/hipotecznego), co oznaczałoby, że to jemu przysługuje tytuł do zabezpieczenia⁵⁴². Można jednak twierdzić, że zabezpieczenie jest udzielane kredytodawcom, choćby dlatego, że to ich wierzytelności są zabezpieczone, a zatem zabezpieczenie służy wzmocnieniu ich pozycji.

Powyższe jest nieco inną prezentacją sporu, który obecnie toczy się w doktrynie, tj.: czy zabezpieczenie wchodzi do majątku administratora czy wierzycieli⁵⁴³?

Należy postawić tezę, że, w kontekście przedmiotu niniejszej pracy, „posiadanie tytułu do zabezpieczenia” oznacza to samo co „znajdowanie się tego zabezpieczenia w majątku osoby go posiadającej”⁵⁴⁴. Może zatem powinno się unikać posługiwania się zwrotem „tytuł” i mówić o „wchodzeniu do majątku”⁵⁴⁵. Jednak odnoszenie się do tytułu

⁵³⁹ T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 69.

⁵⁴⁰ Mogą oczywiście powstać wątpliwości, czy w przypadku stosunku prawnorzeczowego należałoby się posługiwać zwrotami „dłużnik” i „wierzyciel”, które są właściwe dla stosunku zobowiązaniowego. Wydaje się jednak, że przy dookreśleniu, że chodzi o dłużnika/wierzyciela „zastawniczego”/„hipotecznego” taka terminologia nie wprowadza w błąd i posługuje się nią sam ustawodawca (np. art. 68² ust. 3 u.k.w.h.), dlatego należałoby ją zaakceptować i stosować.

⁵⁴¹ Zob. T. Czech, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2014, komentarz do art. 68² u.k.w.h., tezy 9–17. Wspomniane opracowanie posługuje się zwrotem „na imieniu”, który wydaje się językowo niepoprawny i niniejsza praca będzie starała się go unikać w dalszej części pracy. Jednak zwrotu tego warto użyć w tym miejscu, ponieważ T. Czech jest autorem, do którego niniejsze opracowanie odsyła najczęściej, tym samym wydaje się najlepszym ekspertem w omawianej dziedzinie, a w każdym ze swoich opracowań odnoszących się do materii poruszanej w niniejszej rozprawie, posługuje się zwrotem „na imieniu”. Poza wspomnianym komentarzem, także np. w T. Czech, *Konsorcjum...* lub T. Czech, *Funkcje...*

⁵⁴² Tak: T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., tezy 9–17.

⁵⁴³ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273, M. Kućka, *Administrator...*, s. 50–62. Jednak o tytule, a nie o majątku pisze np. R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 782 i n. O tytule, a nie majątku zwykle też mowa w obcojęzycznej literaturze. Zob. np. A. Thiele, *Collective...*

⁵⁴⁴ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, s. 273.

w lepszy sposób obrazuje problemy rozważane w niniejszej pracy⁵⁴⁶ i brzmi lepiej niż „wchodzenie do majątku”. Z tych powodów dalsze rozważania w pracy będą prowadzone z perspektywy **posiadania/przysługiwania tytułu**. Należy jednak pamiętać, że z perspektywy części polskiej doktryny rozważany w istocie jest problem „wchodzenia” zabezpieczeń do majątku czy to administratora hipoteki, czy administratora zastawu. **Słusznie też uważa się w doktrynie, że posługiwanie się terminem „zastawnik” czy „wierzyciel hipoteczny” w przypadku administratora zastawu czy hipoteki nie do końca odzwierciedla „tradycyjne” rozumienie tych pojęć**⁵⁴⁷.

Rozważania z niniejszego podrozdziału mogą wydawać się niepotrzebne i niezrozumiałe, jednak mają bardzo ważny cel. Jest nim znalezienie prawidłowej terminologii, aby poniżej, w sposób bardziej precyzyjny i przekonujący, spróbować odeprzeć argumenty, iż np. tytuł do zabezpieczenia przysługuje zastępcy pośredniemu, ale zabezpieczenie wchodzi do majątku kredytodawców.

2.3.1.5.2. Komu przysługuje tytuł do zastawu/hipoteki?

Jak zwrócono uwagę powyżej, to komu przysługuje tytuł do zastawu rejestrowego czy hipoteki w przypadku skorzystania z instytucji administratora nie jest pozbawione kontrowersji. Tym samym nie do końca jasne jest, kto **może być uznany za zabezpieczonego (wierzyciela hipotecznego/zastawnika)**. **Rzeczony wątpliwości wynikają z niepełnego i nie do końca jasnego rozstrzygnięcia pewnych kwestii przez ustawodawcę, w czasach, gdy regulował on instytucje administratora hipoteki/zastawu**. W szczególności należy się przyjrzeć przepisom dotyczącym administratora hipoteki. Art. 68² ust. 3 u.k.w.h. stanowi, że:

Administrator hipoteki zawiera umowę o ustanowienie hipoteki oraz **wykonuje** prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem (...) [pogrubienie – T.T.]

Natomiast w ust. 5 tego samego artykułu możemy przeczytać: „W księdze wieczystej **jako** wierzyciela hipotecznego wpisuje się administratora hipoteki” [pogrubienie – T.T.].

Wyraźnie wynika z przytoczonych przepisów, że ustawodawca miał pewne obawy przed jednoznacznym stwierdzeniem, że administrator hipoteki jest wierzycielem hipotecznym. Mogłoby się wydawać zatem, że wierzycielami hipotecznymi są ciągle kredytodawcy, a administrator jest jedynie ich swoistego rodzaju reprezentantem/pośrednikiem. Jednak to by prowadziło do wniosku, że w przypadku skorzystania z instytucji administratora hipoteki mamy do czynienia **ze wspólną hipoteką**. Natomiast tego ustawodawca również wyraźnie w przepisach nie stwierdza. Wydaje się, że wynika to z faktu, że polski

⁵⁴⁶ Separację podmiotową oraz Zabezpieczenia Akcesoryjne.

⁵⁴⁷ Takie uwagi w odniesieniu do administratora zastawu rejestrowego R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 784–787. Zob. jednak też: T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., tezy 9–17.

porządek prawny nie uznaje, poza sytuacjami wyjątkowymi, wspólności tego prawa⁵⁴⁸. Ustawodawca w ust. 6 art. 68² u.k.w.h. nakazuje jedynie odpowiednie stosowanie przepisów o zniesieniu współwłasności do przypadków wygaśnięcia umowy powołującej administratora hipoteki i niepowołania nowego administratora. Nie odsyła natomiast kompleksowo do bezpośredniego/odpowiedniego stosowania przepisów o współwłasności czy innej wspólności praw. Można zatem szerzej zastanowić się co przemawia za pierwszym stanowiskiem⁵⁴⁹, a co za drugim⁵⁵⁰.

2.3.1.5.2.1. Argumenty za przysługiwaniem tytułu do zastawu/hipoteki kredytobiorcom

Za tezę, że w przypadku skorzystania z instytucji administratora hipoteki tytuł do hipoteki przysługuje kredytodawcom, przemawia wiele argumentów. Wymieniają je i krótko omawiają J. Pisuliński, Ł. Przyborowski i G. Tracz⁵⁵¹. Autorzy ci twierdzą, że gdyby tytuł do hipoteki przysługiwał administratorowi to:

- 1) niepotrzebny byłby art. 68² ust. 5 u.k.w.h.;
- 2) dokonanie zmiany wpisu administratora w księdze wieczystej dokonywane byłoby na wniosek nowego lub starego administratora, a nie wierzycieli⁵⁵²;
- 3) powinna być uregulowana przez ustawodawcę kwestia przeniesienia hipoteki w razie wygaśnięcia umowy powołującej administratora hipoteki i niepowołania nowego administratora albo w przypadku braku zgody wszystkich wierzycieli na zmianę administratora⁵⁵³.

Dodatkowe argumenty prezentuje M. Kućka. Autor ten uważa, że tytuł do zabezpieczenia powinien przysługiwać kredytodawcom, ponieważ:

- 1) poza przypadkiem instytucji administratora występują sytuacje, w których zastępca pośredni działa w imieniu własnym, ale oddziałuje bezpośrednio na sferę majątkową zastępowanego⁵⁵⁴;
- 2) z tożsamości podmiotowej, która wchodzi w skład pojęcia akcesoryjności, wynika, że hipoteka/zastaw rejestrowy nie mogą być przyznane podmiotowi innemu niż zabezpieczony wierzyciel, a przepisów o administratorze zastawu/hipoteki nie powinno się uważać za wyjątek od tej reguły⁵⁵⁵;

⁵⁴⁸ Kwestia ta jest sporna. Zob. T. Tomczak, *Wspólność...* Artykuł ten w sposób bardziej rozbudowany omawia dopuszczalność wspólnej hipoteki. Wspólności tego prawa nie dopuszcza też E. Gniewek, *Współczesny model hipoteki – zasadnicze zręby konstrukcji*, Monitor Prawniczy 2011, nr 4. Natomiast J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272–274, stoją na stanowisku, że w przypadku **administratora hipoteki** mamy jednak do czynienia ze wspólną hipoteką. Podobnie M. Kućka, *Administrator...*, s. 83–90.

⁵⁴⁹ Tj. przysługiwaniem tytułu do zabezpieczenia kredytodawcom.

⁵⁵⁰ Tj. przysługiwaniem tytułu do zabezpieczenia administratorowi.

⁵⁵¹ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272–274.

⁵⁵² Zob. art. 68 ust. 5 u.k.w.h.

⁵⁵³ Więcej i w sposób bardziej precyzyjny odnośnie do tych argumentów zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272–274.

⁵⁵⁴ M. Kućka, *Administrator...*, s. 54–55.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, s. 58–59.

- 3) inaczej powstałby problem z zakresem kompetencji administratora w odniesieniu do zabezpieczeń⁵⁵⁶;
- 4) nie wiadomo, jakie skutki wywoływałyby przelew zabezpieczonej wierzytelności⁵⁵⁷;
- 5) nie prowadziłoby to do naruszenia zasady jawności zastępstwa⁵⁵⁸.

Autorzy ci wychodzą z założenia, że administrator hipoteką jedynie „zarządza”⁵⁵⁹. Można dodać, że jeżeli założymy, że w przypadku administratora nie mamy do czynienia ze wspólną hipoteką wierzycieli, to powstaje pytanie, co dzieje się z hipoteką, gdy wygaśnie umowa powołująca administratora i nie zostanie powołany nowy administrator⁵⁶⁰.

2.3.1.5.2.2. Argumenty za przysługiwaniem tytułu do zastawu/hipoteki administratorowi

Można rozważyć też argumenty przeciwko stanowisku, że tytuł do hipoteki przysługuje kredytodawcom.

Po pierwsze, przepis stanowi, że administrator wykonuje prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego **we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli**, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem, co w przypadku kredytowania konsorcjalnego oznacza oczywiście **kredytodawców**⁵⁶¹. Przyjmuje się, że „działanie w imieniu” oznacza „bezpośrednie nabywanie korzyści i niekorzyści przez osobę, w której imieniu się działa”⁵⁶². Natomiast działanie na rachunek „wyjaśnia komu w **ostatecznym rozliczeniu** korzyści i niekorzyści mają przypaść” [pogrubienie – T.T.]⁵⁶³. Wskazanie przez ustawodawcę, że administrator działa we własnym imieniu, sugerowałoby zatem, że hipoteka znajduje się **bezpośrednio** w majątku tego podmiotu. To administrator ponosi jej ciężar ekonomiczny i ewentualne korzyści przypadną kredytodawcom dopiero w przypadku ewentualnego rozliczenia, które nastąpi np. po realizacji hipoteki i uzyskaniu z tego tytułu przychodów przez administratora⁵⁶⁴. W taki też sposób powinno się, co do zasady, interpretować zwrot „we własnym imieniu” i wydaje się, że jest to

⁵⁵⁶ *Ibid.*, s. 59.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, s. 59–60.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, s. 60–61.

⁵⁵⁹ Zob. M. Kućka, *Umowa powołująca administratora hipoteki. Zagadnienia wybrane*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 4.

⁵⁶⁰ Więcej na ten temat zob. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 73–74 oraz M. Kućka, *Administrator...*, s. 60.

⁵⁶¹ Zob. art. 68² ust. 3 u.k.w.h.

⁵⁶² Zob. A. Kędzierska-Cieślak, *Komis (zagadnienia cywilnoprawne)*, Warszawa 1973, s. 37. Podobnie: J. Jezioro [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, s. 1491, nb. 5.

⁵⁶³ A. Kędzierska-Cieślak, *Komis...*, s. 37. Podobnie: J. Jezioro [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, s. 1491, nb. 5. Obie definicje A. Kędzierskiej-Cieślak przytacza w swoim artykule M. Kućka, *Umowa...*, s. 23–24. W ten sam sposób zwroty te rozumie P. Widurski, *Sprzeczność interesów pełnomocnika i mocodawcy w przypadku pełnomocnictwa do zabezpieczenia – glosa – III CSK 330/14*, Monitor Prawniczy 2017, nr 23, s. 1286.

⁵⁶⁴ Należy zauważyć, że M. Kućka przytacza te same, wyżej wspomniane, definicje „działania w imieniu” oraz „działania na rachunek”, jednak dochodzi do wniosku, że hipoteka nie znajduje się w majątku administratora. Zob. M. Kućka, *Umowa...*, s. 23–24. Wydaje się jednak, że w swoim późniejszym opracowaniu autor ten nieco odstępkuje od takiego rozumienia tych pojęć. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 52–54.

pogląd dominujący w doktrynie⁵⁶⁵. Jako wyjątek powinno się traktować sytuację, w której dane mienie nie wejdzie do majątku zastępcy pośredniego⁵⁶⁶. Biorąc pod uwagę, że wyjątków nie powinno się interpretować rozszerzająco, a same przepisy regulujące administratora zastawu/hipoteki nie są w tej kwestii do końca jasne, spór powinno rozstrzygnąć się na korzyść generalnej zasady, tj. że zabezpieczenia wejdą do majątku administratora. Uprawnione jest, co prawda, mówienie na gruncie prawa polskiego o dwóch rodzajach zastępcy pośredniego, tj. o takim, który oddziałuje bezpośrednio na majątek zastępowanych (np. komis sprzedaży czy pozycja syndyka)⁵⁶⁷, oraz o takim, który nabywa przedmiot najpierw do swojego majątku (np. komis kupna)⁵⁶⁸. Jednak słusznie T. Czech stwierdza, że w przypadku administratora hipoteki/zastawu należałoby raczej mówić o tym drugim⁵⁶⁹.

Następnie twierdzi się, że o ile zabezpieczenie akcesoryjne nie wejdzie do majątku administratora, to zabezpieczenia nieakcesoryjne już tak⁵⁷⁰. Stwierdzenie takie wyprowadza się z założenia, że stronom brakuje „kompetencji” do wykreowania takiego zabezpieczenia akcesoryjnego, które znajdowałoby się w majątku innym niż majątek podmiotu, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność⁵⁷¹. Opiera się to na założeniu, że art. 4 u.z.r. i 68² u.k.w.h. takiej kompetencji nie tworzą oraz że nie ustanawiają one wyjątku od zasady tożsamości podmiotowej. Dla autora niniejszej pracy niezrozumiałe jest, dlaczego wspomniane artykuły nie mogą być interpretowane w ten sposób, że na ich podstawie twierdziłoby się, że ową kompetencję przyznają i tym samym stanowią wyjątek od tej zasady. **Unika się dzięki temu sztucznej konstrukcji wspólności zabezpieczenia, która, jak zauważają sami autorzy postulujący wchodzenie hipoteki do majątku administratora, jest problematyczna**⁵⁷². Co więcej, dzięki takiemu stanowisku uzyskuje się **spójność**. W każdym przypadku skorzystania z zastępcy pośredniego, tytuł do zabezpieczenia będzie

⁵⁶⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 54.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ Por. *ibid.*, s. 53.

⁵⁶⁸ Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., tezy 9–11. Szerzej o tych dwóch rodzajach zastępcy pośredniego zob. np. M. Kućka, *Administrator...*, s. 51–62 i autorzy tam przywoływani. Natomiast w odniesieniu dwóch rodzajów zastępcy pośredniego w przypadku umowy komisnu zob. J. Frąckowiak [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajska, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 746–753.

⁵⁶⁹ Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 12 lub R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 788. Jednak kwestia ta jest kontrowersyjna. Stanowisko przeciwne prezentuje np. M. Kućka, *Administrator...*, s. 55–62 czy A. Drewicz-Tułodziecka [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece oraz przepisy związane. Komentarz*, red. I. Heropolitańska, C.H. Beck, Warszawa 2016, komentarz do art. 68² u.k.w.h., nb. 26–28. Autorzy ci twierdzą, że w przypadku administratora hipoteki/zastawu należałoby raczej mówić o sytuacji analogicznej do komisnu sprzedaży, tj. mimo że administrator działa we własnym imieniu, to nabywa on zabezpieczenie bezpośrednio do majątku zabezpieczonych wierzycieli. Pogląd ten wspomniani autorzy głównie uzasadniają akcesoryjnością hipoteki, która powoduje, że hipoteka nie może wejść do majątku administratora (ze względu na mieszczący się w zasadzie akcesoryjności wymóg tożsamości podmiotowej).

⁵⁷⁰ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 58–59.

⁵⁷¹ Zob. *ibid.*, s. 58.

⁵⁷² Zob. *ibid.*, s. 56. Więcej argumentów przeciwko „wspólności hipoteki” poniżej.

przysługiwał takiemu podmiotowi, a nie kredytodawcom. Nie różnicuje się w ten sposób sytuacji, w której zastępca pośredni przyjmuje postać administratora hipoteki/zastawu⁵⁷³.

Argumentem przeciwko wchodzeniu hipoteki do majątku administratora⁵⁷⁴ jest twierdzenie, że powstałby problem co do **zakresu kompetencji administratora w odniesieniu do zabezpieczeń. Sytuacja dotycząca zakresu kompetencji jest jednak dużo bardziej problematyczna, gdy uznamy, że zabezpieczenie wchodzi do majątku kredytodawców.** Po pierwsze, rodzi się pytanie: jak wyglądają rzeczony kompetencje kredytodawców? Mówiąc inaczej: na jakich zasadach zarządzają oni zabezpieczeniem? Po drugie, powstaje pytanie: w jakim zakresie upoważniony do działania we własnym imieniu, odnośnie do tego zabezpieczenia, jest administrator? M. Kućka twierdzi, że chodzi tutaj o **upoważnienie rzeczowe**⁵⁷⁵. Jednak zaakceptowanie takiego stanowiska mogłoby prowadzić do wniosku, że zakres uprawnień administratora hipoteki, który występuje w księdze wieczystej jako wierzyciel hipoteczny⁵⁷⁶, w odniesieniu do prawa rzeczowego, jakim jest hipoteka, mógłby być kształtowany na mocy względnych stosunków prawnych między administratorem a kredytodawcami, które nie są jawne dla osób trzecich. Wbrew twierdzeniom M. Kućki, **godziłoby to zatem w zasadę jawności zastępstwa**⁵⁷⁷. Można próbować twierdzić, że zakres rzeczonych uprawnień i obowiązków wynika z ustawy, a nie z umowy powołującej administratora, jednak problem polega na tym, że art. 68² u.k.w.h. **w żaden sposób nie dzieli uprawnień i obowiązków związanych z zarządaniem hipoteką między administratora i kredytodawców.** Dużo mniej kontrowersji, co do zakresu kompetencji administratora, budzi stanowisko, że to w jego majątku znajduje się hipoteka. Oznaczałoby to, że w stosunku do osób trzecich przysługują mu wszystkie uprawnienia wierzyciela hipotecznego poza tymi, które ustawa wyraźnie przyznaje kredytodawcom⁵⁷⁸.

Następnie można zwrócić uwagę, że autorzy, którzy twierdzą, że w przypadku administratora mamy do czynienia ze wspólną hipoteką wierzycieli, stawiają tezę, że **w przypadku realizacji zabezpieczenia** przez ten podmiot, **przychody** uzyskane z tego tytułu, zwykle wejść do majątku administratora, a nie kredytodawców⁵⁷⁹. Autorzy ci wskazują również, że hipotekę egzekwować może wyłącznie administrator, a kompetencja

⁵⁷³ Za podobną spójnością argumentuje T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 12.

⁵⁷⁴ Przysługiwaniem tytułu administratorowi.

⁵⁷⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 25.

⁵⁷⁶ Co jest istotne, ponieważ może to być jedyny podmiot znany osobom trzecim, gdyż może dochodzić do przejścia zabezpieczonej wierzytelności, a takie przejścia nie muszą być ujawniane w księdze wieczystej, więc zakładając wspólność hipoteki, wierzyciele hipoteczni mogliby być dla osób trzecich w ogóle nieznanymi. T. Czech idzie nawet jeszcze dalej, twierdząc, że generalnie nie ujawnia się zabezpieczonych wierzycieli w księdze wieczystej. Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 95.

⁵⁷⁷ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 54.

⁵⁷⁸ Zob. też: T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 12.

⁵⁷⁹ Zob. M. Kućka, *Umowa...*, s. 25; M. Kućka, *Administrator...*, s. 63–71 oraz autorzy tam przywoływani. W tym drugim opracowaniu, co prawda autor twierdzi, że z zasady środki te nie powinny wejść do majątku administratora, jednak ze względu na fakt, że mamy do czynienia ze świadczeniem pieniężnym, zwykle dojdzie do pomieszania tych środków z własnymi środkami administratora, co doprowadzi do nabycia ich własności.

kredytodawców w tym zakresie jest zawieszona⁵⁸⁰. Wydaje się to o tyle niespójne, że **możliwość uprzywilejowanej egzekucji, z określonego przedmiotu majątkowego, stanowi istotę hipoteki**⁵⁸¹. Mówiąc inaczej, kluczowe uprawnienie przysługuje administratorowi i w czasie skorzystania z niego, „ten sam majątek”, zmieniałby swoją przynależność⁵⁸². Jest to o tyle istotne, że dla osób trzecich to administrator hipoteki jest podmiotem uprawnionym do realizacji hipoteki⁵⁸³. Nawet jeżeli w umowie powołującej administratora występowałyby ograniczenia co do jej egzekucji przez administratora, to choćby ze względu na **rękojmię wiary publicznej ksiąg wieczystych, nie miałyby one zastosowania do osób trzecich działających w dobrej wierze**⁵⁸⁴. Dlatego administrator może sam zdecydować, kiedy egzekwować hipotekę⁵⁸⁵, tym samym zmieniając przynależność majątkową i co najwyżej narazić się na odpowiedzialność kontraktową⁵⁸⁶. Oczywiście w przypadku agenta w wąskim rozumieniu/*sensu stricto*, również może dojść do tego, że w przypadku upoważnienia go do egzekucji zabezpieczenia przychody mogą wejść do jego majątku. Różnica będzie jednak taka, że upoważnienie do takiej egzekucji będzie musiało wynikać z odpowiedniego pełnomocnictwa, które musi być okazane odpowiedniemu podmiotowi i w nim mogą znaleźć się określone warunki realizacji zabezpieczenia.

Ponownie należy też podkreślić, że instytucja administratora hipoteki została wprowadzona głównie na potrzeby kredytowania konsorcjalnego⁵⁸⁷. Administrator niedostatecznie radziłby sobie z problemem wielości i zbiorowości zabezpieczeń w przypadkach, w których tytuł do hipoteki przysługiwałby kredytodawcom, a nie zastępcy. Odnosnie do wielości, co prawda, ciągle mielibyśmy **jedno prawo** zamiast **wielu**, ale podmiotów rzeczowo i zbiorowo uprawnionych do zarządzania nim byłoby wiele. Taka wspólność hipoteki, jak się wydaje, tylko z czysto matematycznego punktu widzenia redukowałaby liczbę zabezpieczeń. Ciągle powodowałyby, że w majątkach kredytodawców powstałaby i istniały mniejsze lub większe wiązki uprawnień oraz obowiązków związanych ze wspólnymi hipotekami. Ile by rzeczonych wiązek było, zależałoby od liczby ustanawianych w danej transakcji wspólnych hipotek. Trudno byłoby wtedy mówić o **wyłączności** uprawnień i obowiązków administratora dotyczących zarządu zabezpieczeniem. Owa wyłączność wydaje się niezbędna lub chociaż pożądana z punktu widzenia prawidłowego radzenia sobie z problemem **zbiorowości zabezpieczeń, tj. zapewnieniem sprawiedliwości transakcyjnej**⁵⁸⁸. Twierdzenie, że jakaś wiązka uprawnień i obowiązków

⁵⁸⁰ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 63.

⁵⁸¹ Zob. art. 65 ust. 1 u.k.w.h.

⁵⁸² Hipoteka znajdująca się w majątku kredytodawców „przekształcając się” w przychody z jej realizacji, przechodziłaby do majątku administratora.

⁵⁸³ Występuje w księdze wieczystej. Zob. art. 68² ust. 5 u.k.w.h.

⁵⁸⁴ Taka umowa nie byłaby też dla nich zwykle jawna. Zob. art. 5 u.k.w.h. oraz szerzej na temat rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych: E. Gniewek, *Księgi...*, komentarz do art. 5 u.k.w.h.

⁵⁸⁵ Zakładając oczywiście, że zaistniały przesłanki do jej realizacji, np. określone w umowie kredytowej.

⁵⁸⁶ Por. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 477–484.

⁵⁸⁷ Zob. *Uzasadnienie zmiany ustawy...*, s. 6 oraz T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 3.

⁵⁸⁸ Zob. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 70. Zob. podrozdział 2.2.3.

o charakterze rzeczowym znajduje się w rękach kredytodawców, utrudniałoby utrzymywanie zabezpieczeń dla **wspólnej** korzyści kilku kredytodawców. Każdy z banków byłby w większym stopniu uprawniony do preferowania swojego interesu przed interesem konsorcjum i mógłby blokować akcje agenta zabezpieczeń lub w jakimś stopniu podejmować działania odnośnie do hipoteki **niezależnie od wspólnych ustaleń konsorcjum**. Na ile możliwe byłaby rzeczony blokowanie czy niezależność, zależałoby od tego, jak ów wspólny zarząd by wyglądał i o jaką „wiązkę” uprawnień by chodziło. Powstałaby przede wszystkim wątpliwość, czy w ogóle przepisy o współwłasności powinno się w tym przypadku stosować. Jeżeli tak, to czy należałoby je stosować wprost czy może, podobnie jak w przypadku art. 68² ust. 6 u.k.w.h., jedynie odpowiednio. Przyjęcie drugiego stanowiska rodziłoby wątpliwości, co owa „odpowiedniość” w przypadku wspólnej hipoteki miałyby znaczyć⁵⁸⁹. Może mielibyśmy do czynienia nie ze wspólnością ułamkową, a wspólnością łączną?⁵⁹⁰ **Wszystko to powodowałoby też sytuację niekorzystną dla dłużnika hipotecznego**. Nie do końca jasny dla niego byłby zarówno zakres uprawnień i obowiązków administratora hipotecznego, jak i kredytodawców. Twierdzenie, że jakaś bliżej nieokreślona wiązka uprawnień rzeczowych przysługuje kredytodawcom, mogłoby prowadzić do niejasności, do których poleceń powinien stosować się dłużnik hipoteczny w przypadku konfliktu pomiędzy konsorcjum a jednym z kredytodawców. Do poleceń administratora, czy może jednak do instrukcji skonfliktowanego z konsorcjum kredytodawcy?⁵⁹¹ Odpierając te argumenty, można twierdzić za M. Kućką, że uprawnienia kredytodawców, w przypadku skorzystania z instytucji administratora, są zawieszony⁵⁹². Jednak zdaniem autora niniejszej pracy **prowadzi to do sztucznej konstrukcji, w której bankom przysługuje prawo, którego nie mogą wykonywać. Powstaje też pytanie: w jakim zakresie do takiego zawieszenia dochodzi?**

Kolejne problemy wynikają z tego, że może dochodzić do obrotu zabezpieczoną wierzytelnością oraz że taki obrót nie rodzi obowiązku ujawnienia w księdze wieczystej nowego wierzyciela⁵⁹³. Powyższe, zakładając, że mamy do czynienia ze wspólną hipoteką, prowadziłyby do sytuacji, że dla dłużnika hipotecznego, jak i osób trzecich **nie do końca**

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 105–110.

⁵⁹¹ Por. *ibid.*

⁵⁹² Zob. *ibid.*, s. 63.

⁵⁹³ Jedynie pierwotni kredytodawcy muszą być wpisani do księgi wieczystej, co wynika z wymogu oznaczenia przy wpisie hipoteki do księgi wieczystej wierzytelności i stosunku prawnego, zob. § 51 pkt 1 lit. h rozporządzenia w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie teleinformatycznym. Tak samo M. Kućka, *Administrator...*, s. 243. Natomiast wpis nowych kredytodawców ma jedynie charakter deklaratoryjny. Zob. *ibid.*, s. 244. Można jednak spotkać w doktrynie nawet dalej idące twierdzenia, iż nawet wskazanie pierwotnego wierzyciela nie jest wymagane, by spełnić przesłankę oznaczenia wierzytelności w przypadku powołania administratora. Tak, wydaje się: E. Gniewek, *Akt notarialny ustanowienia hipoteki pod rządem znowelizowanej ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Rejent 2011, nr 4, s. 47–49. W przypadku zastawu rejestrowego jest już natomiast bezsporne, że nie ma potrzeby w ogóle oznaczenia kredytodawców, gdy zostanie ustanowiony administrator zastawu. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 138.

mógłby być znany krąg wierzycieli hipotecznych⁵⁹⁴. Prowadzi to do naruszenia zasady **jawności praw rzeczowych**. Przyjęcie stanowiska, że zabezpieczenie znajduje się w majątku agenta zabezpieczeń, znacznie ułatwia obrót zabezpieczonymi wierzytelnościami⁵⁹⁵.

Jak już było podkreślane, przyjmując, że to administratorowi hipoteki przysługuje tytuł do zabezpieczenia, uniknęlibyśmy problematycznej sytuacji w postaci powstania **jednej wspólnej hipoteki**⁵⁹⁶. Wspólność tego prawa nie jest regulowana przez polskiego ustawodawcę i **brak jest choćby generalnego odesłania do przepisów o współwłasności w przypadku hipoteki**. Do rzeczonych przepisów odsyła jedynie art. 68² ust. 6 u.k.w.h., który stanowi, że:

w razie wygaśnięcia umowy powołującej administratora hipoteki i niepowołania nowego administratora każdy z wierzycieli, których wierzytelności są objęte zabezpieczeniem, może żądać podziału hipoteki. Przepisy o zniesieniu współwłasności stosuje się odpowiednio.

Przepis ten zdaje się sugerować, że dopiero w przypadkach, w których zabraknie administratora, dopuszczalne jest odpowiednie stosowanie przepisów o współwłasności do hipoteki. Jednak i w takiej sytuacji jest wątpliwe, czy możemy mówić o „wspólnym” prawie.

Wspólność hipoteki, w przypadku skorzystania z instytucji administratora, może niedostatecznie chronić interesy dłużnika, kredytodawców i osób trzecich⁵⁹⁷. Mielibyśmy dwie „grupy” podmiotów⁵⁹⁸, które mogłyby zarządzać hipoteką i ograniczenie uprawnień kredytodawców musiałoby następować na podstawie ewentualnych klauzul mających charakter zobowiązaniowy, a nie rzeczowy⁵⁹⁹. Co interesujące, M. Kućka twierdzi, że przed wprowadzeniem instytucji administratora hipoteki i administratora zastawu, zabezpieczenie wielu wierzytelności kilku wierzycieli nie było możliwe właśnie ze względu na to, że wspólne zabezpieczenie było „nieznane ustawie”⁶⁰⁰. Żaden artykuł u.z.r. czy u.k.w.h. nie reguluje instytucji wspólności tych praw, a stwierdzenie, że ustawodawca wprowadził ich wspólność przez art. 4 u.z.r. i art. 68² u.k.w.h. jest ich kreatywną interpretacją. Jak podkreśla sam M. Kućka, wspólność tych praw, w przypadku wielości wierzycieli, jest problematyczna, dlatego ustanowiony jest przez ustawodawcę **obligatoryjny**

⁵⁹⁴ Por. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 70.

⁵⁹⁵ Zob. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 336. Kwestia obrotu zabezpieczonymi wierzytelnościami jest jednak bardzo skomplikowana i rozstrzygnięcie wielu problemów zależy od przyjęcia pewnych założeń, które mogą być sporne (np. charakter wpisu, kwestia w czym majątku znajduje się zabezpieczenie itp.). Należy w tym zakresie odesłać do istniejącej literatury. D. Szot, *Cesja...*; M. Kućka, *Administrator...*, s. 162–175 i s. 240–255.

⁵⁹⁶ Lub nawet szerzej za T. Czechem można powiedzieć, że „pomijamy wtedy liczne problemy związane z określeniem statusu majątkowego hipoteki (wspólność łączna, w częściach ułamkowych czy wspólność innej konstrukcji)”. Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 12.

⁵⁹⁷ Zob. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 70.

⁵⁹⁸ Pierwsza „grupa” to administrator, a druga to kredytodawcy.

⁵⁹⁹ Por. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 70. Ewentualnie można by próbować korzystać z spornej konstrukcji upoważnienia rzeczowego.

⁶⁰⁰ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 47.

zastępcą⁶⁰¹. To prowadzi do osobliwego rozumowania. Z jednej strony, ustawodawca chciał wprowadzić wspólność hipoteki/zastawu. Z drugiej strony jednak takiej wspólności w rzeczywistości nie chciał, ponieważ rodziłaby ona trudności, więc zmusza kredytodawców, aby wyznaczyli podmiot, który za nich rzeczzone wspólne prawo wykonuje. **Dużo prościej i bardziej naturalną argumentacją jest po prostu stwierdzenie, że ustawodawca chciał, żeby zabezpieczenie wchodziło w skład majątku administratora.**

Trudno byłoby też twierdzić, że ustawodawca racjonalnie nowelizował przepisy u.k.w.h. Ich zmiana w istocie sprowadzałaby się do dopuszczania **wspólnej hipoteki** bez jednak wyraźnego wskazania, że wspólność tego prawa jest dopuszczalna i odsyłając do przepisów o współwłasności tylko w bardzo ograniczonym zakresie⁶⁰². Czytając uzasadnienie nowelizacji, wydaje się, że nie taki był cel wprowadzenia art. 68² u.k.w.h.⁶⁰³ **W uzasadnieniu jest wyraźnie zaznaczone, że instytucja ta w dużym stopniu została wprowadzona dla potrzeb kredytowania konsorcjalnego**⁶⁰⁴, **które nie mogło być ustrukturyzowane w sposób tak efektywny, jak te występujące pod rządami *common law* i tym samym oparte na wzorcach LMA.** W systemach *common law* zabezpieczenie jest udzielane trustee i znajduje się w truście, a nie w majątkach kredytodawców⁶⁰⁵. Jak już wskazywano, polskie struktury kredytowania konsorcjalnego także są oparte na tych wzorcach⁶⁰⁶. Wydaje się, że instytucja administratora miała stanowić ekwiwalent niewystępującego w polskim porządku trustu i była odpowiedzią na problemy zgłaszane przez polskie banki/institucje finansowe. W uzasadnieniu nowelizacji możemy też znaleźć zdanie, że:

w wyniku takiego podziału powstaną hipoteki zabezpieczające poszczególne wierzytelności, objęte **dotąd zabezpieczeniem jedną hipoteką ustanowioną na rzecz administratora**⁶⁰⁷ [pogrubienie – T.T.].

Zdanie takie wskazuje, iż wolą ustawodawcy było to, abyśmy mieli do czynienia **z jedną hipoteką** znajdującą się w majątku administratora aż do czasu ewentualnego podziału hipoteki⁶⁰⁸.

Na koniec można wskazać ostatni mankament w rozumowaniu M. Kućki. Jest nim postulowany przez tego autora **rodzaj wspólności prawa**. Autor ten twierdzi, że wspólność prawa zabezpieczającego, jaka powstaje między kredytodawcami, ma charakter łączny

⁶⁰¹ Zob. *ibid.*, s. 56.

⁶⁰² Zob art. 68² ust. 6 u.k.w.h.

⁶⁰³ Zob. *Uzasadnienie zmiany ustawy...*, s. 6.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Zob. uwagi poniżej i podrozdział 4.2.

⁶⁰⁶ Zob. podrozdział 1.1.2.

⁶⁰⁷ Zob. *Uzasadnienie zmiany ustawy...*, s. 6. Ta część uzasadnienia odnosi się do art. 68² ust. 6 u.k.w.h., czyli m.in. tego co się dzieje z hipoteką po wygaśnięciu umowy powołującej administratora hipoteki i niepowołania nowego administratora.

⁶⁰⁸ Zob. art. 68² ust. 6 i ust. 7 u.k.w.h.

i wynika to, nieco upraszczając, z niepraktyczności wspólności udziałowej w takim przypadku⁶⁰⁹. Takie założenie jest kontrowersyjne, ponieważ, jak zauważa sam autor, **przepisy w ogóle nie stanowią, że w tym przypadku mamy do czynienia ze wspólnością**. Natomiast **zasadą w polskim porządku prawnym jest wspólność udziałowa**, a nie łączna⁶¹⁰. Tym samym, nawet jeżeli byśmy próbowali bronić stanowiska, że w przypadku skorzystania z instytucji administratora mamy do czynienia ze wspólnością hipoteki, to należałoby raczej mówić o wspólności udziałowej, a nie łącznej. To sprawia, że argumenty M. Kućki jeszcze bardziej tracą na jakości i są mniej przekonujące. „Niepraktyczność” wspólności ułamkowej w przypadku skorzystania z instytucji administratora można lepiej zwalczyć argumentem o praktyczności braku wspólności (przysługiwaniem tytułu administratorowi), niż sztucznie tworzoną wspólnością łączną.

Samo przyjęcie, że mamy do czynienia ze wspólnością hipoteki, rodzi przedstawiony, bardzo skomplikowany spór o jej rodzaj. Jest to o tyle problematyczne, że brak jego jednoznacznego rozstrzygnięcia⁶¹¹. To z kolei powoduje, że nie jesteśmy w stanie tak naprawdę określić uprawnień kredytodawców w odniesieniu do wspólnego prawa. Mówiąc inaczej, przyjęcie założenia o wspólności zamiast rozwiązywać problemy, rodzi nowe.

Na koniec można zwrócić ponownie uwagę na **kwestię obrotu zabezpieczonymi wierzytelnościami**. Jeżeli uznamy, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, przy przelewie wierzytelności przez kredytodawców **nie dochodziłoby do przejścia zabezpieczenia**. Byłoby ono ciągle w rękach administratora, a jedynie zmieniałby się podmiot uprawniony z tytułu wierzytelności kredytowej. Natomiast twierdzenie, że hipoteka przysługuje wierzycielom sprawia, że przeniesienie zabezpieczonej wierzytelności prowadziłoby do przejścia „odpowiedniej części” hipoteki. **Przysługiwanie tytułu administratorowi ułatwiałoby zatem obrót wierzytelnościami kredytodawców, nie prowadząc do niejawności wierzycieli hipotecznych**⁶¹². Problem z obecną regulacją polega jednak na tym, że brak jest przepisu, który by powodował automatyczne wstąpienie nabywcy wierzytelności w stosunek prawny z administratorem. Uprawnienia z takiego stosunku nabywca może, co prawda, nabyć w drodze przelewu⁶¹³. Problem pojawia się natomiast z obowiązkami z niego wynikającymi. Należy zatem postulować modyfikację art. 68² u.k.w.h. w taki sposób, aby wyraźnie stanowił, że nabywca zabezpieczonej wierzytelności wstępuje, z mocy prawa, w stosunek prawny z administratorem⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ M. Kućka, *Administrator...*, s. 106–110.

⁶¹⁰ Do wspólności łącznej potrzebny jest przepis szczególny. Zob. *ibid.*, s. 105.

⁶¹¹ Przy obecnym stanie przepisów takie jednoznaczne rozstrzygnięcie wydaje się niemożliwe.

⁶¹² Przy przelewie wierzytelności nie ma obowiązku wpisania nowego wierzyciela. Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 95 oraz tezy 125–135.

⁶¹³ Zob. T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 132.

⁶¹⁴ Postulat taki w doktrynie zgłosił już M. Kućka, *Administrator...*, s. 323–326. Kwestia obrotu zabezpieczoną wierzytelnością w przypadku kredytowania konsorcjalnego należy do bardzo skomplikowanych i powyższe stanowi tylko jej uproszczony obraz. Zob. np. D. Szot, *Cesja...*; T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., tezy 125–135; M. Kućka, *Administrator...*, s. 241–247. Kwestia ta będzie jeszcze też poruszana w dalszych częściach niniejszego opracowania.

2.3.1.5.2.3. Stanowisko pośrednie – rozróżnienie tytułu formalnego i tytułu materialnego?

Powyższe wyraźnie pokazuje, że można znaleźć ważne argumenty zarówno za stanowiskiem, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, jak i za poglądem, że tytuł przysługuje administratorowi. Można zatem zastanowić się nad **opinią pośrednią**, tj. przyjęciem założenia, że **formalnie tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki, ale materialnie** znajduje się on wspólnie w rękach kredytodawców. Takie stanowisko, wydaje się, można spotkać np. u I. Heropolitańskiej⁶¹⁵ lub M. Kućki. Ten drugi, choć zauważa, że hipoteka przysługuje wspólnie kredytodawcom, to jednocześnie twierdzi, że „[a]dministrator jest (...) **formalnie** wierzycielem hipotecznym”⁶¹⁶ [pogrubienie – T.T.]. Z podobnym poglądem można spotkać się u S. Gurgula, który pisze, że:

Administrator zastawu rejestrowego lub hipoteki wykonuje samodzielnie prawa i obowiązki zastawnika lub wierzyciela hipotecznego, **w sensie jednak ekonomicznym i prawnomaterialnym** podmiotem tych praw i obowiązków są poszczególni wierzyciele⁶¹⁷ [pogrubienie – T.T.].

Wydaje się jednak, że rozróżnianie „formalnego” i „materialnego” tytułu jest nieuzasadnione. Po pierwsze, polski język prawny nie posługuje się takimi kategoriami jak tytuł formalny i tytuł materialny⁶¹⁸. Podobnie nie rozróżnia majątku w sensie formalnym i w sensie materialnym. Tworzenie tego typu konstrukcji w doktrynie byłoby zabiegiem sztucznym, który mógłby sugerować, że różnym podmiotom przysługuje skuteczne *erga omnes* prawo do tego samego majątku. Dochodziłoby do swoistego i nieznanego „rozszczepienia” rzeczowych praw do majątku. To rodziłoby problem, w jakim zakresie te podmioty są do niego uprawnione, czego oczywiście w żaden sposób nie rozstrzyga ustawodawca, ponieważ tytułów formalnych i materialnych nie wyróżnia. Inaczej jest w porządkach *common law*. W nich agent zabezpieczeń, który przybiera formę trustu, traktowany jest jako prawny „właściciel” zabezpieczenia (ang. *legal owner*), a kredytodawcy traktowani są jako „właściciele słusnościowi” (ang. *equity owners*)⁶¹⁹. Jednak w polskim prawie cywilnym ani nie mamy instytucji trustu, ani nie dopuszczamy

⁶¹⁵ Zob. I. Heropolitańska [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, red. I. Heropolitańska i in.), C.H. Beck, Warszawa 2013, komentarz do art. 68² u.k.w.h., nb. 31–34.

⁶¹⁶ Zob. M. Kućka, *Umowa...*, s. 32.

⁶¹⁷ S. Gurgul, *Instytucja „administratora hipoteki” i „administratora zastawu rejestrowego” w postępowaniu egzekucyjnym i upadłościowym*, Monitor Prawa Handlowego 2011, nr 1.

⁶¹⁸ Można zauważyć, że z rozróżnieniem na tytuł/legitymację formalną i tytuł/legitymację materialną spotykamy w języku prawniczym, np. w przypadku uczestnictwa małżonka w spółce z o.o. Zob. np. M. Chomiuk [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, C.H. Beck, Warszawa 2019, komentarz do art. 183¹ k.s.h., nb. 11. Należy jednak podkreślić, że np. sam M. Kućka, na gruncie swoich późniejszych publikacji (np. M. Kućka, *Administrator...*), rezygnuje z rzeczowego rozróżnienia tytułów.

⁶¹⁹ Więcej na ten temat w podrozdziale 2.3.1.5.2.4 oraz podrozdziale 4.3.

pojęcia dzielonej własności (ang. *shared ownership*) przez np. wyróżnienie tytułu formalnego i materialnego, czy tytułu „prawnego” i „słusznosciowego”⁶²⁰.

Po drugie, przyjęcie założenia o tytule formalnym i tytule materialnym nie rozwiązuje problemów, które były zaprezentowane w podrozdziale 2.3.1.5.2.2. Jak już wskazano powyżej, takie założenie nie sprawia, że jasne staje się, w jakim zakresie do zabezpieczenia uprawniony jest administrator, a w jakim kredytodawcy. Może sprawiać wrażenie, że kredytodawcom przysługuje jakieś skuteczne *erga omnes* prawo do zabezpieczenia o niejasnym i nie do końca określonym zakresie. Można więc twierdzić, że godziłoby to w pewność obrotu.

Podsumowując, przyjmowanie założenia o tytule formalnym i tytule materialnym niepotrzebnie komplikowałoby instytucję administratora, nic nie wyjaśniając i godząc w pewność obrotu⁶²¹. Co najwyżej, dla lepszego zobrazowania instytucji, można mówić, że hipoteka z **ekonomicznego** punktu widzenia znajduje się w majątkach kredytodawców, a więc z **ekonomicznego** punktu widzenia przysługuje im tytuł⁶²². Jednak z **prawnego** punktu widzenia powinno się definitywnie rozstrzygnąć, czy tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi czy kredytodawcom.

2.3.1.5.2.4. Rozstrzygnięcie sporu – stanowisko własne

Po przedstawieniu argumentów zarówno za jednym, jak i drugim stanowiskiem, a także zaprezentowaniu stanowiska pośredniego, należałoby spróbować rozstrzygnąć omawiany spór.

Zanim to się jednak stanie, można doprecyzować, że powyższe rozważania odnosiły się bezpośrednio do administratora hipoteki, jednak **są one aktualne/znajdują zastosowanie także w przypadku administratora zastawu**. Wynika to z faktu, że art. 4 u.z.r., w najbardziej interesującym nas zakresie, jest sformułowany podobnie jak art. 68² u.k.w.h. Przepis ten stanowi, że administrator jest upoważniony do wykonywania we własnym imieniu, ale na rachunek wierzycieli, którym przysługują zabezpieczone wierzytelności, praw i obowiązków zastawnika⁶²³. Jak słusznie zauważają J. Pisuliński, Ł. Przyborowski oraz G. Tracz, różnice między tymi administratorami dotyczą kwestii pobocznych, w tym sensie, że nie wpływają na rozstrzygnięcie, jaką konstrukcją prawną przyjął ustawodawca w przypadku administratora⁶²⁴.

Trzeba przyznać, że przedstawiony spór wydaje się niemożliwy do **jednoznacznego** rozstrzygnięcia, ze względu na niejasne i niepełne brzmienie przepisów oraz skąpe

⁶²⁰ Więcej na temat systemów *common law* i wyżej wspomnianych kwestii, zob. podrozdział 4.3.

⁶²¹ Na brak uzasadnienia dla wyróżniania tytułu formalnego i materialnego wskazuje też: T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 10.

⁶²² To im w ostatecznym rozrachunku będą przysługiwały wpływy z egzekucji zabezpieczenia.

⁶²³ Zob. art. 4 ust. 1 u.z.r. W odniesieniu do „ulokowania” tytułu, instytucję administratora hipoteki i administratora zastawu utożsamiają także: J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273.

⁶²⁴ *Ibid.*

uzasadnienie nowelizacji u.k.w.h.⁶²⁵ Stanowcze rozstrzygnięcie tego dylematu jest możliwe tylko dzięki interwencji ustawodawcy, którą należy postulować. Będąc jednak zmuszonym do wyboru pomiędzy jednym z tych dwóch stanowisk, na gruncie obecnego brzmienia przepisów, należy postawić tezę, że **tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi (nie kredytodawcom)**⁶²⁶. Przemawia za tym siła argumentów przedstawiona w podrozdziale 2.3.1.5.2.2, ale nie tylko.

Jak wykazano powyżej, „pośrednie” rozstrzygnięcie sporu wydaje się niemożliwe. Wybór między stanowiskiem, że tytuł przysługuje kredytodawcom, a poglądem, że przysługuje on administratorowi, w dużym stopniu sprowadza się do dwóch kwestii. Czy art. 4 u.z.r. oraz art. 68² u.k.w.h. wprowadzają wyjątek od zakazu separacji podmiotowej, czy może takiego wyjątku nie wprowadzają, ponieważ zabezpieczenie jest w rękach kredytodawców? Po drugie: **kogo interesy będziemy preferować?** Przyjrzenie się w szczególności tej drugiej kwestii, pozwoli wykazać, dlaczego argumentacja, że mamy do czynienia z przełamaniem zasady tożsamości podmiotowej, jest bardziej przekonująca.

Stwierdzenie, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, prowadzi do preferowania interesów **poszczególnych** kredytodawców i może godzić w pewność obrotu⁶²⁷. Natomiast opinia, że tytuł przysługuje administratorowi, nie tylko zapewnia większą pewność obrotu⁶²⁸, **ale również preferuje wspólny interes kredytodawców jako grupy wierzycieli wspólnie zabezpieczonych**⁶²⁹. Takie stwierdzenie wynika z tego, na co zwrócono uwagę powyżej, tj. założenia, że z problemami wielości i zbiorowości zabezpieczeń kredytodawcy są w stanie sobie lepiej poradzić, jeżeli tytuł przysługuje administratorowi, a nie im. Argumenty, które przedstawia np. M. Kućka, bardzo często pomijają interesy uczestników obrotu i skupiają się na interesie poszczególnych kredytodawców, a nie na ich interesie jako grupy⁶³⁰. Przyjęcie założenia, że tytuł do hipoteki czy zastawu rejestrowego przysługuje administratorowi, prowadzi do pozbawienia kredytodawców, w dużym zakresie, skutecznych wobec osób trzecich, środków ochrony praw zabezpieczających, które to prawa przysługują im wtedy tylko z **ekonomicznego**

⁶²⁵ Podobnie R. Zdzieborski w odniesieniu do administratora zastawu, który twierdzi, że: „W konsekwencji, na podstawie samej wykładni językowej art. 4 ust. 2 i art. 4 ust. 3 w zw. z ust.1 [u.z.r.], bardzo trudno jest ustalić, komu ma przysługiwać przedmiotowy zastaw rejestrowy dla obligacji. Analizowana regulacja wymaga niewątpliwie ingerencji ustawodawcy, bowiem obecnie jest wewnętrznie sprzeczna, czego nie można usunąć w drodze samej wykładni językowej”. R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 785.

⁶²⁶ Zob. podrozdział 2.2.1.1.

⁶²⁷ Poszczególnym kredytodawcom, bo wydaje się, że w szczególności im będzie zależało, aby tytuł do zabezpieczenia znajdował się w ich majątku, w przypadku, w którym dojdzie do sytuacji ich konfliktu/niezgodności interesów z konsorcjum. Tak długo jak konsorcjum działa zgodnie albo kredytodawca należy do „większości”, twierdzenie, że tytuł przysługuje administratorowi, wydaje się preferowane przez kredytodawcę. Zob. podrozdział 2.2.3.

⁶²⁸ Sprawia, że w stosunku do osób trzecich administrator jest jedynym wierzycielem hipotecznym. Podobnie: T. Czech, *Księgi...*, komentarz do art. 68² u.k.w.h., teza 12.

⁶²⁹ W naszym przypadku konsorcjum kredytowego.

⁶³⁰ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 59–60. Por. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 70–72.

punktu widzenia (ale już nie prawnego)⁶³¹. Dostateczna ochrona kredytodawcom może być jednak zapewniona przez wybór profesjonalnego podmiotu jako administratora⁶³².

Stanowisko przedstawicieli doktryny, którzy twierdzą, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, byłoby bardziej przekonujące, gdyby na gruncie prawa polskiego nie było kontrowersyjne przyjęcie koncepcji upoważnienia rzeczowego, za którą m.in. w tym przypadku optuje M. Kućka⁶³³. Jednak autor ten sam zauważa (między wierszami), że ustawodawca polski nie uregulował tej instytucji⁶³⁴, mogłaby prowadzić ona do przełamania zasady zamkniętego katalogu czynności prawnych jednostronnych⁶³⁵, skorzystanie z niej jest dopuszczalne tylko w przypadku powołania administratora⁶³⁶ oraz że może prowadzić do problematycznej kwestii zwielokrotnienia elementu prawa podmiotowego⁶³⁷.

Dodatkowo można zauważyć, że przysługiwanie tytułu administratorowi jest również rozwiązaniem, które lepiej wkomponowuje się w praktykę eurorynku. Wzorcowym i najbardziej pożądanym rozwiązaniem proponowanym przez londyńskie LMA jest sytuacja, w której zabezpieczenia przysługują trustee i znajdują się w truście⁶³⁸. Trust tworzy ciekawą strukturę własnościową, która wydaje się zwykle nieznaną w kontynentalnych porządkach prawnych. Definicję trustu podaje np. E. Gillese i brzmi ona:

Mówiąc najprościej, trust powstaje za każdym razem wtedy kiedy dochodzi do rozdziału na prawną i słusnościową własność w odniesieniu do przedmiotu – to jest, za każdym razem gdzie jedna osoba posiada prawny tytuł do przedmiotu i jest prawnie zobowiązana do zarządzania przedmiotem na rzecz/dla korzyści innej osoby. Jest to słusnościowe pojęcie które umożliwia dwóm osobom posiadanie współdzielonego prawa własności w odniesieniu do jednego przedmiotu⁶³⁹.

Mówiąc inaczej, trust prowadzi do rozwiązania podobnego do zaproponowanego powyżej jako „pośrednie” i które, m.in. z powodu braku trustu w polskim systemie prawnym, zostało odrzucone⁶⁴⁰. Jednak przyjęcie koncepcji owej „dzielonej/rozdzielonej”

⁶³¹ Por. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 340.

⁶³² Por. R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 789. Zob. też rozważania w podrozdziale 2.3.1.2. dotyczące ograniczeń podmiotowych odnośnie do administratora zastawu rejestrowego.

⁶³³ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 75–83.

⁶³⁴ Inaczej niż niemiecki. Zob. *ibid.*, s. 78.

⁶³⁵ *Ibid.*, s. 79.

⁶³⁶ *Ibid.*, s. 80. Ciężko znaleźć uzasadnienie, dlaczego upoważnienie rzeczowe, jeżeli dopuszczalne, miałyby w takim razie takie ograniczone zastosowanie. Jeżeli wynika ono z art. 4 u.z.r. I art. 68² u.k.w.h., to już dużo bardziej spójnym rozwiązaniem jest twierdzenie, że artykuły te stanowią wyjątek od zakazu separacji podmiotowej.

⁶³⁷ *Ibid.*, s. 77.

⁶³⁸ Zob. M. Hughes, *Legal...*

⁶³⁹ “In its simplest terms, a trust arises whenever there is a split in legal and beneficial ownership to property – that is, whenever one person holds legal title to property and is legally obliged to manage that property for the benefit of another. It is an equitable concept that enables two persons to have shared ownership rights in a single piece of property.” E. Gillese, *The law of trusts*, Irwin Law, Toronto 2014, s. 19. Tłumaczenie własne.

⁶⁴⁰ Zob. podrozdział 2.3.1.5.2.3.

własności nie sprawia, że w **stosunku do osób trzecich** to kredytodawcy są uważani za podmioty, którym przysługuje zabezpieczenie (*security interest*)⁶⁴¹. Trustee jest nie gorszym „właścicielem” (*owner*) zabezpieczeń niż „zwykły właściciel” i w stosunku do osób trzecich ma on wszystkie uprawnienia, które przyznaje „własność”⁶⁴². Tytuł słusnościowy (*equitable title*) daje kredytodawcom określone prawa w odniesieniu do trustee i majątku znajdującego się w truście, które na gruncie *common law* mogą mieć, w określonych okolicznościach, rozszerzoną skuteczność⁶⁴³.

Przekładając powyższe na rozważania na niniejszą pracę, wydaje się, że **można postawić tezę, iż trustee w istocie jest zastępcą pośrednim**⁶⁴⁴. To oznacza, że konstrukcja, w której to administratorowi przysługuje tytuł do hipoteki/zastawu rejestrowego, lepiej wkomponowuje się w modelowe założenia eurorynku, ponieważ stanowi ona lepszy ekwiwalent trustu. Pozwala to w większym stopniu ujednoczyć praktykę na tym międzynarodowym rynku. Należy zatem ponownie i jednoznacznie postawić tezę, iż na gruncie obecnego brzmienia przepisów **tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi (nie kredytodawcom)**⁶⁴⁵.

Powyższe rozważania dotyczyły oczywiście hipoteki i zastawu rejestrowego. Były uzasadnione niejasnością przepisów. W przypadku innych Zabezpieczeń Rzeczowych, jak zostało wykazane powyżej, przyznanie tytułu do zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń nie jest możliwe, a zatem co najwyżej można skorzystać z instytucji agenta w wąskim rozumieniu/*sensu stricto*. Czy przyznanie tytułu do zabezpieczenia agentowi zabezpieczeń⁶⁴⁶ jest możliwe w przypadku Zabezpieczeń Osobistych, będzie rozważone w dalszym podrozdziale⁶⁴⁷. Przed przejściem do tych przemyśleń, należałoby się jednak zastanowić, dlaczego ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie instytucji administratora w odniesieniu do zastawu zwykłego i zastawu finansowego.

⁶⁴¹ W doktrynie *common law* kwestionuje się też pojęcie „dzielonej” czy „podwójnej” własności (*shared ownership, double ownership*), twierząc po prostu, że pojęcie to jest niepoprawne i należałoby mówić po prostu o różnych interesach w tym samym przedmiocie. Zob. np. P. Matthews, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property* [w:] *The Worlds of the Trusts*, red. L. Smith, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 316.

⁶⁴² Por. *ibid.*, s. 316–317.

⁶⁴³ Więcej na temat rozwiązań w kanadyjskim systemie *common law* zob. podrozdział 4.3.

⁶⁴⁴ Prawdziwość rzeczowej tezy zostanie w sposób bardziej rozbudowany wykazana w podrozdziale 4.3. O tym, że trustee jest jedynie specjalnym rodzajem powiernika/zastępcy pośredniego na gruncie prawa prowincji Ontario pisze także E. Gillese, *The law...*, s. 10–11. Natomiast w polskiej literaturze, w przypadkach w których autor odnosi się do *trustee*, słowo to tłumaczone jest zwykle jako: „powiernik”. Zob. np. B. Fuchs, E. Rott-Pietrzyk, M. Zachariasiewicz, F. Zoll [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 1062. Autorzy ci jednak zauważają, iż: „Z punktu widzenia systemów prawnych Europy kontynentalnej znaczenie ma natomiast to, że *trust* nie daje się przyporządkować do żadnej znanej na kontynencie kategorii prawnej (...)”. B. Fuchs, E. Rott-Pietrzyk, M. Zachariasiewicz, F. Zoll [w:] *System...*, t. 9, s. 1068.

⁶⁴⁵ Zob. podrozdział 2.2.1.1.

⁶⁴⁶ Tj. skorzystanie z konstrukcji zastępcy pośredniego.

⁶⁴⁷ Zob. podrozdział 2.3.2.

2.3.1.6. Dlaczego brak jest instytucji administratora zabezpieczeń w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego?

Przed przejściem do możliwości przyznania tytułu do Zabezpieczeń Osobistych agentowi zabezpieczeń, należy jeszcze zastanowić się, dlaczego w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego brak jest instytucji administratora? Jak wynika z powyższych rozważań, brak tej instytucji w odniesieniu do tych zabezpieczeń prowadzi w przypadku kredytowania konsorcjalnego do niepotrzebnej multiplikacji tych zabezpieczeń i problemów z ich zbiorowością⁶⁴⁸. Gdyby instytucja administratora istniała w ich przypadku, to żadne z Zabezpieczeń Rzeczowych nie byłoby problematyczne przy tego rodzaju transakcji. Z czego wynika zatem ten brak?

Wydaje się, że przyczyny można doszukiwać się w **zasadzie jawności praw rzeczowych**. Jawność prawa określa się jako „możliwość uzyskania informacji o przysługiwaniu określonej osobie określonego prawa”⁶⁴⁹. W doktrynie można spotkać kontrowersyjne twierdzenie, że od jawności praw zastawniczych zależy ich bezwzględna skuteczność⁶⁵⁰. W przypadku hipoteki i zastawu rejestrowego rzeczona jawność jest zapewniona w sposób, przynajmniej obecnie, najdoskonalszy, tj. dzięki ujawnieniu tych praw w publicznych rejestrach⁶⁵¹. Są to księgi wieczyste, w których ujawniana jest hipoteka⁶⁵² oraz rejestr zastawów, w którym ujawniany jest zastaw rejestrowy⁶⁵³.

Nie można powiedzieć, że zastaw zwykły czy zastaw finansowy są całkowicie niejawne. W przypadku zastawu zwykłego na rzeczach ruchomych, do jego ustanowienia potrzebne jest, co do zasady, wydanie rzeczy wierzycielowi albo osobie trzeciej⁶⁵⁴. Posiadanie zapewnia w tym przypadku jawność tej postaci zastawu (stąd też obrazowa nazwa „zastaw rękodajny”)⁶⁵⁵. Stanowi ono powszechny, ale daleki od doskonałości sposób ujawniania praw rzeczowych⁶⁵⁶. Rozważenie tych niedoskonałości dla potrzeb niniejszej pracy nie jest niezbędne. Jak zwrócono uwagę powyżej, w przypadku kredytowania konsorcjalnego dużo większą rolę od zastawu zwykłego na rzeczach ruchomych pełni zastaw na prawach⁶⁵⁷. Można zatem, co do niedoskonałości tego sposobu ujawniania praw rzeczowych, odesłać do literatury⁶⁵⁸.

W przypadku zastawu zwykłego **na prawach** sytuacja wygląda już inaczej. Brak jest powszechnego mechanizmu ujawniania tego prawa zastawniczego, czy to przez

⁶⁴⁸ Zob. podrozdział 2.3.1.1 i 2.3.1.3

⁶⁴⁹ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 47.

⁶⁵⁰ Zob. A. Stangret-Smoczyńska, *Charakter...*, s. 66–67.

⁶⁵¹ Por. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 47.

⁶⁵² Zob. art. 1-58 u.k.w.h. (Dział I Księgi wieczyste).

⁶⁵³ Zob. art. 36-44 u.z.r. (Rozdział 8 Rejestr zastawów).

⁶⁵⁴ Zob. art. 307 § 1 k.c.

⁶⁵⁵ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 48.

⁶⁵⁶ Zob. *ibid.*

⁶⁵⁷ Zob. podrozdział 2.3.1.1.

⁶⁵⁸ Zob. np. J. Gołaczyński [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, s. 594–595; P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 48–49.

urzędowy rejestr czy posiadanie⁶⁵⁹. Można argumentować, że ujawnieniu zastawu na prawach służy wymóg formy z art. 329 § 1 zd. 2 k.c. Przepis ten wymaga, aby umowa o ustanowienie takiego zastawu była zawarta na piśmie z datą pewną. Wydaje się jednak, że wymogu formy nie można traktować jako środka służącego „ujawnieniu” prawa⁶⁶⁰.

Kontrowersyjnie zakładając, że forma stanowi sposób ujawnienia, można zauważyć, że od ww. wymogu formy szczególnej mogą występować wyjątki wymagające surowszej formy. Niniejsze opracowanie nie ma na celu omawiania ich wszystkich. Jednak, jak już wskazano powyżej, w przypadku kredytowania konsorcjalnego zastaw zwykły na prawach będzie najczęściej dotyczył zastawu na udziałach albo akcjach⁶⁶¹. To oznacza, że trzeba zastanowić się nad ewentualną formą szczególną ustanowienia tego zabezpieczenia, na tych dwóch rodzajach przedmiotów zastawu. Art. 180 k.s.h. przewiduje surowszą formę niż art. 329 § 1 k.c. dla zastawienia udziału, tj. **formę pisemną z podpisami notarialnie poświadczonymi**⁶⁶². Stanowi zatem wyjątek od formy przewidzianej przez Kodeks cywilny. Do tej formy będą musiały zastosować się strony, aby skutecznie zastawić udział⁶⁶³. Natomiast w odniesieniu do akcji imiennych art. 339 k.s.h. wymaga do ich przeniesienia jedynie pisemnego oświadczenia. To oznacza, że odnośnie do formy umowy ustanawiającej zastaw na akcjach zastosowanie powinien znaleźć art. 329 § 1 zd. 2 k.c. (umowa musi być zawarta na piśmie z datą pewną) ze względu na to, że forma przewidziana przez art. 339 k.s.h. jest formą słabszą⁶⁶⁴.

Jednak w odniesieniu do zastawu na udziałach oraz akcjach, poza formą, jego ujawnieniu służy tzw. **przesłanka dodatkowa**⁶⁶⁵. Możliwość jej wystąpienia wynika z generalnego odesłania art. 329 § 1 k.c. do odpowiedniego stosowania przepisów o przeniesieniu danego prawa⁶⁶⁶. Powyższe oznacza, że poza wyżej wspomnianym art. 180 k.s.h. dotyczącym formy umów przenoszących udziały, do ustanowienia zastawu zastosowanie znajdują ewentualne inne przesłanki, których spełnienie jest wymagane do skutecznego przeniesienia danego prawa. Owa przesłanka dodatkowa inaczej wygląda w przypadku, w którym przedmiotem zastawu są udziały, a inaczej, gdy są nim akcje.

⁶⁵⁹ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 49.

⁶⁶⁰ Tak prawidłowo: I. Karasek, *Kolizyjnoprawna problematyka nieposesoryjnych zabezpieczeń rzeczowych ustanowionych pod rządem praw obcych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2006, nr 2, s. 24.

⁶⁶¹ Zob. podrozdział 2.3.1.1.

⁶⁶² Zob. też art. 180 § 2 k.s.h., który przewiduje regulację szczególną w odniesieniu do formy, w przypadkach gdy umowa spółki została zawarta przy wykorzystaniu wzorca umowy.

⁶⁶³ Zob. M. Michalski, *Kilka...*, s. 18.

⁶⁶⁴ O tym, że art. 329 § 1 k.c. stanowi minimalne wymaganie co do formy zastawu zwykłego na prawach, zob. R. Uliasz, *Zastaw na akcjach zdematerializowanych dopuszczonych do obrotu publicznego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2006, nr 3, s. 27.

⁶⁶⁵ Zob. M. Michalski, *Kilka...*, s. 19–20. Przesłanka dodatkowa może wystąpić w przypadku ustanowienia zastawu zwykłego na prawach także na innych przedmiotach niż udziały czy akcje, zob. np. art. 83 § 4 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz. U. z 2018 r. poz. 1355 z późn. zm.). Ze względu na przedmiot niniejszej pracy rozważania dotyczące przesłanki dodatkowej ograniczają się do zastawu zwykłego na udziałach lub akcjach.

⁶⁶⁶ Tj. też zastawu na udziałach lub akcjach. Zob. M. Michalski, *Kilka...*, s. 17.

W pierwszej sytuacji znajduje zastosowanie art. 187 § 1 k.s.h., który wymaga, w przypadku ustanowienia zastawu, zawiadomienia przez zainteresowanych spółki i przedstawienia dowodu ustanowienia zastawu. Dokonanie tych czynności jest warunkiem skuteczności zastawu wobec spółki⁶⁶⁷. Art. 188 k.s.h. wymaga **odnotowania faktu ustanowienia zastawu w księdze udziałów** (§ 1) oraz **odpowiedniego zaktualizowania listy wspólników**, którą składa się sądowi rejestrowemu (§ 3). Powinno to, przynajmniej w pewnym stopniu, zapewnić jawność tego prawa⁶⁶⁸. Należy podkreślić, że w przypadku ustanowienia zastawu zwykłego na udziałach nie będziemy mieli do czynienia z czynnością prawną realną, ponieważ art. 174 § 6 k.s.h. zakazuje wystawiania na udziały dokumentu na okaziciela czy dokumentów imiennych lub na zlecenie. To oznacza, że brak będzie dokumentu ucieleśniającego te prawa, w odniesieniu do którego mogłoby nastąpić ewentualne wydanie.

Natomiast w przypadku akcji, aby ustalić przesłankę dodatkową, wymagane będzie spojrzenie na przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące przenoszenia praw z papierów wartościowych lub przepisy szczególne. Przepisy k.c. dotyczące przenoszenia praw z klasycznych papierów wartościowych (tzw. dokumentowych)⁶⁶⁹, przesłankę dodatkową określają różnie, w zależności od **rodzaju papieru wartościowego**. W przypadku papierów wartościowych imiennych, Kodeks cywilny, poza przelewem, wymaga **wydania dokumentu** (art. 921⁸ k.c.)⁶⁷⁰. Do skutecznego przeniesienia praw z papieru wartościowego na zlecenie, wymagane jest **wydanie dokumentu** oraz **istnienie nieprzerwanego szeregu indosów** (art. 921⁹ § 3 k.c.). Samo **wydanie** wystarcza do skutecznego przeniesienia praw z papieru wartościowego na okaziciela (art. 921¹² k.c.). Kodeks cywilny przewiduje zatem, że w przypadku papierów wartościowych w formie dokumentu, w klasycznym tego słowa rozumieniu⁶⁷¹, mamy do czynienia zawsze z czynnościami prawnymi realnymi⁶⁷². Powyższe należałoby przenieść na grunt rozważań dotyczących jawności praw rzeczowych. W przypadku akcji materialnych na okaziciela do **ujawnienia** zastawu zwykłego na akcjach będzie zatem dochodziło przez **wydanie**. To oznacza, że właśnie tę czynność można określić w tym przypadku jako **przesłankę dodatkową**. Natomiast gdy mamy do czynienia ze zmaterializowaną/dokumentową akcją **imienną w spółce akcyjnej**

⁶⁶⁷ Zob. art. 187 § 1 k.s.h.

⁶⁶⁸ Por. M. Michalski, *Kilka...*, s. 18.

⁶⁶⁹ Zob. Ł. Gasiński [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, Lex, Warszawa 2016, s. 707 i s. 737–738.

⁶⁷⁰ Zob. jednak art. 339 k.s.h., który do przeniesienia akcji imiennej wymaga pisemnego oświadczenia na dokumencie akcji albo w osobnym dokumencie oraz **przeniesienia posiadania akcji**, co nie musi oznaczać wydania papieru wartościowego. Zob. art. 348–351 k.c. oraz Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 366.

⁶⁷¹ Zob. definicję dokumentu z art. 77³ k.c.

⁶⁷² Tak samo: Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 367. Przez czynność realną należałoby rozumieć czynność prawną, do której skutecznego dokonania poza oświadczeniem woli wymagane jest działanie, które powoduje „zmianę faktycznego władztwa nad rzeczą lub innymi przedmiotami materialnymi”. Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 219.

albo spółce komandytowo-akcyjnej, to znajdzie zastosowanie art. 339 k.s.h. Będzie to oznaczało zastąpienie wymogu wydania warunkiem przeniesienia posiadania akcji⁶⁷³.

W przypadku papierów wartościowych zdematerializowanych sytuacja wygląda inaczej. Zwykle przesłanką dodatkową będzie uczynienie odpowiedniego zapisu na, nieco upraszczając, odpowiednim rachunku przez podmiot autoryzowany do uczynienia takiego zapisu (np. dom maklerski)⁶⁷⁴. Taką czynność należy uważać za sposób ujawnienia prawa, ponieważ może ona prowadzić do uświadomienia uczestników obrotu, że zastaw został ustanowiony⁶⁷⁵.

Nieco inaczej wygląda sytuacja w przypadku **zastawu finansowego**. Po pierwsze, w odniesieniu do formy, art. 7 ust. 1 u.n.z.f. stanowi, że do ustanowienia zastawu finansowego nie wymaga się zawarcia umowy z datą pewną ani umowy z podpisami notarialnie poświadczonymi. Brak innego przepisu określającego wymaganą formę dla umowy konstytuującej tego rodzaju zastaw oznacza, że w przypadku jego ustanawiania mamy do czynienia z dowolnością formy i nie występuje tutaj ustawowy wymóg choćby formy pisemnej *ad probationem*⁶⁷⁶. Wydaje się jednak, że ustawodawca nie wyłączył w przypadku zastawu finansowego, mogącej wystąpić w przypadku określonych przedmiotów zastawu, przesłanki dodatkowej dotyczącej przeniesienia prawa (art. 329 § 1 zd. 1 k.c.)⁶⁷⁷. To oznacza, że powyższe uwagi dotyczące przesłanki dodatkowej w przypadku zastawu zwykłego na prawach, przy odniesieniu do odpowiedniego przedmiotu zastawu, znajdują zastosowanie także do zastawu finansowego⁶⁷⁸. To oznacza, że aby skutecznie ustanowić zastaw finansowy na udziałach, również muszą być spełnione np. wymogi z art. 188 § 1 i § 3 k.s.h. Natomiast w przypadku obciążania prawa do środków pieniężnych wierzytelności kredytowych lub prawa do i prawa z instrumentów finansowych, art. 7 ust. 2 u.n.z.f. wymaga stosownego odnotowania na odpowiednim rachunku albo w odpowiednim wykazie⁶⁷⁹. Wymóg ten, w przypadku zdematerializowanych instrumentów finansowych, będzie się jednak zwykle pokrywał ze standardowymi wymogami dotyczącymi przeniesienia takiego prawa. Do warunków skutecznego przejścia praw z takich instrumentów zwykle zaliczany jest wymóg odpowiedniej adnotacji na właściwym rachunku⁶⁸⁰. Należy zauważyć, że A. Stangret-Smoczyńska przyjmuje nieco inne podejście do problemu niż

⁶⁷³ Więcej odnośnie do zastawu na akcjach zob. J. Frąckowiak, *Zastaw...*

⁶⁷⁴ Zob. np. art. 7 u.n.z.f. oraz art. 7 u.o.i.f. Zob. także Ł. Gasiński [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, LEX, Warszawa 2012, s. 737–738.

⁶⁷⁵ Zob. M. Michalski, *Kilka...*, s. 19.

⁶⁷⁶ Zob. rozbudowane rozważania na ten temat np. *ibid.*, s. 16–19. Słusznie M. Michalski zauważa, że nieprawidłowo D. Sobczyński twierdzi, że w przypadku ustanawiania zastawu finansowego występuje wymóg formy pisemnej. Zob. D. Sobczyński, *Novum...*, s. 13.

⁶⁷⁷ Por. M. Michalski, *Kilka...*, s. 19–20.

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ Zob. art. 7 ust. 2 u.n.z.f. oraz M. Michalski, *Kilka...*, s. 21.

⁶⁸⁰ Zob. np. Ł. Gasiński [w:] *Prawo...* (2012), s. 737–738.

przedstawione powyżej, twierdząc, że art. 329 § 1 zd. 1 k.c. znajdzie zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez art. 7 ust. 2 u.n.z.f.⁶⁸¹.

Mając na względzie powyższe, **niedopuszczalne jest postawienie tezy, że zastaw zwykły na prawach (zwłaszcza w interesującym nas zakresie) czy zastaw finansowy są niejawne**. Poza szczególnymi formami czynności prawnej ustanawiającej zastaw zwykły na prawach⁶⁸², zwykle wystąpi też przesłanka dodatkowa, która w mniejszym lub większym stopniu będzie służyła jawności tych praw zastawniczych. Przybierze ona postać:

- a) odnotowania w księdze udziałów i zaktualizowaniu listy współników – zastaw zwykły lub zastaw finansowy na udziałach,
- b) wydania lub przeniesienia posiadania dokumentu – zastaw zwykły na papierach wartościowych dokumentowych/zmaterializowanych,
- c) odnotowania na odpowiednim rachunku – zwykle zastaw zwykły na papierach wartościowych zdematerializowanych lub w przypadku zastawu finansowego na środkach pieniężnych albo instrumentach finansowych.

Nie są to jednak czynności, które spowodują tak daleko idącą jawność, jak ujawnienie prawa w publicznym rejestrze, co ma miejsce w przypadku hipoteki czy zastawu rejestrowego⁶⁸³.

Ujawnienie rzeczowych praw zabezpieczających w publicznym rejestrze pełni istotne funkcje⁶⁸⁴. Po pierwsze, osoba nabywająca/obciążająca określony przedmiot jest w stanie dowiedzieć się, czy jest on już obciążony jakimś prawem, czy nie. Po drugie, prawa te w istocie dają przywileje dotyczące zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia. Dla osób trzecich, którym takie prawa nie przysługują albo ewentualnie mogą przysługiwać z późniejszym pierwszeństwem, powinno być zatem wiadome, że prawa takie zostały ustanowione⁶⁸⁵. Inaczej takie podmioty mogą być narażone na większe ryzyko niezaspokojenia swojej wierzytelności przez dłużnika, niż mogły przewidzieć w momencie zawierania transakcji. Generalnie można zatem powiedzieć, że jawność praw zabezpieczających chroni **pewność obrotu i osoby trzecie**. Jawność, z jednej strony, zapewnia, że osoba nabywająca określony przedmiot wie, czy jest on obciążony czy nie, co pozwala lepiej oszacować jego cenę i pozwala liczyć się z ryzykiem jego utraty w przyszłości.

⁶⁸¹ Zob. A. Stangret-Smoczyńska, *Charakter...*, s. 67. Na marginesie można zauważyć, że kredytodawcy, aby lepiej chronić swoje interesy w przypadku zastawu na papierach wartościowych zdematerializowanych, poza odnotowaniem, wymagają blokady papierów na odpowiednim rachunku wynikającej z ustanawianych zastawów oraz wystawienia świadectwa depozytowego potwierdzającego ustanowienie takiej blokady. Takie świadectwa są przekazywane agentowi zabezpieczeń, uniemożliwiając skuteczny obrót zastawionymi papierami wartościowymi. Kwestia ta nie jest oczywiście związana z problemem „ujawnienia” omawianym w niniejszym podrozdziale.

⁶⁸² Który to wymóg przez niektórych może być widziany jako sposób ujawnienia zabezpieczeń.

⁶⁸³ P. Machnikowski pisze o „pełnej jawności” ksiąg wieczystych i rejestru zastawów powołując się na art. 2 zd. 1 u.k.w.h. i art. 37 ust. 1 u.z.r. Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 47. P. Machnikowski uważa również ujawnienie prawa rzeczowego w urzędowym rejestrze za **najdoskonalszy** „środek ujawniania praw bezwzględnych”. Zob. *ibid.*

⁶⁸⁴ Istotność jawności w przypadku zabezpieczeń wierzytelności zauważa też M. Michalski, *Kilka...*, s. 17.

⁶⁸⁵ Por. M. Michalski, *Kilka...*, s. 17.

Podobnie w przypadku obciążania takiego przedmiotu. Osoba dokonująca tego rodzaju czynności prawnej jest w stanie dowiedzieć się, czy jej obciążenie będzie miało jakąś rzeczywistą wartość. Z drugiej strony, osobom trzecim jawność praw zabezpieczających może dawać lepszy obraz sytuacji majątkowej swojego kontrahenta, a zatem pozwoli w lepszy sposób ocenić ryzyko zaangażowania się w daną transakcję z określonym podmiotem. Ujawnienie w urzędowym i publicznym rejestrze dobrze służy tym celom.

Natomiast jawność w przypadku zastawu zwykłego na prawach i zastawu finansowego nie jest tak samo doskonała, jak w przypadku zastawu rejestrowego czy hipoteki. Przeniesienie posiadania czy wydanie dokumentu ma swoje wady, jeżeli chodzi o ujawnienie praw rzeczowych⁶⁸⁶. Rachunki czy wykazy, na których mogą być ujawnione prawa zastawnicze, nie cieszą się natomiast taką jawnością, jak ma to miejsce w przypadku urzędowych rejestrów⁶⁸⁷. **Można zatem postawić tezę, że ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie instytucji administratora w odniesieniu do tych dwóch praw właśnie z tego względu.** Możliwość przyznania zastawu zwykłego na prawach lub zastawu finansowego agentowi zabezpieczeń, połączona z brakiem publicznych rejestrów w przypadku tych dwóch Praw Rzeczowych, mogłyby prowadzić do braku transparentności w odniesieniu do tego, kto jest podmiotem zabezpieczonym. Taki agent nie byłby ujawniony w żadnym urzędowym rejestrze, a, przynajmniej obecnie, standardowo zakłada się, że wierzycielem zastawniczym jest ten sam podmiot, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (a nie jakiś inny podmiot). Najwidoczniej ustawodawca miał obawy przed wprowadzeniem instytucji administratora w odniesieniu do Zabezpieczeń Rzeczowych w przypadkach, w których agent zabezpieczeń nie byłby ujawniany w urzędowym rejestrze. Z drugiej strony reforma tych zabezpieczeń i wprowadzenie obok instytucji administratora, publicznego rejestru tych zabezpieczeń, spowodowałoby, że coraz bardziej zatarłaby się różnica między tymi prawami a zastawem rejestrowym. Pojawia się pytanie, czy w czasach coraz większej informatyzacji postępowań i coraz większej standaryzacji wniosków o wpis, co powinno modelowo prowadzić do przyspieszenia owych postępowań, nie powinno się dokonać podobnego ujednoczenia prawa zabezpieczeń wierzytelności, jakie zostało dokonane w Kanadzie⁶⁸⁸.

Wydaje się, że w tym kierunku zmierzają powoli postulaty polskiej doktryny. Podczas Konferencji NAPKC zgłoszono dwa ciekawe postulaty. Po pierwsze, J. Gołaczyński podczas swojego wykładu *Wprowadzenie do zagadnień przepisów ogólnych nowej księgi Kodeksu cywilnego „Zabezpieczenia wierzytelności”* stwierdził, że **administrator zabezpieczeń** w nowym Kodeksie cywilnym powinien być wprowadzony w odniesieniu do **wszystkich praw zastawniczych**. Po drugie, M. Leśniak podczas swojego wystąpienia pt. *Jawność praw zabezpieczających. Propozycje zmian w zakresie proponowanych*

⁶⁸⁶ Zob. P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 48–49.

⁶⁸⁷ Zob. *ibid.*, s. 47.

⁶⁸⁸ Zob. A. Duggan, J.S. Ziegel, *Secured Transactions in Personal Property: Cases, Text and Materials*, Emond Montgomery, Toronto 2013 s. 6–30. Więcej na ten temat owej nowelizacji w podrozdziale 4.2.

przepisów ogólnych postulował, aby rejestr/rejestry zabezpieczeń został/y wprowadzony/e w odniesieniu do **wszystkich zabezpieczeń**. Na pytanie autora niniejszej pracy: „czy w takim razie do ustanowienia administratora zabezpieczeń będzie każdorazowo wymagane wpisanie go do rejestru?” J. Gołaczyński odpowiedział twierdząco. To oznacza, że prawdopodobnie w przyszłości dojdzie do rozszerzenia instytucji administratora, jednak wraz z rozszerzeniem obowiązków rejestracyjnych, które miałyby oczywiście służyć większej jawności. Takie rozwiązanie rodzi pytanie o sens utrzymywania różnych typów zastawów, czy nawet szerzej – różnych zabezpieczeń i ponownie pozwala postulować podobną reformę, jak w przypadku prawa kanadyjskiego, w którym różne postacie zabezpieczeń na przedmiotach innych niż nieruchomości, zostały zastąpione jednym generalnym pojęciem *security interest* i wprowadzono jeden rejestr⁶⁸⁹.

Na koniec można na marginesie zauważyć, że po pierwsze, szersze zastosowanie instytucji administratora zabezpieczeń występuje obecnie w przypadku obligacji⁶⁹⁰, czyli sposobu finansowania, który nie jest objęty przedmiotem niniejszej pracy. Po drugie, słusznie zauważa P. Machnikowski, że jawność w przypadku zabezpieczeń **na prawach** ma mniejsze znaczenie niż w przypadku zabezpieczeń na rzeczach, ponieważ przedmiotem obciążenia są zwykle prawa względne (wierzytelności), „a wówczas istnienie prawa rzeczowego oznacza w zasadzie tylko włączenie uprawnionego w stosunek prawny dwustronnie zindywidualizowany”⁶⁹¹.

2.3.2. Agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a Zabezpieczenia Osobiste

W podrozdziale 2.3.1. została rozważona możliwość skorzystania z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych. Skonstruowany, zamknięty katalog tych zabezpieczeń, pozwolił na przeanalizowanie każdego z Zabezpieczeń Rzeczowych osobno. Na koniec podrozdziału zostały rozważone jedynie dwie kwestie natury nieco bardziej ogólnej, tj. po pierwsze, czy w przypadku zastawu rejestrowego i hipoteki, zabezpieczenia te znajdują się w majątku administratora zastawu/hipoteki oraz po drugie, jaka jest prawdopodobna przyczyna braku administratora w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego.

W przypadku Zabezpieczeń Osobistych rozważenie możliwości skorzystania z agenta w formie zastępcy pośredniego w odniesieniu do każdego z zabezpieczeń jest niemożliwe ze względu na otwarty katalog tych zabezpieczeń⁶⁹². Nie stanowi to jednak większego problemu, ponieważ wystarczające powinno być zbadanie, czy przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego nie

⁶⁸⁹ Zob. A. Duggan, J.S. Ziegel, *Secured...*, s. 6–30 oraz np. ustawę z prowincji Ontario Personal Property Security Act, RSO 1990, c P-10, w szczególności art. 1 (1) ustawy zawierający definicję *security interest* oraz art. 2.

⁶⁹⁰ Zob. art. 29 u.o. oraz J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272.

⁶⁹¹ P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 3, s. 49.

⁶⁹² Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.

wykracza poza granice określone w podrozdziale 1.3.4.3.3. niniejszej pracy⁶⁹³. Bardziej konkretnie zostaną rozważone tylko niektóre Zabezpieczenia Osobiste, których wykorzystanie, w przypadku tej formy agenta, może być problematyczne i które są często wymagane przez banki przy tego typu transakcjach. Można jednak już teraz generalnie stwierdzić, że **przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń, zwykle nie budzi większych wątpliwości i istnieje raczej zgoda w doktrynie, że w takim przypadku zabezpieczenia te znajdują się w majątku agenta zabezpieczeń**⁶⁹⁴.

2.3.2.1. Przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń mieści się w naturalnych granicach autonomii woli?

Jak wskazano w podrozdziale 1.3.4.3.3.1., naturalną granicą autonomii woli⁶⁹⁵ jest **autonomiczność sfery prawnej innych podmiotów**. Przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom do naruszenia tej granicy nie powinno zwykle doprowadzić. Wynika to z założenia, że w tym przypadku **będziemy poruszać się przeważnie w sferze praw względnych, a zatem ze swej natury nienaruszających sfery prawnej innych podmiotów**. Problem mógłby ewentualnie powstać w przypadku zabezpieczeń z pogranicza prawa rzeczowego i prawa zobowiązań, jak np. przewłaszczenie na zabezpieczenie, które w niniejszej pracy zostały zaliczone do Zabezpieczeń Osobistych⁶⁹⁶. Aczkolwiek i w ich przypadku do naruszenia owej granicy nie powinno dojść. To czy przyznamy tytuł do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń czy kredytodawcom, nie powinno czynić dla wierzycieli kredytobiorcy różnicy. Nie sposób zatem stwierdzić, w jaki sposób do naruszenia ich autonomii miałyby dojść. Kredytowanie konsorcjalne, które zostało ustrukturyzowane przez banki z wykorzystaniem agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, prowadzi jedynie do efektywniejszego zarządzania zabezpieczeniem, zapobiega niepotrzebnej multiplikacji zabezpieczeń oraz pozwala na łatwiejszą jego realizację. Nie sprawia natomiast, że zabezpieczenie ma lepsze pierwszeństwo czy szerszą skuteczność. Mówiąc inaczej, co do zasady, to czy tytuł do Zabezpieczenia Osobistego przysługuje agentowi zabezpieczeń czy kredytodawcom, jest dla osób trzecich irrelevantne oraz nie wpływa na ich prawa i obowiązki.

Ewentualny problem polega na tym, że agent do spraw zabezpieczeń, w przypadku Zabezpieczeń Osobistych, **nie jest jawny**, tj. nie jest wpisywany jako agent do żadnego urzędowego rejestru⁶⁹⁷. To oznacza, że w przypadkach, w których przyznanie

⁶⁹³ Tj. granice autonomii woli i granice wynikające z art. 353¹ k.c.

⁶⁹⁴ Co prawda M. Kućka pisze o „zabezpieczeniach nieakcesoryjnych”, a nie o Zabezpieczeniach Osobistych, ale katalog zabezpieczeń nieakcesoryjnych został zakreślony przez tego autora bardzo podobnie do katalogu Zabezpieczeń Osobistych. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 30–32 i 43–46.

⁶⁹⁵ Wyprowadzoną z art. 56 k.c. oraz wskazanych w tym podrozdziale przepisów Konstytucji.

⁶⁹⁶ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2 oraz 1.3.4.3.3.

⁶⁹⁷ W przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych w postaci hipoteki albo zastawu rejestrowego, administrator hipoteki czy administrator zastawu będą wpisani do odpowiedni księgi wieczystej albo rejestru zastawów. Zob. 2.3.1.

danego Zabezpieczenia Osobistego⁶⁹⁸ prowadziłyby do niesłusznego⁶⁹⁹ wyłączenia zabezpieczenia lub przychodów z jego realizacji spod egzekucji lub masy upadłości, istniałyby mocne argumenty, aby twierdzić, że doszło do przekroczenia naturalnej granicy autonomii woli lub jednej z poniższych granic⁷⁰⁰. Wynikałoby to z argumentacji, że w takim przypadku mamy do czynienia z nieuprawnionym wkroczeniem w sferę prawną osób trzecich. To by oznaczało nieważność przyznania tytułu do zabezpieczenia agentowi zabezpieczeń na podstawie art. 58 k.c.⁷⁰¹

2.3.2.2. Czy przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń mieści się w granicach swobody umów?

Art. 353¹ k.c. stanowi o trzech granicach swobody kształtowania treści zobowiązania, z których może wynikać zakaz przyznania tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń, tj.:

- 1) ustawie;
- 2) zasadach współzycia społecznego;
- 3) właściwości (naturze) stosunku.

2.3.2.2.1. Granica ustawowa

Pierwszym pytaniem, które należy zadać, jest czy treść lub cel umowy, na mocy której doszłoby do przyznania tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń, sprzeciwiają się ustawie? Jak już wskazano powyżej, **brak jest w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych generalnego, bezwzględnie obowiązującego przepisu, który by zakazywał separacji podmiotowej**⁷⁰². Tak samo nie istnieje ogólny przepis, który by zakazywał przyznania tytułu do tych zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń. Można zatem stwierdzić, że granica ta nie stanowi zwykle problemu⁷⁰³.

2.3.2.2.2. Granica zasad współzycia społecznego

Jak zwrócono uwagę powyżej, granica swobody umów w postaci zasad współzycia społecznego stanowi granicę moralną, która wymaga analizy konkretnego przypadku oraz wydaje się w mniejszym stopniu dotyczyć obrotu między profesjonalistami⁷⁰⁴. Podobnie jak w przypadku braku generalnej normy moralnej zakazującej separacji podmiotowej, tak samo brak jest takiej normy w odniesieniu do zakazu przyznania

⁶⁹⁸ W szczególności przewłaszczenia na zabezpieczenie lub innego zabezpieczenia, które może mieć rozszerzoną skuteczność.

⁶⁹⁹ Przy badaniu owej „niesłuszności” należałoby brać właśnie pod uwagę wspomnianą niejawnosć.

⁷⁰⁰ Tj. granic w postaci ustawy, zasad współzycia społecznego lub właściwości (natury) stosunku. Podobnie: M. Kućka, *Administrator...*, s. 32. Sama zasada swobody umów wynika z zasady autonomii woli, więc pojęcia te są trudne do rozdzielenia i tym samym rozłącznej analizy. Jednak to, w jaki sposób zasady te rozumiane są na potrzeby niniejszej pracy oraz w jaki sposób mogą być problematyczne, jeżeli chodzi o problem separacji podmiotowej, zob. podrozdział 1.3.4.3.3.1. oraz 1.3.4.3.3.2.

⁷⁰¹ Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.1.

⁷⁰² Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.2.1.

⁷⁰³ Zob. jednak poniższe uwagi dotyczące poręczenia.

⁷⁰⁴ Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.2.2.

Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Nie można jednak całkowicie wykluczyć, że granica ta, w przypadku tego rodzaju transakcji, nigdy nie będzie przekroczona. Wydaje się jednak, że jej naruszenie przez przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego agentowi zabezpieczeń powinno stanowić rzadki wyjątek. To oznacza, że w niniejszym podrozdziale (2.3.2.2) można skupić się przede wszystkim na ostatniej granicy, jaką jest właściwość (natura) danego Zobowiązania Osobistego.

2.3.2.2.3. Granica właściwości (natury) stosunku

Jak już wykazano w podrozdziale 1.3.4.3.3.2.3., **zasadniczy** zakaz separacji podmiotowej w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych **wynika z granicy swobody umów, jaką jest właściwość (natura) stosunku**. W rzeczonyj części pracy zwrócono uwagę, że sprzeczne z podstawową funkcją zabezpieczenia, jaką jest wzmocnienie zabezpieczonej wiarytelności, byłoby bezwarunkowe przyznanie tytułu do Zabezpieczenia Osobistego podmiotowi innemu niż wierzyciel, któremu przysługuje objęta nim wiarytelność.

We wspomnianym podrozdziale oraz podrozdziale 1.3.4.4. było też jednak podkreślane, że zakaz separacji podmiotowej doznaje wyjątków i tym samym akcesoryjność zabezpieczeń, w ich płaszczyźnie podmiotowej, może podlegać rozluźnieniu. Do naruszenia właściwości (natury) Zabezpieczenia Osobistego nie powinno zwykle dojść w przypadkach, w których, co prawda, tytuł do takiego zabezpieczenia zostanie przyznany innemu podmiotowi, ale Zabezpieczenie Osobiste będzie udzielone **na rzecz** wierzyciela/wierzycieli. Dostateczna więź między zabezpieczeniem a zabezpieczonymi wiarytelnościami jest w takim przypadku zapewniona przez odpowiednie postanowienia umowne. Jak już zwrócono uwagę powyżej, mówilibyśmy w tym przypadku o **obligatoryjnej podmiotowej akcesoryjności umownej**.

Powyższe warunki prawie zawsze powinny być spełnione w przypadkach, w których tytuł do Zabezpieczenia Osobistego zostanie przyznany agentowi zabezpieczeń, który wystąpi w transakcji kredytowania konsorcjalnego. Po pierwsze, jak zostało wyżej wskazane, konstrukcja zastępcy pośredniego opiera się na tym, że działa on we własnym imieniu, tj. w istocie przysługuje mu tytuł do zabezpieczenia⁷⁰⁵, ale na rachunek innego/ innych podmiotu/podmiotów. Co więcej, cała struktura kredytowania konsorcjalnego jest tak ukształtowana, aby to zawsze kredytodawcom przypadły korzyści z realizacji zabezpieczenia. Rolą agenta zabezpieczeń jest jedynie zarządzanie nim i ułatwienie jego realizacji. Sytuacja, w której wpływy z wykonania zabezpieczenia przypadłyby agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom jest mocno niepożądana przez kredytodawców. Liczne postanowienia umowne mają więc zapewnić, aby do takiej sytuacji nie doszło.

⁷⁰⁵ Inaczej: zabezpieczenie znajduje się w jego majątku. Zob. podrozdział 2.3.1.5.2. „Nieco upraszczając”, ponieważ kwestia jest bardziej kontrowersyjna w przypadku komisu sprzedaży, gdzie twierdzi się, że przedmiot wchodzi w skład majątku komitenta, a nie komisanta i do niego niektórzy w doktrynie przyrównują pozycję administratora hipoteki/zastawu.

Ze względu na powyższe można postawić tezę, że skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku Zabezpieczeń Osobistych i kredytowania konsorcjalnego powinno być zwykle dopuszczalne oraz nie naruszać granicy swobody umów w postaci właściwości (natury) zobowiązania.

Ponownie jednak słowo „zwykle” nie zostało użyte przez przypadek. W podrozdziale 1.3.4.3.3.2.3. naruszenie granicy właściwości (natury) stosunku było analizowane generalnie, z perspektywy natury **zabezpieczenia**. Jednak przekroczenie owej granicy może być rozważane w sposób bardziej precyzyjny, tj. w odniesieniu do konkretnych Zabezpieczeń Osobistych. Analiza niektórych z nich może prowadzić do wniosku, że przyznanie tytułu agentowi zabezpieczeń, tj. skorzystanie z formy zastępcy pośredniego, będzie jednak niedopuszczalne.

Pierwszym Zabezpieczeniem Osobistym, które, jak się zdaje, nie może być przyznane agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, jest **poręczenie**. Wynika to, wydaje się, z art. 876 § 1 k.c., który stanowi:

Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się **względem wierzyciela** wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał [pogrubienie – T.T.]

Z przepisu tego wynika, że poręczenie powinno być dokonane względem wierzyciela i należy uznać, że chodzi tu o wierzyciela zabezpieczonej wierzytelności, a nie wierzyciela zabezpieczenia. Udzielenie poręczenia agentowi zabezpieczeń, z zastrzeżeniem, że jest ono udzielane na rzecz kredytodawców, godziłoby, jak się wydaje, w **naturę poręczenia** określoną we wskazanym przepisie⁷⁰⁶. Na niedopuszczalność separacji podmiotowej w przypadku poręczenia wskazuje zarówno A. Szpunar⁷⁰⁷, jak i T. Czech⁷⁰⁸, choć pierwszy wywodzi to z akcesoryjnego charakteru poręczenia, a drugi nie uzasadnia swojej tezy. Można jednak zaznaczyć, że na Konferencji NAPKC zgłoszono postulat, ażeby w nowym Kodeksie cywilnym instytucję administratora zabezpieczeń rozszerzyć również na poręczenie i wskazano zalety takiego rozwiązania⁷⁰⁹. Postulat taki nie spotkał się z krytyką⁷¹⁰. Jednak, aby było to możliwe, wydaje się, że niezbędna jest interwencja ustawodawcy. Potrzebny byłby nowy Kodeks cywilny lub chociaż modyfikacja obowiązujących przepisów dotyczących poręczenia lub administratora. *De lege lata* można zatem postawić tezę, że **w przypadku poręczenia separacja podmiotowa jest niedopuszczalna i wynika to z natury tego zabezpieczenia**.

⁷⁰⁶ Można też rozważać, czy poręczenie nie stanowi „ustawowego” wyjątku. Jednak zdaniem autora niniejszego opracowania regulacja jest na tyle niejasna, że sporne może być mówienie o „ustawowym” zakazie.

⁷⁰⁷ Zob. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 28.

⁷⁰⁸ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

⁷⁰⁹ Niestety autor niniejszej pracy nie zna nazwiska Profesora, który zgłosił ów postulat, a nie zawsze osoby uczestniczące w dyskusji się przedstawiały.

⁷¹⁰ Choć możliwe, że wynikało to z jego „świeżości” i na następnej konferencji Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego kwestia zostanie w szerszym zakresie poruszona.

Tylko na marginesie należy też zauważyć, że M. Kućka wydaje się definitywnie nie wykluczać możliwości skorzystania z instytucji zastępcy pośredniego w przypadku poręczenia. Stawia on jednak warunek, że zachowane powinny zostać cechy akcesoryjności poręczenia. W takim przypadku zakłada on jednak powstanie wspólnego poręczenia, a nie przyznanie tytułu do poręczenia zastępcy pośredniemu. Wynika to z przyjęcia przez tego autora założenia, że w przypadku skorzystania z instytucji zastępcy pośredniego zabezpieczenia wchodzi do majątku podmiotów zastępowanych, a nie zastępcy⁷¹¹. Twierdzenie, że możliwe jest udzielenie poręczenia przy wykorzystaniu tej instytucji, nie jest jednak całkowicie bezzasadne. Jak zostało wskazane powyżej, 876 § 1 k.c. wyraźnie o wierzycielu zabezpieczonej wierzytelności nie stanowi. Można zatem próbować argumentować, że przepis ten owej natury poręczenia nie wprowadza, a zatem możliwe jest skorzystanie z instytucji zastępcy pośredniego, także w jego przypadku. Poza tym w doktrynie brak szerszych rozważań dotyczących tego zakazu. Zwykle wywodzi się go z akcesoryjności, której się nie definiuje albo definiuje jedynie bardzo ogólnie⁷¹².

Podobnie, w doktrynie uznaje się, że oświadczenie o poddaniu się egzekucji (art. 777 § 1 pkt 4–6 k.p.c.) może być złożone jedynie na rzecz podmiotu, któremu przysługuje wierzytelność, która ma być zabezpieczona, ewentualnie inne uprawnienie materialnoprawne⁷¹³. Jednak gdybyśmy zgodzili się, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora, to takie zabezpieczenie można uznać za uprawnienie materialnoprawne i tym samym można postawić tezę, że **oświadczenie co do poddania się egzekucji odnośnie do takiego zabezpieczenia można złożyć także na rzecz agenta, nawet jeżeli nie przysługuje mu tytuł do zabezpieczonych wierzytelności**. Teza taka wynika z raczej bezspornego obecnie stwierdzenia, że „oświadczenie o poddaniu się egzekucji jest czynnością prawa materialnego, która wywołuje skutki procesowe”⁷¹⁴. Tym samym do oświadczenia o poddaniu się egzekucji znajduje zastosowanie zasada swobody umów⁷¹⁵. Sam art. 777 § 1 pkt 4–6 nie zabrania złożenia takiego oświadczenia o poddaniu się egzekucji co do zabezpieczenia na rzecz agenta zabezpieczeń, któremu nie przysługują zabezpieczone wierzytelności i trudno znaleźć powód, dlaczego miałyby to być niemożliwe. Teza taka byłaby bardziej kontrowersyjna gdybyśmy twierdzili, że w przypadku administratora zastawu/hipoteki zabezpieczenie znajduje się w majątku kredytodawców. W takim przypadku w rękach agenta nie byłoby uprawnienia materialnoprawnego, co

⁷¹¹ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 31–32, przypis nr 38 oraz s. 50–62.

⁷¹² Zob. np. A. Szpunar, *O zasadzie...*, s. 28 lub T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

⁷¹³ Np. przewłaszczonej rzecz. Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 66.

⁷¹⁴ Zob. M. Muliński, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz. Art. 730–1217*, red. J. Jankowski, C.H. Beck, Warszawa 2019, komentarz do art. 777 k.p.c., nb. 47.

⁷¹⁵ Zob. *ibid.* nb. 46. Warto jednak zaznaczyć, że A. Marciniak, przynajmniej w pewnym stopniu (tj. wyraźnie jedynie co do możliwości ograniczenia w oświadczeniu egzekucji do określonych składników majątku dłużnika), kwestionuje możliwość powoływania się w odniesieniu do tej instytucji na zasadę swobody umów. Zob. A. Marciniak [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz. Art. 730–1088*, red. K. Piasecki, C.H. Beck, Warszawa 2015, komentarz do art. 777 k.p.c., nb. 23. Sam autor zauważa jednak, że jest to pogląd raczej odosobniony.

do którego dłużnik poddawałby się egzekucji. Jest to tym samym kolejny argument, aby twierdzić, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi zastawu/hipoteki, a nie kredytodawcom⁷¹⁶.

Można też zauważyć, że przy kredytowaniu konsorcjalnym zabezpieczenia w postaci pełnomocnictwa do dysponowania rachunkiem bankowym nie są udzielane agentowi, a bezpośrednio kredytodawcom⁷¹⁷. Z punktu widzenia przepisów prawa nic nie stoi na przeszkodzie, aby pełnomocnictwa takie były udzielone agentowi⁷¹⁸. Jednak udzielanie ich bankom wynika z tego, że są one przyznawane na rzecz banków, które prowadzą dane rachunki, co pozwala kredytodawcom na potrącanie kwot niespłaconego długu z wierzytelności dłużnika odnośnie do takiego rachunku⁷¹⁹. **Może zatem dojść do multiplikacji tych zabezpieczeń, ale nie wynika to z problemu separacji podmiotowej⁷²⁰, a dążenia do uczynienia tego zabezpieczenia bardziej efektywnym⁷²¹.**

Możliwe, że mogą wystąpić inne rodzaje Zabezpieczeń Osobistych, przy których możliwość przyznania tytułu do nich agentowi zabezpieczeń może być kwestionowana⁷²². Jednak ich rozważenie w ramach niniejszej pracy nie wydaje się konieczne, ponieważ Zabezpieczenia Osobiste przedstawione powyżej wydają się najpopularniejsze w przypadku kredytowania konsorcjalnego⁷²³. Właściwość (natura) omówionych Zabezpieczeń Osobistych powoduje, że może być sporne, czy tytuł do nich może być przyznany agentowi zabezpieczeń⁷²⁴. Widać to na przykładzie Kredytowania Konsorcjalnego nr 1 i Kredytowania Konsorcjalnego nr 2, przy których poręczenia były udzielane każdemu z kredytodawców⁷²⁵ oraz doszło do multiplikacji pełnomocnictw do rachunków bankowych⁷²⁶ i oświadczeń o poddaniu się egzekucji⁷²⁷. Pytanie, jakie się pojawia, to: czy ewentualna przyszła,

⁷¹⁶ Postawiona teza może być kontrowersyjna i wymaga dalszych badań. Zwłaszcza że zagadnienie nie spotkało się jeszcze z szerszymi rozważaniami doktryny. Można się zastanawiać, czy obecnie notariusze akceptowaliby sporządzanie tego typu oświadczeń o poddaniu się egzekucji.

⁷¹⁷ Sąd Najwyższy wyraźnie dopuszcza stosowanie instytucji pełnomocnictwa w celu zabezpieczenia wierzytelności. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2015 r., III CSK 330/14, Legalis: 1263172.

⁷¹⁸ Jednak jak słusznie zauważa się w doktrynie, możliwość ustanowienia pełnomocnictw do dysponowania środkami pieniężnymi na rachunkach bankowych często jest regulowana przez akty wewnętrzne banków, np. regulaminy. Akty takie mogą zawierać obostrzenia co do ustanawiania takich pełnomocnictw. Szerzej na ten temat zob. np. M. Bączyk [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 1126–1127.

⁷¹⁹ Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 471–472.

⁷²⁰ Przynajmniej zdaniem autora niniejszej pracy.

⁷²¹ Więcej na temat tego zabezpieczenia I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 471–474.

⁷²² Choć autorowi niniejszej rozprawy obecnie trudno takie znaleźć.

⁷²³ Ewentualnie poręczenia podmiotów z grupy kapitałowej kredytobiorcy często są zastępowane ich gwarancjami. Zob. np. Kredytowanie Konsorcjalne nr 2.

⁷²⁴ Przynajmniej nie bezspornie.

⁷²⁵ Nie wynika to wyraźnie z opisu transakcji Kredytowania Konsorcjalnego nr 1 i Kredytowania Konsorcjalnego nr 2.

⁷²⁶ Jak zostało wykazane powyżej, owa multiplikacja nie wynikała jednak z zakazu przyznania takiego pełnomocnictwa agentowi, ale z tego, że kredytodawcy chcieli uczynić zabezpieczenie bardziej efektywnym.

⁷²⁷ Zob. podrozdział 2.1. Multiplikacja oświadczeń o poddaniu się egzekucji wynikała z tego, że kredytobiorcy poddawali się egzekucji nie co do zabezpieczeń, a co do wierzytelności kredytowych, a te były

generalna instytucja administratora zabezpieczeń powinna objąć również wszystkie lub chociaż problematyczne z punktu widzenia separacji podmiotowej Zabezpieczenia Osobiste. Kwestia ta będzie jeszcze rozważana w ramach niniejszej pracy⁷²⁸.

2.4. Podsumowanie

Odnosząc się do drugiego celu rozprawy, jakim był problem najbardziej optymalnego ustrukturyzowania transakcji kredytowania konsorcjalnego z punktu widzenia zabezpieczenia takiej transakcji (sformułowanego, co prawda, w postaci pytania, a więc czy takie ukształtowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, że tytuł do zabezpieczeń przysługuje agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom, stanowi bardziej optymalne ustrukturyzowanie tego typu transakcji niż sytuacja, w której tytuł do zabezpieczeń przysługuje kredytodawcom?), postawiono następującą tezę główną, którą w niniejszym rozdziale udowodniono:

Najbardziej optymalnym sposobem zabezpieczenia transakcji kredytowania konsorcjalnego jest takie ukształtowanie tego finansowania, że tytuł do zabezpieczeń będzie przysługiwał agentowi zabezpieczeń, który przybierze postać zastępcy pośredniego.

Teza taka wynika z następujących tez cząstkowych albo stwierdzeń:

- 1) w przypadku kredytowania konsorcjalnego wystąpi „mozaika” zabezpieczeń, tj. zabezpieczeń będzie wiele i będą one różnorodne;
- 2) w przypadku kredytowania konsorcjalnego powstanie problem wielości zabezpieczeń;
- 3) w przypadku kredytowania konsorcjalnego powstanie problem zbiorowości zabezpieczeń, tj. zabezpieczenia będą utrzymywane dla wspólnej korzyści kilku kredytodawców;
- 4) agent zabezpieczeń może przybrać formę agenta zabezpieczeń *sensu stricto* lub formę zastępcy pośredniego;
- 5) forma zastępcy pośredniego jest bardziej optymalnym rozwiązaniem, jeżeli chodzi o radzenie sobie z problemem wielości i zbiorowości zabezpieczeń, niż forma agenta *sensu stricto*.

Jednak w nawiązaniu do tak postawionej tezy głównej zauważono i tym samym postawiono kolejne, następujące tezy:

- 1) skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w postaci zastępcy pośredniego prowadzi do separacji podmiotowej;
- 2) w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego w kredytowaniu konsorcjalnym nie będzie możliwe skorzystanie z instytucji zastępcy pośredniego,

w rękach kredytodawców (nie agenta) i tym samym ich pomnożenie było niezbędne. Natomiast kredytobiorca i spółki zależne nie składały oświadczeń o poddaniu się egzekucji co do ustanawianych zabezpieczeń.

⁷²⁸ Zob. przede wszystkim podrozdziały 3.3. oraz 4.3.

ponieważ stanowią one Zabezpieczenia Rzeczowe, a ustawodawca w stosunku do tych dwóch zabezpieczeń nie przewidział możliwości połuznienia ich Akcesoryjności, tj. nie wprowadził instytucji administratora zabezpieczeń;

- 3) skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku kredytowania konsorcjalnego i Zabezpieczeń Osobistych powinno być zwykle dopuszczalne oraz nie naruszać granic swobody umów w postaci właściwości (natury) zobowiązania (wyraźnym wyjątkiem jest tutaj poręczenie). W drugim rozdziale została postawiona również inna teza główna, tj.:

W przypadku administratora zastawu⁷²⁹ lub hipoteki tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom, przy czym zostało dookreślone, iż „posiadanie/przysługiwanie tytułu do zabezpieczenia” oznacza to samo co „znajdowanie się zabezpieczenia w majątku osoby go posiadającej”.

Teza ta została udowodniona na podstawie następujących tez cząstkowych i stwierdzeń, które niniejszym należałoby uporządkować:

- 1) przyjęcie tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku zabezpieczonych wierzycieli, a nie administratora hipoteki/zastawu, prowadzi do niewyraźnej wprost w przepisach, sztucznej i problematycznej konstrukcji wspólności zabezpieczenia. Konstrukcja ta zakłada, że co prawda zabezpieczenie przysługuje kredytodawcom, ale ich kompetencje do zarządzania nim są zawieszane na rzecz kompetencji administratora hipoteki/zastawu, który takim zabezpieczeniem powinien zarządzać i który, co więcej, jest ich obligatoryjnym zastępcą. Dużo prostsze i bardziej spójne jest stwierdzenie, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora hipoteki/zastawu;
- 2) w przypadku przyjęcia tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku zabezpieczonych wierzycieli, nie sposób bezspornie wskazać, jakiego rodzaju wspólność zabezpieczenia miałyby w tym przypadku powstawać (łączna czy ułamkowa). To z kolei jest dodatkowym argumentem za twierdzeniem, iż nie da się stwierdzić, jakie uprawnienia do zabezpieczenia przysługują zabezpieczonym wierzycielom w przypadku przyjęcia tej konstrukcji;
- 3) administrator hipoteki/zastawu jest zastępcą pośrednim, a domyślną sytuacją jest, w przypadku tego rodzaju instytucji, znajdowanie się mienia, odnośnie do którego taki podmiot pośredniczy, w jego majątku. Nie do końca jasne przepisy powinno się zatem interpretować na rzecz tej generalnej zasady, a nie wyjątku od niej;
- 4) teza, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, prowadzi do większej spójności systemu prawa, ponieważ bezsporne jest, iż w przypadku zabezpieczeń nieakcesoryjnych⁷³⁰ tytuł do zabezpieczenia przysługuje

⁷²⁹ Instytucja ta dotyczy wyłącznie zastawu rejestrowego (art. 4 u.z.r.).

⁷³⁰ Zwrot ten celowo pisany jest małymi literami, ponieważ odsyła w tym zakresie do rozumienia tego pojęcia przyjętego obecnie w doktrynie. Mówiąc inaczej, aktualnie w literaturze przyjmuje się, że „zabezpieczenia nieakcesoryjne” mogą być przyznane innemu podmiotowi, niż podmiot, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (zwykle jednak bez wyraźnego wytłumaczenia co przez nieakcesoryjność się rozumie).

- zastępcy pośredniemu, a nie podmiotom, na rzecz których zabezpieczeniem zarządza;
- 5) przyjęcie założenia, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, prowadzi do większej pewności, jaki jest zakres uprawnień administratora w stosunku do zabezpieczenia, niż przyjęcie tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku kredytodawców;
 - 6) przyjęcie założenia, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, godziłoby w zasadę jawności zastępstwa;
 - 7) w przypadku przyjęcia tezy, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, unika się niespójnego twierdzenia, iż w przypadku administratora hipoteki/zastawu mamy, co prawda, do czynienia ze wspólną hipoteką lub zastawem wierzycieli, ale już w przypadku realizacji zabezpieczenia przez administratora, przychody uzyskane z tego tytułu, wejdą do majątku administratora hipoteki/zastawu, a nie kredytodawców;
 - 8) w przypadku przyjęcia tezy, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi zastawu/hipoteki, unika się kolejnego niespójnego twierdzenia, iż mimo że hipoteka przysługuje wspólne wierzycielom, to kluczowe uprawnienie (możliwość realizacji zabezpieczenia) w odniesieniu do nich jest zawieszona i przysługuje ono wyłącznie administratorowi hipoteki/zastawu;
 - 9) biorąc pod uwagę, że instytucja administratora hipoteki została wprowadzona na potrzeby kredytowania konsorcjalnego, przyjęcie tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątkach kredytodawców, prowadziło do niedostatecznego radzenia sobie przez tę instytucję z problemem zbiorowości i wielości zabezpieczeń w przypadku tego rodzaju finansowania;
 - 10) przyjęcie założenia, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, sprawiałoby, że w przypadku obrotu zabezpieczoną wierzytelnością za wierzytelnością podążałoby też zabezpieczenie (jego „część”), tym samym niejasny mógłby być krąg wierzycieli hipotecznych, co z kolei prowadziło do naruszenia zasady jawności praw rzeczowych. Przyjęcie założenia, iż zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora hipoteki/zastawu, znacznie ułatwia obrót zabezpieczonymi wierzytelnościami;
 - 11) teza o znajdowaniu się zabezpieczenia w majątku kredytodawców opierałaby się na tezie o „nieracjonalności” polskiego ustawodawcy. Należałoby bowiem założyć, że ustawodawca, nowelizując przepisy u.k.w.h. i wprowadzając instytucję administratora hipoteki, wprowadził instytucję wspólnej hipoteki, choć w ani jednym przepisie do takiej instytucji wyraźnie nie odesłał, ani jej nie uregulował. Natomiast brzmienie uzasadnienia do nowelizacji zdaje się sugerować wniosek odwrotny, tj. że ustawodawca chciał, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał administratorowi hipoteki;

- 12) twierdzenie, że tytuł do zabezpieczenia znajduje się w rękach kredytodawców, prowadzi do preferowania interesów poszczególnych wierzycieli. Natomiast instytucja administratora hipoteki/zastawu została wprowadzona na potrzeby zbiorowych finansowań, w których występuje grupa wierzycieli wspólnie zabezpieczonych. Tym samym, twierdzenie, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora, lepiej realizuje ten cel, preferując interes kredytodawców jako grupy;
- 13) jako że w publicznych rejestrach ujawniany jest głównie administrator hipoteki/zastawu, twierdzenie, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, lepiej chroni interesy osób trzecich;
- 14) teza, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, lepiej wkomponowuje się w praktykę eurorynku, ponieważ wzorcowym i najbardziej pożądanym rozwiązaniem proponowanym przez londyńskie LMA jest sytuacja, w której zabezpieczenia znajdują się w truście. Przyjęcie tezy, że zabezpieczenia znajdują się w majątku administratora hipoteki/zastawu sprawia, że instytucja ta stanowi lepszy ekwiwalent instytucji trustu;
- 15) w przypadku trustu nie ma wątpliwości, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje trustee (zastępcy pośredniemu), a nie zabezpieczonym tym zabezpieczeniem wierzycielom. Rozwiązania anglosaskie natomiast, najprawdopodobniej, stanowiły wzór dla polskiej instytucji administratora hipoteki/zastawu (teza ta jest wykazywana również w rozdziale 4).

Dla pełności wyводу należy zauważyć, że M. Kućka, mimo innego toku rozumowania, dochodzi do podobnych tez i wniosków, jak w niniejszym rozdziale. Autor ten twierdzi, że takie zabezpieczenia, jak np. przewłaszczenie na zabezpieczenie, mogą być przyznane agentowi zabezpieczeń (w jego słowach – administratorowi), bo wynika to z ich **nieakcesoryjności**⁷³¹. Oznacza to, że prawdopodobnie zakres zabezpieczeń, które mogą być przyznane agentowi zabezpieczeń, w znacznym stopniu pokrywa się z zakresem, który został przyjęty w niniejszej pracy. Jednak po pierwsze, M. Kućka zdaje się nie zauważać, jak złożonym pojęciem jest akcesoryjność, nie wyróżniając m.in. aspektów tego pojęcia⁷³². Po drugie, rozważa akcesoryjność tylko w kontekście zabezpieczeń rzeczowych⁷³³. Po trzecie, przywołuje dosyć nieprecyzyjne definicje zabezpieczeń rzeczowych i osobistych, podobne do tych z podrozdziału 1.2.5. niniejszej pracy, które to definicje sprawiają trudność w precyzyjnym rozdzieleniu zabezpieczeń rzeczowych od osobistych⁷³⁴.

⁷³¹ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 63–66.

⁷³² Zob. *ibid.*, s. 29, 33–36. Por. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*

⁷³³ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 29.

⁷³⁴ Zob. *ibid.* 29–30.

Rozdział 3

Problem separacji podmiotowej i próby jego rozwiązania

3.1. Agent do spraw zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego a Zabezpieczenia Akcesoryjne – istota problemu

W rozdziale 1 niniejszej pracy została postawiona bardzo ważna teza: **wszystkie** zabezpieczenia należałoby, co do zasady, uważać za **Zabezpieczenia Akcesoryjne**, tj. takie, które wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność⁷³⁵. Co do zasady, niedozwolona jest zatem separacja podmiotowa rozumiana właśnie jako „rozdzielenie” tych tytułów pomiędzy różne podmioty. Założenie takie wynikało z przyjęcia raczej niekontrowersyjnej tezy, że zabezpieczenie służy **wzmocnieniu/umocnieniu zabezpieczonej wierzytelności**. Gdyby zabezpieczenie przysługiwało innemu podmiotowi niż wierzyciel, mogłoby ono niewłaściwie pełnić tę swoją podstawową funkcję. To oznacza, że przyjęcie, przynajmniej jako wyjściowej, zasady, że wszystkie zabezpieczenia są **Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi**, jest właściwe.

Wydaje się, że klasyczne zabezpieczenia, takie jak hipoteka czy zastaw, były tworzone przez ustawodawcę z myślą o **jednym** wierzycielu⁷³⁶. Przy takiej konfiguracji podmiotowej problem separacji podmiotowej nie należy do doniosłych⁷³⁷. W takim przypadku nie występuje zwykle żaden interes stron w rozdzieleniu pomiędzy różne podmioty tytułu do zabezpieczenia i tytułu do zabezpieczonej wierzytelności. Problem z separacją podmiotową, jak zostało to już po części wykazane w rozdziale 2, zaczyna się pojawiać w przypadku np. transakcji, w których mamy więcej niż jednego wierzyciela (m.in. omawiane w ramach niniejszej pracy kredytowanie konsorcjalne). Kredytodawców przy takiej transakcji występuje co najmniej kilku i dla lepszego zarządzania zabezpieczeniami wyznaczają oni agenta zabezpieczeń. Takie działania samo w sobie nie wydają się kontrowersyjne. Jest uzasadnione **prakseologicznie**. Zasadniczo przy wspólnym przedsięwzięciu jego zarządzanie jest bardziej efektywne w przypadkach,

⁷³⁵ Zob. podrozdział 1.3.

⁷³⁶ Por. M. Kućka, *Administrator...*, s. 85.

⁷³⁷ Można wręcz stwierdzić, że w przypadku występowania jednego wierzyciela wierzyciel, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, oraz zastawnik/wierzyciel hipoteczny, to będą te same podmioty, tym samym problem separacji podmiotowej w ogóle nie powstanie.

w których występuje jeden lub dwa podmioty, które mogą reprezentować interesy całej grupy. Dowodem tego są np. instytucje spółek kapitałowych, w przypadku których interesy, często licznych współników tworzących wspólnie jeden podmiot w postaci spółki, reprezentuje zarząd⁷³⁸.

Agent zabezpieczeń może przybrać różne formy, jednak tą, która najlepiej radzi sobie z problemem wielości i zbiorowości zabezpieczeń⁷³⁹, jest forma **zastępcy pośredniego**⁷⁴⁰. Jej wybór przez kredytodawców sprawia, iż dochodzi do separacji podmiotowej⁷⁴¹. Kredytodawcom dalej przysługują zabezpieczone wierzytelności, ale to agentowi zabezpieczeń przysługuje tytuł do zabezpieczenia. Skorzystanie z tej instytucji prowadziło by zatem do przełamania wynikającego z Akcesoryjności zasadniczego zakazu separacji podmiotowej.

Zakaz separacji podmiotowej nie ma jednak charakteru bezwzględny i może dojść do jego rozluźnienia⁷⁴². W przypadku Zabezpieczeń Osobistych i ich wykorzystania w kredytowaniu konsorcjalnym⁷⁴³ możliwość rzeczonoego rozluźnienia raczej nie budzi wątpliwości. Co prawda, tytuł będzie przysługiwał innemu podmiotowi niż kredytodawca, ale z samej istoty transakcji będzie wynikało, że banki będą starały się tak ukształtować transakcję, żeby to im w ostatecznym rozrachunku przysługiwały korzyści z zabezpieczenia. Odpowiedni związek między zabezpieczeniem a zabezpieczoną wierzytelnością będzie zwykle zapewniony przez właściwe postanowienia umowne, co sprawi, że separacja podmiotowa w takim przypadku nie powinna wykroczyć poza granicę autonomii woli czy swobody umów⁷⁴⁴. Najbardziej problematyczna może być jedynie próba przyznania tytułu do poręczenia agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, w przypadku, w którym takie zabezpieczenie miałyby zabezpieczać wierzytelność/wierzytelności kredytodawcy/kredytodawców⁷⁴⁵.

Większy problem pojawia się w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, ponieważ ze względu na ich rzeczowy charakter, swoboda kształtowania ich treści jest dużo

⁷³⁸ Powyższe jest w dużym stopniu uproszczeniem i jest to ujęcie bardziej funkcjonalne mające dobrze obrazować analizowany problem. Zarząd nie tyle reprezentuje „wspólników”, co „niezależną” osobę prawną, jaką jest spółka kapitałowa. Można jednak zaznaczyć, że Profesor Frąckowiak na każdym prawie seminarium magisterskim, a później doktoranckim, podkreślał, że spółka to zawsze i przede wszystkim, w dalszej lub bliższej perspektywie, **ludzie**, którzy taką spółką lub grupą spółek kierują. Mówiąc inaczej, taki twór prawny, jakim jest spółka, bez instytucji współników nie mógłby istnieć. Bardziej specyficznie o użyteczności agenta zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 506–513. Autor ten jednak przy swoich uwagach nie zawsze wyraźnie rozróżnia dwie formy agenta zabezpieczeń wspomniane powyżej.

⁷³⁹ Tj. zapewnia najefektywniejszy sposób zarządzania zabezpieczeniami.

⁷⁴⁰ Zob. podrozdział 2.2.

⁷⁴¹ Zakładając, że tytuł do zabezpieczenia w takim przypadku przysługuje zastępcy pośredniemu, a nie kredytodawcom (jest w jego majątku, a nie w majątku kredytodawców). Założenie to nie wydaje się kontrolerskie w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych, natomiast może już budzić wątpliwości w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych. Zob. podrozdział 2.3.1.5.

⁷⁴² Zob. podrozdział 1.3.4.4.

⁷⁴³ Za wyraźny wyjątek może tutaj być uważane poręczenie, ale kwestia ta może być sporna.

⁷⁴⁴ Zob. podrozdział 2.3.2.

⁷⁴⁵ Zob. podrozdział 2.3.2.2.3.

bardziej ograniczona⁷⁴⁶. Do rozluźnienia Akcesoryjności potrzebne jest zezwolenie ustawodawcy. Ustawodawca w przypadku hipoteki i zastawu rejestrowego taką zgodę wyraził i przybrała ona postać odpowiednio administratora hipoteki i administratora zastawu⁷⁴⁷. Przynajmniej obecnie, podobnej aprobaty nie otrzymał, w przypadku kredytowania konsorcjalnego, zastaw zwykły i zastaw finansowy⁷⁴⁸.

Zgodnie z powyższym, problem z separacją podmiotową przy kredytowaniu konsorcjalnym będzie powstawał tak naprawdę w największym stopniu w przypadku zastawu finansowego, zastawu zwykłego oraz ewentualnie poręczenia. Problem rozważany w niniejszym rozdziale można by zatem zawęzić do tych trzech zabezpieczeń, jako że w stosunku do nich nabiera on najbardziej doniosłego znaczenia. Uzasadnione wydaje się jednak jego szersze zdefiniowanie. Przez problem separacji podmiotowej **należałoby rozumieć próbę przyznania zabezpieczenia agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku, gdy tytuły do zabezpieczonych wierzytelności są lub mają być w rękach kredytodawców udzielających kredytu konsorcjalnego**. Można oczywiście twierdzić, że takie zdefiniowanie problemu jest zbyt szerokie, ponieważ trudno mówić o „problemie” w przypadku większości Zabezpieczeń Osobistych⁷⁴⁹, czy w przypadku hipoteki lub zastawu rejestrowego, gdzie, przy tych dwóch ostatnich, zostały przecież wprowadzone instytucje administratora hipoteki/zastawu. Tak szeroka definicja jest jednak uzasadniona z kilku powodów. Po pierwsze, niektóre z rozwiązań omawianych w niniejszym podrozdziale mogą być rozważane jako „wzmocnienie”/ulepszenie pozycji agenta zabezpieczeń⁷⁵⁰, a zatem będzie można rozważać ich zastosowanie także w przypadku Zabezpieczeń Osobistych. Po drugie, pozwoli to przedstawić instytucję administratora zastawu/hipoteki jako remedium na tak zdefiniowany problem separacji podmiotowej. Po trzecie, polskie instytucje administratora zastawu czy hipoteki nie są doskonałe. Można zatem rozważać, czy inne, proponowane w niniejszym rozdziale rozwiązania problemu separacji podmiotowej, nie stanowią dla tej instytucji lepszego, ogólnego substytutu. Po czwarte, w obcych porządkach prawnych omawianych w rozdziale 4⁷⁵¹ występuje jedno, generalne rozwiązanie tego problemu w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń. Nie występuje więc, tak jak w Polsce, problem w odniesieniu do jedynie niektórych zabezpieczeń. Takie szerokie zdefiniowanie problemu

⁷⁴⁶ Zob. podrozdział 2.3.1.

⁷⁴⁷ Zakładając, że tytuł do tych zabezpieczeń, w przypadku skorzystania z tych instytucji, przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom. Jeżeli założymy, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, to do przełamania zakazu separacji podmiotowej nie dochodzi. Zob. podrozdział 2.3.1.5., gdzie autor niniejszej pracy stanął na pierwszym z tych stanowisk.

⁷⁴⁸ Zob. podrozdział 2.3.1.1 oraz 2.3.1.3.

⁷⁴⁹ Do katalogu Zabezpieczeń Osobistych zostały zaliczone wszystkie zabezpieczenia poza Zabezpieczeniami Rzeczowymi. Natomiast do katalogu Zabezpieczeń Rzeczowych zostały zaliczone wyłącznie: hipoteka, hipoteka morska, zastaw zwykły, zastaw rejestrowy oraz zastaw finansowy. Zob. podrozdziały 1.3.4.3.2. oraz 1.3.4.3.3.

⁷⁵⁰ Np. sprawienie, aby był on wierzycielem solidarnym. Zob. podrozdział 3.2.2.1.

⁷⁵¹ Prawo holenderskie oraz prawo prowincji Ontario. Zob. rozdział 4.

pozwole zatem generalnie zestawić polskie **najlepsze** rozwiązanie tego problemu z rozwiązaniami w tych systemach prawnych.

Z wyżej przedstawionych powodów definicję problemu separacji podmiotowej powinno się uznać, przynajmniej dla potrzeb niniejszej pracy, za właściwą. Trzeba jednak pamiętać, że problem dotyczy przede wszystkim Zabezpieczeń Rzeczowych⁷⁵², a obecnie, w Polsce, najbardziej rzeczywistego i praktycznego znaczenia nabiera w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego. W poniższych częściach pracy będzie wyraźnie zaznaczone lub będzie wynikało to z kontekstu, do jakiej „części” problemu separacji podmiotowej dane rozważania się odnoszą⁷⁵³. Natomiast wprowadzenie rzeczowej definicji pozwoli uniknąć budowania złożonych i skomplikowanych zdań, co niekorzystnie wpłynęłoby na jasność wyводу.

3.2. Rozważania dotyczące możliwych sposobów rozwiązania problemu separacji podmiotowej

3.2.1. Administrator zabezpieczeń

3.2.1.1. Administrator zabezpieczeń – wstęp

Najbardziej oczywistym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej, który zresztą już był w dużej części przedstawiony w rozdziale 2 niniejszej pracy, jest takie ukształtowanie struktury kredytowania konsorcjalnego, aby agent zabezpieczeń przybrał **postać administratora zastawu lub administratora hipoteki**.

Administrator zastawu został wprowadzony do polskiego porządku prawnego już w 1998 r. wraz z wejściem w życie u.z.r. i od tego czasu nie było w odniesieniu do tej instytucji zmian, które naruszałyby istotę tej instytucji, tj. zastępstwa pośredniego wierzycieli w odniesieniu do zastawu rejestrowego⁷⁵⁴. Natomiast na administratora hipoteki praktyka musiała poczekać jeszcze prawie 15 lat. Instytucję tę wprowadziła dopiero ustawa z dnia 26 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw⁷⁵⁵, która weszła w życie z dniem 19 lutego 2011 r.

Obie instytucje istnieją już zatem w polskim porządku prawnym od pewnego czasu i można znaleźć w odniesieniu do nich dosyć obszerną literaturę⁷⁵⁶. Kompleksowe

⁷⁵² Wyjątkiem jest tutaj poręczenie.

⁷⁵³ Tj. czy odnoszą się jedynie do najbardziej problematycznych, z punktu widzenia separacji podmiotowej, zabezpieczeń (tj. zastawu zwykłego, zastawu finansowego i ewentualnie poręczenia) albo tylko niektórych z nich, czy mówimy o problemie generalnie (tj. w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń).

⁷⁵⁴ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 111–114.

⁷⁵⁵ Dz. U. Nr 131, poz. 1075.

⁷⁵⁶ Zob. np. M. Kućka, *Administrator...*; J. Kuźmicka-Sulikowska, *Administrator hipoteki. Wybrane zagadnienia na tle art. 68² ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Wrocławskie Studia Sądowe 2012, nr 2; M. Kućka, *Umowa...*; J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 272–274; oraz liczne i obszerne komentarze do art. 4 u.z.r. oraz art. 68² u.k.w.h.

ich rozważenie w ramach niniejszej pracy nie jest zatem potrzebne. Należałoby na nie głównie spojrzeć z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej.

Niewątpliwie rzeczzone instytucje były jednymi z tych, które **przełamały zasadę: „jedna wierzytelność – jeden zastaw/hipoteka”**⁷⁵⁷. Regulacje administratora zastawu i hipoteki odeszły jednak nawet dalej od tradycyjnego modelu tych zabezpieczeń, ponieważ zezwoliły na zabezpieczenie **wierzytelności różnych wierzycieli**⁷⁵⁸. Przed ich wprowadzeniem ustanowienie jednej hipoteki albo jednego zastawu, który zabezpieczałby wierzytelności różnych wierzycieli było w zasadzie niedopuszczalne⁷⁵⁹. Obecnie, dzięki tym instytucjom, możemy zabezpieczyć, pod pewnymi warunkami, jednym zastawem rejestrowym czy jedną hipoteką wierzytelności przysługujące wielu wierzycielom⁷⁶⁰. Nie budzi też współcześnie wątpliwości, że w ich przypadku mamy do czynienia z zastępcą pośrednim⁷⁶¹.

Skorzystanie z instytucji administratora hipoteki/zastawu, jednak ciągle może być problematyczne w przypadku kredytowania konsorcjalnego (i nie tylko), a ponadto instytucje te stanowią niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej.

3.2.1.2. Administrator zabezpieczeń a problem ulokowania tytułu do zabezpieczenia

Z perspektywy przedmiotu niniejszej pracy głównym problemem, którego nie rozstrzygnął wyraźnie ustawodawca, regulując instytucje administratora zastawu/hipoteki, jest kwestia tego, komu przysługuje tytuł do zastawu/hipoteki: administratorowi czy może jednak kredytodawcom?⁷⁶² Jeżeli administratorowi, to w takim przypadku nie dochodzi do powstania wspólnego prawa. Jeżeli kredytodawcom, to mamy do czynienia ze wspólną hipoteką/zastawem, którą „jedynie” wykonuje administrator. Problem ten został już szeroko przeanalizowany w podrozdziale 2.3.1.5., więc jego powtórna analiza jest niepotrzebna. Należy tylko zauważyć, że autor niniejszej pracy postawił tezę, że **tytuł przysługuje agentowi zabezpieczeń (administratorowi)**. Zwrócono jednak uwagę, że obecne brzmienie przepisów uniemożliwia bezsporne rozstrzygnięcie tego problemu. Zagadnienie jest ważne, ponieważ rzutuje na wiele kwestii teoretycznych, jak

⁷⁵⁷ J. Pisuliński zaznacza, że przed nowelizacją u.k.w.h. zagadnienie możliwości zabezpieczenia jedną hipoteką więcej niż jednej wierzytelności należało do skomplikowanych. Przeważające stanowisko w doktrynie było jednak takie, że z art. 65 ust. 1 u.k.w.h., w brzmieniu sprzed nowelizacji, należało wyciągnąć wniosek, iż dopuszczalne jest zabezpieczenie hipoteką wyłącznie jednej wierzytelności. Wywodzono to w szczególności z zasady **szczegółowości hipoteki**. Więcej na ten temat zob. J. Pisuliński [w:] *System...*, t. 4, s. 583–592 oraz T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 67–68. Zob. też np. art. 68¹ u.k.w.h.

⁷⁵⁸ Zob. E. Gniewek, *Akt...*, s. 48.

⁷⁵⁹ Wyjątkiem były wierzytelności z tytułu obligacji. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 47.

⁷⁶⁰ Czyli np. wierzytelności przysługujące kredytodawcom z tytułu kredytowania konsorcjalnego.

⁷⁶¹ W starszych opracowaniach możemy się spotkać z określeniem administratora jako „powiernika”. Spotkało się to jednak z krytyką M. Kućki, *Administrator...*, s. 71–75. Sporny jednak ciągle jest „charakter” tego zastępcy pośredniego. Zob. podrozdział 2.3.1.5.2.

⁷⁶² W doktrynie problem ten często określa się jako kwestię tego, „w czyim majątku znajduje się zabezpieczenie”. Zob. podrozdział 2.3.1.5.1.

i praktycznych, jak np. sposób zarządu zabezpieczeniem, rozstrzygnięcie zagadnienia, czy mamy do czynienia ze wspólnością prawa, a jeżeli tak, to jaką, kwestie dotyczące przeniesienia samego zabezpieczenia czy zabezpieczonych wierzytelności itp. Dlatego *de lege lata* można zgłosić postulat, aby ustawodawca kwestię tę jednoznacznie rozstrzygnął i zdaniem autora niniejszej pracy, powinien ją rozstrzygnąć w ten sposób, iż wyraźnie stwierdzi, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi⁷⁶³. Wystarczające byłoby stwierdzenie w art. 68² ust. 3 u.k.w.h., że administrator hipoteki jest wierzycielem hipotecznym⁷⁶⁴.

3.2.1.3. Administrator zabezpieczeń jako niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej

Niepełność rozwiązania problemu separacji podmiotowej przez instytucję administratora zastawu/hipoteki można rozważać na dwóch poziomach:

- 1) wewnętrznym oraz
- 2) zewnętrznym.

3.2.1.3.1. Administrator zabezpieczeń jako niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej – poziom wewnętrzny

Przez „poziom wewnętrzny” należy rozumieć niedoskonałości uregulowania instytucji administratora **zastawu/hipoteki** dotyczące rozwiązania problemu separacji podmiotowej. Była już o nich mowa w podrozdziałach 2.3.1.2. oraz 2.3.1.4., więc w niniejszym podrozdziale należałoby je tylko krótko przypomnieć.

W odniesieniu do zastawu rejestrowego niedoskonałość art. 4 u.z.r. polega na tym, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego⁷⁶⁵ administratorem zastawu nie może być osoba trzecia. W odniesieniu do kredytowania konsorcjalnego oznacza to, że administratorem musi być jeden z kredytodawców. Uniemożliwia to utworzenie spółki celowej (SPV), która miałaby pełnić wyłącznie rolę administratora zabezpieczeń, oraz może utrudniać obrót zabezpieczonymi wierzytelnościami konsorcjalnymi na rynku wtórnym⁷⁶⁶.

W odniesieniu do hipoteki w doktrynie zwraca się natomiast uwagę na problemy rodzące się przy interpretacji jednego z warunków ustanowienia administratora, tj. przesłanki finansowania przez zabezpieczone wierzytelności tego samego przedsięwzięcia (art. 68² ust. 1 u.k.w.h.). Można spotkać postulaty *de lege ferenda* jej wyeliminowania na wzór regulacji administratora zastawu, w której to ustawodawca nie wprowadza tego rodzaju powiązania pomiędzy zabezpieczonymi wierzytelnościami⁷⁶⁷. Nie dostrzega się jednak w doktrynie, że w przypadku administratora zastawu zbytniemu rozejściu się

⁷⁶³ Postulat ten zostanie jeszcze rozbudowany w rozdziale 4.

⁷⁶⁴ Zamiast: „wykonuje prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego”. Zob. art. 68² ust. 3 u.k.w.h.

⁷⁶⁵ Zob. np. wyjątek dotyczący przypadków dłużnych papierów wartościowych emitowanych w serii – art. 4 ust. 4 u.z.r.

⁷⁶⁶ Więcej odnośnie do tych kwestii w podrozdziale 2.3.1.2. Zob. też: D. Szot, *Cesja...*

⁷⁶⁷ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 557–563; T. Czech, T. Stawecki, *Ułomny...*, s. C7 oraz M. Kućka, *Administrator...*, s. 95–96.

zabezpieczenia i zabezpieczonych wierzytelności zapobiega się w nieco inny sposób, tj. przez wymóg, aby administratorem zastawu był jeden z wierzycieli⁷⁶⁸. Czy ustawodawca powinien wprowadzić instytucję administratora zabezpieczeń, która zezwalałaby na zabezpieczenie wierzytelności niepowiązanych przedmiotowo oraz choćby podmiotowo, stanowi trudne pytanie, które wymagałoby analizy rozmaitych stanów faktycznych i zasługuje na odrębne opracowanie⁷⁶⁹. Jeżeli jednak zgodzimy się z postawioną w niniejszej pracy tezą, że wszystkie zabezpieczenia należałoby zasadniczo uznać za Zabezpieczenia Akcesoryjne, to można postawić tezę, że **tego rodzaju regulacja powinna zostać wprowadzona**. Wynika to z faktu, że wymóg odpowiedniego powiązania podmiotowego wynikałby już z samej Akcesoryjności.

Jednak nawet jeżeli powyższa teza może wydawać się kontrowersyjna, to należy podkreślić, że niniejsza rozprawa skupia się na kredytowaniu konsorcjalnym, a zatem na przesłankę finansowania przez zabezpieczone wierzytelności tego samego przedsięwzięcia należałoby spojrzeć przede wszystkim przez pryzmat tej transakcji. Co prawda w doktrynie słusznie zwraca się uwagę, że pod konkretną transakcją kredytowania konsorcjalnego mogą kryć się różne rodzaje kredytu, luźno ze sobą powiązane⁷⁷⁰. Kredytodawcy mogą np. w ramach jednej transakcji wspólnie refinansować inny kredyt oraz wspólnie udzielać kredytu obrotowego.

Powstaje wtedy pytanie: czy jedną hipoteką można zabezpieczyć „całą transakcję”, czy może odrębna hipoteka powinna zabezpieczać wierzytelności z tytułu kredytu refinansującego, a odrębna wierzytelności z tytułu kredytu obrotowego ze względu właśnie na finansowanie „różnych przedsięwzięć”? Należałoby opowiedzieć się za pierwszym wariantem, czyli możliwością zabezpieczenia hipoteką całej transakcji kredytowania konsorcjalnego, a zatem szeroką interpretacją tej przesłanki, przynajmniej na potrzeby tego rodzaju transakcji. Uzasadnienie takiego stanowiska nie wydaje się trudne, ponieważ, jak już było podkreślane, sam ustawodawca, wprowadzając instytucję administratora hipoteki, zwrócił uwagę w uzasadnieniu nowelizacji, że:

(...) Jest to rozwiązanie [administrator hipoteki – T.T.] umożliwiające dogodne i **elastyczne** zabezpieczenie wierzytelności **uczestników konsorcjum** wierzycieli⁷⁷¹ [pogrubienie – T.T.].

⁷⁶⁸ Z wyjątkiem dłużnych papierów wartościowych emitowanych w serii (zob. art. 4 ust. 4 u.z.r.). Finansowania w postaci dłużnych papierów wartościowych nie dotyczy jednak przedmiot niniejszej pracy.

⁷⁶⁹ Choć na Konferencji NAPKC taki właśnie postulat zgłoszono. W nowym Kodeksie cywilnym miałyby występować administrator zabezpieczeń, gdzie wyżej wspomniane ograniczenia by nie występowały. Treść przepisu została przedstawiona na slajdzie i brzmiała: „§ 1. Jeżeli prawo zastawnicze ma zabezpieczać wierzytelności przysługujące różnym wierzycielom, prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego lub zastawnika wykonuje powołany przez wierzycieli administrator we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli, administrator (administrator zabezpieczenia). Administratorem może być wierzyciel lub osoba trzecia”. Materiały z konferencji można znaleźć na stronie: <http://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje> [dostęp: 31.10.2018]. Postulat taki zgłosił J. Gołaczyński podczas swojego wystąpienia pt. *Wprowadzenie do zagadnień przepisów ogólnych nowej księgi Kodeksu cywilnego „Zabezpieczenia wierzytelności”*.

⁷⁷⁰ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 558–560.

⁷⁷¹ *Uzasadnienie zmiany ustawy...*, s. 6.

Instytucja ta została zatem wprowadzona na potrzeby tego rodzaju finansowania, co sprawia, że trudno uzasadnić zawężającą interpretację przepisu ją wprowadzającego. Fakt zawiązania przez kredytodawców konsorcjum powinien wystarczać, aby przesłanka tego samego przedsięwzięcia była spełniona. W doktrynie podobnie postuluje się jej szeroką interpretację⁷⁷². **Można zatem postawić tezę, że utworzenie przez kredytodawców konsorcjum, nawet gdy w jego szeroko rozumianych ramach występują różnego rodzaju finansowania, sprawia, że przesłanka finansowania przez zabezpieczone wierzytelności tego samego przedsięwzięcia jest spełniona.**

Innym problemem, na który również już zwrócono uwagę oraz który dotyczy zarówno administratora zastawu, jak i hipoteki, jest **problem braku automatycznego wstąpienia przez cesjonariusza, na którego przenoszona jest „część” kredytu konsorcjalnego⁷⁷³, w stosunek prawny z administratorem.** Nawet jeżeli czytelnik zgodzi się z prezentowaną w niniejszej pracy tezą, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom, to nie musi to jeszcze oznaczać, że sam przelew wierzytelności spowoduje, że cesjonariusz będzie związany umową z administratorem⁷⁷⁴. Po pierwsze, jak już wskazano⁷⁷⁵, mamy w tym przypadku do czynienia z dwoma odrębnymi stosunkami prawnymi: stosunkiem kredytu i stosunkiem organizacyjnym. Choć stosunki te są ze sobą mocno powiązane, brak jest aktualnie przepisu, który by stanowił, że przeniesienie praw i obowiązków z pierwszego, powoduje przejście praw i obowiązków z drugiego⁷⁷⁶. Powinna zatem zostać zawarta odrębna umowa⁷⁷⁷, która prowadziłaby do wstąpienia cesjonariusza w stosunek z administratorem. Co więcej, sama umowa z administratorem będzie zawierała zwykle nie tylko uprawnienia kredytodawcy w stosunku do administratora, ale także **jego obowiązki⁷⁷⁸**. To będzie oznaczało, że do pełnego wstąpienia nabywcy wierzytelności kredytowej w stosunek z administratorem nie wystarczy zachowanie wymogów dotyczących cesji wierzytelności. Wymogi reżimu dotyczącego zmiany dłużnika także będą musiały być zachowane. Będzie to oczywiście uciążliwe z punktu widzenia obrotu konsorcjalnymi wierzytelnościami kredytowymi⁷⁷⁹. Należy zatem postulować zmianę regulacji administratorów zastawu i hipoteki w ten sposób, że przelew zabezpieczonej wierzytelności, co najmniej w przypadku kredytowania konsorcjalnego, powodowałby automatyczne wejście cesjonariusza w stosunek prawny z administratorem, chyba że strony taki skutek by wyraźnie wyłączyły⁷⁸⁰. W ten sposób, mimo zezwolenia przez ustawodawcę na separację podmiotową, odpowiedni

⁷⁷² Zob. m.in. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 559–560.

⁷⁷³ Tj. wierzytelność jednego z kredytodawców.

⁷⁷⁴ Np. M. Kućka, *Administrator...*, s. 166–168, twierdzi, że zabezpieczenia wchodzą do majątku kredytodawców, ale dochodzi w znacznej mierze do podobnych wniosków jak powyżej.

⁷⁷⁵ Zob. podrozdział 1.1.3.2.

⁷⁷⁶ Tak samo: M. Kućka, *Administrator...*, s. 167.

⁷⁷⁷ Nie musi to być odrębny dokument.

⁷⁷⁸ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 166.

⁷⁷⁹ Zob. D. Szot, *Cesja...*

⁷⁸⁰ Podobnie: M. Kućka, *Administrator...*, s. 168.

związek między zabezpieczeniem i zabezpieczonymi wierzytelnościami byłby zachowany. Mówiąc inaczej, ustawodawca powinien wprowadzić przepis, który by stanowił, że przeniesienie zabezpieczonej wierzytelności prowadzi do automatycznego przejścia na cesjonariusza praw i obowiązków cedenta wynikających ze stosunku prawnego łączącego go z administratorem, chyba że strony postanowiły inaczej⁷⁸¹. Tym samym stosunek prawny z administratorem byłby akcesoryjny względem stosunku zabezpieczonej wierzytelności. Ustalenie w takim przypadku przez strony inaczej, powinno prowadzić nie tylko do braku wstąpienia w stosunek z administratorem, ale także przejścia na cesjonariusza **niezabezpieczonej** wierzytelności. Takie stanowisko opiera się na założeniu, że hipoteka znajduje się w majątku administratora, co oznacza, że „przerwanie” stosunku prawnego (związku) z administratorem powinno prowadzić do automatycznego „zerwania” z zabezpieczeniem. Teza ta wcale nie jest tak kontrowersyjna jak mogłoby się to *prima facie* wydawać. Przejście praw i obowiązków ze stosunku z administratorem następowałoby *ex lege*, a dopiero wyraźna wola stron powodowałaby pozbawienie cesjonariusza prawa do zabezpieczenia. Tym samym, dopiero cesjonariusz **sam by się pozbawiał prawa do zabezpieczenia**. Natomiast interesy pozostałych konsorcjantów ciągle mogłyby być należycie chronione. Art. 509 § 1 k.c. wyraźnie dopuszcza możliwość wyłączenia przelewalności danej wierzytelności. Bezsporne jest też w doktrynie, że strony nie tylko mogą wyłączyć, ale także ograniczyć przelewalność danej wierzytelności⁷⁸². Tym samym konsorcjanci, kształtując dane finansowanie, będą mogli zdecydować, czy chcą, aby wierzytelności w jego ramach mogły być przez konsorcjantów swobodnie przelewane, czy może ich celem jest, aby skład konsorcjum i podmiotów uprawnionych z tytułu zabezpieczeń się nie zmieniał⁷⁸³. Mówiąc inaczej, wyłączenie możliwości przelewu lub jego ograniczenie w postaci np. zgody pozostałych konsorcjantów, będzie powodowało, że nie tylko nie dojdzie do przelewu wierzytelności, ale i nie dojdzie do wstąpienia nowego podmiotu w stosunek prawny z administratorem.

Występują również inne zagadnienia, które mogą rodzić wątpliwość co do prawidłowości uregulowania administratora hipoteki/zastawu na poziomie wewnętrznym. Powstaje np. problem, czy w przypadku administratora zastawu zabezpieczone wierzytelności muszą zawsze wynikać z umów⁷⁸⁴ lub problem braku ujawnienia w rejestrze, że

⁷⁸¹ Zob. *ibid.*, s. 324–326. Chodziłoby tutaj o przepis podobny do art. 79 ust. 1 u.k.w.h., który stanowi, że w razie przelewu wierzytelności hipotecznej na nabywcę przechodzi także hipoteka, chyba że ustawa stanowi inaczej.

⁷⁸² Zob. np. K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, s. 1081, nb. 29, lub wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1969 r., III CRN 416/68, Legalis: 13906, w którym to orzeczeniu możemy przeczytać: „Skoro na podstawie art. 509 KC strony mogą wyłączyć możliwość przelewu wierzytelności na osobę trzecią, te uprawnione są również do ograniczenia przelewu bądź uzależnienia jego skuteczności od spełnienia określonych warunków”.

⁷⁸³ Ewentualnie, aby zmiana takiego składu była uzależniona od zgody pozostałych kredytodawców.

⁷⁸⁴ Obecnie bezsporną odpowiedzią na to pytanie jest, że wierzytelności nie muszą zawsze wynikać z umów. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 93–95.

zastawnik pełni funkcję administratora⁷⁸⁵. Nie są one jednak aż tak istotne z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy i spotkały się już zwykle z szerokim omówieniem w doktrynie⁷⁸⁶.

3.2.1.3.2. Administrator zabezpieczeń jako niepełne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej – poziom zewnętrzny

Natomiast przez „poziom zewnętrzny” niedoskonałości instytucji administratora zastawu/hipoteki powinno się rozumieć obecne ograniczenie „przedmiotowe” tych instytucji. Z administratora zabezpieczeń w przypadku kredytowania konsorcjalnego⁷⁸⁷ będziemy mogli skorzystać tylko w przypadku dwóch Zabezpieczeń Rzeczowych, tj. hipoteki i zastawu rejestrowego⁷⁸⁸. Jak już wskazano, brak instytucji administratora w odniesieniu do zastawu zwykłego i zastawu finansowego spowoduje, że nie będzie możliwe przyznanie tytułu do tych zabezpieczeń agentowi z zastrzeżeniem, że zabezpieczenie będzie udzielone na rzecz kredytodawców⁷⁸⁹. Będzie to oznaczało, że albo **kredytodawcy będą musieli zrezygnować z tych zabezpieczeń albo że muszą one być przyznane odrębnie każdemu z nich.**

Ciekawe jest natomiast pytanie: **czy brak ustawowej instytucji administratora zabezpieczeń w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych stanowi problem?** Z jednej strony, jak już zwrócono uwagę, separacja podmiotowa nie stanowi problemu w przypadku Zabezpieczeń Osobistych, z wyjątkiem poręczenia⁷⁹⁰, tak długo, jak naturalne granice autonomii woli oraz granice swobody umów w danym przypadku nie zostaną przekroczone⁷⁹¹. W niniejszej pracy postawiono tezę, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego i przyznania Zabezpieczeń Osobistych agentowi zabezpieczeń, takie granice nie powinny zostać zazwyczaj przekroczone⁷⁹². Mogłoby się zatem wydawać, że brak instytucji administratora w przypadku Zabezpieczeń Osobistych nie stanowi problemu. Podobne stanowiska można spotkać aktualnie w doktrynie. Jako przykład można wskazać

⁷⁸⁵ Jak słusznie zauważa J. Lipski, zarówno przepisy u.z.r., jak i przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 października 1997 r. w sprawie szczegółowej organizacji i sposobu prowadzenia rejestru zastawów (Dz. U. Nr 134, poz. 892 z późn. zm.) nie przewidują możliwości ujawnienia w rejestrze, że zastawnik pełni funkcję administratora zastawu. J. Lipski, *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece z 23 września 2008 r.*, BAS 2009, nr 3, s. 36. Zob. też: M. Kućka, *Administrator...*, s. 137–139.

⁷⁸⁶ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 296–328.

⁷⁸⁷ Inaczej wygląda sytuacja w przypadku emisji obligacji. Zob. uregulowaną generalnie instytucję administratora zabezpieczeń w art. 28 u.o.

⁷⁸⁸ Ewentualnie trzech, w przypadku w którym założylibyśmy, że z instytucji administratora nie można również skorzystać w przypadku hipoteki morskiej. W niniejszym opracowaniu zabezpieczenie to nie było jednak szerzej omawiane i za M. Kućką zostało przyjęte, że w przypadku hipoteki morskiej można skorzystać z instytucji administratora hipoteki. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 299, przypis 816.

⁷⁸⁹ Zob. podrozdziały 2.3.1.1 i 2.3.1.3.

⁷⁹⁰ Zob. podrozdział 2.3.2.2.3.

⁷⁹¹ Zob. podrozdział 2.3.2.

⁷⁹² *Ibid.*

opinię M. Kućki, który twierdzi, że instytucja administratora zabezpieczeń w odniesieniu do zabezpieczeń osobistych nie jest potrzebna⁷⁹³.

Z drugiej jednak strony, powyższe stwierdzenie stanowi daleko idące uproszczenie. Pomija bowiem istotną kwestię, która odróżnia sytuację agenta zabezpieczeń, któremu przysługują Zabezpieczenia Osobiste, od sytuacji administratora zabezpieczeń, któremu przysługuje hipoteka czy zastaw rejestrowy, a ma bardzo istotne znaczenie w przypadku transakcji kredytowania konsorcjalnego. Co prawda, zarówno w przypadku hipoteki, zastawu rejestrowego oraz Zabezpieczeń Osobistych kredytodawcy w równie skuteczny sposób radzą sobie z problemem **wielości** zabezpieczeń⁷⁹⁴. To, czy zastaw rejestrowy oraz hipoteka w równie efektywny sposób radzą sobie z problemem **zbiorowości** zabezpieczeń, zależy od tego, czy zgodzimy się z postawioną w niniejszej pracy tezą, że zabezpieczenia znajdują się w majątku administratora zabezpieczeń⁷⁹⁵. Co najważniejsze jednak, administrator zastawu i administrator hipoteki mają dodatkową zaletę, której nie posiada agent zabezpieczeń, któremu przysługuje tytuł do Zabezpieczenia Osobistego. Wraz z wprowadzaniem instytucji administratora hipoteki polski ustawodawca zmodyfikował art. 63 p.u.⁷⁹⁶ i stwierdził, że do masy upadłości nie wchodzi kwota uzyskana z tytułu realizacji zastawu rejestrowego lub hipoteki, jeżeli upadły pełnił funkcję administratora zastawu lub hipoteki, w części przypadającej zgodnie z umową powołującą administratora pozostałym wierzycielom. Kredytodawcom nie przysługuje taka sama ochrona, w przypadkach w których tytuł do Zabezpieczenia Osobistego został przyznany agentowi zabezpieczeń. Wynika to z dwóch przyczyn. Po pierwsze, hipoteza art. 63 p.u. nie odnosi się innych zabezpieczeń niż zastaw rejestrowy i hipoteka. Po drugie, brak jest w odniesieniu do tych zabezpieczeń przepisu podobnego do art. 766 zd. 2 k.c.⁷⁹⁷ Kwota uzyskana z tytułu realizacji Zabezpieczenia Osobistego wejdzie do masy

⁷⁹³ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 32. Dodatkowo, w przypisie 40 na przywołanej stronie można znaleźć stwierdzenie, że „Przygotowując niniejsze opracowanie, nie natknąłem się na uzasadniony względami praktyki postulat regulacji instytucji administratora zabezpieczeń osobistych, z jednym wyjątkiem – administratorem zastępującym wierzycieli z tytułu papierów wartościowych emitowanych w serii, np. obligacji”. Następnie autor ten odwołuje się do opracowania: K. Ernt, S. Rudnicki [w:] *Ustawa o obligacjach. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, C.H. Beck, Warszawa 2015, komentarz do art. 28 u.o., nb. 8.

⁷⁹⁴ Zob. podrozdział 2.2.2.

⁷⁹⁵ Zob. podrozdział 2.3.1.5. Jeżeli uznamy, że zabezpieczenia znajdują się w majątkach kredytodawców, należałoby przeprowadzić odrębną analizę odnośnie do tego, czy administrator hipoteki/zastawu radzi sobie z problemem zbiorowości zabezpieczeń w sposób równie skuteczny jak agent zabezpieczeń, któremu przysługuje tytuł do Zabezpieczenia Osobistego. Analiza taka jednak nie jest potrzebna, ponieważ we wskazanym podrozdziale zostało wykazane, że administrator zabezpieczeń lepiej radzi sobie z problemem zbiorowości zabezpieczeń, w przypadku w którym tytuł do zabezpieczenia przysługuje właśnie jemu, a nie kredytodawcom. Tym samym, zamiast przeprowadzać niepotrzebną analizę, wystarczające jest wyraźne postulowanie, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora.

⁷⁹⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 131, poz. 1075).

⁷⁹⁷ Art. 766 k.c.: „Komisant powinien wydać komitentowi wszystko, co przy wykonaniu zlecenia dla niego uzyskał, w szczególności powinien przenieść na niego wierzytelności, które nabył na jego rachunek. **Powyższe uprawnienia komidenta są skuteczne także względem wierzycieli komisanta**” [pogrubienie – T.T.]. Przepis ten stanowi podstawę do wyłączenia przedmiotów uzyskanych przez komisanta przy

upadłości, a bankom będą przysługiwały tylko niezabezpieczone roszczenia o wypłatę tych środków⁷⁹⁸. Inaczej mówiąc, kredytodawcy w takim przypadku ponoszą ryzyko upadłości agenta zabezpieczeń⁷⁹⁹. Mogłoby się wydawać, że ryzyko upadłości banku⁸⁰⁰ jest niewielkie, ale mimo to istnieje. Ryzyko takie stanowi tzw. ryzyko systemowe⁸⁰¹. Ma ono wpływ na ewentualny, nieco gorszy *rating* transakcji kredytowania konsorcjalnego, co ma przełożenie na wartość wierzycelności z takiej transakcji, które mogą być potem sprzedawane na rynku wtórnym⁸⁰². Powyższe sprawia, że administrator hipoteki czy zastawu jest dla kredytodawców instytucją lepiej zabezpieczającą ich interesy niż agent zabezpieczeń, któremu przysługuje tytuł do Zabezpieczenia Osobistego.

Brak ochrony kredytodawców przed ryzykiem upadłości agenta zabezpieczeń w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych uzasadnia się brakiem jawności tego typu zabezpieczeń⁸⁰³. Informacja, że agentowi zabezpieczeń przysługują Zabezpieczenia Osobiste i że nimi jedynie zarządza, jest zwykle niejawną dla osób trzecich. Inaczej jest w przypadku zastawu rejestrowego i hipoteki. W przypadku tych zabezpieczeń administrator jest wpisywany do publicznego rejestru⁸⁰⁴. Jawność zabezpieczenia zdaje się zatem stanowić **istotę problemu** i mocny argument w doktrynie uzasadniający brak ochrony przed ryzykiem upadłości agenta zabezpieczeń w odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych⁸⁰⁵.

Ze względu na powyższe, jeżeli instytucja administratora zabezpieczeń miałaby zostać wprowadzona w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń, **należałoby zaznaczyć**

wykonaniu zlecenia spod egzekucji skierowanej ku komisantowi, czy też z jego masy upadłości. Zob. J. Frąckowiak [w:] *System...*, t. 7, s. 741–742.

⁷⁹⁸ Zakładając, że nie zostały poczynione żadne dodatkowe ustalenia w celu dodatkowego zabezpieczenia tych roszczeń.

⁷⁹⁹ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 261.

⁸⁰⁰ Zwykle jeden z banków jest agentem zabezpieczeń.

⁸⁰¹ Chodziłoby tu raczej o ryzyko systemowe w znaczeniu zbliżonym do tego z art. 15 ust. 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz. U. z 2013 r. poz. 246), tj. ryzyko wystąpienia sytuacji, w której niewywiązanie się z zobowiązań przez uczestnika systemu może spowodować niewywiązanie się z zobowiązań przez innego jego uczestnika lub uczestników. A nie ryzyko systemowe w znaczeniu art. 4 pkt 15 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1934), do którego znaczenia odsyła p.b. (zob. art. 4 ust. 1 pkt 34 p.b.).

⁸⁰² Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 186–236.

⁸⁰³ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 32.

⁸⁰⁴ Należy jednak wskazać na następującą wadę regulacji administratora zastawu. Przepisy regulujące tę instytucję nie przewidują bowiem możliwości wpisania administratora zastawu jako „administratora”. Wpisuje się go po prostu jako zastawnika, a zatem w wpisie w rejestrze nie wynika, czy zastawnik jest administratorem, czy „zwykłym” zastawnikiem. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 138–139 oraz M. Leśniak, *Zastaw bez przeniesienia przedmiotu zastawu*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 152–153. Fakt, że to administrator, zgodnie z wpisem jest „zastawnikiem”, stanowi kolejny argument za tym, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom.

⁸⁰⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 45. Autor ten podkreśla też fakt uprzywilejowania wierzycieli, którym przysługują zabezpieczenia osobiste ze względu na przysługujące bardzo często pozaegzekucyjne sposoby zaspokojenia się wierzycieli z przedmiotu zabezpieczenia.

kwestię co najmniej wziąć pod uwagę. Omawiany problem nie musiałby natomiast prowadzić do obligatoryjnego, każdorazowego obowiązku wpisywania administratora zabezpieczeń w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń do publicznego rejestru. Można by uzależnić poziom ochrony kredytodawców w odniesieniu do zabezpieczeń, którymi zarządza administrator, od upublicznienia tego faktu. Jeżeli administrator byłby wpisany do rejestru, to kredytodawcom przysługiwałaby ochrona przed ryzykiem upadłości agenta. Można by nawet rozważyć dalej idącą ochronę i wyłączyć środki przypadające kredytodawcom spod egzekucji skierowanej przeciwko administratorowi⁸⁰⁶. Jeżeli natomiast administrator nie zostałby wpisany, ochrona kredytodawcom by nie przysługiwała. Mówiąc inaczej, w istocie, **ochrona byłaby nagrodą za jawność.** Wprowadzenie administratora zabezpieczeń w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń wymaga odrębnych, bardziej rozbudowanych badań, a powyższe jest tylko zaznaczeniem problemu i niniejsza praca będzie odnosiła się do tej kwestii także w innych częściach, a wyraźna teza zostanie postawiona przez autora po przeprowadzeniu również analizy prawoporównawczej.

Na marginesie można zaznaczyć, że w przypadku przyjęciu tak szerokiego katalogu Zabezpieczeń Osobistych jak w niniejszej pracy, przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości **może być** jawne dla osób trzecich. Po zaakceptowaniu przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości przez Sąd Najwyższy⁸⁰⁷, sądy wieczystoksięgowe nie widzą żadnych przeszkód we wpisywaniu do ksiąg wieczystych roszczenia o zwrotne przeniesienie własności (zapewniając tym samym takiemu roszczeniu rozszerzoną skuteczność)⁸⁰⁸. Nie ma jednak obowiązku wpisu takiego roszczenia do księgi wieczystej, można zatem stwierdzić, że jawność w tym przypadku jest **fakultatywna**, ponieważ zależna jest od woli stron (brak jest obowiązku ustawowego)⁸⁰⁹.

3.2.1.4. Podsumowanie

Ze względu na zarysowane w niniejszym podrozdziale problemy, w dalszej części tego rozdziału, należy zastanowić się, czy są możliwe jakieś inne rozwiązania problemu separacji podmiotowej niż administrator hipoteki/zastawu, które mogą:

- a) uzupełnić instytucje administratora w przypadkach, gdy jej zastosowanie nie jest możliwe (np. zastaw finansowy) albo w niepełny sposób rozwiązuje problem separacji podmiotowej (np. kredytodawcy chcieliby, aby funkcję zastępcy pośredniego odnośnie do zabezpieczeń pełnił podmiot trzeci); albo
- b) stanowić substytut dla tej instytucji, dzięki temu, że taki substytut lepiej zaspokajałby interesy kredytodawców.

⁸⁰⁶ Kwestie te będą jeszcze rozważone w rozdziale 4 i 5.

⁸⁰⁷ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955.

⁸⁰⁸ Zob. np. stan faktyczny w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263.

⁸⁰⁹ W praktyce oczywiście przewłaszczający powinien dążyć do tego, aby za każdym razem takie roszczenie było wpisane do księgi wieczystej.

3.2.2. Inne niż administrator zastawu/hipoteki próby rozwiązania problemu separacji podmiotowej

W niniejszym podrozdziale rozważone zostaną kolejno następujące instytucje/rozwiązania, przy pomocy których można próbować uzupełnić albo zastąpić instytucję administratora hipoteki/zastawu:

- a) nadanie agentowi zabezpieczeń charakteru wierzyciela solidarnego;
- b) nadanie agentowi zabezpieczeń charakteru podmiotu uprawnionego do świadczenia niepodzielnego;
- c) nadanie agentowi zabezpieczeń charakteru podmiotu współuprawnionego ze wspólnej wierzytelności;
- d) przyznanie agentowi zabezpieczeń wierzytelności równoległej;
- e) przyznanie agentowi wierzytelności wynikającej z gwarancji albo weksła;
- f) nadanie agentowi charakteru gwaranta;
- g) przyznanie kredytodawcom wraz z agentem wspólnego prawa zabezpieczającego;
- h) takie ustrukturyzowanie transakcji, aby wierzytelność kredytodawców wchodziła w skład wspólności łącznej.

3.2.2.1. Agent zabezpieczeń jako wierzyciel solidarny

3.2.2.1.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

Pierwszym sposobem, za pomocą którego można próbować zapobiec problemowi separacji podmiotowej, może być takie ukształtowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, aby agent zabezpieczeń był **wierzycielem solidarnym z tytułu wierzytelności kredytowych**. Solidarność wierzycieli jest instytucją uregulowaną w art. 367 i nast. k.c. Ustawodawca wyraźnie zatem ją dopuszcza i nie ma powodów, dla których skorzystanie z niej, w przypadku kredytowania konsorcjalnego, miałyby być zabronione. Strony transakcji kredytowania konsorcjalnego mogą w drodze postanowień umownych nadać agentowi zabezpieczeń charakter wierzyciela solidarnego z tytułu wierzytelności kredytowych przysługujących kredytodawcom. Taki sposób rozwiązania problemu separacji podmiotowej w odniesieniu do hipoteki⁸¹⁰ był już wskazywany w doktrynie od jakiegoś czasu⁸¹¹. Należałoby jednak zastanowić się: czy w sposób satysfakcjonujący dla banków takie rozwiązanie zastąpi lub uzupełni instytucję administratora zabezpieczeń?

⁸¹⁰ W okresie przed wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego instytucja administratora hipoteki.

⁸¹¹ Zob. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 337, lub A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–58.

3.2.2.1.2. Rodzące się wątpliwości

Problem z solidarnością polega na tym, że **sporna jest już sama jej natura lub, mówiąc inaczej, charakter⁸¹² więzi łączącej wierzycieli z dłużnikiem⁸¹³**. W dużej części wydaje się to wynik nie do końca jednoznacznego oraz bezspornego rozróżnienia takich pojęć jak: roszczenie, wierzytelność, stosunek prawny i wspólna więź.

Odnosząc się do niejasności terminologicznej, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że roszczenie stanowi po prostu skonkretyzowaną co do podmiotu i przedmiotu wierzytelność⁸¹⁴. Ze względu na to, że **zabezpieczenia zabezpieczają wierzytelności, a nie roszczenia⁸¹⁵**, dla rozważenia instytucji solidarności jako remedium na problem separacji podmiotowej wystarczy posługiwanie się wyłącznie tym pierwszym terminem⁸¹⁶. Po drugie, bardzo często, przy omawianiu solidarności, nie rozróżnia się wyraźnie wierzytelności i zobowiązania (stosunku prawnego)⁸¹⁷. Z jednego stosunku prawnego/zobowiązania może wynikać wiele wierzytelności⁸¹⁸. Kwestia ta przy rozważaniach dotyczących zabezpieczeń wierzytelności jest bardzo istotna, ponieważ powinno się mówić raczej o zabezpieczeniu wierzytelności, a nie stosunku prawnego⁸¹⁹.

Mając na uwadze powyższe, można wyróżnić następujące stanowiska co do charakteru więzi powstającej w przypadku solidarności wierzycieli:

- 1) na solidarność składa się jedna wierzytelność przysługująca wspólnie wszystkim współwierzycielom solidarnym;
- 2) w przypadku solidarności mamy do czynienia z jednym stosunkiem prawnym łączącym po stronie wierzycielskiej wszystkich wierzycieli i wielością wierzytelności przysługujących osobno każdemu z wierzycieli;
- 3) solidarność jest jednym „węzłem prawnym” oraz wielością stosunków prawnych i wierzytelności pomiędzy wierzycielami a dłużnikiem⁸²⁰.

⁸¹² W odniesieniu do solidarności dłużników A. Klein używa wyrazów istota, natura prawna lub konstrukcja, uważając ostatni z tych zwrotów za odpowiedni. Zob. A. Klein, *Istota solidarności biernej a stosunki prawne odpowiedzialności* [w:] *Studia z prawa zobowiązań*, red. Z. Radwański, PWN, Warszawa-Poznań 1979, s. 207.

⁸¹³ Zob. T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 75–77.

⁸¹⁴ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 14–15.

⁸¹⁵ Zob. art. 65 u.k.w.h.

⁸¹⁶ Rozważając solidarność wierzycieli, autor niniejszej pracy nie będzie zatem posługiwał się terminem „roszczenie”. Pojęcia tego używa przy opisie solidarności np. W. Dubis [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 367 k.c.

⁸¹⁷ Zob. np. B. Lackoroński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 367 k.c.

⁸¹⁸ Zob. np. S. Kostecki [w:] *Ustawa...*, red. K. Osajda, komentarz do art. 68¹ u.k.w.h., pkt 2 oraz innych przywoływanych tam autorów. Innym podejściem może być przyjęcie, że w przypadku jednego zobowiązania mamy jedną wierzytelność i z niej może wynikać wiele **roszczeń**. Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 14–15. Zob. też W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1994, s. 31-33.

⁸¹⁹ Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 83–84 oraz art. 66 u.k.w.h.

⁸²⁰ Por. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 5.

3.2.2.1.2.1. Solidarność wierzycieli jako jedna wierzytelność

Pierwszy pogląd prezentuje B. Swaczyna⁸²¹. Autor ten twierdzi, iż przy „solidarności czynnej występuje **jedna wierzytelność**”⁸²². Przy przyjęciu takiego założenia można stwierdzić, że mamy do czynienia z jedną wierzytelnością, przysługującą wszystkim kredytodawcom, a zatem i **jednym wierzycielem**. Po stronie wierzyciela występowałyby **kilka podmiotów** i moglibyśmy wtedy mówić nie o **wielu wierzycielach**, a o „**współwierzycielach**”⁸²³. Należałoby też uznać, że każdemu z współwierzycieli przysługuje niepodzielnie cała wierzytelność⁸²⁴. Gdybyśmy zgodzili się z tym poglądem, powstałoby pytanie, czy gdybyśmy umownie postanowili, że współwierzycielem jest agent zabezpieczeń, to czy moglibyśmy przyznać mu tytuł do zabezpieczenia, zabezpieczający taką wspólną, w ramach solidarności, wierzytelność⁸²⁵.

Pogląd, że w przypadku solidarności wierzycieli mamy do czynienia z jedną wierzytelnością, powinno się jednak odrzucić⁸²⁶. Po pierwsze, ustawodawca wyraźnie stanowi o „wierzycielach”, a nie o „współwierzycielach”⁸²⁷. Po drugie, wspólność wierzytelności, ze swej istoty, wymagałaby jakiegoś wspólnego działania w celu np. dochodzenia wierzytelności. Natomiast przepisy wyraźnie stanowią, że każdy z wierzycieli może samodzielnie wytoczyć powództwo przeciwko dłużnikowi⁸²⁸. Po trzecie, wspólność wierzytelności nie jest rozpoznawana wyraźnie przez polski porządek prawny⁸²⁹ i w przypadku wierzytelności pieniężnych powinno się ją raczej wiązać z „wyjątkowymi” przypadkami wspólności łącznej⁸³⁰, a nie solidarnością wierzycieli. Gdybyśmy chcieli wprowadzać pojęcie wspólnej wierzytelności, wydaje się, że należałoby je wiązać z **rodzajem świadczeń**, w przypadkach w których dłużnik **musi** je spełnić łącznie na rzecz

⁸²¹ Zob. B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 35–36. Pogląd o jednej wierzytelności w przypadku solidarności prezentuje także A. Klein, ale czyni to w odniesieniu do solidarności dłużników, odnosząc się do sytuacji wierzyciela. W przypadku dłużników z tytułu solidarności biernej pisze on o: „występowaniu tylu elementów długu, ilu jest dłużników solidarnych”. Niejasne jest, co autor ten rozumie przez „element długu”. Co więcej, w dalszej części pracy odnosi się do kilku czy wielości długów. Niejasne jest zatem też, czy w przypadku solidarności biernej stoi na stanowisku, że występuje jedna wierzytelność i wiele długów, czy jedna wierzytelność i jeden dług składający się z wielu elementów. Zob. A. Klein, *Istota...*, s. 210–212. Przyjmując pierwszy z tych poglądów i odnosząc go do solidarności wierzycieli, należałoby stwierdzić, że A. Klein popiera drugie, a nie pierwsze stanowisko, ponieważ odpowiednio mówilibyśmy o **wielości** wierzytelności i jednym długu.

⁸²² Zob. B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 35. Stanowisko takie jednak jest niekonsekwentne, ponieważ wspomniany autor zamiast pisać o „współwierzycielach” posługuje się czasem zwrotem wierzyciele.

⁸²³ Nieco inaczej i mniej precyzyjnie, autor niniejszej pracy opisał to w: T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 75–77.

⁸²⁴ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–59.

⁸²⁵ *Ibid.*, s. 56–59. Autorki te zdają się stać na stanowisku, że takie rozwiązanie jest możliwe. Wydaje się jednak, że w niedostatecznie wnikliwy sposób analizują instytucję solidarności wierzycieli.

⁸²⁶ Taki pogląd odrzucają też m.in.: T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka na rzecz banków tworzących konsorcjum kredytowe*, Przegląd Sądowy 2003, nr 4, s. 12–19.

⁸²⁷ Zob. art. 367 § 1 k.c. „Kilku wierzycieli...”.

⁸²⁸ Zob. art. 367 § 2 k.c.

⁸²⁹ Jak i większość porządków prawnych. Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 5.

⁸³⁰ Zob. podrozdział 3.2.2.8.

wszystkich wierzycieli⁸³¹. Po czwarte, można dodać, że przyjęcie takiej koncepcji prowadziłoby do niepotrzebnego i zbyt łatwego tworzenia sztucznych konstrukcji „współwierzyciela” i „współwierzycielności”. Na koniec należy zauważyć, że nawet gdybyśmy uznali takie podejście do solidarności wierzycieli za prawidłowe, to powstawałby problem, czy możliwe jest przyznanie tytułu do zabezpieczenia jednemu z wierzycieli (agentowi zabezpieczeń) na rzecz wszystkich wierzycieli solidarnych. Czy może jednak, w takim przypadku, jedno zabezpieczenie powinno zostać przyznane wszystkim wierzycielom solidarnym, a nie jedynie jednemu z nich i tym samym powstawałoby kłopotliwe w zarządzaniu, wspólne zabezpieczenie⁸³². Inne zastrzeżenia, w odniesieniu do koncepcji jednej wierzycielności, zgłasza także T. Czech⁸³³.

3.2.2.1.2.2. Solidarność wierzycieli jako wiele wierzycielności

Drugi możliwym podejściem do solidarności wierzycieli jest stanowisko, że mamy do czynienia z **jednym stosunkiem prawnym łączącym po stronie wierzycielskiej wszystkich wierzycieli i wielością wierzycielności przysługujących osobno każdemu z wierzycieli**. Taki pogląd prezentuje M. Pyziak-Szafnicka⁸³⁴ oraz W. Dubis, a ten drugi dodatkowo uważa go za dominujący⁸³⁵. W przypadku tego poglądu bardzo istotne znaczenie ma odróżnienie „strony” od „podmiotu” stosunku cywilnoprawnego⁸³⁶.

Wyżej przedstawione podejście wydaje się prawidłowe, a zatem należy postawić tezę, iż w przypadku solidarności wierzycieli mamy do czynienia z **jednym stosunkiem prawnym, ale wielością wierzycielności i wierzycieli**.

Zgodnie z przedstawionym stanowiskiem każdemu z wierzycieli solidarnych przysługuje **własna wierzycielność**. W tym przypadku **nie mówimy zatem już o „współwierzycielach” tylko o odrębnych wierzycielach, których łączy wspólny stosunek**

⁸³¹ A nie solidarnością wierzycieli, gdzie dłużnik może spełnić całe świadczenie, według swego wyboru, do rąk któregośkolwiek z wierzycieli solidarnych. Tak samo: M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 5, powołując się na art. 10.201 ust. 3 Principles of European Contract Law (PECL) i art. III – 4:202 ust. 3 Draft Common Frame of Reference (DCFR), które rozpoznają pojęcie „wspólnej wierzycielności”.

⁸³² Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 92, przypis 248. Choć autor ten pisze jedynie o niedopuszczalności „ustanowienia hipoteki na rzecz niektórych lub nawet jednego z wierzycieli solidarnych”, a zatem może dopuścićby możliwość przyznania tytułu jednemu z współwierzycieli z zastrzeżeniem, że zabezpieczenie jest ustanawiane na rzecz wszystkich współwierzycieli. Problem ten nie jest szerzej rozważany w ramach niniejszej pracy ze względu na to, że autor odrzuca koncepcję wspólnej wierzycielności w ramach solidarności.

⁸³³ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 39–40. Autor ten przede wszystkim podnosi argumenty natury prakseologicznej oraz dotyczące bezzasadności koncepcji jednej wierzycielności. Autor ten stoi jednak na stanowisku, inaczej niż autor niniejszej rozprawy, że w przypadku solidarności wierzycieli mamy do czynienia nie tylko z wielością wierzycielności, ale także z wielością stosunków prawnych. Zob. uwagi poniżej.

⁸³⁴ Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 3–4.

⁸³⁵ Zob. W. Dubis [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do Tytułu II w Księdze Trzeciej k.c. oraz do art. 367 k.c., nb. 1–2. Choć nie jest to do końca jasne, ponieważ autor ten zdaje się nie odróżniać stanowiska pierwszego od drugiego, po prostu wyróżniając jedynie zobowiązanie (stosunek prawny), a już nie odróżniając od niego wyrażnie wierzycielności. Autor ten pisze o „niepodzielności zobowiązania” (liczba pojedyncza) oraz o „wielości podmiotów” a nie wierzycieli, jednak później posługuje się słowem „wierzyciele” w liczbie mnogiej.

⁸³⁶ Zob. dokładne rozważania na ten temat: M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 3.

prawny. Należałoby też uznać, że każdemu z kredytodawców i agentowi przysługuje wierzytelność obejmująca cały dług kredytobiorcy (art. 367 k.c.). Znajdowanie się w rękach agenta zabezpieczeń wierzytelności o spłaceniu całego kredytu, prowadzi do wniosku, że to jemu może być przyznany tytuł do zabezpieczenia, nawet Rzeczowego, zabezpieczającego cały kredyt⁸³⁷. Pozostali kredytodawcy nie byłiby jednak wtedy uprawnieni bezpośrednio do zabezpieczenia, a ich interes byłby zabezpieczony przez odpowiednie roszczenia regresowe w ramach stosunku wewnętrznego⁸³⁸.

W odniesieniu do takiego charakteru więzi w przypadku solidarności powstają jednak dwa problemy. Po pierwsze, wątpliwości dotyczące wierzytelności agenta zabezpieczeń jako wierzyciela solidarnego. Po drugie, kwestia braku zlikwidowania problemu wielości zabezpieczeń⁸³⁹.

Pierwsza wątpliwość dotyczy tego, jak w istocie miałyby wyglądać solidarna wierzytelność agenta zabezpieczeń. Z jednej strony, jeżeli miałyby wyglądać identycznie jak wierzytelność kredytodawcy, z którym tworzy solidarność⁸⁴⁰, to doprowadzałoby to do sytuacji niechcianej przez kredytodawcę. To kredytodawca byłby podmiotem ryzykującym swoje środki pieniężne, jednak nie tylko on byłby uprawniony do żądania ich zwrotu. Spełnienie świadczenia przez kredytobiorcę na rzecz agenta zabezpieczeń zaspokajałoby również wierzytelność kredytodawcy⁸⁴¹. Kredytodawca ponosiłby też ryzyko nieprzewidzianych działań agenta⁸⁴². Agent zabezpieczeń powinien być uprawniony do realizacji zabezpieczenia, jednak to nie on udzielał kredytu (ponosił ryzyko kredytowe). Standardowo agent⁸⁴³ ma tylko „techniczne” uprawnienia w odniesieniu do stosunków kredytowych, a bardziej istotne uprawnienia powinny zostać w rękach kredytodawców. W przypadkach w których agentowi zabezpieczeń przysługiwałyby status wierzyciela solidarnego, istniałoby co najmniej ryzyko, że mógłby on wykonywać uprawnienia wierzycielskie, które powinny być zastrzeżone wyłącznie dla banków⁸⁴⁴. Jak już było podkreślane, banki obciążałoby zatem ryzyko niepożądanych działań agenta. Kredytodawcy, jeżeli mogą, wołają takiego ryzyka unikać⁸⁴⁵.

Z drugiej strony, gdybyśmy postanowieniami umownymi wierzytelność agenta zabezpieczeń w ramach solidarności próbowali ukształtować w ten sposób, że agent **nie ma** uprawnienia do żądania spełnienia świadczenia albo że występuje tylko w roli „pośrednika” przy przekazywaniu środków na rzecz kredytodawcy, **doszłoby do naruszenia**

⁸³⁷ Tak samo w odniesieniu do hipoteki przed wprowadzeniem administratora: T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 10 i 19–20. Inaczej: M. Kućka, *Administrator...*, s. 86–87.

⁸³⁸ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 19–20.

⁸³⁹ Zob. podrozdział 2.2.2.

⁸⁴⁰ Tj. przede wszystkim prawo do żądania spłaty udzielonego kredytu.

⁸⁴¹ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 9–10.

⁸⁴² Zob. *ibid.*

⁸⁴³ Nie chodzi tutaj o agenta zabezpieczeń tylko o agenta, który to zwykle ma pewne uprawnienia w odniesieniu do stosunku kredytowego. Zob. podrozdział 1.1.3.2.

⁸⁴⁴ Zob. też: T. Czech, *Funkcje...*, s. 40.

⁸⁴⁵ Zob. też: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–59.

istoty solidarności wierzycieli⁸⁴⁶. Z art. 367 § 1 k.c. wynika, że **rzeczoną istotą jest możliwość spełnienia całego świadczenia do rąk jednego z wierzycieli solidarnych, które powinno doprowadzić do wygaśnięcia długu względem wszystkich**. Słusznie zwraca uwagę M. Pyziak-Szafnicka, iż:

żaden z wierzycieli nie dysponuje prawną możliwością przeciwstawienia się spełnieniu świadczenia do rąk innego wierzyciela⁸⁴⁷.

Próba umownego wyłączenia możliwości spełnienia świadczenia do rąk jednego z dwóch wierzycieli solidarnych prowadziłyby do tego, że solidarność wierzycieli by nie powstawała⁸⁴⁸. Podmiot pozbawiony takiego uprawnienia trudno byłoby uznać za „wierzyciela”. Biorąc pod uwagę, że solidarność wierzycieli musiałaby być osobno tworzona przez agenta z każdym z kredytodawców⁸⁴⁹, to tym samym trudno byłoby mówić o solidarności wierzycieli. W rzeczywistości, w każdym przypadku byłby tylko jeden wierzyciel. Można by zatem twierdzić, że takie ukształtowanie solidarności jest sprzeczne z ustawą lub z jej naturą (art. 353¹ k.c.) i tym samym nieważne na mocy art. 58 k.c.

Drugi problem dotyczy nieradzenia sobie przez takie rozwiązanie z problemem wielości zabezpieczeń⁸⁵⁰. Jak już było podkreślane w przypadku kredytowania konsorcjalnego, o **jednym** kredycie możemy mówić tylko w sensie **ekonomicznym**⁸⁵¹. Każdego z kredytodawców łączy odrębny stosunek kredytowy z kredytobiorcą i jest to zabieg **celowy**⁸⁵². Żaden z kredytodawców nie chce m.in. odpowiadać za wypłatę części kredytu przez innego kredytodawcę czy ponosić jego ryzyka kredytowego⁸⁵³. Mówiąc inaczej, w interesie kredytodawców nie jest, aby byli objęci jednym, wspólnym „węzłem” kredytowym⁸⁵⁴. To oznacza, że nawet gdybyśmy próbowali wprowadzić do kredytowania

⁸⁴⁶ Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 65, która słusznie twierdzi, że „Dłużnik ma **swobodę wyboru wierzyciela**, do rąk którego spełni świadczenie. Świadczenie całości jednemu z uprawnionych jest tylko jedną z możliwości, jakimi dysponuje; tę możliwość ustawodawca akcentuje, gdyż wyraża ona istotę solidarności czynnej”. Zob. też: T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 20–21. Ci ostatni słusznie uważają, że „nie można przyjąć, że art. 367 § 2 k.c. ma charakter całkowicie dyspozytywny”.

⁸⁴⁷ M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 65.

⁸⁴⁸ Odnośnie do tego, dlaczego mowa tylko o „jednym z dwóch”, a nie o solidarności wszystkich kredytodawców, zob. uwagi poniżej w niniejszym podrozdziale.

⁸⁴⁹ Zob. uwagi poniżej.

⁸⁵⁰ Zob. podrozdział 2.2.2.

⁸⁵¹ Podobnie: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 42.

⁸⁵² Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 4–5 oraz A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 54–55.

⁸⁵³ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 9–10 oraz T. Czech, *Funkcje...*, s. 40.

⁸⁵⁴ Można zauważyć, że podobnie członkowie konsorcjum nie są zainteresowani, aby łączyła ich spółka cywilna i wolą mieć swoje własne wierzycielności. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, Legalis: 1303686, gdzie Sąd Najwyższy stwierdził, że „Nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów o współdziałanie (lub podobnie nazywanych), w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego, jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej”. Podobny wniosek Sąd Najwyższy wyciągnął w postanowieniu z dnia 15 stycznia 2019 r., III CSK 182/18, Legalis: 1866017. Orzeczenie to będzie jeszcze omawiane

konsorcjalnego solidarność wierzycieli, to **nie odbywałoby się to na poziomie wprowadzenia jednej solidarności wszystkich kredytodawców i agenta**. Co najwyżej mogłoby dojść do **ustanawiania wielu solidarności wierzycieli, a każdą tworzyłby: poszczególny kredytodawca i agent zabezpieczeń**. W ten sposób agent miałby kilka/kilkanaście wierzytelności solidarnych, które razem obejmowałyby cały kredyt. To by oznaczało, że co prawda mielibyśmy **jeden podmiot, który by skupiał w sobie cały kredyt** (w sensie ekonomicznym), ale ciągle występowałyby **wiele wierzytelności, które by się na niego składały**. Próba przyznania jednego zabezpieczenia agentowi zabezpieczeń na rzecz kredytodawców, oznaczałaby zabezpieczenie **jednym prawem wielu wierzytelności**. Byłoby to zatem możliwe tylko w przypadku tych Zabezpieczeń Rzeczowych, które taką możliwość dopuszczają, tj. jedynie hipoteki i zastawu rejestrowego⁸⁵⁵. To oznacza, że rozwiązanie takie w ogóle nie rozwiązuje problemu w odniesieniu do zastawu zwykłego czy zastawu finansowego⁸⁵⁶, które to nie dopuszczają możliwości zabezpieczenia wielu wierzytelności jednym z tych praw⁸⁵⁷. Powyższe prowadzi do konkluzji, że takie solidarne wierzytelności musiałyby być i tak **odrębnie zabezpieczone**. **Biorąc pod uwagę, że solidarności byłoby tyle samo co kredytodawców, doszłoby do identycznej multiplikacji liczby zabezpieczeń jak w przypadku, w którym zabezpieczenia są przyznawane osobno każdemu z kredytodawców**⁸⁵⁸. Z tych samych powodów ustanowienie np. jednego zastawu finansowego na rzecz jednego z wierzycieli solidarnych (agenta zabezpieczeń), co pośrednio zabezpieczyłoby interes także kredytodawcy⁸⁵⁹, także nie rozwiąże problemu. Taki zastaw musiałby być i tak udzielany w odniesieniu do każdego z kredytodawców, ponieważ, jak już zwrócono uwagę, każdy z kredytodawców chce mieć własną wierzytelność kredytową⁸⁶⁰.

Natomiast tworzenie solidarności w przypadku Zabezpieczeń Osobistych zdaje się sztuczną konstrukcją, która nic nie wnosi, skoro tytuł do zabezpieczenia w ich przypadku i tak zwykle może być przyznany agentowi zabezpieczeń⁸⁶¹.

przy odnoszeniu się poniżej do konstrukcji spółki cywilnej jako ewentualne remedium na problem separacji podmiotowej. Zob. też: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–59.

⁸⁵⁵ Zob. art. 6 u.z.r. art. 68¹ u.k.w.h.

⁸⁵⁶ W odniesieniu do zastawu finansowego zob. jednak T. Czech, *Ogólne...*, s. 63, który zdaje się twierdzić, że art. 5 ust. 1 u.n.z.f. daje podstawę do zabezpieczenia jednym zastawem kilku wierzytelności.

⁸⁵⁷ Nie sposób też powiedzieć, w jaki sposób takie rozwiązanie miałyby być bardziej efektywne od administratora hipoteki czy zastawu rejestrowego. Wydaje się wręcz mniej efektywne ze względu na brak zabezpieczenia przed Ryzykiem Upadłości Agenta. Zob. podrozdział 3.2.1.3.

⁸⁵⁸ Na marginesie można dodać, że identyczny problem powstałby w przypadku pierwszego stanowiska, gdybyśmy dopuścili sytuację, że można zabezpieczyć „współwierzytelność”. Agent zabezpieczeń byłby wielokrotnym współwierzycielem, ale przysługiwałoby mu wiele „współwierzytelności”, które musiałyby być odrębnie zabezpieczone, ponieważ kredytodawcy nie chcieliby być w posiadaniu jednej wspólnej wierzytelności.

⁸⁵⁹ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 92.

⁸⁶⁰ Zakładając, że taka jedna wierzytelność jest możliwa.

⁸⁶¹ Wyjątkiem mogłoby być poręczenie, jednak powstawałyby te same problemy, co w przypadku zastawu finansowego czy zastawu zwykłego.

3.2.2.1.2.3. Solidarność wierzycieli jako wielość stosunków prawnych

Natomiast trzecim możliwym podejściem do solidarności jest twierdzenie, że mamy do czynienia z **jednym „węzłem prawnym” i wielością stosunków prawnych pomiędzy wierzycielami a dłużnikiem**. Taki pogląd prezentuje m.in. wspólnie T. Czech i T. Stawecki⁸⁶² oraz M. Kućka⁸⁶³. Ten ostatni twierdzi, podobnie jak W. Dubis w odniesieniu do stanowiska drugiego, że jego pogląd jest dominujący⁸⁶⁴. Od takiego stanowiska zdaje się wiele nie różnić pogląd B. Lewaszkiwicz-Petrykowskiej⁸⁶⁵. P. Drapała na podstawie tezy z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2000 r.⁸⁶⁶ twierdzi, że na takim stanowisku stoi również Sąd Najwyższy⁸⁶⁷.

W przypadku trzeciego stanowiska każdy z wierzycieli solidarnych ma nie tylko swoją własną wierzytelność, ale i **własny stosunek prawny, który jest połączony jakimś „wspólnym węzłem” ze stosunkami prawnymi innych wierzycieli**. Wydaje się, że odróżnianie takiego poglądu od stanowiska drugiego ma sens tylko w takich przypadkach, w których uznalibyśmy, że w ramach jednego stosunku prawnego nie możemy wyróżnić różnych wierzytelności przysługujących różnym podmiotom⁸⁶⁸. Mówiąc inaczej, gdybyśmy twierdzili, że niedopuszczalne jest mówienie **o stosunku prawnym o złożonej wewnętrznie strukturze**⁸⁶⁹. Art. 353¹ k.c. zdaje się nie stać na przeszkodzie takiemu ukształtowaniu stosunku prawnego⁸⁷⁰. To oznacza, że wyróżnianie terminu „wspólny węzeł” nie ma większego uzasadnienia. „Odrębne” stosunki prawne, ze względu na solidarność i tak musiałyby być w pewien sposób ze sobą powiązane. Powiązanie

⁸⁶² T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 11–18.

⁸⁶³ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 91–92.

⁸⁶⁴ Autor ten jednak na poparcie faktu, że pogląd ten jest dominujący, przywołuje jedynie publikację T. Czecha i T. Staweckiego, *Hipoteka...*. Ustalenie, który pogląd jest rzeczywiście dominujący, wydaje się aktualnie niemożliwe ze względu na dwa powody. Po pierwsze, wydaje się, że jest tak samo duża liczba publikacji zarówno na rzecz stanowiska, że mamy do czynienia z jednym stosunkiem prawnym, jak i co do stanowiska, że mamy do czynienia z wieloma stosunkami prawnymi. Po drugie, ze względu na fakt, który został zauważony na początku niniejszego podrozdziału, tj. występuje problem z bezspornym i spójnym rozumieniem oraz posługiwaniem się takimi terminami jak: roszczenie, wierzytelność i stosunek prawny.

⁸⁶⁵ Autorka ta w odniesieniu do solidarności dłużników pisze o wielu zobowiązaniach, które spina obręcz zobowiązania solidarnego łącząca wszystkich. Zob. B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Konstrukcja solidarności biernej w kodeksie cywilnym*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1974, nr XII, s. 71–72. Choć sama autorka i E. Łętowska twierdzą, że jest to stanowisko odrębne od stanowisk, że w przypadku solidarności mamy do czynienia z koncepcją jedności albo wielości zobowiązań. Zob. *ibid.*, s. 69 i E. Łętowska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5..., s. 14. Jednak to, czy określimy coś „węzłem” czy „obręczą” dla autora niniejszej pracy nie stanowi aż tak istotnej różnicy.

⁸⁶⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., III CKN 599/98, Legalis: 48525: „1. Przejęcie długu jednego z dłużników solidarnych następuje na zasadach ogólnych (art. 519 i nast. KC)”.

⁸⁶⁷ Zob. P. Drapała, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2000 r., II CKN 599/98*, Przegląd Sądowy 2002 nr 3. Ze stanowiskiem tym nie zgadza E. Łętowska twierdząc, że Sąd Najwyższy nie zajął stanowiska w tej sprawie. Zob. E. Łętowska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5..., s. 14.

⁸⁶⁸ Zob. W. Dubis [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do Tytułu II w Księdze Trzeciej. Zob. też A. Klein, *Istota...*, s. 212–213.

⁸⁶⁹ Zob. A. Klein, *Istota...*, s. 209–213.

⁸⁷⁰ Wydaje się, że podobnie *ibid.*, s. 209–216, który to przytaczany jest przez W. Dubis [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do Tytułu II w Księdze Trzeciej.

mogłoby się odbywać przez „wspólny węzeł”⁸⁷¹ albo „obręcz zobowiązania solidarnego”⁸⁷². Zdaniem autora niniejszej pracy, zamiast tych nieznanymi językowi prawnemu terminów, dużo lepiej posługiwać się elastycznie rozumianym pojęciem stosunku prawnego.

Poza powyższym, dla potrzeb niniejszej pracy, stanowisko takie prowadziłoby do tych samych konkluzji co stanowisko drugie, z tą różnicą, że wprowadzałoby nowy termin (np. „węzeł”, „obręcz”), który nie tylko nie brzmiałby dobrze, ale dodatkowo niepotrzebnie wprowadzałby metapojęcie w odniesieniu do pojęcia stosunku prawnego, które nie wydaje się potrzebne⁸⁷³.

3.2.2.1.2.4. Podsumowanie

Podsumowując powyższe, należy zauważyć, że skorzystanie z solidarności wierzycieli jako remedium na problem separacji podmiotowej nie prowadzi do satysfakcjonującego kredytodawców rezultatu⁸⁷⁴. Stanowisko pierwsze (solidarność jako jedna wierzytelność) należy odrzucić. **Mówiąc inaczej, należy postawić tezę, że w przypadku solidarności wierzycieli nie mamy do czynienia z jedną wierzytelnością i współwierzycielami.**

Różnica między stanowiskiem drugim i trzecim wydaje się, przynajmniej na potrzeby niniejszej pracy, raczej teoretyczna niż praktyczna i problem rozróżnienia między tymi stanowiskami sprowadza się do rozumienia takich pojęć jak „stosunek prawny” czy „wspólny węzeł”. Autor niniejszej pracy postawił jednak tezę, iż w przypadku solidarności wierzycieli mamy do czynienia z **jednym stosunkiem prawnym, ale wielością wierzytelności i wierzycieli.**

Niezależnie jednak, czy przyjmiemy stanowisko drugie czy trzecie, **solidarność nie poradzi sobie z problemem wielości zabezpieczeń.** Wynika to z faktu, że banki nie będą chciały połączenia ich jedną wspólną więzią kredytową⁸⁷⁵, tylko każdy z kredytodawców zainteresowany jest posiadaniem własnej wierzytelności kredytowej⁸⁷⁶. Solidarność wierzycieli mogłaby być zatem tworzona jedynie na poziomie agent zabezpieczeń i poszczególne kredytodawca, musiałoby więc dojść do zwielokrotnienia takiej solidarności. To oznacza, że i tak np. zastaw finansowy czy zastaw zwykły musiałby być multiplikowany, ze względu na brak możliwości zabezpieczenia wielu wierzytelności jednym z tych praw. Rozwiązania te doprowadzą zatem co najwyżej do redukcji liczby podmiotów, którym będzie przysługiwał tytuł do zabezpieczeń, jednak już nie liczby zabezpieczeń. Do redukcji liczby zabezpieczeń mogłoby dojść jedynie w przypadku zastawu rejestrowego i hipoteki, które dopuszczają zabezpieczenie wielu

⁸⁷¹ Tak M. Kućka, *Administrator...*, s. 91–92.

⁸⁷² B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Konstrukcja...*, s. 71.

⁸⁷³ Zob. np. A. Klein, *Istota...*, s. 210–216, który w przypadku solidarności dłużników w ramach jednego stosunku prawnego rozróżnia elementy zwielokrotnione i elementy występujące pojedynczo.

⁸⁷⁴ Nieco inaczej ujmują solidarność wierzycieli, ale dochodzą do tego samego wniosku: T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 20–22 oraz T. Czech, *Funkcje...*, s. 40.

⁸⁷⁵ Zakładając, że taka wspólna więź jest w ogóle możliwa. Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 40.

⁸⁷⁶ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 53–56.

wierzytelności jednym z tych praw, ale w ich przypadku obecnie mamy już instytucję administratora zastawu/hipoteki. To oznacza, że liczba zastawów finansowych i zastawów zwykłych będzie musiała być taka sama, jak w przypadku, w którym zabezpieczenia te były przyznane bezpośrednio kredytodawcom. Można zaznaczyć, że przed rokiem 2011⁸⁷⁷ zwracano uwagę w literaturze, że solidarność wierzycieli nie posłuży jako skuteczne remedium na brak instytucji administratora hipoteki w przypadku kredytowania konsorcjalnego⁸⁷⁸. T. Czech zwrócił uwagę, że solidarność wierzycieli jako substytut dla braku, w czasie gdy pisał swój artykuł, instytucji administratora hipoteki, jest rozwiązaniem „raczej tylko teoretycznym i w polskiej praktyce spotyka się [je – T.T.] sporadycznie”⁸⁷⁹.

Poza powyższym, jak zostało wykazane, sam charakter więzi jest mocno sporny w doktrynie. Nie sprzyja to wyborowi tego sposobu rozwiązania problemu przez kredytodawców ze względu właśnie na rodzące się wątpliwości i zbyt duże ryzyko prawne⁸⁸⁰.

W przypadku natomiast Zabezpieczeń Osobistych, konstrukcja solidarności wierzycieli zdaje się nic nie wносить skoro i tak tytuł do tych zabezpieczeń może być przyznany agentowi zabezpieczeń.

Brak jest zatem uzasadnienia dla wprowadzania solidarności wierzycieli w przypadku kredytowania konsorcjalnego, w takim celu, aby tytuł do zabezpieczeń mógł być przyznany agentowi zabezpieczeń. Można postawić zatem tezę, że **solidarność wierzycieli nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej**.

Na marginesie można zaznaczyć, że powyższe jest kolejnym dowodem potwierdzającym tezę, że solidarność wierzycieli generalnie nie daje żadnych realnych korzyści wierzycielom⁸⁸¹.

3.2.2.2. Agent jako uprawniony ze świadczenia niepodzielnego

W kodeksie cywilnym, poza solidarnością, została wyraźnie uregulowana także druga sytuacja, w której w przypadku zobowiązania po stronie wierzycielskiej występuje kilka podmiotów. Mówilibyśmy tutaj o **niepodzielnosci świadczenia**. W niniejszym podrozdziale trzeba zatem zastanowić się, czy próba ukształtowania świadczenia kredytodawców jako niepodzielnego mogłaby rozwiązać problem separacji podmiotowej.

⁸⁷⁷ Tj. do czasu wprowadzenia instytucji administratora hipoteki.

⁸⁷⁸ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 7–22 oraz T. Czech, *Funkcje...*, s. 36–37. Por. jednak np.: A. Bieranowski, *Dług...*, s. 84–86 oraz A. Drewicz-Tułodziecka, A. Grzywacz, O. Soergel, *Kredytowanie konsorcjalne – problemy zabezpieczenia hipotecznego*, Zeszyt Hipoteczny 2001, nr 11, s. 15–16.

⁸⁷⁹ T. Czech dostrzegał możliwość skorzystania z solidarności jedynie w przypadku konsorcjów tzw. równoległych, gdzie brak jest agenta zabezpieczeń. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 40.

⁸⁸⁰ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 27.

⁸⁸¹ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska czyni generalną uwagę, iż „nie daje ona [solidarność wierzycieli – T.T.] żadnych widocznych korzyści wierzycielowi”. Zob. B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Konstrukcja...*, s. 64. Podobnie M. Pyziak-Szafnicka, zauważając, że może ona jednak zyskać na znaczeniu przez jej odpowiednie stosowanie przez Sąd Najwyższy do np. instytucji współwłasności. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 64–65.

3.2.2.2.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

Kredytodawcy i agent zabezpieczeń, aby łączył ich z kredytobiorcą jeden stosunek prawny, zawieraliby w umowie kredytowej klauzulę, że świadczenie im przysługujące od dłużnika, jest niepodzielne⁸⁸². Mogliby to dodatkowo uzasadniać (np. w preambule), faktem, że środki pieniężne, które udostępniają kredytobiorcy, służą sfinansowaniu jednego przedsięwzięcia. Mówiąc inaczej, stanowią jeden kredyt w sensie ekonomicznym i choćby z tego powodu nie powinno dochodzić do podziału wierzytelności, ponieważ udostępniane środki pieniężne stanowią funkcjonalnie powiązaną całość. Gdybyśmy dopuścili umowne ukształtowanie świadczenia kredytodawców jako niepodzielnego, zastosowanie znajdowałby art. 381 k.c. Z jednej strony oznaczałoby to, że podobnie jak w przypadku solidarności, każdy z wierzycieli mógłby żądać spełnienia całego świadczenia (§ 1). Z drugiej jednak strony, w razie sprzeciwu choćby jednego z wierzycieli, dłużnik obowiązany byłby świadczyć wszystkim wierzycielom łącznie albo złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego (§ 2). Wydaje się zatem, że § 2 art. 381 k.c. nieco lepiej chroniłby interesy kredytodawców co do ryzyka nieprzewidzianych działań agenta⁸⁸³, natomiast mógłby prowadzić do naruszenia zasady bycia przez agenta⁸⁸⁴ jedynym podmiotem/pośrednikiem co do rozliczeń pieniężnych między kredytodawcami i kredytobiorcą⁸⁸⁵. Należałoby jednak zastanowić się, czy istnieje w ogóle możliwość ukształtowania świadczenia pieniężnego kredytodawców jako niepodzielnego?

3.2.2.2.2. Rodzące się wątpliwości

W doktrynie słusznie zauważa się, że wierzyciele nie mogą ukształtować świadczenia pieniężnego jako niepodzielnego⁸⁸⁶. Kwestię tę można jedynie tylko nieco szerzej uzasadnić.

Zgodnie z artykułem 379 § 1 k.c. jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. *A contrario* dyspozycja tego przepisu nie znajdzie zastosowania⁸⁸⁷, jeżeli będziemy mieli do czynienia ze świadczeniem niepodzielnym. Pojawia się zatem pytanie: czy kredytodawcy i agent zabezpieczeń są w stanie umownie ukształtować przysługujące im świadczenie jako niepodzielne i tym samym nie dopuścić do tego, że wierzytelność się podzieli? W takim przypadku każdy z tych podmiotów mógłby żądać spełnienia całego świadczenia (art. 381 k.c.).

⁸⁸² Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 40. Zob. też A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–59.

⁸⁸³ Zob. podrozdział 3.2.2.1.2.2.

⁸⁸⁴ W tym przypadku nie chodziłoby o agenta zabezpieczeń, a o agenta. Zob. podrozdział 1.1.3.2.

⁸⁸⁵ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 450–452.

⁸⁸⁶ Zob. B. Swaczyna, *Hipoteka...*, s. 35; T. Czech, *Funkcje...*, s. 40. Inaczej jednak: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–59 oraz A. Bieranowski, *Dług...*, s. 83–84. Generalnie na temat podzielności świadczenia zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Legalis: 65083.

⁸⁸⁷ Nie dojdzie do podziału wierzytelności.

Problem polega jednak na tym, że świadczenie przysługujące kredytodawcom ma charakter pieniężny. Sprowadza się w istocie do zapłacenia przez kredytobiorcę kredytodawcom określonej sumy pieniężnej. Zgodnie z art. 381 § 2 k.c. świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. W doktrynie w takim brzmieniu przepisu dopatruje się dwóch kryteriów, na podstawie których określa się niepodzielność świadczenia: **właściwości fizyczne przedmiotu świadczenia** oraz **cel świadczenia** (który powinien wynikać z treści zobowiązania)⁸⁸⁸. Słusznie podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, że świadczenie pieniężne ze swej istoty jest podzielne, a zatem nie sposób doszukiwać się niepodzielności w pierwszym kryterium⁸⁸⁹. Sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku drugiego kryterium. W stosunku do świadczenia kredytodawców możliwe jest przedstawienie przekonujących argumentów, dłaczego ich świadczenie w stosunku do kredytobiorcy, w niektórych przypadkach finansowania, powinno być niepodzielne⁸⁹⁰. Jednak dużo trudniej znaleźć uzasadnienie, czemu świadczenie kredytobiorcy (spłata kredytu) powinno być niepodzielne. Uzasadnieniem dla takiego działania byłyby oczywiście chęć przyznania zabezpieczeń, zwłaszcza Zabezpieczeń Rzeczowych, agentowi zabezpieczeń. Wydaje się to jednak bardzo mało przekonującą próbą ingerencji w obiektywne cechy pieniądza, tym bardziej że w doktrynie raczej generalnie odrzuca się możliwość ukształtowania świadczenia pieniężnego jako niepodzielnego⁸⁹¹. Można zgodzić się z **tezą, że drugie kryterium, tj. wola stron, może wpływać na podzielność/niepodzielność jedynie świadczeń niepieniężnych**⁸⁹². Można jedynie zaznaczyć, że inaczej twierdzi A. Bieranowski, próbując argumentować, że nie należy przyjmować bezwzględnej niepodzielności świadczeń pieniężnych. Pogląd taki można uznać za mniejszościowy⁸⁹³. Dodatkowe utrudnienie w ukształtowaniu wierzytelności kredytodawców jako niepodzielnej stanowi również fakt, że finansowanie w ramach kredytowania konsorcjalnego

⁸⁸⁸ Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 69–70. Autorka sama zauważa, że to drugie kryterium budzi obecnie coraz większe wątpliwości. Sąd Najwyższy podkreślił znaczenie tego drugiego kryterium w przypadku umowy o roboty budowlane. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08, Legalis: 265784.

⁸⁸⁹ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 40 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Legalis: 65083.

⁸⁹⁰ Np. kredytobiorca potrzebuje środków pieniężnych na przejście spółki, a co za tym idzie, udzielenie mu jedynie części finansowania nie zaspokaja jego interesu i jest dla niego „bezużyteczne”. Jak już było wyżej wielokrotnie zauważone, kredytodawcom zwykle zależy jednak, aby ich świadczenia były niezależne od siebie i tym samym, aby dany kredytodawca nie odpowiadał za wypłatę kredytu przez innego z kredytodawców. W tym celu zawiera się wyraźne klauzule w umowie kredytowej, które wskazują na taki niezależny charakter zobowiązań kredytodawców.

⁸⁹¹ Por. T. Czech, *Funkcje...*, s. 40. Inaczej: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 56–58.

⁸⁹² Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 69–70; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08, Legalis: 265784. Pierwszy z nich stanowi o podzielności zobowiązań pieniężnych, a drugi odnosi się do kryterium woli jedynie w przypadku świadczenia niepieniężnego.

⁸⁹³ Zob. A. Bieranowski, *Dług...*, s. 84.

jest zwykle bardziej skomplikowane niż tylko jednorazowe przyznanie kredytu na określony, jeden cel⁸⁹⁴.

Ze względu na powyższe, można postawić tezę, że **niedopuszczalne jest ukształtowanie świadczenia kredytobiorcy w przypadku kredytowania konsorcjalnego jako niepodzielnego**. Na marginesie można tylko zauważyć, że autorzy, którzy dopuszczają ukształtowanie świadczenia kredytodawców jako niepodzielnego, i tak twierdzą, że taka niepodzielność nie rozwiązałaby problemu separacji podmiotowej, ze względu na niechcianą przez kredytodawców wspólność wierzytelności kredytowej⁸⁹⁵.

3.2.2.3. Agent jako współuprawniony ze wspólnej wierzytelności

3.2.2.3.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

Powyżej rozważono dwie instytucje, w których sam ustawodawca przewiduje/dopuszcza występowanie wielu podmiotów po stronie wierzycielskiej⁸⁹⁶. W obu przypadkach konkluzja była taka, że ich wykorzystanie nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej.

Co najistotniejsze dla rozważań w niniejszym podrozdziale, została postawiona teza, że w przypadku solidarności wierzycieli nie powstaje wspólna wierzytelność łącząca wszystkich wierzycieli⁸⁹⁷. Dla pełności wyводу trzeba jednak zastanowić się, czy kredytodawcy, poza solidarnością czy niepodzielnością świadczenia, na mocy postanowień umownych, mogą ukształtować swoją relację z kredytobiorcą jako **wspólną wierzytelność przysługującą im w stosunku do niego**. Kredytodawcy (w tym agent zabezpieczeń) w umowie kredytowej postanawialiby, że z tytułu udzielenia kredytu przysługuje im wspólna wierzytelność w stosunku do kredytobiorcy. Na tej podstawie można by twierdzić, że agentowi zabezpieczeń może być przyznany tytuł do zabezpieczenia, ze względu na to, że byłby on jednym ze współuprawnionych z tytułu wspólnej wierzytelności.

3.2.2.3.2. Rodzące się wątpliwości

3.2.2.3.2.1. Wspólna wierzytelność pieniężna?

W doktrynie zauważa się, że wierzytelność kredytowa **nie może być ukształtowana jako wspólna, ze względu na wyrażoną w art. 379 § 1 k.c. „zasadę podzielności zobowiązań”**⁸⁹⁸.

Powyższe należy jednak doprecyzować. Czym innym jest **wierzytelność**, a czym innym **świadczenie**. Wierzytelność stanowi swoiste prawo podmiotowe i jest zaliczana do

⁸⁹⁴ Przy jednym celu takiej niepodzielności byłoby łatwiej bronić. Na kwestię tę zwrócił już wcześniej uwagę: T. Czech, *Funkcje...*, s. 41. Autor ten jako przykład podaje przypadek występowania kredytu odnawialnego w ramach kredytowania konsorcjalnego.

⁸⁹⁵ A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widzewicz, *Finansowanie...*, s. 58–59.

⁸⁹⁶ Tj. solidarność wierzycieli oraz niepodzielność świadczenia.

⁸⁹⁷ Zob. uwagi w podrozdziale 3.2.2.1.2.1.

⁸⁹⁸ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 40 oraz T. Czech, T. Stawicki, *Hipoteka...*, s. 26–27. Wydaje się, że inaczej: A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widzewicz, *Finansowanie...*, s. 58–59.

elementu zobowiązania w postaci jego **treści**⁸⁹⁹. Natomiast **świadczenie to przedmiot, a nie treść** zobowiązania⁹⁰⁰. Choć świadczenie powinno być spełnione zgodnie z treścią zobowiązania⁹⁰¹, to wydaje się, że ze względów teoretycznych, można odrębnie przeanalizować możliwość ukształtowania jako niepodzielnej wierzytelności, a odrębnie świadczenia⁹⁰².

Rozważania te można sprowadzić do pytania: czy strony mogą tak ukształtować łączący je stosunek prawny, że wierzycielom będzie przysługiwała jedna wspólna wierzytelność (jedno prawo podmiotowe)? Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta, ale wyjściową zasadą, od której należałoby rozpocząć analizę tej kwestii, jest wyrażona w art. 353¹ k.c. zasada swobody umów. Zgodnie z nią strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego.

Przemyślenia wymaga zatem kwestia, czy postanowienia umowy, na mocy których kredytodawcy (w tym zwykle agent zabezpieczeń) chcieliby, aby wierzytelność kredytowa w stosunku do kredytobiorcy przysługiwała im wspólnie, jest sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego? Co istotne, chodziłoby tutaj o próbę ukształtowania wierzytelności jako wspólnej poza solidarnością⁹⁰³, czy poza próbą ukształtowania świadczenia jako niepodzielnego⁹⁰⁴, które to dwa przypadki zostały zaakceptowane przez ustawodawcę jako sytuacje wielości podmiotów po stronie wierzycielskiej⁹⁰⁵ i zostały omówione w innych podrozdziałach niniejszego opracowania⁹⁰⁶. Mówiąc inaczej, czy zasada swobody umów dopuszcza ukształtowanie wierzytelności przez kredytodawców jako wspólnej poza tymi przypadkami⁹⁰⁷. Mówilibyśmy tutaj o próbie sprawienia, na mocy postanowień umownych, że wierzytelność nie dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli, mimo że do czynienia mamy ze świadczeniem pieniężnym. Poniższe rozważania dotyczą zatem przede wszystkim możliwości wyłączenia skutku, o którym stanowi art. 379 § 1 k.c., a zatem i tego, czy przepis ten ma charakter dyspozytywny.

Wydaje się, że odpowiedź na takie pytanie powinna być **przecząca**. Mówiąc inaczej, można postawić tezę, **że strony postanowieniami umownymi, poza przypadkami solidarności oraz dopuszczalnymi sytuacjami niepodzielności świadczenia,**

⁸⁹⁹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 13. Jedynie w uproszczeniu można mówić, że świadczenie jest składnikiem treści stosunku prawnego/zobowiązania.

⁹⁰⁰ Zob. *ibid.*, s. 11–12 oraz s. 40–41.

⁹⁰¹ Zob. *ibid.*, s. 40.

⁹⁰² Co zostanie uczynione w następnym podrozdziale tj. 3.2.2.3.

⁹⁰³ Zob. podrozdział 3.2.2.1.2.1.

⁹⁰⁴ Zob. podrozdział 3.2.2.3.

⁹⁰⁵ Choć sporne może być, czy w tym przypadku mamy do czynienia z jedną wierzytelnością, jednym zobowiązaniem, czy może wielością zobowiązań. Zob. podrozdział 3.2.2.1.

⁹⁰⁶ Zob. podrozdziały 3.2.2.1. oraz 3.2.2.2.

⁹⁰⁷ Choć może być sporne, czy w przypadku solidarności wierzycieli, czy niepodzielności świadczenia dopuszczalne jest mówienie o wspólnej wierzytelności. Zob. *ibid.*

skutku z art. 379 § 1 k.c. wyłączyć nie mogą⁹⁰⁸. Taki wniosek powinno się wyprowadzić z może nieco kontrowersyjnej tezy, że **ustawodawca w sposób wyczerpujący uregulował przypadki wielości wierzycieli w jednym stosunku zobowiązaniowym**⁹⁰⁹. Poza ewentualnymi przypadkami solidarności czy niepodzielnego świadczenia, strony nie powinny być uprawnione do tworzenia jednego stosunku prawnego, w którym wystąpi wielu wierzycieli, ponieważ taki stosunek prawny, przynajmniej co do zasady, byłby sprzeczny z naturą zobowiązania⁹¹⁰. **Takiej natury zobowiązania, jako stosunku prawnego pomiędzy jednym wierzycielem i jednym dłużnikiem, można doszukiwać się w art. 379 § 1 k.c.** Ustawodawca w przepisie tym wyraźnie wyraża nakaz, iż w przypadkach, w których jest to możliwe (świadczenie jest podzielne), wierzycielność dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli. **Można zatem postawić tezę, że naturą (właściwością) zobowiązania jest jego jednopodmiotowość po każdej ze stron, a dopuszczalnymi przez ustawodawcę odstępstwami od tak rozumianej natury zobowiązania, są przypadki solidarności czy świadczenia niepodzielnego.** Argumentację taką można wesprzeć spostrzeżeniem, że ustawodawca nie uregulował innych przypadków wspólności zobowiązania⁹¹¹. To oznacza, że w każdym przypadku, w którym podmioty nie uregulowałyby dostatecznie łączącej ich wspólności, powstawałby problem, jak określić ich wzajemne prawa i obowiązki. Albo powinno się w takim przypadku uznać czynność prawną kreującą takie zobowiązanie za nieważną na podstawie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 k.c. albo odpowiednio stosować przepisy o solidarności⁹¹² lub te dotyczące świadczenia niepodzielnego. Co oznacza, że i tak, w celu utrzymania zobowiązania w mocy, taką wspólność należałoby sprowadzić do jednej z dwóch instytucji rozpoznanych przez ustawodawcę. Co więcej, zwłaszcza w przypadku zobowiązań pieniężnych, dochodziłoby do sztucznej konstrukcji, w której wierzycielom zamiast przysługiwać określona, konkretna kwota, przypadałby albo określony udział we wspólnej wierzycielności (przy wspólności ułamkowej) albo byłiby połączeni wspólnością bezudziałową, przy której należna wierzycielowi kwota byłaby jeszcze bardziej niedookreślona (przy wspólności łącznej)⁹¹³.

Można zauważyć słabość powyższej argumentacji i próbować twierdzić, że ukształtowanie wierzycielności jako wspólnej nie jest sprzeczne z zasadą swobody umów i trudno w takim przypadku mówić o naruszeniu natury zobowiązania. Argumentację przeciwko możliwości ustanowienia przez strony wspólnej wierzycielności można jednak dodatkowo wesprzeć prakseologicznie. W przypadku przyjęcia poglądu o wspólności

⁹⁰⁸ Por. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 69–72.

⁹⁰⁹ Wydaje się, że podobnie M. Kučka, *Administrator...*, s. 84.

⁹¹⁰ Por. *ibid.*

⁹¹¹ Wydaje się, że inaczej jest w prawie niemieckim: zob. M. Kučka, *Administrator...*, s. 84 i przytoczona tam literatura.

⁹¹² Gdyby w umowie nie był wyraźnie zastrzeżony brak solidarności i taką solidarność dałoby się wyinterpretować z postanowień umownych.

⁹¹³ Rozważania dotyczące ewentualnego rodzaju wspólności są poczynione poniżej.

wierzytelności powstałby problem z określeniem wspólności, jaka miałaby powstać między wierzycielami.

Jednak przed przejściem do tego zagadnienia, należy jeszcze dla jasności i precyzji zaznaczyć jedną kwestię. Na początku tego podrozdziału doszło do wyraźnego odróżnienia wierzytelności od świadczenia. W niniejszym podrozdziale była rozważana możliwość ukształtowania wierzytelności (prawa podmiotowego) jako wspólnej (wspólnego), nie wnikając jednak w to, czy kredytodawcy mogą próbować umownie ukształtować świadczenie jako niepodzielne, co może „wymuszałoby” powstanie wspólności. Kwestia ta była rozważana w podrozdziale 3.2.2.2.

3.2.2.3.2.2. Rodzaj wspólności

Nawet jeżeli uznalibyśmy, że strony mogą mocą postanowień umownych sprawić, że wierzytelność pieniężna się nie dzieli, tylko przysługuje wspólnie wierzycielom, to nie oznacza to jeszcze, że problem jest rozwiązany. Stwierdzenie, że agentowi zabezpieczeń⁹¹⁴, jako współuprawnionemu ze wspólnej wierzytelności, można przyznać Zabezpieczenie Rzeczowe, musiałoby poprzedzać stwierdzenie, że wierzytelność kredytowa przysługuje takiemu podmiotowi w całości⁹¹⁵. Wydaje się, że z taką sytuacją mamy do czynienia zarówno w przypadku wspólności ułamkowej, jak i wspólności łącznej, jednak obie te wspólności są problematyczne dla kredytodawców.

Jak już wyżej wskazano, nie ma w prawie polskim przepisów, które regulowałyby wspólność ułamkową wierzytelności. To oznacza, że co najwyżej do takiej wspólności można by przez analogię stosować przepisy dotyczące współwłasności⁹¹⁶. To by oznaczało, że stosunek wspólności wierzytelności, tak samo jak stosunek współwłasności, charakteryzowałyby trzy cechy: wielość podmiotów, jedność przedmiotu i niepodzielność wspólnego prawa⁹¹⁷. Jedność przedmiotu odnosiłaby się do jedności wierzytelności, a niepodzielność wspólnego prawa oznaczałaby, że każdy ze **współuprawnionych ma prawo do całej wierzytelności**⁹¹⁸. Agent zabezpieczeń byłby zatem uprawniony do **całej wierzytelności**. Jednak mimo przysługiwania mu całej wierzytelności swobodnie rozporządzać mógłby on jedynie udziałem w takiej wierzytelności⁹¹⁹. Może zatem powstać pytanie: czy może on zabezpieczyć całą wierzytelność, czy tylko swój udział? Z oczywistych względów możliwość zabezpieczenia jedynie udziału nie rozwiązywałoby w żaden sposób problemu separacji podmiotowej.

Natomiast przy próbie zabezpieczenia całej wierzytelności rodziłoby się pytanie, czy powstaje wspólne zabezpieczenie kredytodawców? Choć mogłoby ono poprawiać

⁹¹⁴ Niebędącemu administratorem hipoteki/zastawu.

⁹¹⁵ Oczywiście wspólnie z pozostałymi kredytodawcami. Zob. T. Czech, T. Stawicki, *Hipoteka...*, s. 10.

⁹¹⁶ Zob. E. Gniewek [w:] *System...*, t. 3, s. 663 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1967 r., III CZP 45/67, Legalis: 13120.

⁹¹⁷ Por. K. Górka [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 195 k.c.

⁹¹⁸ Por. *ibid.*

⁹¹⁹ Zob. art. 198–199 k.c.

sytuację pozostałych wierzycieli, to prowadziłyby też do nałożenia na nich pewnych obowiązków⁹²⁰, a więc nie mogłyby się odbyć bez ich zgody. Uzyskanie takiej zgody raczej nie powinno stanowić większego problemu⁹²¹, jednak wspólne zabezpieczenie to nie jest coś, do czego kredytodawcy będą dążyć. To właśnie wtedy sprawiedliwość transakcyjna jest najlepiej zagwarantowana, jeżeli zabezpieczenie, w przypadku kredytowania konsorcjalnego, przysługuje niepodzielnie jednemu podmiotowi. Dlatego też agent zabezpieczeń w formie pośrednika jest formą najlepiej ją realizującą⁹²². Poza tym problemy wiążące się z wspólnością zabezpieczenia dostrzega się w doktrynie⁹²³. To właśnie owa wspólność wydaje się powodem wprowadzenia instytucji administratora hipoteki i zastawu, niezależnie czy uznamy, że to kredytodawcom przysługuje wspólne prawo, czy że tytuł do zabezpieczenia przysługuje podmiotowi pełniącemu jedną z tych funkcji⁹²⁴.

Powyższe oznacza, że rozwiązanie w postaci wspólności ułamkowej wierzytelności rozwiązywałoby problem tylko w przypadku, w którym tytuł do zabezpieczenia mógłby być przyznany wyłącznie agentowi zabezpieczeń, ale zabezpieczając tym samym całą wspólną wierzytelność (kredyt).

Takie rozwiązanie wydaje się jednak niespójne. Agent zabezpieczeń mógłby rozporządzać jedynie udziałem we wspólnej wierzytelności, ale już nie całą wierzytelnością⁹²⁵. Natomiast ze względu na fakt, że wyłącznie jemu przysługiwałby tytuł do zabezpieczenia, mógłby on realizować zabezpieczenie w odniesieniu do całej wierzytelności, co doprowadzałoby do jej wygaśnięcia⁹²⁶. Mówiąc inaczej, zabezpieczenie dawałoby mu pośrednio uprawnienie w odniesieniu do wspólnej wierzytelności, wykraczające poza to, co wynika z udziału, który ewentualnie posiada⁹²⁷. Można mieć wątpliwość, czy taką niespójność należy dopuszczać choćby ze względu na **istotę zabezpieczenia i wspólności udziałowej**. Istotą zabezpieczenia jest wzmocnienie pozycji wierzyciela co do przysługującej mu wierzytelności. Natomiast to różni wspólność udziałową od łącznej, że mamy **udziały** współuprawnionych. Mimo że całe prawo przysługuje niepodzielnie wszystkim wierzycielom, to jednak udział wyznacza rzeczywiste uprawnienie współuprawnionego. Możliwość przyznania tytułu do zabezpieczenia wyłącznie agentowi zabezpieczeń⁹²⁸ nie tylko prowadziłyby do wzmocnienia jego pozycji co do możliwości

⁹²⁰ Np. powstaniem obowiązku współdziałania przy zarządzie wspólnym zabezpieczeniem. Zob. art. 200 k.c.

⁹²¹ Mogłyby być ona udzielana w umowie kredytowej.

⁹²² Zob. podrozdział 2.2.3.

⁹²³ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 85.

⁹²⁴ Zob. rozważania w podrozdziale 2.3.1.5.2.

⁹²⁵ Zob. art. 199 i 200 k.c.

⁹²⁶ Zakładając, że przedmiot zabezpieczenia miałby taką wartość, która zaspokajałaby cały interes wierzycieli, a nie tylko jego część.

⁹²⁷ Prawa kredytodawców mogłyby być co najwyżej chronione przez odpowiednie postanowienia umowne, poprzez które agent zobowiązywałby się odpowiednio podzielić sumą uzyskaną z realizacji zabezpieczenia.

⁹²⁸ Czyli zwykle jednemu z kredytodawców.

zaspokojenia jego praw wynikających z udziału, ale wręcz do **rozszerzenia tych uprawnień**. Dzięki zabezpieczeniu agent zabezpieczeń, który miałby tylko wycinek wspólnego prawa (udział)⁹²⁹, zyskiwałby w rzeczywistości uprawnienia w odniesieniu do całego prawa. Wydaje się, że nie taka jest rola zabezpieczenia. Uprawnienia wierzyciela powinny jedynie ulegać **wzmocnieniu, a nie rozszerzeniu**. Poza tym rozwiązanie to ma taką wadę, że zakłada, iż agentowi zabezpieczeń, chociaż pewien udział we wspólnej wierzytelności przysługuje. Ustanowienie zatem takiego zabezpieczenia byłoby niemożliwe w tych wszystkich przypadkach, w których chcielibyśmy, aby agentem zabezpieczeń był podmiot trzeci w stosunku do kredytodawców, np. spółka celowa (SPV)⁹³⁰.

Należy też rozważyć, czy możliwe jest ukształtowanie postanowieniami umownymi wierzytelności kredytowej jako wspólności łącznej. To odróżnia wspólność łączną od ułamkowej, że w przypadku tej pierwszej brak jest udziału⁹³¹. Można zatem twierdzić, że w tym przypadku nie powstaje „dysproporcja”, o której mowa jest powyżej. Jednak możliwość ustanowienia w przypadku kredytowania konsorcjalnego wspólności łącznej w odniesieniu do wierzytelności kredytodawców wydaje się mocno wątpliwa. Art. 196 § 2 k.c. stanowi, że współwłasność łączną regulują przepisy dotyczące stosunków, z których ona wynika. Z takiego brzmienia przepisu można wyciągnąć wniosek, iż do wspólności łącznej potrzebujemy stosunku podstawowego i przepisów go regulujących. Obie te przesłanki w przypadku kredytowania konsorcjalnego sprawiają problem. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że w przypadku takiego finansowania mamy stosunek organizacyjny (konsorcjum), który można by próbować uważać za swoistego rodzaju stosunek podstawowy. W doktrynie jednak, spójnie jako stosunki podstawowe, z których wynika wspólność łączna, wymienia się jedynie spółkę cywilną⁹³² i małżeństwo⁹³³. To co odróżnia te dwa stosunki od stosunku konsorcjum, to fakt, że ich nawiązanie prowadzi do skutków nie tylko obligacyjnych, ale i rzeczowych, co też wpływa na ich większą trwałość⁹³⁴.

⁹²⁹ Kwestia tego, czym jest udział jest w doktrynie mocno sporna. Powyżej za K. Górską zostało przyjęte, że udział jest wycinkiem we wspólnym prawie, a nie odrębnym prawem podmiotowym. Zob. K. Górską [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 195 k.c. oraz przywoływaną tam literaturę.

⁹³⁰ Jak było zaznaczone w pierwszym rozdziale, w obecnych polskich realiach sytuacja, w której agent zabezpieczeń nie jest jednym z kredytodawców, jest rzadka. Zob. podrozdział 1.1.3.4.

⁹³¹ Zob. K. Górską [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 196 k.c., P. Księżak [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, komentarz do art. 196 k.c.

⁹³² W niniejszym podrozdziale zakłada się, że kredytodawcy nie tworzą spółki cywilnej, a możliwość powołania przez kredytodawców spółki cywilnej jako remedium na problem separacji podmiotowej jest rozważana w podrozdziale 3.2.2.8.

⁹³³ Zob. K. Górską [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 196 k.c., P. Księżak [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, komentarz do art. 196 k.c., K. Szadkowski [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 196 k.c.

⁹³⁴ Jako że stosunek konsorcjum jest czysto obligacyjny, jego „wygaszenie z dnia na dzień”, przynajmniej potencjalnie, będzie możliwe.

Natomiast co do drugiej przesłanki⁹³⁵, w odniesieniu do stosunku konsorcjum, brak jest w zasadzie przepisów go regulujących. Jak słusznie stwierdza K. Górską: „[k]ształt współwłasności łącznej nadawany jest każdorazowo w sposób odrębny przez ustawodawcę, «przy okazji» regulacji stosunku podstawowego”⁹³⁶. Wydaje się zatem, że jeżeli chcielibyśmy mieć do czynienia ze wspólnością łączną, to musielibyśmy mieć albo wyraźne zezwolenie na taką wspólność przez ustawodawcę, albo prawodawca powinien chociaż uregulować stosunek podstawowy.

W przypadku solidarności wierzycieli, o której była mowa w podrozdziale 3.2.2.1., można próbować bronić tezy, iż mamy przepis, który zezwala na umowne ukształtowanie solidarności, a co za tym idzie i rzekomo powstającej w jej wyniku wspólności łącznej⁹³⁷. Jednak teza o wspólności wierzytelności w przypadku solidarności wierzycieli została powyżej kategorycznie odrzucona⁹³⁸. Tym bardziej brak jest podstawy do kreowania postanowieniami umownymi wspólności łącznej poza solidarnością. Wynika to choćby z tego, o czym już była mowa, tj., że **zasadą** jest podział zobowiązań pieniężnych. Gdybyśmy optowali w tym przypadku za wspólnością łączną, to nie tylko wprowadzalibyśmy niepodzielną wierzytelność, ale także taką, przy której nie wiadomo, jaka jej część miałaby dokładnie przypadać jakiemu podmiotowi. Mówiąc inaczej, **byłoby to jeszcze dalsze odejście od zasady podzielności wierzytelności pieniężnych**. Wyraźnie natomiast zostało już podkreślone, że większość doktryny generalnie sprzeciwia się umownemu ukształtowaniu wierzytelności pieniężnej jako niepodzielnej.

Poza powyższym, należy zgodzić się z tezą, że **wspólność łączna powinna pełnić rolę służebną w stosunku do stosunku podstawowego**⁹³⁹. Wspólność łączna wspomaga realizowanie celów/funkcji takiego stosunku. Ustawodawca, regulując stosunek podstawowy, „przy okazji” określa cechy konkretnej wspólności łącznej⁹⁴⁰. Odnosząc powyższe do kredytowania konsorcjalnego, sam przepis art. 73 p.b. trudno uznać za uregulowanie przez ustawodawcę stosunku podstawowego⁹⁴¹, zwłaszcza gdy porówna się ten artykuł np. z regulacją spółki cywilnej⁹⁴². Za stosunek podstawowy powinno się uważać stosunek organizacyjny (konsorcjum), a nie stosunek kredytu⁹⁴³. Wynika to z faktu, że stosunek kredytu byłby właśnie rzekomą wspólnością łączną, która znajduje

⁹³⁵ Przepisów regulujących wspólność.

⁹³⁶ K. Górską [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 196 k.c.

⁹³⁷ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 10. Autorzy ci też nie zgadzają się, że w przypadku solidarności powstaje wspólność łączna, jednak przedstawiają argumentację, jak powstania takiej wspólności w przypadku solidarności wierzycieli można bronić.

⁹³⁸ Zob. podrozdział 3.2.2.1.2.1.

⁹³⁹ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 10.

⁹⁴⁰ Zob. K. Górską [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, komentarz do art. 196 k.c.

⁹⁴¹ T. Czech i T. Stawecki zdają się twierdzić, że w przypadku kredytu konsorcjalnego trudno doszukiwać się stosunku osobistego łączącego kredytodawców i choćby z tego powodu powinno odrzucić się twierdzenie, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego mogłaby powstać wspólność łączna. Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 10.

⁹⁴² Art. 860–875 k.c.

⁹⁴³ Zob. podrozdział 1.1.3.2.

oparcie w stosunku konsorcjum. Natomiast artykuł 73 p.b. nie reguluje w ogóle stosunku organizacyjnego. Art. 73 ust. 1 p.b. stanowi jedynie o tym, że banki mogą zawrzeć umowę o utworzenie konsorcjum bankowego w celu wspólnego udzielenia kredytu, nie określając jednak w ogóle cech takiego konsorcjum. Art. 73 ust. 2 i ust. 3 p.b. natomiast nie tyle odnoszą się do współpracy stron w ramach konsorcjum (tj. do stosunku organizacyjnego), co do stosunku kredytu. To o czym stanowi ust. 2 i 3 art. 73 p.b., czyli warunki udzielenia kredytu i związane z tym ryzyko, dotyczą relacji zewnętrznej (stosunku kredytu), a nie wewnętrznej (konsorcjum) i w praktyce postanowienia dotyczące tych kwestii znajdują się w umowie kredytu, a nie umowie powołującej konsorcjum, która jest zawierana pomiędzy kredytodawcami. **Można zatem postawić tezę, że ustawodawca w ogóle nie reguluje stosunku podstawowego w postaci konsorcjum kredytowego.** To by oznaczało, że stosunek podstawowy, w ramach swobody umów, mógłby być przez kredytodawców określony w zasadzie dowolnie. Dochodziłoby zatem do ciekawej sytuacji, w której to cele i funkcje danego stosunku podstawowego mogłyby określać same strony, a nie ustawodawca. Cechy wspólności łącznej (stosunku kredytu), jako służebnej, powinny być dostosowane do tych celów i funkcji. Nawet próbując twierdzić, że art. 73 ust. 2 i ust. 3 p.b. odnoszą się do stosunku kredytu i powstającej w jego ramach wspólności łącznej⁹⁴⁴, to przepisy te stanowią, że warunki udzielenia kredytu ustalają banki. To z kolei oznacza, że znowu to kredytodawcy, a nie ustawodawca, powinny dookreślić ukształtowanie wspólnego majątku (kredytu). Byłoby to kompletne odwrócenie zasad, które do tej pory w prawie polskim rządzą wspólnością łączną i choćby z tego powodu możliwość ustanowienia wspólności łącznej wierzytelności kredytodawców powinna zostać odrzucona⁹⁴⁵.

Co więcej, nawet jeżeliby przyjąć, że powołanie przez kredytodawców na drodze postanowień umownych wspólności łącznej wierzytelności kredytowej jest możliwe⁹⁴⁶, to należy zauważyć, że takie rozwiązanie **nie jest w ogóle w interesie kredytodawców.** Dotychczasowe rozważania już wielokrotnie wykazały, że powstanie wspólnej wierzytelności w częściach ułamkowych byłoby niekorzystne dla kredytodawców. Tym bardziej nie jest w ich interesie wspólna wierzytelność, w której kredytodawca nie miałby swojego „udziału” mimo uprzedniego udostępnienia kredytobiorcy konkretnej, wyraźnie określonej kwoty⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ Co wydaje się być mocno wątpliwe. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 75–94.

⁹⁴⁵ Z nieco innych powodów, ale o odwróceniu zasad rządzących wspólnością łączną w przypadku próby przyjęcia wspólności łącznej przy kredytowaniu konsorcjalnym piszą także T. Czech, T. Stawiecki, *Hipoteka...*, s. 10.

⁹⁴⁶ Nie chodzi tutaj o przypadek powołania przez kredytodawców spółki cywilnej, który zostanie przeanalizowany odrębnie w podrozdziale 3.2.2.8.

⁹⁴⁷ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widzewicz, *Finansowanie...*, s. 54–55.

3.2.2.3.2.3. Podsumowanie

Podsumowując niniejszy podrozdział, można postawić tezę, że **ukształtowanie wierzytelności kredytodawców i agenta zabezpieczeń jako wspólnej, poza przypadkami solidarności albo niepodzielności świadczenia, nie jest możliwe**. Jednak nawet jeżeli nie zgodzilibyśmy się z powyższą tezą, powstającą wspólność należałoby uznać za ułamkową, co, z powodów opisanych powyżej, nie powinno doprowadzić do rozwiązania problemu separacji podmiotowej.

W niniejszym podsumowaniu można również skonkludować rozwiązania proponowane w podrozdziałach 3.2.2.1–3.2.2.3 (solidarność, niepodzielność świadczenia, wspólna wierzytelność). Sprowadzały się one w zasadzie do próby połączenia wierzycieli i agenta jednym stosunkiem prawnym z kredytobiorcą⁹⁴⁸. Nawet gdyby uznać, niezależnie od tego, co zostało napisane powyżej, że agent zabezpieczeń może być współwierzycielem solidarnym, współwierzycielem z tytułu świadczenia niepodzielnego albo współwierzycielem z innego tytułu, **to żadne z wyżej przedstawionych rozwiązań nie będzie w pełni w interesie kredytodawców**. Wynika to z faktu, że każde z tych rozwiązań prowadziłyby do wspólności „kredytu”, a jak zostało to już szeroko uzasadnione w podrozdziale dotyczącym solidarności⁹⁴⁹, banki taką wspólnością nie są zainteresowane. Każdy z kredytodawców preferuje mieć swoją własną wierzytelność kredytową⁹⁵⁰.

Można postawić tezę, że **kredytodawcy nie zgodzą się na wspólną wierzytelność tylko po to, aby usprawnić zarządzanie zabezpieczeniami**. Nawet jeżeli dzięki wspólnej wierzytelności udałooby się usprawnić administrowanie zabezpieczeniami, to relacje kredytowe uległyby skomplikowaniu. Można zatem postawić kolejną tezę, **że to zabezpieczenia, jako pomocnicze i niemające w zasadzie samodzielne znaczenia, powinny dostosowywać się do potrzeb relacji kredytowej, a nie na odwrót**. Między innymi z tych właśnie powodów kredytodawcy będą preferować przyznanie zastawów finansowych czy zwykłych każdemu z kredytodawców, niż próbować tworzyć w ten czy inny sposób wspólną wierzytelność⁹⁵¹. Natomiast jeżeli byśmy uznali, że agentowi zabezpieczeń, np. w ramach solidarności, może przysługiwać własna wierzytelność, to nie rozwiązałyby to, co najmniej, problemu wielości zabezpieczeń⁹⁵².

Ze względu na powyższe, rozwiązania przedstawione w dalszej części pracy⁹⁵³ sprowadzają się do próby nieco innego podejścia do problemu separacji podmiotowej. Dążą do przyznania agentowi zabezpieczeń wierzytelności, która byłaby w mniejszym lub większym stopniu „niezależna” od wierzytelności kredytodawców. Mówiąc inaczej,

⁹⁴⁸ Zakładając, że w przypadku solidarności wierzycieli mamy do czynienia z jednym stosunkiem zobowiązaniowym, a nie wieloma. Zob. podrozdział 3.2.2.1.2.

⁹⁴⁹ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widzewicz, *Finansowanie...*, s. 53-56.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, s. 59.

⁹⁵¹ Którą można by ewentualnie próbować zabezpieczyć jednym zabezpieczeniem, do którego tytuł zostałby przyznany agentowi.

⁹⁵² Zob. podrozdział 3.2.2.1.2.2.

⁹⁵³ Z wyjątkiem rozwiązania przedstawionego w podrozdziale 3.2.2.8.

próbują przyznać mu jego własną wierzytelność, która, przynajmniej z założenia, nie wchodziłaby do jednego stosunku prawnego łączącego kredytodawców i agenta z kredytobiorcą.

3.2.2.4. Agent jako wierzyciel z długu równoległego

3.2.2.4.1. Wstęp

Jednym z ciekawszych sposobów na rozwiązanie problemu separacji podmiotowej jest klauzula długu równoległego. Jednak zanim w niniejszej pracy zostanie przybliżone czytelnikowi to rzekome remedium na problem separacji podmiotowej, należy poczynić pewne zastrzeżenia co do dotychczasowych badań nad tym zagadnieniem.

O instytucji klauzuli długu równoległego pisali już m.in. T. Czech⁹⁵⁴ oraz M. Kućka⁹⁵⁵. Na temat ten wypowiedział się w literaturze również autor rozprawy⁹⁵⁶. Niniejszy podrozdział stanowi rozbudowanie dotychczasowych badań autora. Po pierwsze, przez poprawienie niektórych głoszonych dotychczas poglądów⁹⁵⁷. Po drugie, przez ich rozbudowanie przede wszystkim o problem ważności klauzuli długu równoległego⁹⁵⁸.

3.2.2.4.2. Proponowany sposób rozwiązania problemu

Klauzula długu równoległego (ang. *parallel debt clause*) jako sposób rozwiązania problemu separacji podmiotowej *prima facie* wydaje się rozwiązaniem prostym. Kredytobiorca, zwykle w umowie kredytowej⁹⁵⁹, zobowiązywałby się zapłacić agentowi zabezpieczeń kwotą równą całości zobowiązań, które ma w stosunku do kredytodawców i powstały dług byłby „równoległy”⁹⁶⁰. W ten sposób agent zabezpieczeń miałby „własną” wierzytelność, która mogłaby być zabezpieczona, a zatem i tytuł do zabezpieczenia mógłby zostać przyznany jemu⁹⁶¹. W takim przypadku nie wystąpiłby w ogóle problem separacji podmiotowej. Zarówno wierzytelność jak i zabezpieczenie przysługiwałyby temu samemu podmiotowi, tj. agentowi zabezpieczeń. Trzeba jednak bliżej przyjrzeć się tej instytucji, analizując odrębnie sam „dług” i oddzielnie jego „równoległość”.

⁹⁵⁴ Zob. np. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41–42. Choć autor ten, w przywoływanym artykule, dług równoległy w odniesieniu do prawa polskiego określa jako: „zobowiązanie samoistne”. Pojęciem długu równoległego posługuje się w odniesieniu do innych porządków prawnych. *Ibid.*, s. 39.

⁹⁵⁵ Zob. np. M. Kućka, *Dług...*

⁹⁵⁶ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*

⁹⁵⁷ Przede wszystkim poglądy głoszone w niniejszym podrozdziale będą bardziej precyzyjne niż te z artykułu: T. Tomczak, *Potrzeba...*

⁹⁵⁸ Wspomniany artykuł (*ibid.*) dotyczył w zasadzie zagadnienia, czy w polskiej praktyce kredytowania konsorcjalnego taka klauzula jest w ogóle potrzebna. Mówiąc inaczej, czy jest sens zamieszczać taką klauzulę w umowach kredytowania konsorcjalnego, które rządzą się prawem polskim. Natomiast artykuł ten w ogóle nie rozważał kwestii ważności takiej klauzuli.

⁹⁵⁹ Choć klauzula długu równoległego może być zawarta też np. w umowie powierniczej. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 145/09, Legalis: 288258.

⁹⁶⁰ Pojęcie zostanie wyjaśnione poniżej.

⁹⁶¹ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 10.

„Dług” powstawałby na mocy klauzuli, która zostałaby umieszczona w umowie kredytowej (dokumencie)⁹⁶², która podpisywana jest przez kredytobiorcę i uczestników konsorcjum (w tym agenta zabezpieczeń)⁹⁶³. Na mocy takiego postanowienia umownego, jak już wyżej zwrócono uwagę, kredytobiorca zobowiązywałby się zapłacić agentowi zabezpieczeń kwotę, która jest równa sumie długów, które kredytobiorca ma w stosunku do wszystkich kredytodawców z tytułu kredytu konsorcjalnego⁹⁶⁴. Postanowienie takie po stronie agenta zabezpieczeń powinno wykreować wierzytelność, a po stronie kredytobiorcy dług. Można by zatem równie dobrze mówić o „zobowiązaniu równoległym” lub o „wierzytelności równoległej”. W literaturze przyjął się jednak termin „dług równoległy”, co wynika, jak się zdaje, z tłumaczenia angielskiego zwrotu: *parallel debt clause*. Instytucja ta jest ciekawa z tego względu, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego nie powinien wystąpić jeden stosunek prawny kredytu pomiędzy kredytodawcami a kredytobiorcą, a każdego z kredytodawców będzie łączył z kredytobiorcą jego własny stosunek prawny. Bardzo obrazowo ujmuje to T. Czech, twierdząc, że:

konstrukcja ta tworzy niejako «lustrzane» odbicie wielu długów, scalając je rachunkowo w pojedynczy dług wobec agenta ds. zabezpieczeń⁹⁶⁵.

Postanowienia w umowie kredytowej zwykle będą brzmiały w następujący sposób:

Na warunkach określonych w umowie kredytowej, Kredytodawca X zobowiązuje się udzielić kredytobiorcy kredytu (np. obrotowego) Y, w celu określonym w punkcie Z, w maksymalnej wysokości równej...

Zamiast „X” wystąpi odpowiedni numer kredytodawcy, a zamiast Y wystąpi numer udzielanego przez niego kredytu i kredytów tych powinno być co najmniej tyle, ilu kredytodawców⁹⁶⁶. Natomiast w przypadku klauzuli długu równoległego, na jej mocy, przynajmniej z założenia, powinien powstać **jeden stosunek prawny („kredyt”) łączący agenta zabezpieczeń z kredytobiorcą**.

Agent zabezpieczeń powinien mieć swoją własną wierzytelność, która jest abstrakcyjna i względnie niezależna od wierzytelności kredytodawców⁹⁶⁷. Powinniśmy mieć „dwa”⁹⁶⁸ długi/wierzytelności, które dotyczą tej samej transakcji i obejmują tę samą sumę

⁹⁶² Ewentualnie w innym dokumencie. Zob. np. stan faktyczny z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261. Klauzula długu równoległego w tym przypadku była zawarta w umowie powierniczej.

⁹⁶³ Por. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 64. Zob. też T. Czech, *Funkcje...*, s. 39.

⁹⁶⁴ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 64 oraz T. Czech, *Funkcje...*, s. 39.

⁹⁶⁵ T. Czech, *Glosa...*, s. 33.

⁹⁶⁶ Kredytów może być więcej, gdy np. kredytodawcy udzielają różnych rodzajów kredytów (np. refinansowanego i obrotowego). Wtedy gdy np. jest czterech kredytodawców mogą wystąpić np. cztery kredyty refinansowe i cztery kredyty obrotowe (po jednym udzielanym przez każdego z kredytodawców).

⁹⁶⁷ Por. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 64. Kwestia abstrakcyjności rzeczzonego długu zostanie rozważona poniżej.

⁹⁶⁸ Słowo „dwa” stanowi uproszczenie, bowiem jeden dług występuje między kredytobiorcą a agentem zabezpieczeń, a „drugi” między kredytobiorcą a kredytodawcami. Jednak, jak już było wielokrotnie

kredytu. Tytuł do „jednej” wierzytelności przysługiwałby kredytodawcom⁹⁶⁹, natomiast tytuł do drugiej przysługiwałby agentowi zabezpieczeń⁹⁷⁰.

Jednak wyżej wspomniana **niezależność jest relatywna ze względu na dodatkowe postanowienia w takiej klauzuli dotyczące „równoległości” tak powstałego długu**. Chodzi tutaj o postanowienie, które mówi, że spłata kredytu⁹⁷¹ przez kredytobiorcę uczyniona na rzecz wierzytelności kredytodawców (nie długu równoległego) automatycznie redukuje wierzytelność agenta zabezpieczeń z tytułu długu równoległego. Tym samym dłużnik, dokonując jedynie jednej czynności prawnej (spłaty kredytu), umarza/redukuje „dwie” wierzytelności⁹⁷². Przedstawiając problem obrazowo, możemy powiedzieć, że te dwa długi tworzą naczynia połączone⁹⁷³. Co ciekawe, powiązanie między nimi nie idzie na tyle daleko, że obligatoryjne jest, aby powstały one w tym samym momencie. Dług równoległy, choć mogłoby się wydawać, że jest zależny od długu kredytodawców, może powstać także w odniesieniu do długu kredytowego, który ma powstać dopiero w przyszłości⁹⁷⁴. Oznacza to że dług równoległy powstawałby już w chwili jego zaciągnięcia przez kredytobiorcę, a co za tym idzie, niekoniecznie z chwilą powstania wierzytelności kredytodawców⁹⁷⁵.

Z praktycznego punktu widzenia ciekawa jest też kwestia, że agent zabezpieczeń będzie zwykle również agentem konsorcjum⁹⁷⁶, a więc spłata wierzytelności kredytodawców powinna odbywać się za jego pośrednictwem⁹⁷⁷. To oznacza, że kredytobiorca powinien wskazać przy spłacie, że spłaca wierzytelności kredytodawców, a nie agenta zabezpieczeń, ponieważ wydaje się, że w innym przypadku agent powinien albo przynajmniej mógłby, spłatę zaliczyć na poczet długu równoległego (jego „własnej” wierzytelności)⁹⁷⁸. W umowie kredytowej mogą oczywiście być zawarte postanowienia, które będą w takim przypadku nakazywać, aby agent zabezpieczeń przekazał kredytodawcom uzyskane kwoty, jednak będzie to prowadziło do jeszcze większej sztuczności długu równoległego⁹⁷⁹.

podkreślane, w przypadku relacji między kredytodawcami a kredytobiorcą nie mamy do czynienia z jednym długiem, a co najmniej taką ich liczbą, jak kredytodawców. Jednak, dla większej jasności rozważań, w podrozdziale dotyczącym klauzuli długu równoległego dojdzie do uproszczenia, tj. mowa będzie o „dwóch” długach – jednym w stosunku do kredytodawców i drugim w stosunku do agenta zabezpieczeń.

⁹⁶⁹ Znajdowałyby się w ich majątkach. Zob. podrozdział 2.3.1.5.1.

⁹⁷⁰ Przynajmniej z założenia znajdowałyby się w jego majątku.

⁹⁷¹ Bardziej precyzyjnie powinna być tu mowa o „kredytach”. Powyższa liczba pojedyncza została przyjęta dla uproszczenia i tak samo dla uproszczenia mowa jest jedynie o „jednej” czynności prawnej.

⁹⁷² Por. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 65.

⁹⁷³ Tak samo *ibid.*

⁹⁷⁴ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 105.

⁹⁷⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

⁹⁷⁶ Odnośnie do rozróżnienia pomiędzy agentem konsorcjum a agentem zabezpieczeń zob. 1.1.3.2 oraz T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 417–569.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, s. 450–452.

⁹⁷⁸ Zob. art. 451 k.c. Szerzej na temat problemu sposobu zaliczenia zapłaty przez dłużnika zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 113.

⁹⁷⁹ Zob. uwagi poniżej. Odnośnie do istoty konstrukcji długu równoległego zob. też: R. Adamus, *Dług równoległy a dług układowy*, *Monitor Prawa Bankowego* 2015, nr 9 s. 89–91.

3.2.2.4.3. Rodzące się wątpliwości

W odniesieniu do długu, który miałby powstać na skutek klauzuli długu równoległego, można jednak zgłosić istotne i liczne wątpliwości. Poniżej omawiane są niektóre z nich.

3.2.2.4.3.1. Problem z „niezależnością” długu równoległego

Trudno nie dostrzec sztuczności konstrukcji długu równoległego⁹⁸⁰. Gdybyśmy mieli do czynienia ze zwykłą klauzulą długu, bez postanowienia dotyczącego jego równoległości, byłaby ona mniej kontrowersyjna. Jednak w oczywistym interesie kredytobiorcy nie jest odpowiadanie za spłatę sumy dwukrotnie wyższej niż udzielony mu kredyt⁹⁸¹ tylko po to, żeby powstały pewne ułatwienia w zabezpieczeniu transakcji.

Równoległość długu jest więc niezbędna. Cecha ta jednak sprawia, że trudno wierzytelność agenta zabezpieczeń uznać za „rzeczywistą”. Co prawda, mamy odrębne postanowienie umowne, które stara się wierzytelność agenta zabezpieczeń wykreować. Nic nie stoi również na przeszkodzie, żeby taka klauzula była zawarta w odrębnym od umowy kredytowej kontrakcie⁹⁸². Z prawnego punktu widzenia mielibyśmy zatem nawet odrębne zdarzenie „prawne”, które taką wierzytelność próbowałoby stworzyć⁹⁸³.

Jednak takie formalistyczne i ograniczone spojrzenie na klauzulę długu równoległego zdaje się niewłaściwe. Na tego rodzaju dług należałoby spojrzeć szerzej. Przy takiej perspektywie powstają już poważne wątpliwości co do możliwości jego wykreowania. Należy przypomnieć, że spłata długu kredytodawców automatycznie redukuje dług agenta zabezpieczeń i *vice versa*⁹⁸⁴. Łączna suma zobowiązań dłużnika wynosi zatem np. 300 mln złotych, ale spłata 150 mln na rzecz któregośkolwiek z długów, doprowadzi do wygaśnięcia dwóch wierzytelności opiewających na łączną kwotę 300 mln. Mówiąc inaczej i nieco upraszczając, wierzytelność na kwotę 150 mln złotych będzie „pusta” i fikcyjnie wykreowana. Nawet jeżeli z prawnego, czysto formalistycznego punktu widzenia próbowałibyśmy widzieć „dwa” długi, to już perspektywa ekonomiczna prowadzi do niewątpliwego wniosku, że dług jest jeden⁹⁸⁵. Rodzi się pytanie, czy prawo powinno zezwalać na kreowanie zobowiązań, które nie odpowiadają rzeczywistości, a w praktyce tworzą sztuczne konstrukcje. Kwestia jest kontrowersyjna, zwłaszcza gdy spojrzeć się na fakt, że agent zabezpieczeń nie udostępnia kredytobiorcy kwoty odpowiadającej

⁹⁸⁰ M. Kućka podobnie i nawet bardziej kategorycznie stwierdza, że „Ustanowienie długu równoległego jest zabiegiem bez wątpienia sztucznym”. Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 120.

⁹⁸¹ Zamiast odpowiadać za długi na sumę 150 mln w stosunku do kredytodawców, odpowiadałby za sumę 300 mln (dodatkowe 150 mln wynikałoby z długu na rzecz agenta zabezpieczeń), przy jednak dodatkowym założeniu, że do żadnego udostępnienia kredytu przez agenta zabezpieczeń z tytułu wierzytelności równoległego by nie dochodziło.

⁹⁸² Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261. W stanie faktycznym sprawy występowała tzw. umowa powiernicza, w której taka klauzula była zawarta.

⁹⁸³ Por. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 65.

⁹⁸⁴ Spłata długu równoległego powoduje odpowiednią redukcję wierzytelności kredytodawców.

⁹⁸⁵ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 65.

wysokości długu równoległego⁹⁸⁶. Poza powyższym, zależność wysokości jednego długu od drugiego rodzi też pytanie, na ile konstrukcja ta rzeczywiście różni się od konstrukcji solidarności wierzycieli⁹⁸⁷.

To, na ile możemy mówić o sztuczności konstrukcji, wydaje się zależeć też od tego, na ile ścisły związek występuje między wierzytelnością agenta zabezpieczeń a wierzytelnościami kredytodawców. Za bardzo ścisłym powiązaniem obu tych wierzytelności i tym samym nieważnością długu równoległego argumentuje M. Kućka⁹⁸⁸. Natomiast na ich bardziej niezależny charakter i tym samym ważność klauzuli wskazuje P. Kułak⁹⁸⁹. Argumentem za ich przynajmniej częściową niezależnością może być już przytoczane orzeczenie Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy zaakceptował, że dług równoległy może powstać także w odniesieniu do długu kredytowego, który ma powstać dopiero w przyszłości⁹⁹⁰. Oznacza to, że dług równoległy powstawałby już w chwili jego zaciągnięcia przez kredytobiorcę, a co za tym idzie, niekoniecznie z chwilą powstania wierzytelności kredytodawców⁹⁹¹.

Trudno jest uzasadnić nieważność jakiegoś zobowiązania (długu równoległego) przez to, że jest ono zależne od innego. Zależności między zobowiązaniami w praktyce występuje bardzo często⁹⁹². Jednak powyższe rozważania mają istotne znaczenie dla uwag poczynionych poniżej, które do omawianej „niezależności” długu równoległego będą się często odnosić.

3.2.2.4.3.2. Abstrakcyjność długu równoległego

Jednym z głównych problemów, jakie dostrzega się w odniesieniu do długu równoległego, jest jego rzekomo abstrakcyjny charakter⁹⁹³. Można zastanowić się, czy kwestia ta rzeczywiście stanowi kłopot.

⁹⁸⁶ Co najwyżej udostępnia jej część, jeżeli jest jednym z kredytodawców.

⁹⁸⁷ Należy zauważyć, że o ile francuski Sąd Najwyższy zaakceptował konstrukcję klauzuli długu równoległego, która rządziła się prawem obcym, to jednak w swoim orzeczeniu nawiązał do konstrukcji **solidarności**. Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 108–109. Autor ten powołuje się na orzeczenie francuskiego Sądu Najwyższego nr 840 z dnia 13 września 2011 r., 10-25.633; 10-25.731; 10-25.908, www.courdecassation.fr. Zob. też: P. Kułak, *Analiza...*, s. 169, który twierdzi, że: „Konstrukcja długu równoległego w prawie polskim, odpowiada w pewnym zakresie cywilistycznym koncepcjom solidarności po stronie dłużników, jak i solidarności pomiędzy agentem zabezpieczenia, a kredytodawcami/wierzycielami, bowiem w przypadku wielości podmiotów po stronie kredytobiorcy/dłużnika, każdorazowe zaspokojenie wierzytelności z tytułu długu równoległego przez któregokolwiek z dłużników, zwalnia ze zobowiązania pozostałych dłużników”.

⁹⁸⁸ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 99–106 oraz 120–122. Choć w swojej nowszej publikacji M. Kućka zdaje się przyjmować mniej stanowcze stanowisko i nie stwierdzać już tak kategorycznie, że dług równoległy, przynajmniej w przypadku jego wykorzystania przy zabezpieczeniach osobistych, byłby nieważny. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 64.

⁹⁸⁹ Zob. P. Kułak, *Analiza...*, s. 173.

⁹⁹⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² Zob. A. Raczyński, *Akcesoryjność...*, s. 167.

⁹⁹³ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41–42. Autor pisze nie tyle o „długu równoległym”, co o „samoistnym zobowiązaniu”.

3.2.2.4.3.2.1. Abstrakcyjność jako przyczyna nieważności klauzuli długu równoległego

W odniesieniu do polskiego systemu prawnego w literaturze zwraca się uwagę na **zasadę kauzalności przysparzających czynności prawnych**⁹⁹⁴. Takie czynności, w mniejszym lub większym zakresie, powinny mieć szersze uzasadnienie prawne (kauzę)⁹⁹⁵. Ową tezę Z. Radwański uzasadnia tym, że:

W ten bowiem tylko sposób można rozpoznać (choćby w ogólnych zarysach) sens gospodarczy przysporzenia i poddać go kontroli lub reglamentacji – przede wszystkim w interesie osoby dokonującej przysporzenia⁹⁹⁶.

Kauza tym samym powinna wyjaśniać, dlaczego doszło do zmiany majątkowej⁹⁹⁷.

Zasada kauzalności zakłada, że przysparzające czynności prawne powinny posiadać prawidłową kauzę pod rygorem nieważności tego typu czynności⁹⁹⁸, a wyjątki od tej zasady są dopuszczalne jedynie w przypadku tych czynności, które zostały ukształtowane jako abstrakcyjne przez ustawodawcę⁹⁹⁹.

Aby rozważania dotyczące kauzy były dostatecznie szerokie, można na wstępie przyjąć bardzo szeroką definicję kauzy jako przyczyny przysporzenia (zmiany majątkowej)¹⁰⁰⁰. Przyczyną, dla której agentowi zabezpieczeń próbuje się przyznać wierzytelność równoległą, jest posiadanie przez ten podmiot własnej wierzytelności, której wysokość jest równa sumie wierzytelności wszystkich kredytodawców **i która mogłaby być zabezpieczona**. Dzięki temu wystarczyłoby zabezpieczyć wierzytelność agenta, zamiast odrębnie i często wielokrotnie zabezpieczać wierzytelności kredytodawców.

Należałoby rozważyć, czy taka przyczyna przysporzenia mieści się w jednym z wyróżnianych typów kauz. Tradycyjnie wyróżnia się trzy typy kauz (*causa obligandi vel acquirendi, causa solvendi i causa donandi*) i można znaleźć w doktrynie stwierdzenia,

⁹⁹⁴ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 223–227.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, s. 224.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ „(...) **dlatego** dokonuje ktoś przysporzenia”. *Ibid.*

⁹⁹⁸ Zob. *ibid.*, s. 225.

⁹⁹⁹ Teza ta jest sporna i będzie stanowiła przedmiot dalszych rozważań w niniejszym i dalszych podrozdziałach niniejszego opracowania. Zob. np. F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, t. II, z. II, *Prawo rzeczowe*, Kraków 1947, s. 9; K. Zaradkiewicz, *Numerus aparatus abstrakcyjnych czynności prawnych w prawie cywilnym?*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, nr 2.

¹⁰⁰⁰ Podobnie szeroko kauzę rozumie się w prawie francuskim jako: „motyw, cel, powód, dla którego zostało zaciągnięte zobowiązanie”. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 373. Należy jednak zauważyć, że we Francji zasada kauzalności była ujęta w przepisach francuskiego Kodeksu cywilnego. Zob. *ibid.* Podobnie szerokie pojęcie kauzy podaje M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie długu*, PWN, Warszawa 1996, s. 78: „Dopiero **causa rozumiana jako cel przysporzenia** stanowi wspólną płaszczyznę dla czynności, które służą wykonaniu istniejących już zobowiązań i tych, które same są źródłem zobowiązania” [pogrubienie – T.T.]. Zob. też: K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 258. Ostatni z tych autorów zdaje się zwracać uwagę na poprawność takiej definicji w odniesieniu do czynności prawnych zobowiązujących. *Ibid.*, s. 260.

że jest to katalog zamknięty¹⁰⁰¹. Autorzy, który przyjmują nieco bardziej otwarty charakter wspomnianej typologii, wyróżniają jeszcze kauzę zabezpieczającą (*causa cavendi*)¹⁰⁰² i kauzę ustalającą¹⁰⁰³.

Kauza długu równoległego wydaje się nie mieścić w żadnej z wyżej wspomnianych. Kredytobiorca nie nabywa prawa w wyniku przyznania wierzytelności agentowi zabezpieczeń (*causa obligandi vel acquirendi*). Podobnie kredytobiorca na skutek przyznania wierzytelności agentowi zabezpieczeń nie zostaje zwolniony z istniejącego zobowiązania (*causa solendi*). W kontekście całej transakcji kredytowania konsorcjalnego nie sposób mówić, aby przysporzenie agenta zabezpieczeń następowało nieodpłatnie (*causa donandi*). Samo przyznanie wierzytelności agentowi zabezpieczeń nie stanowi też zabezpieczenia, a zatem nie można w tym przypadku mówić też o kauzie zabezpieczającej¹⁰⁰⁴. Wykluczone w tym przypadku jest również mówienie o kauzie ustalającej¹⁰⁰⁵.

Powyższe oznacza, że aby dług równoległy mógł być uznany za ważny, należałoby optować za bardzo szeroką otwartością typologii kauz i wyróżnić nową kauzę, która mogłaby objąć przyczynę dla długu równoległego¹⁰⁰⁶. Powyżej była jednak już podkreślana sztuczność klauzuli długu równoległego¹⁰⁰⁷. Klauzula ta miałaby być umieszczana w odpowiednich dokumentach, w zasadzie po to, aby obejść wymogi zabezpieczeń, zwłaszcza Zabezpieczeń Rzeczowych, w szczególności zakaz separacji podmiotowej¹⁰⁰⁸. Jeżeli byśmy dopuścili tworzenie takich sztucznych kauz, które mają za zadanie obejść przepisy prawa, to sama zasada kauzalności stałaby się sztuczna i powstałoby pytanie o sens jej istnienia.

¹⁰⁰¹ A. Szlęzak, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych*, Rejent 1995, nr 2, s. 116 oraz W. Czachórski, *Czynności prawne przyczynowe i oderwane w polskim prawie cywilnym*, PWN, Warszawa 1952, s. 170–171.

¹⁰⁰² Do kauzy tej odnosi się też Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach. Zob. np. uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, Legalis: 42623 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1997 r., II CKN 139/97, Legalis: 31115

¹⁰⁰³ W odniesieniu do tej ostatniej kauzy zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie...*, s. 82–89.

¹⁰⁰⁴ Jak słusznie stwierdza M. Kućka, *Dług...*, s. 115: „Dług równoległy nie jest sam w sobie zabezpieczeniem długów podstawowych (zaciąga go dłużnik, a nie osoba trzecia). Sytuacja wierzycieli nie polepsza się (a nawet pogarsza) przez to, że dłużnik zaciąga zobowiązanie równoległe”. Mówiąc inaczej, wewnętrznie sprzeczne jest twierdzenie, że dłużnik zaciągając nowe zobowiązanie (zwiększając swoje obciążenia) w stosunku do agenta zabezpieczeń (tj. co najwyżej jednego z kredytodawców) poprawia sytuację pozostałych kredytodawców. Do poprawy sytuacji wierzycieli mogłoby dopiero ewentualnie dojść przez **zabezpieczenie takiego długu**. Jednak niepoprawne jest szukanie kauzy zabezpieczającej dla długu równoległego w stosunku prawnym, który dopiero powstanie i będzie stanowił zabezpieczenie. Kwestia ta może jednak być sporna.

¹⁰⁰⁵ Nie chodzi tutaj o „uznanie” jakiegoś wcześniej istniejącego długu, aby rozwiązać wątpliwości co do jego istnienia/wadliwości. Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie...*, s. 87–88.

¹⁰⁰⁶ W doktrynie istnieje spór odnośnie do tego, czy istnieje zamknięty katalog kauz. Jednak zamkniętość tego katalogu wydaje się poglądem dominującym. Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 377; Z. Radwański, *Prawo...*, s. 225 oraz Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 192–193.

¹⁰⁰⁷ Zob. też: M. Kućka, *Dług...*, s. 120 oraz T. Czech, *Glosa...*, s. 38.

¹⁰⁰⁸ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 99–100.

Ze względu na powyższe można by postawić tezę, iż ze względu na brak prawidłowej kauzy wierzytelność agenta zabezpieczeń, która miałaby rzekomo powstać na mocy klauzuli długu równoległego, jest nieważna. To powodowałoby, że nieważne są również zabezpieczenia¹⁰⁰⁹, które nieważną wierzytelność miałyby zabezpieczać¹⁰¹⁰.

Dotychczasowe rozważania tylko na pierwszy rzut oka mogą wydawać się niekontrowersyjne. Wątpliwości budzi wiele kwestii, z których niektóre zostały już zarysowane powyżej, tj.: definicja kauzy¹⁰¹¹, liczba typów kauz¹⁰¹² czy katalog kauz wyróżnianych w literaturze ma charakter zamknięty¹⁰¹³, obowiązywanie zasady kauzalności w zakresie obrotu profesjonalnego¹⁰¹⁴, czy w ogóle zasada kauzalności czynności prawnych dotyczy czynności prawnych zobowiązujących¹⁰¹⁵.

3.2.2.4.3.2.2. Brak nieważności klauzuli długu równoległego ze względu na abstrakcyjność długu

Rozważania w poprzedzającym podrozdziale prezentowały „uproszczony” obraz kauzalności i w zasadzie ograniczały się do obiektywnej teorii kauzy w kształcie prezentowanym przez Z. Radwańskiego¹⁰¹⁶. Rozważania te powinny zostać rozbudowane, ponieważ może się okazać, że bliższe przyjrzenie się kauzalności wcale nie będzie prowadziło do wniosku o nieważności długu równoległego ze względu na „abstrakcyjność” powstałego na jej mocy długu.

Po pierwsze, może budzić wątpliwości, czy właściwe jest bardzo szerokie ujmowanie kauzy jako przyczyny/celu przysporzenia¹⁰¹⁷.

Po drugie, należy zauważyć, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie nie budzi jedynie wątpliwości, że zasada kauzalności czynności prawnych odnosi się jedynie

¹⁰⁰⁹ Będąc bardziej precyzyjnym: czynności prawne, które kreuja zabezpieczenia.

¹⁰¹⁰ Por. M. Kućka, *Dług...*, s. 118–119. Powyższe tezy w odniesieniu do nieważności wierzytelności są pewnego rodzaju skrótem myślowym, gdyż kategorię nieważności powinno odnosić się do czynności prawnej będącej źródłem wierzytelności, a nie samej wierzytelności.

¹⁰¹¹ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 244 oraz M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 372–378.

¹⁰¹² Zob. np. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 246 albo A. Szlęzak, *Przewłaszczenie...*, s. 116–117.

¹⁰¹³ Za otwartością optuje np. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 226. Natomiast za zamkniętym trójpodziałem kauz opowiada się m.in. A. Szlęzak, *Przewłaszczenie...*, s. 116.

¹⁰¹⁴ Zob. np. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 225; M. Safjan, *Umowy związane z obrotem gospodarczym*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2, s. 6.

¹⁰¹⁵ Zob. G. Tracz, *Aktualność generalnej reguły kauzalności czynności prawnych przysparzających w prawie polskim*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1997, nr 3, s. 528–530.

¹⁰¹⁶ Odnośnie do subiektywnej i obiektywnej teorii kauzy zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 373–378 i publikacje tam przytoczane. Wydaje się jednak, że równie szeroko do pojęcia kauzy jak Z. Radwański podchodzi też M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie...*, s. 76–81.

¹⁰¹⁷ Jak zauważają G. Tracz i F. Zoll, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Zakamycze, Kraków 1996, s. 75: „Wydaje się zresztą, iż cel rozumiany abstrakcyjnie jest zbyt ogólny, aby poddawał się ocenie z punktu widzenia jego dopuszczalności. Naszym zdaniem nie jest trafne rozumienie celu jako jedynie pewnego rezultatu ekonomicznego działania stron”. Próba budowania pojęcia kauzy wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. Pojęciu temu może być poświęcona odrębna rozprawa doktorska. Dokładne zdefiniowanie go nie wydaje się też potrzebne, ponieważ wystarczy, że niniejszy rozdział skupi się na podziale czynności prawnych na zobowiązujące i rozporządzające. Zob. uwagi poniżej. Odnośnie do problemów związanych ze zdefiniowaniem pojęcia kauzy zob. K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 247–263.

do czynności prawnych **przysparzających**¹⁰¹⁸. Z. Radwański definiuje takie czynności bardzo szeroko, twierdząc, że osoba dokonującą czynności prawnej przysparzającej:

realizuje korzystną dla **kogoś innego** zmianę majątkową, polegającą na tym, że owa osoba nabywa prawo podmiotowe albo zostaje zwolniona z obowiązku lub ciężarów ograniczających jej prawo podmiotowe¹⁰¹⁹.

Pierwsze pytanie, które należy zatem zadać, to pytanie o to, czy klauzula długu równoległego mieści się w tak szerokiej definicji. Agent zabezpieczeń w wyniku takiej klauzuli nabywa prawo podmiotowe (wierzytelność równoległą), a zatem można by twierdzić, że mamy do czynienia z czynnością prawną przysparzającą.

Jednak powyżej został wykazana sztuczność tak powstałego długu oraz brak jego niezależności. Tylko „formalnie” można uznać, że agentowi zabezpieczeń przysługuje wierzytelność¹⁰²⁰. Materialnie i z założenia, żadnego świadczenia z tytułu spłaty takiej wierzytelności nigdy nie powinien on uzyskać, ponieważ kredytobiorca powinien spłacać wierzytelności kredytodawców. To powinno, „przy okazji” i automatycznie, doprowadzić do wygaśnięcia długu równoległego. Można mieć zatem poważne wątpliwości, czy czynność taką można uznać za przysparzającą. Jednak, w ramach czynności przysparzających nie rozróżnia się czynności „materialnie” i jedynie „formalnie” przysparzających. Mówiąc inaczej, wydaje się, że w ramach oceny, czy mamy do czynienia z czynnością przysparzającą **nie powinno dochodzić do oceny jakości prawa podmiotowego**. Zwłaszcza że rzeczona jakość wcale nie prezentuje się, z prawnego punktu widzenia, najgorzej. Prawo podmiotowe przysługuje agentowi zabezpieczeń, ponieważ gdyby kredytobiorca spłacił dług równoległy, to jak najbardziej doszłoby do jego wygaśnięcia i nie stanowiłoby to bezpodstawnego wzbogacenia agenta zabezpieczeń. Rzeczona spłata na rzecz takiego długu nie powinna też prowadzić do powstania jakichś roszczeń z tego tytułu po stronie kredytodawców w stosunku do dłużnika. **Można zatem postawić tezę, że klauzulę długu równoległego jest czynnością przysparzającą.**

Natomiast innym zagadnieniem jest podział czynności prawnych **na zobowiązujące i rozporządzające**. Większość czynności prawnych zarówno rozporządzających, jak i zobowiązujących, należy uznawać także za czynności prawne przysparzające¹⁰²¹. Problem w tym przypadku dotyczy jednak tego, w jakim zakresie i w jaki sposób zasada kauzalności powinna znaleźć zastosowanie do tych dwóch różnych grup czynności prawnych. Niektórzy autorzy nie różnicują wyraźnie obowiązywania tej zasady ze względu na te dwie postacie czynności prawnych (dalej: **stanowisko uogólniające**)¹⁰²². Natomiast inni

¹⁰¹⁸ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 223; M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 372 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2001 r., IV CKN 354/00, Legalis: 81769.

¹⁰¹⁹ Z. Radwański, *Prawo...*, s. 223.

¹⁰²⁰ Por. M. Kućka, *Dług...*, s. 101.

¹⁰²¹ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 223–227.

¹⁰²² Zob. *ibid.*, s. 221–223. Pogląd ten w znacznej mierze był prezentowany w podrozdziale poprzedzającym niniejszy.

wyraźnie wskazują, że nie można w ten sam sposób posługiwać się terminem kauzy w odniesieniu do czynności zobowiązujących i czynności rozporządzających¹⁰²³. Autorzy ci zauważają, że wyżej wspomniana typologia kauz **nie odnosi się do czynności rozporządzających**, ponieważ w ich przypadku powinno się badać jedynie „istnienie ważnego zobowiązania do rozporządzenia”¹⁰²⁴ (dalej: **stanowisko różnicujące**). Co jednak istotne dla niniejszych rozważań, w przypadku obu stanowisk rozważania dotyczące kauzalności czynności prawnych **zobowiązujących** wydają się toczyć na tej samej płaszczyźnie¹⁰²⁵. Biorąc zatem pod uwagę, że klauzula długu równoległego jest czynnością prawną niewątpliwie zobowiązującą, postawienie się przez autora po jednej ze stron tego sporu nie jest potrzebne. Poniżej, w odniesieniu do klauzuli długu równoległego, będą prezentowane argumenty zwolenników stanowiska uogólniającego oraz argumenty stanowiska różnicującego dotyczące problemu kauzalności czynności zobowiązujących.

W odniesieniu do czynności zobowiązujących można spotkać następujące poglądy dotyczące obowiązywania zasady kauzalności:

- 1) obowiązuje ona w odniesieniu do zasadniczo wszystkich czynności zobowiązujących i ma charakter bezwzględnie obowiązujący (uczynić wyjątek może jedynie ustawodawca)¹⁰²⁶;
- 2) obowiązuje ona w odniesieniu do zasadniczo wszystkich czynności zobowiązujących, ale ma charakter względnie obowiązujący¹⁰²⁷;
- 3) nie obowiązuje ogólna zasada kauzalności zobowiązań¹⁰²⁸.

Za ostatnim stanowiskiem przemawia przede wszystkim fakt braku wyraźnej normy, która by ustanawiała zasadę kauzalności w odniesieniu do zobowiązań¹⁰²⁹.

Wydaje się, że właśnie ze względu na wspomniany brak M. Gutowski wychodzi z założenia, że punktem wyjściowym dla rozważań dotyczących kauzalności zobowiązań powinna być zasada swobody umów i jej granice (art. 353¹ k.c.)¹⁰³⁰. Autor ten stwierdza, że:

¹⁰²³ Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 377–378; K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 259–260.

¹⁰²⁴ Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 377–378; K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 259–261.

¹⁰²⁵ Największa różnica zdaje się pojawiać w odniesieniu do czynności prawnych rozporządzających. Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 384–387.

¹⁰²⁶ Zob. R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, t. 1, Warszawa 1934, s. 75–76, W. Czachórski, *Czynności...*, s. 179 i 190 oraz A. Szpunar, *Zabezpieczenia osobiste wierzycelności*, Wydawnictwo prawnicze Lex, Sopot 1997, s. 158.

¹⁰²⁷ M. Safjan, *Umowy...*, s. 6; podobnie chyba: K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 287–294, ale stanowisko autora nie jest do końca jasne. Z pewnością optuje on za zasadniczą możliwością uabstrakcyjnienia kauzalnych czynności prawnych. Można też twierdzić, że autor ten stoi na stanowisku braku obowiązywania ogólnej zasady kauzalności zobowiązań.

¹⁰²⁸ L. Domański, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań w opracowaniu głównego referenta projektu prof. Romana Longchamps de Berier*, Nowy Kodeks zobowiązań – dodatek do Gazety Sądowej Warszawskiej 1934, nr 51, s. 190 oraz G. Tracz, *Aktualność...*, s. 528–530.

¹⁰²⁹ Inaczej było np. w prawie francuskim. Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 373.

¹⁰³⁰ Zob. *ibid.*, s. 379.

(...) dopuszczalność umownego ułożenia stosunku prawnego ogranicza **jedynie** sprzeczność treści lub celu stosunku z jego właściwością (naturą), prawem i z zasadami współżycia społecznego¹⁰³¹ [pogrubienie – T.T.].

Autor ten zdaje się zatem wychodzić z założenia, że jeżeli mielibyśmy się doszukiwać zasady kauzalności zobowiązań, to należy to czynić jedynie w ramach wyżej wspomnianych granic. Inaczej mówiąc i patrząc z perspektywy abstrakcyjności, powinniśmy zadać pytanie: czy któraś z tych granic sprzeciwia się umownemu ukształtowaniu zobowiązania jako abstrakcyjnego¹⁰³²? Należałoby dokładniej przyjrzeć się takiemu podejściu.

Po pierwsze, brak przepisu ustanawiającego w prawie polskim zasadę kauzalności zobowiązań jest argumentem przeciwko generalnemu uznawaniu abstrakcyjnych czynności prawnych za **sprzeczne z prawem**¹⁰³³.

Następnie, słusznie M. Gutowski stwierdza, że „(r)elacja pomiędzy kauzalnością czy abstrakcyjnością czynności a zasadami współżycia społecznego jest w ujęciu ogólnym obojętna”¹⁰³⁴. Wydaje się, że brak jest w przypadku długu równoległego jakiegoś generalnego wymiaru etycznego¹⁰³⁵. Jedynie w konkretnym przypadku czynność prawna abstrakcyjna mogłaby być uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego¹⁰³⁶. Jednak taka sprzeczność wynikałaby z naruszenia pewnych zasad moralnych/etycznych, do czego abstrakcyjność co najwyżej mogłaby się przyczyniać, a nie sama w sobie ją powodować¹⁰³⁷.

Zostaje więc ostatnia granica, jaką jest natura (właściwość) zobowiązania¹⁰³⁸. *Prima facie*, mogłoby się wydawać, że jest to najlepsza podstawa do kreowania ogólnej zasady kauzalności zobowiązań. Można próbować twierdzić, że natura zobowiązania wymaga, aby zasada ta obowiązywała. Argument M. Gutowskiego, że skoro ustawodawca sam kreuje czynności prawne oderwane, to nie można twierdzić, że czynności abstrakcyjne są sprzeczne z właściwością zobowiązania, wcale do aż tak mocnych nie należy¹⁰³⁹. Wręcz przeciwnie, można by twierdzić, że ustawodawca domyślnie założył obowiązywanie zasady kauzalności zobowiązań wynikającej z natury stosunku i dlatego wyraźnie musi zezwalać na czynności abstrakcyjne, aby ich kreowanie w konkretnym przypadku przez strony było możliwe. Większy problem z takim rozumowaniem polega jednak na tym, że Sąd Najwyższy zaczął dopuszczać kreowanie abstrakcyjnych

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² Por. *ibid.*, s. 378–379.

¹⁰³³ Podobnie: *ibid.*

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ Do kwestii etyczności w przypadku zasad współżycia społecznego odwołuje się np. T. Czech. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 291.

¹⁰³⁶ Zob. *ibid.*

¹⁰³⁷ Można zauważyć, że zasady kauzalności w zasadach współżycia społecznego doszukuje się: M. Niedościał, *Autonomia woli w części ogólnej prawa cywilnego*, Państwo i Prawo 1984, nr 12, s. 73.

¹⁰³⁸ Szerzej na temat tej granicy zob. M. Szczygieł, *Właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego jako ograniczenie zasady swobody umów*, *Palestra* 1997, nr 7–8.

¹⁰³⁹ Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 378–379.

czynności zobowiązaniowych mimo braku wyraźnego zezwolenia ustawowego¹⁰⁴⁰. Zna-
leżenie przez Sąd Najwyższy „nowych” wyjątków, odnoszących się tylko do określonych
typów czynności prawnych, nie sprawia jeszcze, że wywodzenie kauzalności z natury
stosunku jest niemożliwe. Jednak taka argumentacja staje się co najmniej trudniejsza¹⁰⁴¹.
Słusznie zauważa też K. Zaradkiewicz, że natura (właściwość) zobowiązania może stan-
owić argument zarówno przeciwko kreowaniu zobowiązań abstrakcyjnych, jak i argu-
ment za możliwością kreowania takich zobowiązań¹⁰⁴².

Ze względu na powyższe, szukanie zasady kauzalności czynności prawnych zo-
bowiązujących w granicach określonych przez art. 353¹ k.c., jest co najmniej problema-
tyczne. Może prowadzić wręcz do tezy, że **zasada kauzalności zobowiązań nie obo-
wiązuje lub, jak twierdzi M. Gutowski, ma bardzo ograniczony charakter**. Cytując
tego autora:

(...) jakkolwiek ogólnie rzecz ujmując, granice zasady swobody umów nie stanowią pod-
stawy odmówienia stronie kompetencji do kreowania czynności abstrakcyjnej, to twier-
dzenie to nie ma charakteru «żelaznej» zasady¹⁰⁴³.

Gdybyśmy zgodzili się z takimi twierdzeniami, to bardzo trudno byłoby się do-
szukiwać nieważności długu równoległego na podstawie zasady kauzalności zobowią-
zań¹⁰⁴⁴. **Tym samym można by twierdzić, że klauzula długu równoległego tworzy
ważne zobowiązanie.**

¹⁰⁴⁰ Zob. uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, Legalis: 28058, uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Le-
galis: 29265. Orzeczenia te dotyczyły umowy gwarancji bankowej. Jako inny przykład czynności prawnej
uznanej przez polskie sądy za abstrakcyjną można wskazać np. gwarancję ubezpieczeniową (wyrok Sądu
Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2016 r., I ACa 724/15, Legalis: 1428337). Jeszcze innym przy-
kładem jest np. zobowiązanie wekslowe. Zob. M. Koziński, J. Dybiński [w:] *System Prawa Prywatnego*,
t. 18, *Prawo papierów wartościowych*, red. A. Szumański, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 207–210. Jednak
przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fragment uzasadnienia drugiej z wyżej przytaczanych uchwał
Sądu Najwyższego: „wynikająca z art. 353¹ KC swoboda kontraktowania obejmuje także możliwość kre-
owania czynności abstrakcyjnych, nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby strony – stosownie do swej
«woli abstrakcji» – konstruowały zobowiązania wyabstrahowane, odłączone od istniejącego stosunku praw-
nego albo istniejące niezależnie od niego”.

¹⁰⁴¹ Zwłaszcza jeżeli spojrzymy na przytoczony w przypisie powyżej fragment uchwały Sądu Najwyż-
szego.

¹⁰⁴² K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 293: „Zasada swobody umów w ujęciu art. 353¹ k.c. pozwala para-
doksalnie właśnie ze względu na kryterium natury stosunku prawnego, na kreowanie nie ujętych w ramach
obowiązującego ustawodawstwa instytucji prawa cywilnego o charakterze abstrakcyjnym. Wystarczy wska-
zać, że np. w przypadku stosunku autonomicznej gwarancji bankowej, do znamion natury (istoty) tego zo-
bowiązania należy jego oderwany charakter. Można zarzucić tym samym, że uznanie takich czynności
prawnych jako «z konieczności kauzalnych» byłoby sprzeczne z treścią art. 353¹”.

¹⁰⁴³ M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 380.

¹⁰⁴⁴ Ze względu właśnie na brak jej obowiązywania na gruncie zobowiązań albo bardzo ograniczony
charakter.

3.2.2.4.3.2.3. Ważność czy nieważność? Zestawienie powyższych stanowisk

Wydaje się, że różnica między stanowiskami przedstawionymi w dwóch poprzednich podrozdziałach zdaje się w dużym stopniu sprowadzać do tego, **na ile formalistyczne/normatywne podejście do prawa przyjmujemy.**

Jeżeli chcielibyśmy wskazać wyraźny przepis, z którego taką zasadę w odniesieniu do zobowiązań mielibyśmy wyprowadzać, to niewątpliwie jego wytypowanie nie jest łatwe. Jak zostało przedstawione powyżej, wyprowadzanie jej z granic swobody umów jest wątpliwe¹⁰⁴⁵, a trudno znaleźć inny, odpowiedni przepis. Wywodzenie jej natomiast z nietypowości „nieekwiwalentnych transferów majątkowych”¹⁰⁴⁶, z maksymy rzymskiej, iż słuszne jest z natury, aby nikt się nie bogacił ze szkodą drugiego¹⁰⁴⁷, czy potrzeby ochrony przysparzającego, może być dla wielu słabym uzasadnieniem. Podobnie Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach, w których stwierdza abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, nie odnosi się do jakiegś generalnej zasady kauzalności¹⁰⁴⁸. Tym samym patrząc formalistycznie/normatywnie, można zaprzeczać istnieniu zasady kauzalności zobowiązań.

Na prawo można jednak spojrzeć w sposób bardziej słusznościowy. Jak podkreśla Z. Radwański w jednym ze zdań otwierających podręcznik do prawa cywilnego: „**jedną z podstawowych wartości całego systemu prawnego, (...) jest sprawiedliwość**”¹⁰⁴⁹. Stwierdzenie takie jest istotne, jeżeli spojrzeć się na uzasadnienie obowiązywania tej zasady w odniesieniu do zobowiązań. W literaturze wskazuje się m.in. na ochronę przysparzającego czy nietypowość nieekwiwalentnych transferów majątkowych¹⁰⁵⁰. Bez wyraźnej podstawy normatywnej argumenty te nieco tracą na sile¹⁰⁵¹, jednak trudno nie zgodzić się, że obowiązywanie zasady kauzalności w odniesieniu do zobowiązań może, w określonych przypadkach, zmierzać do realizacji podstawowej wartości, jaką jest **sprawiedliwość.**

Zasada kauzalności w odniesieniu do zobowiązań w istocie pozwala zbadać ważność czynności prawnej z punktu widzenia pytania: **po co dane zobowiązanie jest zaciągane?** Można oczywiście argumentować za M. Gutowskim, że przepisy nie dają podstawy do oceny ważności zobowiązań z punktu widzenia tak obszerne pytania. Problem z takim stanowiskiem polega na tym, że autorzy, którzy go głoszą, nie

¹⁰⁴⁵ Choć najlepszą podstawę może stanowić tutaj natura zobowiązania. Zob. rozważania w podrozdziale 3.2.2.4.3.2.2.

¹⁰⁴⁶ Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 195.

¹⁰⁴⁷ Por. *ibid.* (łac. *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri lucupletioem*).

¹⁰⁴⁸ Zob. *ibid.*, s. 200; uchwałę Sądu Najwyższego (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, Legalis: 28058 oraz uchwałę Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis: 29265.

¹⁰⁴⁹ Por. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 2.

¹⁰⁵⁰ Por. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 378; M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie...*, s. 76, przypis 319.

¹⁰⁵¹ Zob. M. Gutowski, który twierdzi, że brak podstawy normatywnej oraz problem z ułokowaniem tych argumentów w granicach z art. 353¹ k.c. sprawia, że możliwa jest nawet argumentacja za całkowitą negacją tej zasady na gruncie zobowiązań. Zob. M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 378.

dostrzegają, jak kreatywni potrafią być uczestnicy obrotu. Klauzula długu równoległego jest tego świetnym przykładem. Stwierdzenie, że czynność prawna kreująca taki dług jest nieważna z powodu przekroczenia jednej z granic określonych w art. 353¹ k.c., jest co najmniej problematyczne. Z drugiej strony, jak już było wielokrotnie podkreślane, mamy do czynienia ze zobowiązaniem niewątpliwie sztucznym. Teza, że zasada kauzalności zobowiązań nie obowiązuje, wyłączałaby albo co najmniej ograniczała możliwość oceny podobnych, sztucznych zobowiązań z punktu widzenia ich ważności¹⁰⁵². Mówiąc inaczej, zasada kauzalności daje dodatkową podstawę do poddania zobowiązania kontroli i ewentualnej reglamentacji¹⁰⁵³.

Jak już było podkreślane, rodzi się wątpliwość, czy taka dodatkowa podstawa do oceny ważności zobowiązania powinna istnieć. Można zauważyć, że w prawie francuskim kauza miała na celu, jak się wydaje, ochronę **ekwiwalentności świadczeń**, natomiast w prawie niemieckim kładzie się „większy nacisk na **etyczny aspekt** faktu zobowiązania się” [pogrubienie – T.T.]¹⁰⁵⁴. Biorąc pod uwagę, że twórcy polskiego Kodeksu cywilnego czerpali z obu tych porządków, powstaje pytanie, z której z tych dwóch perspektyw ważność zobowiązania powinna być oceniana¹⁰⁵⁵. Należy też wskazać, że zasadę swobody umów wywodzi się z przepisów samej Konstytucji¹⁰⁵⁶. Tym samym poszukiwanie dodatkowej, bardzo szerokiej i niewyrażonej wprost w przepisach podstawy, na mocy której umowa mogłaby zostać uznana za nieważną¹⁰⁵⁷, może być uważane za niedopuszczalną próbę zawężania kompetencji stron do kształtowania ich stosunków zobowiązaniowych¹⁰⁵⁸. Twierdzenie zatem, że zasada ta realizuje nadrzędną wartość, jaką jest sprawiedliwość, może też być kontrowersyjne.

Mając powyższe na uwadze, wydaje się, iż należy postawić tezę, że **możliwe powinno być postawienie pytania „po co zobowiązanie jest zaciągane?” w celu oceny jego ważności**. Teza taka wynika z założenia, że dzięki temu z większym prawdopodobieństwem zapewnimy, aby stosunek prawny odpowiadał temu co „aktualnie uznajemy za słuszne i sprawiedliwe”, niż w przypadku, w którym zanegujemy możliwość zadania takiego pytania. Jak stwierdza J. Frąckowiak:

¹⁰⁵² Oszacowanie, jak wiele takich różnych sztucznych zobowiązań, których ocena ważności byłaby utrudniona w granicach art. 353¹ k.c., strony mogą próbować wykreować, jest problematyczne. To oznacza, że jak doniosły jest przedstawiony problem, zależy od kreatywności uczestników obrotu. Autor niniejszej rozprawy zakłada, że jest ona wysoka. Przy założeniu odwrotnym problem oczywiście jest wyolbrzymiany.

¹⁰⁵³ Zob. Z. Radwański, *Prawo...*, s. 224.

¹⁰⁵⁴ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie...*, s. 88–89.

¹⁰⁵⁵ Przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie: po co zobowiązanie jest zaciągane?

¹⁰⁵⁶ Zob. P. Machnikowski [w:] *Kodeks...*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, s. 645. Autor ten powołuje się wyraźnie na takie przepisy Konstytucji RP jak: art. 20, art. 30 i art. 31 ust. 1, ust 2 i ust. 3.

¹⁰⁵⁷ W określonych okolicznościach.

¹⁰⁵⁸ „(...) na podstawie wielu postanowień konstytucyjnych (zwłaszcza art. 20, 30 oraz art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, a także innych przepisów dotyczących poszczególnych wolności) i uwzględniając rozmaite funkcje społeczne zobowiązań można przyjąć, że tylko szeroko (generalnie) zakreślona kompetencja stron do kształtowania ich stosunków zobowiązaniowych jest możliwa w prawie cywilnym” [pogrubienie – T.T.]. *Ibid.*

Ważne jednak jest, aby ostatecznie stosunek prawny, który określi, jak mają się zachować wobec siebie jego strony, **odpowiadał temu, co aktualnie uznajemy za słuszne i sprawiedliwe**¹⁰⁵⁹ [pogrubienie – T.T.].

Biorąc pod uwagę, że autor niniejszej rozprawy jest wychowankiem autora powyższego cytatu, tj. prof. J. Frąckowiaka¹⁰⁶⁰, trudno mu jest zaakceptować tezę, że polski system prawny jest pozbawiony takiego pytania walidacyjnego, tj. takiej dodatkowej podstawy do oceny tego, co słuszne i sprawiedliwe. Zwłaszcza że samo zadanie tego pytania nie będzie jeszcze oznaczało samo przez się nieważności zobowiązania. Nieważność występowałaby jedynie w przypadku zobowiązań sztucznych. Ze stanowiskiem takim zdaje się zgadzać M. Pyziak-Szafnicka, która podkreśla, iż „**zasada słuszności – realizowana dzięki pojęciu *causae* – stanowi konieczne ograniczenie swobody umów**” [pogrubienie – T.T.]¹⁰⁶¹.

Co więcej, sankcja taka nie zaistniałaby w przypadku wszystkich sztucznych zobowiązań, nawet takich jak np. dług równoległy. Powstaje bowiem jeszcze pytanie o **charakter tej zasady, tj. czy ma ona bezwzględny czy względny charakter**. Jak już zwrócono uwagę, wśród autorów którzy uznają obowiązywanie zasady kauzalności zobowiązań, zdania co do tej kwestii są podzielone¹⁰⁶². Nie wnikając szczegółowo w te rozważania, można podzielić pogląd Z. Radwańskiego, który zauważa, że ze względu na orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące gwarancji bankowej¹⁰⁶³, pogląd o bezwzględności zasady kauzalności trudno obecnie się broni¹⁰⁶⁴. Mówiąc inaczej, w odniesieniu, do niektórych zobowiązań, pytanie, po co one są zaciągane i tym samym czy nie są „sztuczne”, może być przez strony wyłączone¹⁰⁶⁵. Wydaje się, że taka możliwość powinna jednak dotyczyć raczej tylko obrotu profesjonalnego i przypadków, w których rzeczywista równorzędność podmiotów występuje oraz nie dochodzi do naruszenia praw osób trzecich¹⁰⁶⁶. Rozważania te prowadzą do tezy, że **zasada kauzalności czynności**

¹⁰⁵⁹ J. Frąckowiak, *Orzecznictwo...*, s. 62.

¹⁰⁶⁰ Łac. *ius est ars boni et aequi*. J. Frąckowiak niemalże każde seminarium magisterskie czy doktorskie zaczynał od stwierdzenia, że prawo jest sztuką czynienia tego, co dobre i słuszne. Tak też zatytułowana jest książka pamiątkowa dedykowana prof. Frąckowiakowi. A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (Komitet redakcyjny), *Ius est ars boni et aequi. Książka pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Stowarzyszenie Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej, Wrocław 2018.

¹⁰⁶¹ Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Uznanie...*, s. 75.

¹⁰⁶² Za bezwzględnym obowiązywaniem zasady optuje np.: A. Szpunar, *Zabezpieczenie...*, s. 158. Natomiast na jej względny charakter wskazują np.: M. Safjan, *Umowy...*, s. 6; K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 287–294.

¹⁰⁶³ Zob. uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, *Legalis*: 29265; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/94, *Legalis*: 29531; oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94, *Legalis*: 29077.

¹⁰⁶⁴ Z. Radwański, *Prawo...*, s. 225.

¹⁰⁶⁵ Mówiąc inaczej: „obowiązuje jedynie «domniemanie kauzalności», które strony czynności prawnej władne są wolą swą wyłączyć”. Tak M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 381, powołując się na Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 200–202.

¹⁰⁶⁶ Wydaje się, że były to okoliczności, w których Sąd Najwyższy zaakceptował abstrakcyjność gwarancji bankowej. Zob. uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r.,

prawnych zobowiązujących nie ma charakteru bezwzględny i strony, przy spełnieniu wyżej wspomnianych przesłanek, mogą ją wyłączyć.

Powyższe rozważania należy przenieść na grunt oceny ważności klauzuli długu równoległego z punktu widzenia zasady kauzalności czynności prawnych. Po pierwsze, klauzula taka nie prowadzi do pogorszenia sytuacji osób trzecich¹⁰⁶⁷. Po drugie, mamy do czynienia z podmiotami profesjonalnymi: kredytodawcy (banki) oraz kredytobiorca, który zwykle jest spółką-matką międzynarodowej grupy kapitałowej¹⁰⁶⁸. Co więcej, dzięki klauzuli długu równoległego dochodzi do obniżenia kosztów transakcyjnych¹⁰⁶⁹ zarówno po stronie kredytodawców jak i kredytobiorcy¹⁰⁷⁰. Można też próbować twierdzić, że Sąd Najwyższy, w niektórych swoich wyrokach zaakceptował już ważność tej klauzuli¹⁰⁷¹.

Można zatem postawić tezę, że względne obowiązywanie zasady kauzalności czynności prawnych zobowiązujących powoduje, że **abstrakcyjność długu równoległego nie powinna prowadzić do jego nieważności w przypadku transakcji kredytowania konsorcjalnego**. Powstają jednak dwa problemy. Po pierwsze, wyżej przedstawiona argumentacja może być uważana za mocno sporną. To sprawia, że w praktyce strony mogą obawiać się skorzystać z tej instytucji, ponieważ, w przypadku w którym polski Sąd Najwyższy by się z taką argumentacją nie zgodził i uznał nieważność klauzuli długu równoległego, ich wielomilionowa transakcja byłaby niezabezpieczona¹⁰⁷². Po drugie, wydaje się, że ważność klauzuli długu równoległego rodzi poważniejsze wątpliwości z punktu widzenia obejścia prawa, niż z punktu widzenia zasady kauzalności¹⁰⁷³.

3.2.2.4.3.2.4. Akcesoryjność zamiast abstrakcyjności?

Dla zupełności rozważań dotyczących abstrakcyjności długu równoległego należy przedstawić jeszcze pogląd M. Kućki. Autor ten twierdzi, że klauzulę długu równoległego

III CZP 166/94, Legalis: 29265. Zob. też: K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 274 i 280–294. W uchwale tej możemy przeczytać, iż umowę gwarancji „zawierają profesjonalści, potrafiący – z punktu widzenia własnych interesów – w sposób należyty i rozważny ocenić wszystkie jej postanowienia. Nie można w końcu pomijać faktu, że gwarant udziela gwarancji odpłatnie”. Zob. Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 200–202.

¹⁰⁶⁷ Zob. rozważania w podrozdziale 5.6.2. Brak szerszych rozważań i odesłanie w tym miejscu wydaje się niezbędne, ponieważ argument ten jest lepiej zrozumiały przy zestawieniu go z rozwiązaniami stosowanymi w innych porządkach prawnych.

¹⁰⁶⁸ Więcej na ten temat w rozdziale 5.

¹⁰⁶⁹ Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34.

¹⁰⁷⁰ To kredytobiorca ponosi koszty ustanowienia zabezpieczeń, a zatem to on poniesie m.in. koszty niepotrzebnego multiplikowania zabezpieczeń. Zob. też M. Safjan, *Umowy...*, s. 6 oraz K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 295–297.

¹⁰⁷¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 145/09, Legalis: 288258; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 155/09, Legalis: 288259; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261. W wyrokach tych dług równoległy rządził się jednak prawem obcym, dlatego taka teza wydaje się wątpliwa i wyroki te są omawiane w podrozdziale 5.5., gdzie dla długu równoległego zostało wybrane przez strony prawo obce.

¹⁰⁷² Zabezpieczenia zabezpieczyłyby nieważny dług, a zatem także je należałoby uznać za nieważne. Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 120.

¹⁰⁷³ Zob. podrozdział 3.2.2.4.3.4.

powinno się rozważać nie tyle z punktu widzenia abstrakcyjności, ile akcesoryjności¹⁰⁷⁴. Stanowisko to, choć ciekawe, wydaje się nie wymagać szerszego rozważenia na potrzeby niniejszej pracy. Wymagałoby ono spojrzenia na ważność klauzuli długu równoległego nie z punktu widzenia kauzalności czynności prawnych¹⁰⁷⁵, a z perspektywy specyficznie rozumianej akcesoryjności. Specyficznie, ponieważ chodziłoby tu o zależność wierzytelności równoległej od wierzytelności kredytodawców (wierzytelności podstawowych)¹⁰⁷⁶. Problem z ważnością długu równoległego powstawałby zatem w przypadkach problemów z ważnością wierzytelności kredytodawców. Jako że zobowiązania kredytodawców nie są kreowane „sztucznie” (dochodzi do rzeczywistego udostępnienia kredytu z ich strony), do ich nieważności dochodziłoby raczej w przypadkach wyjątkowych. To oznacza, że gdybyśmy patrzyli na klauzulę długu równoległego z perspektywy akcesoryjności, zwykle też trudno byłoby mówić o nieważności takiej klauzuli¹⁰⁷⁷ i można by twierdzić, że jest ona ważna.

Należy jednak zaznaczyć, że w opracowaniu M. Kućki teza, iż na klauzulę długu równoległego powinno się patrzeć z perspektywy akcesoryjności, a nie kauzalności, nie jest w ogóle uzasadniona¹⁰⁷⁸. Autor niniejszego opracowania nie miał dostępu do rozprawy doktorskiej tego autora, w której rzekomo kwestia ta jest szerzej omówiona¹⁰⁷⁹. Nie sposób więc precyzyjnie odnieść się do uwag M. Kućki, ale wydaje się, że klauzulę długu równoległego można rozważać z tych dwóch perspektyw. Po pierwsze, można na nią spojrzeć z punktu widzenia akcesoryjności (tj. zależności) od długów podstawowych (wierzytelności kredytodawców). Po drugie, z punktu widzenia kauzalności, tj. przyczyny powstania długu/wierzytelności. Mówiąc inaczej, przynajmniej w tym przypadku, jedno zdaje się nie wykluczać/zastępować drugiego. Zwłaszcza że dług równoległy, nieco upraszczając, nie powstaje „dla” zabezpieczonych wierzytelności kredytowych. Wierzytelności kredytowe mogłyby istnieć bez niego, ponieważ sam w sobie takim wierzytelnościom nie jest potrzebny. Ma za zadanie umożliwienie efektywnego zabezpieczenia transakcji¹⁰⁸⁰, a zatem właśnie to należy widzieć jako jego przyczynę/cel.

3.2.2.4.3.3. Problem z brakiem realnego świadczenia

Na problem ważności klauzuli długu równoległego można spojrzeć również z innej perspektywy niż abstrakcyjność tak wykreowanego długu.

¹⁰⁷⁴ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 100–101.

¹⁰⁷⁵ Jak to miało miejsce w powyższych rozważaniach.

¹⁰⁷⁶ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 101.

¹⁰⁷⁷ Więcej na temat takiego spojrzenia na klauzulę długu równoległego zob. *ibid.*

¹⁰⁷⁸ Zob. *ibid.*, s. 100–101.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, s. 101, przypisy 6 i 7. Autor ten w tych przypisach odsyła do własnej, niepublikowanej rozprawy doktorskiej. Nosila ona tytuł: *Administrator zabezpieczeń. Zarys modelu*. Autor niniejszej rozprawy nie miał do niej dostępu, jednak wydaje się, że posłużyła ona M. Kućce do napisania często powoływanej w niniejszym opracowaniu monografii (M. Kućka, *Administrator...*). Co ciekawe, autor wyżej wspomnianych też dotyczących „zastąpienia” abstrakcyjności, akcesoryjnością już w owej, opublikowanej monografii nie powtarza.

¹⁰⁸⁰ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 99–100.

Zgodnie z art. 353 k.c.:

Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika **świadczenia**, a dłużnik powinien **świadczenie** spełnić [pogrubienie – T.T.].

Świadczenie uważa się za przedmiot zobowiązania¹⁰⁸¹ i już z powyższego przepisu wynika, że stanowi ono **niezbędny element każdego zobowiązania**. Innymi słowy, zobowiązanie bez świadczenia nie może istnieć¹⁰⁸².

Przez świadczenie rozumie się „wskazane treścią zobowiązania zachowanie się dłużnika na rzecz wierzyciela”¹⁰⁸³. Można zastanowić się, jak wygląda zachowanie się dłużnika w przypadku długu równoległego. Dłużnik jest formalnie zobowiązany do zapłaty agentowi zabezpieczeń kwoty, która powinna objąć całość kredytu (w sensie ekonomicznym) udzielanego przez wszystkich kredytodawców. Jednak, po pierwsze, prawidłowe wykonywanie umowy kredytu przez kredytobiorcę powinno prowadzić nie do spłacania wierzytelności agenta zabezpieczeń z tytułu długu równoległego, a z wykorzystaniem pośrednictwa agenta¹⁰⁸⁴, powinno dochodzić do spłat wierzytelności kredytodawców. Tym samym dług równoległy będzie się automatycznie redukował/wygasał. To oznacza, że **z założenia, agent żadnego świadczenia od dłużnika z tytułu długu równoległego nie powinien otrzymywać**¹⁰⁸⁵. Nawet w przypadku, w którym agent zabezpieczeń omyłkowo by uzyskał jakieś świadczenie z tytułu spłaty przez dłużnika długu równoległego, odpowiednie postanowienia umowne powinny nakazywać przekazanie takich środków kredytodawcom. Po drugie, wierzytelność agenta zabezpieczeń będzie dla niego użyteczna w sytuacji, w której dłużnik będzie miał problem ze spłatą kredytu, a co za tym idzie, będzie musiało dojść do wykonania zabezpieczeń. W takim przypadku agent zabezpieczeń, jeżeli uzyska jakieś środki od dłużnika, to uzyska je w ramach realizacji zabezpieczenia, a nie ze względu na bezpośrednią spłatę długu równoległego. Należy natomiast pamiętać, że nawet w przypadku, gdy przyjmujemy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku agenta zabezpieczeń¹⁰⁸⁶, to ciągle będzie ono udzielone **na rzecz** kredytodawców. To oznacza, że środki uzyskane przez agenta zabezpieczeń i tak będą przeznaczone dla kredytodawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, można próbować postawić tezę, że **agentowi zabezpieczeń na skutek klauzuli długu równoległego nie przysługuje żadne realne**

¹⁰⁸¹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 12.

¹⁰⁸² Por. *ibid.*, s. 11–12 i s. 42. Zob. też: W. Borysiak [w:] *Kodeks...*, red. K. Osajda, komentarz do art. 353 k.c., nb. 20–21.

¹⁰⁸³ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 12.

¹⁰⁸⁴ Nie chodziłoby tutaj o agenta zabezpieczeń tylko o „zwykłego” agenta, jednak zwykle jest to ten sam podmiot (zob. podrozdział 1.1.3.2), więc rozróżnienie ma charakter zwłaszcza formalny, ale bardzo istotny dla wyodrębnienia choćby odpowiedniego zaliczenia zapłaty przez dłużnika. Odnośnie do spłacania kredytu za pośrednictwem agenta zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 450–452.

¹⁰⁸⁵ Odnośnie do roli agenta i agenta zabezpieczeń w transakcji kredytowania konsorcjalnego zob. podrozdział 1.1.3.4.

¹⁰⁸⁶ Tak jak to się czyni w niniejszej pracy.

świadczenie od dłużnika. Wydaje się, że już ze względu na rzeczony **realny brak** podstawowego elementu zobowiązania, jakim jest świadczenie, można podważać ważność zobowiązania powstałego na skutek takiej klauzuli.

Jednak, jak już autor niniejszej pracy zaznaczył powyżej, „formalnie” agentowi zabezpieczeń wierzytelność przysługuje. Rozważania w niniejszym podrozdziale wydają się jedynie innym spojrzeniem na problem „przysporzenia” przez klauzulę długu równoległego. Wydaje się, że z tych samych powodów **trzeba odrzucić tezę, że brak realnego świadczenia prowadzi do nieważności klauzuli długu równoległego**¹⁰⁸⁷.

3.2.2.4.3.4. Nieważność klauzuli długu równoległego ze względu na obejście ustawy

Na klauzulę długu równoległego można też spojrzeć z perspektywy art. 58 § 1 k.c. Przepis ten stanowi:

Czynność prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że (...).

Ze względu na brak przepisu zakazującego klauzuli długu równoległego, nie sposób stwierdzić nieważność takiej klauzuli ze względu na sprzeczność z ustawą¹⁰⁸⁸.

Dużo ciekawsza jest jednak analiza klauzuli długu równoległego z punktu widzenia **obejścia przez nią ustawy**.

Patrząc na klauzulę długu równoległego z perspektywy samej jej **treści**, nie sposób stwierdzić, że prowadzi ona do obejścia ustawy. Zgodnie z jej brzmieniem, zmierza ona do przyznania swoistej wierzytelności agentowi zabezpieczeń. Niełatwo generalnie uznać, aby jakikolwiek element jej treści prowadził do obejścia ustawy. Powiązanie jakiejś wierzytelności z innymi samo w sobie to za mało, aby stwierdzić, że dochodzi do obejścia ustawy i tym samym klauzula ta powinna być nieważna. Treść klauzuli nie prowadzi też do obejścia omawianego w niniejszej pracy zakazu separacji podmiotowej. Wręcz przeciwnie, ma ona mu zapobiegać, przez przyznanie wierzytelności agentowi zabezpieczeń i tym samym posiadanie przez niego zarówno tytułu do zabezpieczonej wierzytelności i tytułu do zabezpieczenia.

Patrząc jednak na klauzulę długu równoległego szerzej, tj. z perspektywy jej **celu**, wątpliwości są już dużo poważniejsze.

Zwłaszcza patrząc z punktu widzenia Zabezpieczeń Rzeczowych, wydaje się, że celem klauzuli długu równoległego jest obejście zakazu separacji podmiotowej¹⁰⁸⁹. Jak słusznie stwierdza M. Kućka, celem długu równoległego nie jest przecież jedynie ściągnięcie wierzytelności przez agenta zabezpieczeń, ponieważ do takiego celu mogłyby

¹⁰⁸⁷ Zob. *ibid.*

¹⁰⁸⁸ Zob. rozważania w podrozdziale 3.2.2.4.3.2.1, dotyczące granicy swobody umów, jaką jest sprzeczność z ustawą i przytaczaną tam literaturę.

¹⁰⁸⁹ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 114–115.

być wykorzystane inne instytucje czy instrumenty prawne¹⁰⁹⁰. Jak podkreśla ten autor: „[d]ług równoległy powstaje tylko po to, by można go było zabezpieczyć”¹⁰⁹¹. Jak już zauważono powyżej, w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych separacja podmiotowa jest możliwa tylko w przypadkach w których wyraźny przepis prawa na nią zezwala¹⁰⁹². Za przepisy zezwalające na separację podmiotową, w ramach niniejszej pracy, zostały uznane przepisy wprowadzające instytucje administratora zastawu i hipoteki¹⁰⁹³. Natomiast w przypadku kredytowania konsorcjalnego brak jest zezwolenia na separację podmiotową w odniesieniu do zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego. Będąc zatem bardziej precyzyjnym, na obejście ustawy przez cel klauzuli długu równoległego można spojrzeć z perspektywy dwóch grup Zabezpieczeń Rzeczowych¹⁰⁹⁴.

Wydaje się, że celem klauzuli długu równoległego, w przypadku skorzystania z niej w odniesieniu do takich zabezpieczeń jak hipoteka albo zastaw rejestrowy, byłaby próba ominięcia ustawowych wymogów czy pewnych problemów związanych z instytucją administratora zastawu/hipoteki, w przypadku zabezpieczenia wierzytelności wielu wierzycieli. Mówiąc inaczej, hipoteka lub zastaw rejestrowy mogłyby być przyznane agentowi zabezpieczeń, który nie byłby jednocześnie administratorem hipoteki/zastawu. **Obejście ustawy w tym przypadku wydaje się tak rażące, że za niewątpliwą należałoby uznać nieważność klauzuli długu równoległego, ze względu na jej cel, którym byłoby obejście przepisów dotyczących administratora hipoteki/zastawu.**

Sytuacja natomiast nieco inaczej wygląda w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego. W przypadku kredytowania konsorcjalnego i tych zabezpieczeń brak jest instytucji administratora zastawu. Tym samym trudno twierdzić, że klauzula długu równoległego i późniejsze przyznanie tych zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń, prowadziłyby np. do obejścia wymogów dotyczących administratora zastawu, np. związanych z jawnością takiej instytucji. Obejścia ustawy w takim przypadku można się doszukiwać jedynie przy szerokim rozumieniu pojęcia „ustawy”. Takie stwierdzenie wynika z powyższego spostrzeżenia, że brak jest wyraźnego przepisu ustanawiającego zakaz separacji podmiotowej w odniesieniu do Zabezpieczeń Rzeczowych, a wyprowadza się go raczej z pewnych zasad dotyczących praw rzeczowych¹⁰⁹⁵. To oznacza, że nie tyle mielibyśmy do czynienia z obejściem ustawy *sensu stricto*, co pewnej normy zakazującej, którą z tych zasad się wyprowadza¹⁰⁹⁶. Kwestia ta zatem może być kontrowersyjna. Autor

¹⁰⁹⁰ Zob. *ibid.*

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² Zob. podrozdział 1.3.4.3.2.

¹⁰⁹³ Zob. podrozdziały 2.3.1.2. oraz 2.3.1.4.

¹⁰⁹⁴ Dwóch, tj. grupy w odniesieniu do której instytucja administratora została wprowadzona i grupy, która tej instytucji nie posiada.

¹⁰⁹⁵ Zob. podrozdział 1.3.4.3.2.

¹⁰⁹⁶ W doktrynie słusznie podkreśla się, że w art. 58 § 1 k.c. nie tyle chodzi o sprzeczność z „ustawą”, ile w istocie o sprzeczność z **normą prawną**, czyli z „wypowiedzią stanowiącą o tym, kto i jak ma się w określonych sytuacjach zachować”. Taką wypowiedź rekonstruuje się z obowiązujących przepisów prawnych. Zob. Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 311. Powyższe oznacza zatem, że autor niniejszej rozprawy

niniejszej pracy uważa jednak taką argumentację za uzasadnioną, tym samym stawia tezę, że **klauzulę długu równoległego, która miałaby służyć umożliwieniu przyznania agentowi zabezpieczeń Zabezpieczeń Rzeczowych, należy uznać za nieważną**. Nieco inaczej uzasadnione, ale podobne stanowisko można spotkać też u M. Kućki¹⁰⁹⁷.

Natomiast klauzula długu równoległego wydaje się mniej kontrowersyjna w przypadku Zabezpieczeń Osobistych¹⁰⁹⁸. Obejścia ustawy można by się jedynie próbować doszukiwać w przypadku, w którym zakaz separacji podmiotowej przez klauzulę długu równoległego próbowano by obejść w odniesieniu do poręczenia¹⁰⁹⁹. Choć kwestia ta może być sporna, jak zostało wykazane powyżej, zakaz separacji podmiotowej w odniesieniu do poręczenia wynika z natury tego zabezpieczenia¹¹⁰⁰. Wydaje się zatem, że także w przypadku tego zabezpieczenia można by mówić o próbie obejścia przez cel klauzuli długu równoległego zakazu separacji podmiotowej poręczenia¹¹⁰¹.

Mniejsza kontrowersyjność w odniesieniu do pozostałych Zabezpieczeń Osobistych wynika z tego, o czym była już wielokrotnie mowa w niniejszej pracy. Rozważania w rozdziale pierwszym¹¹⁰² i drugim¹¹⁰³ doprowadziły do wniosku, że przyznanie Zabezpieczeń Osobistych agentowi zabezpieczeń zwykle nie powinno stanowić problemu. Dlatego też trudno powiedzieć, co klauzula długu równoległego miałaby w tym przypadku obchodzić. To oznacza, że na tej podstawie, przynajmniej co do zasady, nie sposób będzie stwierdzić nieważność klauzuli długu równoległego w przypadku skorzystania z niej przy Zabezpieczeniach Osobistych. Wyjątki mogłyby dotyczyć ewentualnie sytuacji, w której przyznanie takich zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń stanowiłoby przekroczenie granic autonomii woli lub swobody umów, a przez klauzulę długu równoległego próbowałoby się to obejść¹¹⁰⁴. Wydaje się, że na podobnym stanowisku stoi

z pewnych zasad dotyczących praw rzeczowych i przepisów regulujących zastaw finansowy oraz zastaw zwykły buduje normę prawną, która stanowi, że niedopuszczalne jest takie ukształtowanie tych zabezpieczeń, aby jeden zastaw zabezpieczał więcej niż jedną wierzytelność, więcej niż jednego kredytodawcy. Konstrukcja klauzuli długu równoległego, ze względu na swój cel, prowadzi do obejścia tak rozumianej „ustawy” (normy prawnej).

¹⁰⁹⁷ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 120–121.

¹⁰⁹⁸ Por. M. Kućka, *Administrator...*, s. 64, który stwierdza: „Przeciwieństwem tego jest zabezpieczenie samodzielne (czyli nieakcesoryjne), które nie jest związane z zabezpieczanymi wierzytelnościami. Aby wierzytelności w ten sposób zabezpieczone zostały umorzone wraz ze spełnieniem świadczenia na rzecz administratora, wierzyciele, których administrator zastępuje, powinni upoważnić go do dochodzenia zabezpieczonych wierzytelności (przelew do inkasa, pełnomocnictwo) lub – **co może budzić wątpliwości, choć uzyskuje coraz większe uznanie w praktyce – dłużnik powinien zaciągnąć równoległe zobowiązanie wobec administratora (tzw. dług równoległy) (...)**” [pogrubienie – T.T.]

¹⁰⁹⁹ Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.2.3. oraz 2.3.2.2.

¹¹⁰⁰ Zob. podrozdział 2.3.2.2.3.

¹¹⁰¹ Mimo sporności, pogląd ten jednak należałoby uznać za dominujący. Zob. *ibid.* i rozważania tam poczynione.

¹¹⁰² Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.2.

¹¹⁰³ Zob. podrozdział 2.3.2.2.

¹¹⁰⁴ Tj. próbować ratować ważność przyznania Zabezpieczeń Osobistych agentowi zabezpieczeń.

M. Kućka, który również zdaje się sugerować, że w odniesieniu do zabezpieczeń osobistych ważność takiej klauzuli nie wydaje się być, aż tak dyskusyjna¹¹⁰⁵.

Dodatkowo za uznaniem ważności klauzuli długu równoległego w przypadku jej wykorzystania przy Zabezpieczeniach Osobistych, w tym przy przewłaszczeniu na zabezpieczenie, mogą przemawiać orzeczenia Sądu Najwyższego, tj. wyroki z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 155/09 i IV CSK 169/09 oraz wyrok z dnia 4 lutego 2010 r., IV CSK 328/09, w których Sąd Najwyższy nie zakwestionował jej ważności. Wyroki dotyczyły zabezpieczenia w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenia rzeczy ruchomych. Wydaje się, że orzeczenia te nie mogą stanowić bezdyskusyjnej podstawy do tezy, że Sąd Najwyższy generalnie zaakceptował ważność klauzuli długu równoległego (jak zdaje się to sugerować doktryna)¹¹⁰⁶. Należy zwrócić uwagę, że, po pierwsze, w występujących w tych sprawach stanach faktycznych nie jest do końca jasne, czy syndyk w sposób dostatecznie uzasadniony zakwestionował ważność takiej klauzuli oraz, po drugie, że klauzula długu równoległego rządziła się prawem obcym¹¹⁰⁷. Więcej na ten temat zatem w podrozdziale 5.5.

3.2.2.4.3.5. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że klauzula długu równoległego stanowi bardzo kontrowersyjny sposób rozwiązania problemu separacji podmiotowej. Powstają liczne wątpliwości związane z niezależnością takiego długu, jego abstrakcyjnością, brakiem świadczenia, czy obejściem przez taką klauzulę prawa. Z punktu widzenia jej abstrakcyjności, można zarówno postawić i bronić tezy o jej ważności, jak i o jej nieważności. Autor niniejszej pracy postawił tezę, że **w polskim porządku prawnym obowiązuje zasada kauzalności zobowiązań, ale ze względu na jej jedynie względny charakter, na jej podstawie nie można stwierdzić nieważności długu równoległego.**

Powyższa teza nie prowadzi jednak jeszcze do wniosku, że wierzytelność równoległa będzie stanowiła ważne zobowiązanie. Kolejna postawiona teza była następująca: **klauzulę długu równoległego należy uznać za nieważną, w przypadkach w których wykorzystuje się ją, aby obejść zakaz separacji podmiotowej występujący w odniesieniu do Zabezpieczeń Rzeczowych, ze względu na to, że jej cel prowadzi do obejścia prawa** (art. 58 § 1 k.c.). Taka teza wydaje się mniej bezdyskusyjna w odniesieniu do hipoteki i zastawu rejestrowego, przy których próba skorzystania z takiej klauzuli i przyznania zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń¹¹⁰⁸ prowadziłyby do obejścia przepisów o administratorze hipoteki czy zastawu. Może być bardziej kontrowersyjna w przypadku zastawu zwykłego lub zastawu finansowego, ale autor niniejszej pracy konsekwentnie stoi na stanowisku, że także w odniesieniu do tych zabezpieczeń klauzula długu

¹¹⁰⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 64.

¹¹⁰⁶ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 104–106 i s. 121.

¹¹⁰⁷ Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34.

¹¹⁰⁸ Który jednocześnie nie byłby administratorem odpowiednio hipoteki czy zastawu.

równoległego powinna zostać uznana za nieważną ze względu na jej cel polegający na obejściu szeroko rozumianej ustawy.

W odniesieniu do Zabezpieczeń Osobistych można natomiast postawić tezę, iż **klauzula długu równoległego, przynajmniej generalnie¹¹⁰⁹, nie może być uznana za nieważną ze względu na obejście prawa**. Jednak w przypadku tych zabezpieczeń, klauzula taka, patrząc z perspektywy problemu separacji podmiotowej, nie daje żadnych dodatkowych korzyści kredytodawcom¹¹¹⁰.

3.2.2.5. Agent jako wierzyciel z tytułu gwarancji lub weksla

Jednym z głównych zarzutów wobec klauzuli długu równoległego jest wątpliwość, czy strony mają swobodę odnośnie do możliwości kreowania abstrakcyjnych zobowiązań¹¹¹¹. Może zatem strony, aby ominąć problemy związane z ewentualnym brakiem prawidłowej kauzy dla długu równoległego, wykreują zobowiązanie, które zostało, czy to przez ustawodawcę, czy przez Sąd Najwyższy, uznane za abstrakcyjne. Zobowiązaniami, które powszechnie uznaje się za abstrakcyjne, są zobowiązania powstające na skutek np. weksla¹¹¹² albo gwarancji¹¹¹³.

3.2.2.5.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

W przypadku skorzystania z gwarancji lub weksla mogłoby się wydawać, że sposób rozwiązania problemu separacji podmiotowej jest bardzo prosty. Kredytobiorca albo udzielałby agentowi zabezpieczeń abstrakcyjnej gwarancji, albo wystawiałby na agenta zabezpieczeń weksel¹¹¹⁴, który miałby zabezpieczać wierzytelności kredytodawców¹¹¹⁵. Dzięki temu agent zabezpieczeń mógłby mieć odrębną, abstrakcyjną wierzytelność w stosunku do kredytobiorcy, która mogłaby być zabezpieczona i w odniesieniu do której, przynajmniej z założenia, problem jej abstrakcyjnego charakteru by nie powstawał. W ten sposób uniknęlibyśmy problemów, które wiążą się z abstrakcyjnością klauzuli długu równoległego. Wynikałoby to z faktu, że abstrakcyjność tych zobowiązań została przez ustawodawcę lub orzecznictwo wyraźnie potwierdzona.

¹¹⁰⁹ Generalnie problem mógłby dotyczyć poręczenia.

¹¹¹⁰ Korzyści takie w przypadku poręczenia mogłyby powstać, gdyby nie zgodzić się ze stanowiskiem, że skorzystanie z klauzuli długu równoległego w przypadku tego zabezpieczenia stanowi obejście prawa. Zob. uwagi powyżej w niniejszym podrozdziale.

¹¹¹¹ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41–42 oraz podrozdział 3.2.2.4.3.2.

¹¹¹² Zob. K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 289.

¹¹¹³ Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 166; K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 262–263 oraz uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis: 29265.

¹¹¹⁴ Funkcję zabezpieczającą może pełnić zarówno weksel zupełny, jak i *in blanco*. Zob. np. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 63.

¹¹¹⁵ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41.

3.2.2.5.2. Rodzące się wątpliwości

Można już obecnie spotkać w doktrynie głosy wskazujące na to, że instytucje gwarancji lub weksla nie rozwiążą prawidłowo problemu separacji podmiotowej¹¹¹⁶. Do tej dyskusji można jedynie dodać, że autorzy ci niedostatecznie blisko przyglądają się samej abstrakcyjności tych zobowiązań. Natomiast już wyłącznie z tej perspektywy można mieć wątpliwości, czy weksel lub gwarancja w sposób bardziej efektywny, niż omawiana powyżej klauzula długu równoległego, rozwiązują problem separacji podmiotowej.

Możliwa abstrakcyjność gwarancji, w przypadku odpowiedniego sformułowania jej treści¹¹¹⁷, oznacza brak możliwości skutecznego powoływania się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego przez gwaranta obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona¹¹¹⁸. Wyjaśniając to stwierdzenie Sądu Najwyższego, należy po pierwsze zauważyć, że **gwarancja sama w sobie stanowi zabezpieczenie wierzytelności**¹¹¹⁹. To oznacza, że przezwaga tego zabezpieczenia ze względu na jego abstrakcyjności, w porównaniu z np. kauzalnym poręczeniem, polega na tym, że jeżeli zobowiązanie, które jest zabezpieczone taką gwarancją okazałoby się np. nieważne, to nie powodowałoby to nieważności gwarancji. To oznacza, że wierzycielowi ciągle przysługiwałaby wierzytelność z tytułu gwarancji, mimo braku wierzytelności ze stosunku podstawowego.

Tak rozumiana abstrakcyjność nie rozwiązuje problemów związanych z brakiem kauzy, a przedstawionych w podrozdziale dotyczącym klauzuli długu równoległego¹¹²⁰. Wyżej przedstawiona abstrakcyjność gwarancji jest tylko jednym ze sposobów patrzenia na kauzalność zobowiązań i to z punktu widzenia możliwości podnoszenia zarzutów ze stosunku podstawowego¹¹²¹.

Po pierwsze, na kauzalność zobowiązań można jednak patrzeć szerzej i widzieć ją jako **przyczynę czy cel przysporzenia**¹¹²². W takim przypadku **wyżej przedstawiona „abstrakcyjność” gwarancji nie odpowiada na pytanie, czy jest ona na tyle abstrakcyjna, że może być udzielona tylko po to, aby wierzytelność z jej tytułu mogła być zabezpieczona**. Nie sposób nie zauważyć, że gwarancja sama w sobie

¹¹¹⁶ Zob. *ibid.*, s. 41–42 i przywoływane tam opracowania. Autor przytacza takie rozwiązania, choć sam kwestionuje ich skuteczność, ale z innym uzasadnieniem niż przedstawione w niniejszej pracy. Bardziej generalnie na temat abstrakcyjności zobowiązania z tytułu papierów wartościowych, zob. F. Zoll, *Klauzule dokumentowe. Prawo dokumentów dłużnych ze szczególnym uwzględnieniem papierów wartościowych*, C. H. Beck, Warszawa 2001, s. 69–92.

¹¹¹⁷ Zob. K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 290.

¹¹¹⁸ Zob. np. uchwałę Sądu Najwyższego (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, Legalis: 28058 lub uchwałę Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis: 29265.

¹¹¹⁹ Zob. np. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 165–166.

¹¹²⁰ Zob. podrozdział 3.2.2.4.3.2.

¹¹²¹ Zob. K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 287–290.

¹¹²² Zob. rozważania w podrozdziale 3.2.2.4.3.2.

stanowi zabezpieczenie wiarygodności. Może więc razić jeszcze większą sztucznością tworzenie „pozornego” zabezpieczenia, aby móc ustanowić „prawidłowe” zabezpieczenie. Mówiąc inaczej, rodzą się te same wątpliwości, co w przypadku klauzuli długu równoległego i wydaje się, że nawet ze wzmocnioną siłą¹¹²³.

Po drugie, patrząc z punktu widzenia kredytobiorcy, ostatnim co jest w jego interesie, to aby gwarancja była abstrakcyjna z punktu widzenia zarzutów gwaranta¹¹²⁴. Taka abstrakcyjność mogłaby prowadzić do jego odpowiedzialności z tytułu gwarancji, mimo braku obowiązku spłaty kredytu kredytodawcom¹¹²⁵. Mówiąc inaczej, kredytobiorca będzie bardzo mocno zainteresowany tym, aby mógł w odniesieniu do roszczeń z tytułu gwarancji, powoływać się na zarzuty ze specyficznie w tym przypadku rozumianych stosunków podstawowych. Wynika to z prostego faktu, że taka gwarancja byłaby tylko po to, aby móc przyznać zabezpieczenia agentowi zabezpieczeń, a nie aby stanowić jakieś dodatkowe zabezpieczenie. To będzie powodowało, że kredytobiorca, w przypadku w którym chciałby udzielić gwarancji agentowi zabezpieczeń, kształtowałaby ją jako „kausalną”, czyli taką, która będzie umożliwiała mu podnoszenie wszelkich zarzutów wynikających ze stosunków podstawowych (tj. kredytowych). Można by więc wtedy nawet próbować twierdzić, że dochodzi do naruszenia natury gwarancji, która pod tym względem z założenia powinna być abstrakcyjna¹¹²⁶.

Patrząc też na taką gwarancję z perspektywy całej transakcji, można znaleźć dodatkowe argumenty za twierdzeniem, że dochodzi do wypaczenia istoty czy natury tej instytucji prawnej. Gwarancja, jako zabezpieczenie wiarygodności, powinna służyć wzmocnieniu pozycji wierzyciela. W przypadku kredytowania konsorcjalnego, mimo że przysługiwałaby ona agentowi zabezpieczeń, wystawiana byłaby w interesie kredytodawców. To ich w istocie powinno się traktować jako wierzycieli, a trudno byłoby mówić o wzmocnieniu ich pozycji **wyłącznie** dzięki takiej gwarancji. Dochodziłoby do sytuacji wręcz odwrotnej. Ich pozycja ulegałaby pogorszeniu¹¹²⁷. Obok nich występowałby dodatkowy podmiot (agent zabezpieczeń), który miałby wiarygodność w stosunku do dłużnika, która odpowiadałaby sumie ich wiarygodności w stosunku do tego samego dłużnika. Nie sposób twierdzić, że pozycja wierzycieli ulega wzmocnieniu w przypadku, w którym ich dłużnik zaciąga dodatkowe, wielomilionowe zobowiązanie, w zamian za które do jego majątku nie wejdzie żadne mienie. Trudno też byłoby powiedzieć, co takie zobowiązanie miałyby „gwarantować”, a zatem czy można by w ogóle mówić o gwarancji. Nawet teza,

¹¹²³ Zob. podrozdział 3.2.2.4.3.2.1.

¹¹²⁴ Czyli z punktu widzenia, w jakim obecnie podkreśla się abstrakcyjność gwarancji.

¹¹²⁵ Oczywiście takie stwierdzenie opiera się na założeniu, że stosunkiem podstawowym dla takiej gwarancji byłyby stosunki kredytu między kredytobiorcą a kredytodawcami.

¹¹²⁶ Zob. K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 293.

¹¹²⁷ Jak już to było podkreślane w odniesieniu do długu równoległego, nie sposób mówić o polepszeniu sytuacji w przypadku **samego** zaciągnięcia nowego zobowiązania przez dłużnika w stosunku do agenta zabezpieczeń (w tym przypadku w postaci gwarancji). Natomiast niepoprawne wydaje się szukanie kauczy dla gwarancji dopiero w zabezpieczeniu „na niej” ustanowionym. Zob. uwagi w podrozdziale 3.2.2.4.3.3.

że mamy do czynienia ze zobowiązaniem „zbliżonym do nieakcesoryjnej gwarancji” wydaje się być zbyt daleko idąca¹¹²⁸.

Ze względu na powyższe, autor niniejszej pracy stawia tezę, iż zobowiązanie, przez które kredytobiorca starałby się kreować „odrębne” zobowiązanie, które miałyby jednak być jakoś „połączone” z wierzytelnościami kredytodawców, należy rozpatrywać na płaszczyźnie rozważań dotyczących jedynie długu równoległego, a nie gwarancji.

Niemalże identyczne problemy powstają w odniesieniu do zabezpieczenia wekslowego. Po pierwsze, abstrakcyjność zobowiązania wekslowego zdaje się wyglądać, w odniesieniu do relewantnego na potrzeby niniejszej rozprawy zakresu, bardzo podobnie do gwarancji¹¹²⁹. Ważność zobowiązania wekslowego nie zależy od ważności zobowiązania podstawowego (zobowiązania, z powodu którego weksel został wystawiony)¹¹³⁰. Ponadto należy podkreślić, że weksel staje się naprawdę abstrakcyjny dopiero po pierwszym indosie¹¹³¹, a w interesie kredytobiorcy powinno być zamieszczenie w treści weksła klauzuli „nie na zlecenie”. To oznacza, że tym bardziej wątpliwe jest, czy może on być kreowany jako abstrakcyjny, w rozumieniu niezbędnym na potrzeby niniejszej pracy, już przy jego wystawieniu. Po drugie, podobnie jak w przypadku gwarancji, w interesie kredytobiorcy (wystawcy weksła własnego) jest, aby zobowiązanie wekslowe było powiązane z wierzytelnościami kredytowymi¹¹³². Po trzecie, ponownie nie sposób nie dostrzec sztuczności konstrukcji, w której tworzyłoby się „pozorne” zabezpieczenie wekslowe w celu ustanowienia „prawidłowego” zabezpieczenia. Argument ten zyskuje na sile w kontekście tego, jak istota weksła zabezpieczającego jest określana w orzecznictwie i doktrynie¹¹³³.

¹¹²⁸ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41.

¹¹²⁹ Zob. K. Zaradkiewicz, *Numerus...*, s. 289. Zwłaszcza jeżeli się zgodzimy z tzw. teorią umowną powstania zobowiązania z papieru wartościowego. Wydaje się, że wtedy uzasadnione jest badanie kontekstu wystawienia weksła. Zob. Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 196–197 oraz F. Zoll, *Klauzule...*, s. 72–92. Zagadnienie to jest sporne w doktrynie.

¹¹³⁰ Zob. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 375 oraz L. Bagińska [w:] *Prawo wekslowe. Komentarz*, red. M. Czarnecki, L. Bagińska, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 17.

¹¹³¹ Natomiast weksel *in blanco* staje się „rzeczywiście” abstrakcyjny po jego uzupełnieniu i indosie. Zob. art. 10 (weksel *in blanco*) oraz art. 17 (weksel zupełny) ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe (Dz. U. z 2016 r. poz. 160) oraz L. Bagińska [w:] *Prawo...*, red. M. Czarnecki, L. Bagińska, komentarz do art. 17; Z. Radwański [w:] *System...*, t. 2, s. 196 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2004 r., V CK 427/03, Legalis: 69681. Szerzej w odniesieniu do papierów wartościowych zob. F. Zoll, *Klauzule...*, s. 77–78.

¹¹³² Zamieszczenie takiej klauzuli na wekslu jest jak najbardziej możliwe. Zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 79.

¹¹³³ W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 1997 r., I KKN 48/97, Legalis: 30834, możemy przeczytać, że „wystawienie weksła gwarancyjnego ma na celu zabezpieczenie zobowiązania ze stosunku cywilnoprawnego (podstawowego) i polega na tym, iż dłużnicy stosunku «podstawowego» podpisują blankiet wekslowy w miejscach przeznaczonych na podpisy zobowiązanych, wręczają wierzycielom i upoważniają go do wypełnienia stosownie do wyników obrachunku «podstawowego» stosunku prawnego. Dodatkowo, w innym orzeczeniu Sądu Najwyższego możemy znaleźć stwierdzenia, iż: „Weksel gwarancyjny nie jest wekslem abstrakcyjnym, lecz wekslem gwarantującym wykonanie zobowiązania, a więc «kausalnym»”.

T. Czech, który zdaje się zakładać dalej posuniętą abstrakcyjność weksla niż została założona powyżej, podnosi inne argumenty uzasadniające, dlaczego za pomocą weksla zabezpieczającego kredytodawcy nie poradzą sobie, w sposób zgodny z ich interesami, z problemem braku wiarytelności agenta zabezpieczeń. Autor ten zwraca uwagę, iż pojawiają się: ryzyko związane z dokumentowaniem wiarytelności w formie papieru wartościowego, wątpliwość czyją wiarytelność zabezpieczałoby zabezpieczenie (kredytodawców czy agenta), niepewność czy weksel przed indosem może zabezpieczyć kilka wiarytelności przysługujących różnym wierzycielom¹¹³⁴.

Powyższe prowadzi do tezy, że ani gwarancja, ani weksel **zabezpieczający nie stanowią mniej dyskusyjnego sposobu radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej niż klauzula długu równoległego.**

3.2.2.6. Agent jako gwarant

Problem z powyższymi rozwiązaniami, które próbowały utworzyć wiarytelność agenta zabezpieczeń, będącą „odrębną” od wiarytelności kredytodawców, polegał w dużej mierze na ich sztuczności¹¹³⁵. Sztuczność ta mogłaby prowadzić do próby późniejszego podważenia ich ważności, np. ze względu na brak kauzy. Natomiast ich nieważność prowadziłaby z kolei do nieważności zabezpieczeń zabezpieczających takie wiarytelności.

W związku z powyższym może warto byłoby spróbować wykreować w majątku agenta zabezpieczeń wiarytelność, która jest mniej sztuczna niż rozwiązania zaproponowane powyżej. Ciekawym rozwiązaniem wymyślonym w Holandii, zanim zaczęto stosować tam powszechnie klauzulę długu równoległego, było skorzystanie w interesującym sposobie z **umowy gwarancji**¹¹³⁶.

3.2.2.6.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

O umowie gwarancji była mowa w podrozdziale 3.2.2.5. Jednak w niniejszej części pracy będzie rozważane inne ukształtowanie relacji między podmiotami występującymi w tego rodzaju stosunku prawnym. We wspomnianej części pracy kredytobiorca był gwarantem, natomiast beneficjentem gwarancji był agent zabezpieczeń. Z tytułu takiej gwarancji agentowi zabezpieczeń miałyby przysługiwać odrębna wiarytelność, która rzekomo mogłaby być zabezpieczona kolejnymi zabezpieczeniami¹¹³⁷. W tym podrozdziale będzie mowa o bardziej skomplikowanej i innej strukturze relacji w ramach tej umowy.

Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1970 r., I PR 407/70, Legalis: 14961. Pogląd ten nie jest jednak bezsporny: Zob. M. Kosiński, J. Dybiński [w:] *System...*, t. 18, s. 207–210. Słusznie jednak autorzy ci zaznaczają, iż: „W tym miejscu należy jednak zauważyć, że abstrakcyjność zobowiązania wekslowego nie zwalnia go z wymagań stawianych wszelkim zobowiązaniom w prawie cywilnym. W szczególności zobowiązanie wekslowe, którego treść lub cel są niezgodne z ustawą lub z zasadami współzycia społeczno-art. 58 *KC*), jest bezwzględnie nieważne”. Zob. *ibid.*, s. 209.

¹¹³⁴ Zob. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41 i tak samo T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 553–554.

¹¹³⁵ Zob. podrozdziały 3.2.2.4. oraz 3.2.2.5.

¹¹³⁶ Zob. podrozdział 4.2.3. oraz A. Thiele, *Collective...*, s. 98–102.

¹¹³⁷ Zob. podrozdział 3.2.2.5.

Agent zabezpieczeń powinien być **nie tyle beneficjentem gwarancji, co gwarantem**. Natomiast **kredytobiorca**, zamiast być gwarantem, byłby **zleceniodawcą**¹¹³⁸. Zlecałby on agentowi zabezpieczeń udzielenie kredytodawcom gwarancji spłaty zaciągniętego przez niego, całego kredytu. Agent zabezpieczeń następnie by taką gwarancję zabezpieczającą wystawiał.

Powyższe może sugerować, że agent zabezpieczeń zamiast mieć wierzytelność w stosunku do kredytobiorcy, ma dług w stosunku do wszystkich kredytodawców na całą kwotę kredytu. Należy jednak zauważyć, że w przypadku braku spłaty kredytu przez kredytobiorcę i spłacenia wierzytelności kredytodawców przez agenta zabezpieczeń, przysługuje mu roszczenie zwrotne w stosunku do zleceniodawcy, tj. kredytobiorcy¹¹³⁹. Tym samym agentowi zabezpieczeń przysługiwałaby wierzytelność w stosunku do kredytobiorcy obejmująca cały kredyt i nic nie stoi na przeszkodzie, aby mogła ona być zabezpieczona. Wierzytelności takiej nie powinno się uważać za sztuczną¹¹⁴⁰, a zatem rozwiązanie takie może wydawać się prawidłowym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej.

3.2.2.6.2. Rodzące się wątpliwości

Główny problem z takim ukształtowaniem transakcji dotyczy **wierzytelności/rozszerzenia regresowego agenta zabezpieczeń**. Po pierwsze, aby agent zabezpieczeń (jako gwarant) mógł domagać się zwrotu od kredytobiorcy (zleceniodawcy) wypłaconej kredytodawcom (beneficjentom gwarancji) kwoty i tym samym móc wykonać przysługujące mu zabezpieczenie, musi ją **najpierw wypłacić**¹¹⁴¹. Biorąc pod uwagę, że agent zabezpieczeń sam jest zwykle jednym z kredytodawców¹¹⁴², nie do końca jest on zainteresowany spłatą innych kredytodawców swoim kosztem. Natomiast w przypadkach, w których agentem zabezpieczeń jest spółka celowa (SPV), z założenia spółka taka nie powinna posiadać środków na spłatę całego kredytu zamiast kredytobiorcy¹¹⁴³. Po drugie, kredytodawcy zwrócą się do agenta zabezpieczeń o wypłatę gwarancji w sytuacji, w której kredytobiorca zaprzestanie spłaty kredytu. To oznacza, że najprawdopodobniej sytuacja majątkowa kredytobiorcy nie będzie najlepsza. Natomiast agent zabezpieczeń, aby być w stanie dochodzić od kredytobiorcy całej kwoty kredytu, będzie musiał spłacić kredytodawcom cały kredyt. Realizacja zabezpieczeń w przypadku złej sytuacji majątkowej kredytobiorcy, jak pokazuje praktyka, nie zawsze prowadzi do odzyskania całej należności. To oznacza, że ryzyko niespłacenia całości kredytu zostałoby przerzucone

¹¹³⁸ Odnośnie do stron stosunku gwarancji zob. I. Heropolitańska, *Prawne...*, s. 167–168.

¹¹³⁹ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 360.

¹¹⁴⁰ Albo przynajmniej sztuczność byłoby jej dużo trudniej zarzucić.

¹¹⁴¹ A. Thiele, *Collective...*, s. 99 oraz J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 360.

¹¹⁴² Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 429.

¹¹⁴³ Spółka celowa (SPV), aby do minimum ograniczyć ryzyko upadłości, nie powinna prowadzić żadnej działalności gospodarczej poza zarządzaniem zabezpieczeniami i tym samym nie powinna dysponować środkami pieniężnymi ponad tę potrzebę. Zob. podrozdział 2.3.1.2.

z kredytodawców na agenta zabezpieczeń i to on ponosiłby ewentualne straty, gdyby takie ryzyko się ziszcilo.

W Holandii, aby poradzić sobie z tymi problemami, powyżej zarysowana konstrukcja była rozbudowywana. Agent zabezpieczeń zawierał dodatkową umowę pożyczki/kredytu z kredytodawcami¹¹⁴⁴, dzięki czemu, następnie, przez potrącenie swojej wierzytelności o wypłatę pożyczki/kredytu z wierzytelnością kredytodawców o wypłatę gwarancji, agent zabezpieczeń spełniał swoje świadczenie z tytułu gwarancji i tym samym uzyskiwał roszczenie regresowe wobec zleceniodawcy¹¹⁴⁵. Mówiąc inaczej, agent zabezpieczeń najpierw miałby wierzytelność o wypłatę pożyczki/kredytu z takiej „dodatkowej” umowy pożyczki/kredytu. Do wypłaty jednak nigdy by nie dochodziło, ponieważ wierzytelność agenta zabezpieczeń byłaby potrącana z wierzytelnością kredytodawców w stosunku do agenta zabezpieczeń z tytułu udzielonej przez niego gwarancji. Kredytodawcy w ten sposób uzyskiwaliby w stosunku do agenta wierzytelność o spłatę „dodatkowej” pożyczki/kredytu. To co potem udawałoby się uzyskać agentowi od „pierwotnego” kredytobiorcy (zleceniodawcy gwarancji) z realizacji zabezpieczeń, służyłoby spłacie „dodatkowej” pożyczki/kredytu udzielonego przez kredytodawców¹¹⁴⁶. Gdyby kwota uzyskana z tytułu realizacji zabezpieczeń nie wystarczała na spłatę całej pożyczki lub całego kredytu uzyskanego od kredytodawców z tytułu wspomnianej dodatkowej umowy, dochodziłoby do potrącenia wierzytelności agenta zabezpieczeń w stosunku do kredytodawców z tytułu zbyt wysokiej spłaty gwarancji (*limited recourse guarantee*) z wierzytelnością kredytodawców o spłatę kredytu/pożyczki¹¹⁴⁷. Problem pojawiał się w przypadku, w którym kredytodawcy nie byli chętni lub nie byli w stanie udzielić agentowi zabezpieczeń kredytu/pożyczki. W takim przypadku korzystano z podmiotu trzeciego (zwykle banku), co jednak dodatkowo komplikowało transakcję i podwyższało jej koszty¹¹⁴⁸.

Struktura ta w Holandii została jednak zastąpiona przez klauzulę długu równoległego ze względu na jej duże skomplikowanie, co miało też wpływ na znaczne koszty związane z samym ukształtowaniem takiej transakcji¹¹⁴⁹. **Można postawić tezę, że z podobnych powodów rozwiązanie to nie przyjęło się albo nie przyjęłoby się w polskiej**

¹¹⁴⁴ Tym samym z tytułu takiej umowy agent zabezpieczeń byłby kredytobiorcą albo pożyczkobiorcą, a kredytodawcy byłiby, „ponownie”, ale z tytułu innej umowy i to z innym podmiotem jako pożyczkobiorcą lub kredytobiorcą, kredytodawcami lub pożyczkodawcami.

¹¹⁴⁵ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 99.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ W Holandii mieliśmy tutaj do czynienia ze specyficzną gwarancją, która była w ten sposób ukształtowana przez strony, że suma gwarancji była uzależniona od kwoty, którą uda się uzyskać z tytułu realizacji zabezpieczeń (tzw. *limited recourse guarantee*). W przypadku w którym „wypłacona” przez agenta gwarancja była wyższa niż wpływy z tytułu realizacji przez niego zabezpieczeń, miał on roszczenie o zwrot takiej „nadpłaty”. Wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby w ramach swobody umów także w Polsce strony ukształtowały gwarancję w ten sposób. Zob. *ibid.*

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 100–101.

¹¹⁴⁹ Zob. *ibid.*, s. 98–102 oraz podrozdział 4.2.

praktyce¹¹⁵⁰. W przypadku hipoteki i zastawu rejestrowego kredytodawcy mogą skorzystać z dużo prostszej instytucji administratora hipoteki/zastawu. Tak skomplikowane ustrukturyzowanie transakcji jedynie dla potrzeb zastawu finansowego i zastawu zwykłego wydaje się być dla kredytodawców nieopłacalne. Natomiast w przypadku Zabezpieczeń Osobistych, taka konstrukcja nie dawałaby żadnych realnych korzyści kredytodawcom.

3.2.2.7. Wspólne prawo zabezpieczające kredytodawców

Wyżej przedstawione rozwiązania obracały się w sferze prawa zobowiązań. Polegały albo na próbie odpowiedniego ukształtowania stosunku prawnego łączącego kredytodawców i agenta zabezpieczeń z kredytobiorcą, albo na próbie przyznania agentowi zabezpieczeń stosunkowo niezależnej wierzytelności, która miałyby być zabezpieczona. Aby analiza w niniejszej rozprawie była pełna, można jeszcze rozważyć, czy rozwiązania problemu separacji podmiotowej nie dałoby się znaleźć na gruncie prawa rzeczowego.

3.2.2.7.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

Na wstępie niniejszego rozdziału zaznaczono, że problem separacji podmiotowej w zasadzie dotyczy przede wszystkim Zabezpieczeń Rzeczowych. W szczególności zastawu zwykłego i zastawu finansowego, ponieważ ustawodawca nie zdecydował się w odniesieniu do tych zabezpieczeń na wprowadzenie instytucji administratora. Prowadzi to m.in. do niepotrzebnej multiplikacji tych zabezpieczeń w przypadkach kredytowania konsorcjalnego¹¹⁵¹. Może zatem, zamiast mnożyć zabezpieczenia albo ewentualnie powoływać administratora hipoteki/zastawu, kredytodawcom należałoby przyznać wspólne Zabezpieczenie Rzeczowe. Zamiast np. przyznawać każdemu z kredytodawców jego własny zastaw finansowy albo przyznawać tytuł do jednej hipoteki administratorowi hipoteki, można by ustanowić, odpowiednio, jeden wspólny zastaw finansowy albo jedną wspólną hipotekę, do których tytuł przysługiwałby wszystkim kredytodawcom. W takiej sytuacji, w przypadku zastawu finansowego uniknęlibyśmy jego niepotrzebnej multiplikacji, a w przypadku hipoteki tytuł do zabezpieczenia od razu przysługiwałby kredytodawcom (bez pośrednictwa administratora w tym zakresie).

3.2.2.7.2. Rodzące się wątpliwości

Problem z przyznaniem wspólnego Prawa Rzeczowego polega na tym, że ustawodawca polski, inaczej niż np. ustawodawca holenderski¹¹⁵² czy niemiecki¹¹⁵³, nie reguluje instytucji wspólności któregośkolwiek z Zabezpieczeń Rzeczowych.

¹¹⁵⁰ Autor z zaprezentowanym rozwiązaniem nie spotkał się nigdy ani w analizowanych orzeczeniach, ani w swojej praktyce zawodowej. Na wszelki wypadek w tezie został jednak dodany tryb przypuszczający, ponieważ autor niniejszego opracowania wszystkich polskich kredytowań konsorcjalnych nie przeanalizował.

¹¹⁵¹ Zob. podrozdziały 2.3.1.1. oraz 2.3.1.3.

¹¹⁵² A. Thiele, *Collective...*, s. 77, przypis 235; T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 65.

¹¹⁵³ Zob. A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 52.

Możliwość ustanawiania wspólnego Prawa Rzeczowego, przede wszystkim w odniesieniu do hipoteki, znalazła już szerokie omówienie w literaturze¹¹⁵⁴. W doktrynie panuje zgoda, że strony nie mają swobody w ukształtowaniu wspólnego zabezpieczenia rzeczowego w przypadku wielości wierzycieli, więc kwestia ta nie wymaga szerszej analizy¹¹⁵⁵.

Należy tylko dla klarowności wyводу zaznaczyć, że autorzy tacy jak M. Kućka¹¹⁵⁶ czy J. Pisuliński, Ł. Przyborowski i G. Tracz¹¹⁵⁷ twierdzą, że tytuł do hipoteki czy zastawu rejestrowego przysługuje nie administratorowi hipoteki czy zastawu, a kredytodawcom. W przypadku skorzystania z tych instytucji powstaje zatem, ich zdaniem, **wspólna** hipoteka/zastaw rejestrowy, które są wykonywane przez administratora we własnym imieniu, ale na rachunek kredytodawców¹¹⁵⁸. Jednak nawet ci autorzy twierdzą, że w przypadku wielości wierzycieli, poza przypadkami wyjątkowymi¹¹⁵⁹, nie jest możliwe wykreowanie przez wierzycieli wspólnego rzeczowego prawa zabezpieczającego¹¹⁶⁰. Implementując ich pogląd, wspólna hipoteka czy zastaw rejestrowy nie mogłyby zastąpić instytucji administratora zastawu czy hipoteki, ponieważ utworzenie wspólnej hipoteki czy zastawu musiałoby się wiązać z powołaniem administratora. Natomiast nie mogłyby doprowadzić do utworzenia wspólnego zastawu zwykłego czy zastawu finansowego, ponieważ zabezpieczenia te nie przewidują instytucji administratora. Tylko dzięki tej instytucji można pierwotnie, przy zaakceptowaniu poglądu tych autorów, ustanowić wspólne Zabezpieczenie Rzeczowe. Mówiąc inaczej, niezależnie od tego, czy przyjmujemy stanowisko, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, czy pogląd, że przysługuje on kredytodawcom, wspólne zabezpieczenie nie stanowi rozwiązania problemu separacji podmiotowej.

Na marginesie można zauważyć, że pomimo iż np. przepisy holenderskie dopuszczają wspólne zabezpieczenie rzeczowe/wspólną hipotekę, to praktycznie nie jest ona wykorzystywana w przypadku kredytowania konsorcjalnego ze względu na problemy z zarządzaniem takim wspólnym prawem¹¹⁶¹. Niedogodności związane z istnieniem wspólnego zabezpieczenia dostrzegają również polscy autorzy. Dlatego też podkreślają

¹¹⁵⁴ Zob. T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 25–27; T. Czech, *Funkcje...*, s. 40–41; M. Kućka, *Administrator...*, s. 83–90; T. Tomczak, *Wspólność...*; A. Drewicz-Tułodziecka, A. Widziejewicz, *Finansowanie...*, s. 52; A. Bieranowski, *Dług...*, s. 83 i inni.

¹¹⁵⁵ Na takim stanowisku stoją: T. Czech, T. Stawecki, *Hipoteka...*, s. 25–27; T. Czech, *Funkcje...*, s. 40–41; T. Tomczak, *Wspólność...*; A. Bieranowski, *Dług...*, s. 83; M. Kućka, *Administrator...*, s. 83–90 oraz E. Gniewek, *Akt...*, s. 46.

¹¹⁵⁶ M. Kućka, *Administrator...*, s. 83–90.

¹¹⁵⁷ Zob. J. Pisuliński, Ł. Przyborowski, G. Tracz [w:] *System...*, t. 5, s. 273–274.

¹¹⁵⁸ Zob. *ibid.*

¹¹⁵⁹ Np. wspólnej wierzytelności w ramach majątku wspólnego małżonków lub spółki cywilnej. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 84–85.

¹¹⁶⁰ Zob. *ibid.*, s. 85.

¹¹⁶¹ Wyjątkiem są małe, dwubankowe konsorcja, w których jeden z kredytodawców może nie chcieć, aby drugi był w pewnym sensie w uprzywilejowanej pozycji co do zabezpieczeń. Tak J. Millenaar, który poprowadził drugi wykład podczas kursu *Principles of Finance and Secured Transactions* na Uniwersytecie

oni wymóg istnienia administratora, aby udało się ich uniknąć i wskazują tę instytucję jako wymóg, aby wspólne prawo w ogóle mogło powstać¹¹⁶². Autor niniejszej pracy nie zgadza się z tym stanowiskiem, twierdząc, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora, a co za tym idzie wspólne prawo, a zatem i owe problemy, po prostu nie powstają. Tym samym nie tworzy sztucznej konstrukcji, przy której twierdzi się, że powstaje wspólne prawo, ale współuprawnieni nie mogą go w zasadzie wykonywać, ponieważ byłoby to problematyczne.

3.2.2.8. Wierzytelność jako składnik wspólności łącznej

3.2.2.8.1. Proponowany sposób rozwiązania problemu

Ostatnim rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej, które wydaje się występować „na styku” prawa zobowiązań i prawa rzeczowego¹¹⁶³, jest utworzenie pomiędzy kredytodawcami odpowiedniej wspólności łącznej. W takim przypadku udzielenie przez kredytodawców kredytu w ramach tej wspólności, wydaje się, w końcu wykreowałoby ich **jedną**, wspólną wierzytelność w stosunku do kredytobiorcy¹¹⁶⁴. Skoro wierzytelność byłaby jedna to i zabezpieczenie mogłoby być jedno¹¹⁶⁵. To oznacza, że np. w przypadku zastawu finansowego czy zastawu zwykłego moglibyśmy uniknąć niepotrzebnego powielania zabezpieczeń.

3.2.2.8.2. Rodzące się wątpliwości

Wspólność łączna w prawie polskim powstaje jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie¹¹⁶⁶, przede wszystkim w przypadkach małżeńskiej wspólności majątkowej lub spółki cywilnej¹¹⁶⁷. Z oczywistych względów małżeńska wspólność majątkowa między konsorcjantami nie wymaga rozważenia. To oznacza, że jedynym, ewentualnym rozwiązaniem jest zawiązanie przez kredytodawców spółki cywilnej i w jej ramach, w sposób pierwotny, mogłaby powstać wspólna wierzytelność¹¹⁶⁸.

Radboud w Holandii w czasie roku akademickiego 2014/2015. J. Millenaar jak prawnikiem w banku ING w Holandii.

¹¹⁶² Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 85.

¹¹⁶³ A zatem odpowiednie wydaje się jego przeanalizowanie na końcu niniejszego rozdziału, po rozważeniu proponowanych rozwiązań o charakterze zobowiązaniowym i rzeczowym. Z jednej strony mamy do czynienia umową zobowiązaniową (art. 860–875 k.c.), z drugiej jednak wywołuje ona trwałe skutki rzeczowe. Taki podwójny charakter można zauważyć np. w pracach: T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 289 oraz E. Gniewek, *Prawo...*, s. 132–134.

¹¹⁶⁴ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 269–272. Bardziej generalne rozważania na ten temat prowadzi M. Pyziak-Szafnicka, które prezentuje różne stanowiska, ale wydaje się, że stoi na stanowisku, że w takim przypadku powinna powstać jedna wierzytelność. Zob. M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System...*, t. 5, s. 70–71. Zob. też M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 155–199. Zob. też podrozdziały: 3.2.2.1.2.1. oraz 3.2.2.2.

¹¹⁶⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 85; T. Czech, *Zabezpieczenie...*, cz. I, s. 25–26; T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 74–77.

¹¹⁶⁶ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 289.

¹¹⁶⁷ Zob. E. Gniewek, *Prawo...*, s. 132.

¹¹⁶⁸ Odnośnie do możliwości wtórnego powstania takiego prawa zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 86. Należy podkreślić, że przez długi czas problem kwalifikacji konsorcjum jako spółki cywilnej należał do

Po pierwsze jednak, już kilkakrotnie podkreślono powyżej, dlaczego kredytodawcy nie powinni być zainteresowani wspólną wierzytelnością i rozważań tych nie ma potrzeby powtarzać¹¹⁶⁹. Poza tym w literaturze raczej powszechnie podkreśla się, że spółka cywilna nie zaspokaja należycie interesów kredytodawców, ponieważ prowadzi do niepożądanych konsekwencji związanych z istnieniem między kredytodawcami wspólności łącznej¹¹⁷⁰. Dodatkowo, rozwiązanie to radziłoby sobie może z problemem wielości zabezpieczeń¹¹⁷¹, ale już niekoniecznie z problemem zbiorowości zabezpieczeń. Wydaje się, że w takim przypadku musiałyby dojść do przyznania tytułu do zabezpieczenia wszystkim kredytodawcom, a nie agentowi zabezpieczeń¹¹⁷². Powstawałaby zatem wspólność łączna zabezpieczenia. To oznaczałoby, że między kredytodawcami istniałoby kłopotliwe w zarządzaniu wspólne zabezpieczenie, a trudności z tego wynikające należałoby pomnożyć przez liczbę przyznawanych wspólnie zabezpieczeń¹¹⁷³.

Na koniec można zatem zauważyć, iż słusznie T. Czech w swoich rozważaniach: „Czy konsorcjum kredytowe jest spółką?” stwierdza nie tylko, że konsorcjum kredytowe zasadniczo nie jest spółką, ale też, że kredytodawcy nie mają zamiaru takiej konstrukcji powoływać¹¹⁷⁴. Autor ten swe stanowisko uzasadnił m.in.: brakiem w polskim porządku prawnym tzw. „spółki wewnętrznej”, „niepraktycznością” wspólności łącznej w przypadku kredytowania konsorcjalnego i brakiem możliwości jej wyłączenia drogą uzgodnień pomiędzy kredytodawcami, powstaniem obowiązku zapłaty podatku od czynności cywilnoprawnych w przypadku kwalifikacji konsorcjum jako spółki, powstaniem różnych obowiązków publicznoprawnych związanych z zawarciem umowy spółki¹¹⁷⁵ oraz argumentami natury komparatystycznej¹¹⁷⁶. Argumenty te nie wymagają szerszego rozważania z dwóch powodów. Po pierwsze, wspomniany autor omówił je w sposób bardzo obszerny, zwracając szczegółowo uwagę na stanowiska autorów prezentujących pogląd przeciwny. Niniejsza praca stanowiłaby tylko ich niepotrzebne powielanie i nie wnosiłaby nic nowego do dyskusji¹¹⁷⁷. Po drugie, pogląd T. Czecha już od jakiegoś czasu znajduje poparcie, przynajmniej częściowe, w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹¹⁷⁸. W jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy stwierdził, że:

bardzo spornych w doktrynie. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 257.

¹¹⁶⁹ Zob. podrozdział 3.2.2.3. oraz T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 268 i s. 363–367.

¹¹⁷⁰ Zob. np. T. Czech, *Funkcje...*, s. 41; T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 272–279.

¹¹⁷¹ Zob. podrozdział 2.2.2.

¹¹⁷² Podobnie: T. Czech, *Funkcje...*, s. 41.

¹¹⁷³ Zob. uwagi w podrozdziale 3.2.2.7.

¹¹⁷⁴ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 257–323.

¹¹⁷⁵ Np. wymóg uzyskania dla spółki REGON-u.

¹¹⁷⁶ Szerzej na temat tych i innych argumentów zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 257–323 oraz przytoczoną tam literaturę.

¹¹⁷⁷ Ponad 60 stron opracowania T. Czecha zostało poświęconych temu zagadnieniu. Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 257–323.

¹¹⁷⁸ Biorąc pod uwagę postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2019 r., III CSK 182/18, Legalis: 1866017, można wręcz powiedzieć, że mamy do czynienia z utrwaloną linią orzecniczą.

Nie ma podstaw do **automatycznego kwalifikowania** wszystkich umów o współdziałanie (lub podobnie nazwanych), w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego, **jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej.** (...) Tymczasem, **co do zasady, konsorcjum nie jest spółką cywilną**, chyba że wola stron ukształtowano je w ten sposób, że spełnia wymogi konstrukcyjne wyznaczające treść takiego stosunku prawnego, tj. istnieje przedsiębiorstwo, majątek wspólny, więzi organizacyjne i majątkowe wspólników¹¹⁷⁹ [pogrubienie – T.T.].

Aby rozwiązać wszelkie wątpliwości co do braku zamiaru zawiązywania przez kredytodawców spółki cywilnej w przypadku kredytowania konsorcjalnego, w umowie kredytowej lub w umowie konsorcjum znajduje się zwykle wyraźne postanowienie, że kredytodawcy nie tworzą spółki cywilnej¹¹⁸⁰. Można zatem postawić tezę, że **utworzenie przez banki spółki cywilnej w przypadku kredytowania konsorcjalnego nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej.**

Na koniec należy jednak podkreślić, że z prawnego punktu widzenia nic nie stoi na przeszkodzie, aby kredytodawcy zawiązali spółkę cywilną i w jej ramach udzielili kredytu. Nie powinno to jednak być w ich interesie¹¹⁸¹.

3.3. Podsumowanie

Na początku niniejszego rozdziału w sposób obszerny przedstawiono i zdefiniowano problem separacji podmiotowej¹¹⁸².

Było to potrzebne, aby prawidłowo odpowiedzieć na pytanie, które stanowiło główny cel badawczy niniejszego rozdziału, tj.: w jaki sposób w przypadku kredytowania konsorcjalnego w polskim systemie prawnym najlepiej można poradzić sobie z problemem separacji podmiotowej?

Odnosząc się do tak określonego problemu badawczego, w niniejszym rozdziale udowodniono następującą tezę główną.

¹¹⁷⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, Legalis: 1303686. Podobną tezę można znaleźć w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2019 r., III CSK 182/18, Legalis: 1866017, w którym możemy przeczytać: „Z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną, a konsorcjum, którego zawarcie nie musi powodować powstania majątku wspólnego członków konsorcjum. Nie ma zatem podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum, jako umów spółki cywilnej, jest to bowiem uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych spółki cywilnej”. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, Legalis: 1180506.

¹¹⁸⁰ Zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 323.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, s. 553.

¹¹⁸² Został zdefiniowany jako próba przyznania zabezpieczenia agentowi zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku, gdy tytuły do zabezpieczonych wierzytelności są lub mają być w rękach kredytodawców udzielających kredytu konsorcjalnego. Zob. podrozdział 3.1.

W polskim systemie prawnym obecnie optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego jest instytucja administratora zabezpieczeń. Jednakże jest to obecnie rozwiązanie niedoskonałe, nierozwiązujące tego problemu w sposób całkowity.

Teza ta została udowodniona na podstawie następujących tez częściowych:

- 1) utworzenie przez kredytodawców konsorcjum, nawet gdy w jego szeroko rozumianych ramach występują różnego rodzaju finansowania, sprawia, że przesłanka finansowania przez zabezpieczone wierzycieli tego samego przedsięwzięcia, o której mowa w art. 68² ust. 1 u.k.w.h., jest spełniona;
- 2) w przypadku instytucji solidarności wierzycieli nie mamy do czynienia z jedną wierzycielnością i współwierzycielami, a z jednym stosunkiem prawnym oraz wielością wierzycieli i wierzycieli w jego ramach;
- 3) instytucja solidarności wierzycieli nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej;
- 4) niedopuszczalne jest ukształtowanie świadczenia kredytobiorcy w przypadku kredytowania konsorcjalnego jako niepodzielnego;
- 5) strony postanowieniami umownymi, poza przypadkami solidarności oraz dopuszczalnymi sytuacjami niepodzielności świadczenia, nie mogą wyłączyć skutku z art. 379 § 1 k.c.;
- 6) kredytodawcy w ramach kredytowania konsorcjalnego zwykle nie zgodzą się na wspólną wierzycielność tylko po to, aby usprawnić zarządzanie zabezpieczeniami;
- 7) zabezpieczenie, jako pomocnicze i niemające w zasadzie samodzielnie znaczenia, powinny dostosowywać się do potrzeb relacji kredytowej, a nie na odwrót;
- 8) klauzula długu równoległego jest czynnością prawną przysparzającą¹¹⁸³;
- 9) w polskim prawie obowiązuje zasada kauzalności czynności prawnych zobowiązujących;
- 10) zasada kauzalności zobowiązań nie ma charakteru bezwzględnie i strony, przy spełnieniu określonych przesłanek, mogą zasadę tę wyłączyć;
- 11) względne obowiązywanie zasady kauzalności czynności prawnych zobowiązujących powoduje, że abstrakcyjność długu równoległego nie powinna prowadzić do jego nieważności;
- 12) klauzulę długu równoległego, która miałaby służyć umożliwieniu przyznania agentowi zabezpieczeń Zabezpieczeń Rzeczowych, należy uznać za nieważną ze względu na obejście prawa;
- 13) klauzulę długu równoległego, która miałaby służyć przyznaniu agentowi Zabezpieczeń Osobistych należałoby, co do zasady, uznać za ważną, jednak z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej nie dawałaby ona kredytodawcom żadnych dodatkowych korzyści;

¹¹⁸³ Postawienie rzeczonej tezy dla wykazania tezy głównej było potrzebne, ponieważ problem abstrakcyjności i kauzalności zobowiązań odnosi się jedynie do czynności prawnych przysparzających.

- 14) kreowanie przez gwarancję lub weksel zabezpieczający abstrakcyjnego zobowiązania kredytobiorcy w stosunku do agenta zabezpieczeń, nie stanowi mniej dyskusyjnego sposobu radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej niż klauzula długu równoległego;
- 15) ze względu na duże skomplikowanie i znaczne koszty związane z takim ukształtowaniem transakcji, gwarancja wystawiona na zlecenie kredytobiorcy przez agenta zabezpieczeń na rzecz kredytodawców nie stanowi efektywnego sposobu rozwiązania problemu separacji podmiotowej;
- 16) utworzenie przez kredytodawców spółki cywilnej w przypadku kredytowania konsorcjalnego nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej, ze względu na niepożądane przez kredytodawców powstanie w takim przypadku wspólności łącznej;
- 17) instytucja administratora hipoteki i administratora zastawu w sposób najbardziej efektywny radzi sobie z problemem upadłości agenta zabezpieczeń.

W niniejszym rozdziale, przy okazji rozważań głównych, zostały też zgłoszone pewne postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do instytucji administratora zabezpieczeń. Jednak zostaną one wzmocnione i uzupełnione analizą prawnoporównawczą w rozdziale czwartym. Tym samym dopiero w podsumowaniu czwartego rozdziału znajdzie się ich zwięzły i całościowy wykaz.

Rozdział 4

Problem separacji podmiotowej w wybranych obcych porządkach prawnych

4.1. Wstęp

Jak wykazano w rozdziale 3, żaden z polskich sposobów radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej nie jest idealny. Można zarzucać im niepełne rozwiązanie problemu (np. administrator hipoteki/zastawu), wątpliwości co do ich skuteczności (np. dług równoległy), czy ich niepraktyczność (np. zawiązanie przez kredytodawców spółki cywilnej)¹¹⁸⁴.

Stan faktyczny, w którym jeden podmiot potrzebuje tak dużego finansowania, że po stronie finansujących powstaje potrzeba zawiązania konsorcjum kredytowego, nie jest swoisty wyłącznie dla polskiej przestrzeni gospodarczej¹¹⁸⁵. Można się zatem zastanawiać, czy problem separacji podmiotowej powstaje też w innych porządkach prawnych. Zarówno odpowiedź twierdząca, jak i przecząca na to pytanie może mieć znaczny walor poznawczy. Odpowiedź „tak”, prowadzi do kolejnego pytania: w jaki sposób w takim razie dany porządek z tym problemem sobie radzi? Odpowiedź: „nie”, prowadzi do dwóch pytań: 1) dlaczego nie?; 2) czy z tego powodu powstają jakieś zagrożenia czy problemy dla uczestników obrotu?

Niniejsza praca nie ma jednak charakteru komparatystycznego. Autor nie zdecydował się na taki rodzaj ze względu na poziom skomplikowania materii. Po pierwsze, co będzie po części widoczne w podrozdziale 4.3., brak problemu separacji podmiotowej może wynikać z zupełnie innych założeń, na których opiera się czy to prawo rzeczowe, czy prawo zabezpieczenia wierzytelności. To oznacza, że aby jakiegokolwiek prawidłowe postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do prawa polskiego mogły być wyciągane na podstawie analizy takiego porządku prawnego, potrzebne byłyby bardzo rozbudowane i złożone badania. Co więcej, autor, jako wychowany w polskim systemie prawnym, mógłby patrzeć na pewne obce instytucje z polskiej perspektywy, nieumyślnie je zniekształcając, przez próbę ich wkomponowania w znane mu instytucje czy terminologię¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ Więcej i bardziej dokładnie na temat niewłaściwości proponowanych rozwiązań zob. rozdział 3.

¹¹⁸⁵ Wydaje się, że nawet bez przeprowadzenia badań empirycznych można postawić tezę, że w bardziej rozwiniętych gospodarkach taki stan faktyczny będzie należał do częstych, ze względu na występowanie w nich bardziej majątnych podmiotów.

¹¹⁸⁶ Jest to oczywiście ryzyko każdej pracy komparatystycznej.

Po drugie, zwykle porównanie np. instytucji administratora zabezpieczeń lub faktu braku występowania tej instytucji w różnych porządkach prawnych¹¹⁸⁷, byłoby niewystarczające. Mogłoby prowadzić do zbyt uproszczonych wniosków. Wynika to z faktu, iż, jak pokazał rozdział 3 i zaraz ukaże np. podrozdział 4.2., prób rozwiązania problemu separacji podmiotowej można doszukiwać się nie tylko w instytucji administratora. To oznacza, że pełna odpowiedź na pytanie wymagałaby rozważenia w analizowanych porządkach prawnych bardzo skomplikowanych i obszernych materii, jakimi są np. granice swobody umów czy zakres swobody stron w kształtowaniu treści stosunków prawnorzeczowych¹¹⁸⁸.

Wyżej wspomniane zagrożenia doprowadziły autora niniejszej pracy do wniosku, że praca komparatystyczna mogłaby zbyt upraszczać problem i tym samym wyrządzać więcej złego niż mieć rzeczywisty walor poznawczy. Autor postanowił się skupić tylko na dwóch porządkach prawnych: prawie holenderskim i prawie prowincji Ontario (Kanada).

Wybór prawa holenderskiego wynika z faktu, że autor studiował w Holandii w ramach programu LL.M. i obronił tam pracę dotyczącą właśnie klauzuli długu równoległego. Dodatkowo to właśnie studia w Holandii zainspirowały autora do zajęcia się problemem analizowanym w niniejszej rozprawie doktorskiej, a sama rozprawa stanowi znaczne rozbudowanie badań prowadzonych w Holandii.

Wybór prawa prowincji Ontario wynika z podobnej przyczyny. Autor studiował na Uniwersytecie w Ottawie (Kanada) w ramach kolejnego programu LL.M. Kanada jest państwem federalnym¹¹⁸⁹, a Ottawa leży w prowincji Ontario, więc autor wybrał porządek prawny, w którym studiował. Co istotne, system prawny prowincji Ontario jest porządkiem *common law*. Ma to duże znaczenie dla przedmiotu niniejszej pracy ze względu na wywodzenie się instytucji kredytowania konsorcjalnego z takiego systemu prawnego i faktu, że polska dokumentacja opiera się w dużej mierze na wzorcach z tego rodzaju systemu prawnego¹¹⁹⁰.

Choć praca ta nie ma charakteru porównawczego, analiza dwóch rzeczonych porządków prawnych powinna wystarczyć, aby lepiej ukazać z czego tak naprawdę wynikają polskie problemy z instytucją administratora oraz zgłosić w stosunku do niej postulaty *de lege ferenda*. Zwłaszcza że w przypadku prawa holenderskiego odpowiedź na pytanie, czy problem separacji podmiotowej powstaje, jest twierdząca. Natomiast w wypadku prawa prowincji Ontario okaże się, że odpowiedź jest przecząca. Mówiąc inaczej, z jednej strony mamy kontynentalny porządek prawny, w którym rzeczony problem powstaje. Z drugiej natomiast strony system *common law*, gdzie taki problem się nie

¹¹⁸⁷ Co po części czyni np. M. Kućka, *Administrator...*, s. 269–295.

¹¹⁸⁸ Zob. rozdział 3.

¹¹⁸⁹ Zob. T. Tomczak, *Wykorzystanie powiernika zabezpieczeń albo trustu przy zabezpieczeniu kredytowania konsorcjalnego w prawie polskim i Ontario*, Monitor Prawa Bankowego 2019, nr 2, s. 92, przypis 1.

¹¹⁹⁰ Zob. podrozdział 1.1. Co prawda z prawa angielskiego, a nie prawa prowincji Ontario. Zob. jednak T. Tomczak, *Wykorzystanie...*, s. 92, przypis 2.

pojawia. To pozwala postawić różne pytania badawcze¹¹⁹¹, co wpłynie na większy walor poznawczy niniejszego rozdziału.

Można tylko na marginesie ponownie zauważyć, że blisko związane z przedmiotem niniejszej pracy jest opracowanie M. Kućki dotyczące administratora zabezpieczeń¹¹⁹². W rozdziale pt. *Rozwiązania Modelowe, obowiązujące rozwiązania obce i projektowane rozwiązania rodzime* autor ten rozważa instytucję administratora zabezpieczeń w prawie francuskim oraz w prawie węgierskim. Co więcej, odnosi się też do rozwiązań modelowych, tj. *Model Law on Secured Transactions* oraz *Draft Common Frame of Reference* (Projekt Wspólnej Ramy Odniesienia)¹¹⁹³. Z jednej strony pozwala to w niniejszej pracy pominąć rozważania dotyczące rozwiązań modelowych¹¹⁹⁴. Z drugiej strony niniejsza rozprawa analizuje porządki prawne niezbadane przez M. Kućkę, tym samym stanowi, przynajmniej w pewnym stopniu, uzupełnienie tego opracowania¹¹⁹⁵. Jeszcze bardziej perspektywę komparatystyczną rozszerza często przytaczane poniżej opracowanie A. Thiele *Collective Security arrangements. A comparative study of Dutch, English and German Law*¹¹⁹⁶. Publikacja ta, poza holenderskim porządkiem prawnym, który jest omawiany w ramach niniejszej pracy, rozważa problem zbiorowego zabezpieczenia wierzytelności także w odniesieniu do prawa angielskiego i niemieckiego¹¹⁹⁷.

4.2. Prawo holenderskie

4.2.1. Wstęp

Zanim w niniejszej pracy zostanie rozważone, czy problem separacji podmiotowej powstaje na gruncie prawa holenderskiego, należy poczynić bardzo ogólne uwagi odnośnie do tego porządku prawnego.

¹¹⁹¹ W odniesieniu do prawa holenderskiego: w jaki sposób ten porządek prawny radzi sobie z problemem separacji podmiotowej? W odniesieniu do prawa prowincji Ontario: 1) dlaczego problem separacji podmiotowej nie powstaje?; 2) czy z tego powodu powstają jakieś zagrożenia czy problemy dla uczestników obrotu?

¹¹⁹² M. Kućka, *Administrator*....

¹¹⁹³ Jako jedno z opracowań projektu Draft Common Frame of Reference można wskazać: C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Walter de Gruyter 2009.

¹¹⁹⁴ Wynika to z faktu, że ulepszenie instytucji administratora zabezpieczeń zostało przyjęte jako najlepsze rozwiązanie problemu separacji podmiotowej. Odrębnym, ciekawym przedmiotem badań, który wydaje się zasługiwać nawet na kilka lub kilkanaście artykułów, byłoby zestawienie rozwiązań problemu separacji podmiotowej proponowanych w rozdziale 3, które często budzą wątpliwości co do ich natury (np. czy solidarność prowadzi do powstania jednej wierzytelności czy kilku) z rozwiązaniami modelowymi.

¹¹⁹⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator*..., s. 269–295.

¹¹⁹⁶ A. Thiele, *Collective*....

¹¹⁹⁷ Należy jednak zauważyć, że opracowanie to pochodzi z roku 2003, więc w odniesieniu do tych dwóch porządków prawnych wiele mogło się zmienić. Aktualność rozważań w odniesieniu do prawa holenderskiego wynika z faktu, że po pierwsze, autor obronił pracę o podobnej tematyce, oraz po drugie, faktu, że w 2015 r. autor wysłuchał wykładu A. Thiele w ramach przedmiotu *Principles of Finance and Secured Transactions*, gdzie autorka ta zaznaczyła, że jej opracowanie jest w znacznej mierze ciągle aktualne i zwróciła uwagę na kwestie, odnośnie do których jej opracowanie przestało być aktualne.

Po pierwsze, prawo holenderskie, tak samo jak prawo polskie, należy do tradycji kontynentalnych systemów prawnych. To oznacza, że po pierwsze, przynajmniej z założenia, powinno być bardziej podobne do prawa polskiego niż prawo prowincji Ontario. Po drugie, istnieje co najmniej większe prawdopodobieństwo, że w tym systemie prawnym powstaje problem podobny do tego, jaki powstaje na gruncie prawa polskiego. W dalszej części niniejszego podrozdziału (4.2.) założenia te zostaną zweryfikowane.

Po drugie, prawo holenderskie ma stosunkowo nowy Kodeks cywilny (hol. *Burgerlijk Wetboek*¹¹⁹⁸, dalej: BW). Wszedł on w życie z dniem 1 stycznia 1992 r. Kodeks ten jest oparty na badaniach komparatystycznych. To oznacza, że jego twórcy prawdopodobnie przy jego tworzeniu mogli już wziąć pod uwagę potencjalny problem separacji podmiotowej¹¹⁹⁹.

4.2.2. Czy problem separacji podmiotowej powstaje na gruncie prawa holenderskiego?

Jak zostało to podsumowane w podrozdziale 3.1., problem separacji podmiotowej powstaje przede wszystkim na skutek wystąpienia następujących zjawisk/instytucji:

- 1) odpowiedniego ustrukturyzowania transakcji kredytowania konsorcjalnego – przede wszystkim potrzeby efektywnego zabezpieczenia finansowania, co wiąże się z potrzebą wystąpienia agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego¹²⁰⁰; oraz
- 2) przyjęcia, że zabezpieczenia są zasadniczo Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi. Dalsza analiza powinna zatem obejmować kolejno te zagadnienia.

4.2.2.1. Ustrukturyzowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego w Holandii

Zanim możliwe struktury kredytowania konsorcjalnego zostaną przedstawione, należałoby się jeszcze krótko odnieść do samego pojęcia „kredytowania konsorcjalnego”. Termin ten na gruncie prawa holenderskiego, podobnie jak na gruncie prawa polskiego, nie posiada definicji legalnej. Definicję znaleźć można jednak w holenderskiej literaturze:

kredytowanie konsorcjalne angażuje dwóch lub więcej kredytodawców/pożyczkodawców («konsorcjum»), w przypadkach w którym każdy z nich udziela własnych kredytów/pożyczek kredytobiorcy, na tych samych warunkach określonych w jednej umowie pomiędzy wszystkimi stronami¹²⁰¹.

¹¹⁹⁸ NL 1992.

¹¹⁹⁹ Inaczej niż autorzy polskiego Kodeksu cywilnego, który pochodzi z 1964 r.

¹²⁰⁰ Zob. podrozdział 2.2.1.

¹²⁰¹ „A loan syndication involves two or more lenders («the syndicate») that are each making individual loans to a borrower on the same terms set out in a single agreement between all parties”. A. Thiele, *Collective...*, s. 3, przypis 8.

Jak można zauważyć, przedstawiona definicja jest bardzo podobna do tych występujących w prawie polskim i równie szeroka¹²⁰². To, czego potrzebujemy, aby jej przesłanki zostały spełnione, to w zasadzie: kredytobiorca, co najmniej dwóch kredytodawców oraz kredyty udzielone przez nich na tych samych warunkach. Natomiast, co interesujące, w tej definicji występuje wyraźne podkreślenie faktu, że każdy z kredytodawców udziela **własnego kredytu**¹²⁰³. Cecha ta jest istotna, ponieważ w rozdziale 3 stanowiła często jeden z argumentów wyjaśniających, dlaczego dane rozwiązanie (np. zawiązanie przez kredytodawców spółki cywilnej) nie stanowi satysfakcjonującego dla kredytodawców rozwiązania problemu separacji podmiotowej. A. Thiele przedstawia więc tę cechę jako **istotę tego rodzaju finansowania**.

Podobnie jak w przypadku polskiej definicji, holenderska nie wspomina w ogóle o instytucji agenta zabezpieczeń¹²⁰⁴. Może zatem tego typu transakcje w Holandii nie są zabezpieczane albo po prostu kredytodawcy nie potrzebują żadnego pośrednika w odniesieniu do zabezpieczeń? Obie tezy należałoby odrzucić.

Niezależnie od tego, w jakim systemie prawnym będzie dochodziło do strukturyzowania kredytu konsorcjalnego¹²⁰⁵, kredytodawcy będą wymagali, aby ich wielomilionowe wierzytelności były zabezpieczone, co wynika choćby z rozmiaru tych wierzytelności. Wyjątkiem byłyby tylko sytuacje systemów prawnych, które nie przewidują instytucji zabezpieczenia wierzytelności¹²⁰⁶ albo ewentualnie bardzo dobra sytuacja finansowa kredytobiorcy połączona z krótkim terminem finansowania¹²⁰⁷. Wydaje się, że bez przeprowadzania badań empirycznych można założyć, że przy tego typu transakcjach wierzytelności kredytodawców w Holandii są zabezpieczone¹²⁰⁸.

Zabezpieczenia te nie tylko wystąpią, ale podobnie jak w przypadku polskich finansowań, będą one liczne i powstanie problem ich wielości i zbiorowości¹²⁰⁹. A. Thiele pisze o „zbiorowym zabezpieczeniu wierzytelności” (*collective security arrangement*), które definiuje jako utrzymywanie zabezpieczeń „dla **wspólnej korzyści** kilku

¹²⁰² „Kredytowanie konsorcjalne (*syndicated lending*) w literaturze zazwyczaj definiuje się jako **wspólne udzielenie kredytu (dokonanie transakcji kredytowej) przez kilka banków na zasadniczo jednolitych warunkach**”. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 38.

¹²⁰³ Cechy tej nie podkreśla np. definicja T. Czecha. Zob. *ibid.*

¹²⁰⁴ Zob. podrozdział 1.1.3.4.

¹²⁰⁵ Niniejsza praca w tym i poprzednich rozdziałach zakładała, że tego rodzaju finansowania są ustrukturyzowane w ramach jednego systemu prawnego, co oczywiście nie zawsze jest prawdą. Bardzo często kredytowanie konsorcjalne ma charakter transgraniczny, co tylko jeszcze bardziej komplikuje te transakcje. Niektóre problemy związane z transgranicznymi kredytowaniami konsorcjalnymi będą poruszone w rozdziale 5.

¹²⁰⁶ Autor takich nie zna i wątpi, aby takie systemy w ogóle występowały.

¹²⁰⁷ Z założenia jednak kredytowanie konsorcjalne jest finansowaniem długoterminowym. Zob. A. Drewnicz-Tułodziecka, A. Widziewicz, *Finansowanie...*, s. 61.

¹²⁰⁸ Co wynika też pośrednio z poniższych rozważań i przytoczonej tam literatury.

¹²⁰⁹ A. Thiele, *Collective...*, s. 1–5; T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 63–64.

kredytodawców¹²¹⁰ [pogrubienie T.T.] i problemowi temu poświęca całe swoje opracowanie¹²¹¹. Powstaje jednak kluczowe pytanie, czy w przypadku takiego holenderskiego finansowania, w jego strukturze wystąpi agent zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego¹²¹²?

Zarówno w swojej holenderskiej pracy magisterskiej, jak i swoim artykule autor niniejszej pracy zwrócił uwagę, że w prawie holenderskim, podobnie jak w prawie polskim, agent zabezpieczeń może przybrać zarówno formę agenta w wąskim rozumieniu/*sensu stricto*, jak i agenta w formie zastępcy pośredniego¹²¹³. W obu pracach, w sposób mniej lub bardziej rozbudowany, opisane zostały obie te formy¹²¹⁴. W dużym stopniu, w odniesieniu do holenderskiego agenta zabezpieczeń w wąskim rozumieniu, autor niniejszej pracy opierał się na opracowaniu A. Thiele oraz wykładzie tej autorki¹²¹⁵. Jednak w czasie obrony recenzenci, tj. N. Vermunt oraz M. Veder, zauważyli, że choć konstrukcja agenta zabezpieczeń w wąskim rozumieniu teoretycznie jest poprawna i możliwa do implementacji przy strukturyzowaniu kredytowania konsorcjalnego, to w praktyce jest obecnie w ogóle niespotykana¹²¹⁶. Ich zdaniem, przy holenderskich kredytowaniach konsorcjalnych, współcześnie (grudzień 2015 r.) wykorzystuje się jedynie agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego. Takie twierdzenia recenzentów pozwalają założyć, że w Holandii występują kredytowania konsorcjalne, przy strukturyzowaniu których wystąpi pośrednik kredytodawców w postaci agenta do spraw zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego. Mówiąc inaczej i nieco upraszczając, pierwszy warunek do powstania problemu separacji podmiotowej zaistnieje.

4.2.2.2. Czy w prawie holenderskim występuje problem z Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi?

Występowanie na gruncie prawa holenderskiego struktur kredytowania konsorcjalnego, w których wykorzystywana jest instytucja agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, nie będzie prowadziło do problemu separacji podmiotowej, **jeżeli brak będzie w tym porządku prawnym Zabezpieczeń Akcesoryjnych albo rzeczono**

¹²¹⁰ „An arrangement whereby security is held for the common benefit of a number of lenders”. A. Thiele, *Collective...*, s. 1.

¹²¹¹ *Ibid.* Opracowanie to było inspiracją do wyboru tematu pracy „magisterskiej” w Holandii. Opracowanie to poza odnoszeniem się do prawa holenderskiego odnosi się też do prawa niemieckiego i prawa angielskiego. Zob. też T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 62–63.

¹²¹² Odnośnie do różnych form agenta zabezpieczeń w prawie polskim zob. podrozdział 2.2.1.1.

¹²¹³ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 66–70. W artykule zostały opisane dwie formy **administratora** zabezpieczeń, tj. **agenta** do spraw zabezpieczeń i **powiernika** do spraw zabezpieczeń. W niniejszym opracowaniu jest mowa o tych samych formach, ale przyjęta została inna terminologia. W niniejszej pracy agent do spraw zabezpieczeń to agent w wąskim rozumieniu, a powiernik to agent w formie zastępcy pośredniego. Zob. podrozdział 2.2.1.

¹²¹⁴ Zob. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 66–70.

¹²¹⁵ A. Thiele była wykładownicą podczas trzeciego wykładu dotyczącego zbiorowego zabezpieczania wiarytelności z przedmiotu *Principles of Finance and Secured Transactions* na Uniwersytecie Radboud w Holandii, rok akademicki 2014/2015.

¹²¹⁶ Mówiąc inaczej, zwrócili uwagę na pewną „praktyczną” nieaktualność opracowania A. Thiele.

zabezpieczenia, mimo istnienia, nie będą wykorzystywane przy zabezpieczeniu tego typu transakcji¹²¹⁷. Należy rozważyć te dwie kwestie odrębnie.

4.2.2.2.1. Występowanie Zabezpieczeń Akcesoryjnych?

Należy przypomnieć, że na potrzeby i ze względu na przedmiot niniejszej pracy jako Zabezpieczenia Akcesoryjne zostały zdefiniowane te zabezpieczenia, które wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia i zabezpieczonej wierzytelności przysługiwał temu samemu podmiotowi¹²¹⁸.

Na wstępie należy zauważyć, że zasady zabezpieczenia wierzytelności oraz dostępne zabezpieczenia na gruncie prawa holenderskiego nie różnią się aż tak bardzo od zabezpieczeń dostępnych na gruncie prawa polskiego¹²¹⁹. Przede wszystkim podobnie jak w Polsce, w BW zostały uregulowane tylko dwa prawa rzeczowe: zastaw (hol. *pandrecht*)¹²²⁰ i hipoteka (hol. *hypotheekrecht*)¹²²¹. Dokładne przeanalizowanie tych zabezpieczeń dla potrzeb niniejszej pracy nie jest potrzebne i wystarczy odesłanie do art. art. 227–235 i 260–275 BW¹²²². Można jedynie zauważyć, że hipoteka (hol. *hypotheekrecht*) obciąża nieruchomości, statki lub samoloty. Natomiast zastaw (hol. *pandrecht*) może obciążać jakiegokolwiek inne mienie, które nie może być przedmiotem obciążenia hipoteką (hol. *hypotheekrecht*). Wyróżnia się zastaw posesoryjny i nieposesoryjny¹²²³.

Powyższe wskazuje, że, podobnie jak w odniesieniu do prawa polskiego, zabezpieczenie może być uznane za **prawo podmiotowe** (ang. *security right*)¹²²⁴. Na gruncie prawa holenderskiego, analogicznie jednak jak na gruncie prawa polskiego, nie występuje definicja legalna terminu „zabezpieczenie/zabezpieczenie wierzytelności” i tak samo zakres tego pojęcia jest sporny¹²²⁵.

Natomiast, tak samo jak w prawie polskim, w prawie holenderskim można spotkać podział zabezpieczeń na akcesoryjne i nieakcesoryjne (niezależne)¹²²⁶. Jednak, z jednej strony, A. Thiele przyznaje, że w prawie holenderskim występuje zależność zabezpieczenia

¹²¹⁷ Np. ze względu na występowanie równie efektywnych Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych. L. Vliet, *The German...*

¹²¹⁸ Jest to definicja zabezpieczeń akcesoryjnych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności.

¹²¹⁹ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 27–57.

¹²²⁰ Zob. art. 227–259 BW.

¹²²¹ Zob. art. 227–235 i 260–275 BW.

¹²²² Tj. przepisów wskazanych w przypisie do poprzedniego zdania.

¹²²³ Zob. art. 3:236-3:237 BW. Pierwszy do ustanowienia wymaga przeniesienia posiadania, drugi wpisu do rejestru. Są to zatem odpowiedniki polskich instytucji zastawu zwykłego i zastawu rejestrowego.

¹²²⁴ Zdanie to może wydawać się na tym etapie pracy niezrozumiałe, jednak powinno stać się zrozumiałe, gdy czytelnik przeczyta podrozdział dotyczący prawa prowincji Ontario. Kwestia, czy termin „prawo podmiotowe” jest właściwy na gruncie prawa prowincji Ontario, jest dużo bardziej wątpliwa i będzie omówiona w podrozdziale 4.3.2.2.

¹²²⁵ Zob. podrozdział 1.2.3.

¹²²⁶ Zob. L. Vliet, *Mortgages on immovables in Dutch law in comparison to the German mortgage and land charge* [w:] *Sicherungsrechte an immobilien in Europa*, red. M. Hinteregger & T. Boric, Maastricht University, Maastricht 2009 <https://pub.maastrichtuniversity.nl/89e25eaf-9658-40c1-a8ba-3fb5d446521e0> [dostęp: 24.09.2019], s. 2; L. Vliet, *The German...*, s. 148; A. Thiele, *Collective...*, s. 89–91.

od wiarygodności (akcesoryjność), ale z drugiej twierdzi, że taka zależność nie powinna być zbyt silna¹²²⁷. Autorka w swoim opracowaniu podaje przykłady, w których zależność ta została połączona czy to przez ustawodawcę, czy orzecznictwo¹²²⁸. Na tej podstawie próbuje ona argumentować, że brak jest wymogu, aby tytuł do zabezpieczenia i tytuł do zabezpieczonej wiarygodności przysługiwały temu samemu podmiotowi (znaczenie Akcesoryjności przyjęte na potrzeby niniejszej pracy)¹²²⁹.

Trzeba jednak zauważyć, że A. Thiele **upraszcza pojęcie akcesoryjności**. Jak autor niniejszej pracy zwrócił uwagę w swoim artykule, akcesoryjność stanowi bardzo złożoną instytucję, w której można wyróżniać nie tylko aspekty, ale i płaszczyzny¹²³⁰. Celem tego artykułu było m.in. pokazanie, że jeżeli zabezpieczenie jest nieakcesoryjne w odniesieniu do jednego aspektu, nie oznacza to jeszcze, że jest nieakcesoryjne w odniesieniu do innego¹²³¹. Tym samym argumentacja, że np. zabezpieczenie zezwala na zabezpieczenie przyszłej wiarygodności (w tym zakresie jest nieakcesoryjne), nie oznacza, że np. w takim razie wiarygodność i zabezpieczenie mogą przysługiwać różnym podmiotom. Natomiast właśnie tego rodzaju argumentację przyjmuje A. Thiele¹²³². Tym samym powinno się ją uznać za niepoprawną. Należy też zauważyć, że A. Thiele sama jest nie do końca przekonana co do prawidłowości swojej argumentacji, ponieważ w dalszej części swojej pracy podaje sposoby za pomocą, których problemem separacji podmiotowej próbuje się rozwiązać¹²³³.

A. Thiele i L. Vliet piszą jednak jedynie o akcesoryjności holenderskiego zastawu (hol. *pandrecht*) oraz hipoteki (hol. *hypotheekrecht*). Są to zabezpieczenia niewątpliwie rzeczowe¹²³⁴ i ten drugi autor uważa je za zabezpieczenia rzeczowe w ścisłym tego słowa znaczeniu¹²³⁵. Natomiast ich bezwzględna Akcesoryjność¹²³⁶ wywodzi się z tradycji prawnej, przepisów dotyczących przeniesienia czy to zabezpieczenia, czy też zabezpieczonej wiarygodności¹²³⁷ oraz brzmienia niektórych przepisów BW, które zakładają, że uprawnionym z zastawu/hipoteki jest wierzyciel¹²³⁸. L. Vliet twierdzi, że jedynie te dwa

¹²²⁷ „[M]ust not be interpreted too strictly”. Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 90–91.

¹²²⁸ Zob. *ibid.*, s. 89–91.

¹²²⁹ Zob. *ibid.*

¹²³⁰ Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 79–82.

¹²³¹ Zob. *ibid.*, s. 72–119.

¹²³² Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 90–91.

¹²³³ Zob. *ibid.*, s. 92–102.

¹²³⁴ T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 72; L. Vliet, *Mortgages...*, s. 3.

¹²³⁵ Autor nie definiuje jednak, co rozumie przez ścisłe znaczenie tego słowa. Zob. L. Vliet, *Mortgages...*, s. 3.

¹²³⁶ W rozumieniu bezwzględnego zakazu separacji podmiotowej.

¹²³⁷ Zob. art. 3:82 BW i 6:142 BW, A. Thiele, *Collective...*, s. 61 i 89 oraz L. Vliet, *The German...*, s. 148.

¹²³⁸ Zob. np. 3:255 BW. A. Thiele w części swojej pracy, w której próbuje twierdzić, że hipoteka/zastaw nie są na tyle akcesoryjne, że tytuł do nich musi być przyznany wierzycielowi, twierdzi, że tego typu przepisy po prostu stanowią o „standardowej sytuacji”, nie ustanawiając jednak zakazu separacji podmiotowej. Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 90.

zabezpieczenia są „naprawdę akcesoryjne”¹²³⁹. BW jest jednak oparty na podobnym założeniu jak polski Kodeks cywilny¹²⁴⁰, tj. podziale praw podmiotowych na zobowiązania i prawa rzeczowe¹²⁴¹. Podział ten, analogicznie jak w prawie polskim, próbuje się przenosić na grunt prawa zabezpieczeń wierzytelności i tym samym A. Thiele stwierdza, że: „zasady dotyczące zabezpieczeń [rzeczowych – T.T.] są mniej proste i mniej przystępne (*straightforward*) niż np. te dotyczące umów”¹²⁴². To oczywiście rodzi pytanie, czy nie występują inne zabezpieczenia rzeczowe, ponieważ przede wszystkim w szczególności do nich dopuszczalność separacji podmiotowej byłaby najbardziej wątpliwa. Problem polega jednak na tym, że podobnie jak na gruncie prawa polskiego, kontrowersyjne jest określenie ich katalogu¹²⁴³.

Powstaje zatem pytanie, czy na potrzeby niniejszej pracy, na gruncie prawa holenderskiego, należałoby spróbować zbudować katalog zabezpieczeń rzeczowych wykraczający poza zastaw (hol. *pandrecht*) oraz hipotekę (hol. *hypotheekrecht*)¹²⁴⁴, aby móc prawidłowo określić zakres zabezpieczeń, w odniesieniu do których problem separacji podmiotowej byłby najbardziej doniosły. Jak już było zauważone, L. Vliet do zabezpieczeń rzeczowych w ścisłym tego słowa znaczeniu zalicza jedynie te dwa zabezpieczenia¹²⁴⁵. Można by zatem stwierdzić, za L. Vlietem, że katalog ten został już w pełni zakreślony i zaliczają się do niego tylko te dwa zabezpieczenia. Jednak zamiast głosić taką kontrowersyjną tezę, można po prostu stwierdzić, że **budowanie takiego katalogu na potrzeby niniejszej pracy jest niepotrzebne**. Jest to uzasadnione dwoma powodami. Po pierwsze, jak już było podkreślane, katalog zabezpieczeń rzeczowych jest mocno sporny, więc z pewnością zakreślony katalog spotkałby się z mniejszą lub większą krytyką¹²⁴⁶. Autorowi niniejszej rozprawy, jako niewykształconemu w holenderskiej kulturze prawnej, dużo trudniej, niż w odniesieniu do prawa polskiego, byłoby taką krytykę odpierać. Po drugie i najważniejsze, tworzenie takiego katalogu wydaje się niepotrzebne ze względu na przyjęty w Holandii sposób rozwiązania problemu separacji podmiotowej¹²⁴⁷. W odniesieniu do prawa polskiego stworzenie katalogu Zabezpieczeń Rzeczowych było

¹²³⁹ „Truly accessory”. Zob. L. Vliet, *Mortgages...*, s. 3.

¹²⁴⁰ Prawdopodobnie jak większość kodeksów tradycji kontynentalnej.

¹²⁴¹ Zob. Księgi 3–5 BW, które odnoszą się do praw rzeczowych oraz księgi 6–7A, które odnoszą się do zobowiązań.

¹²⁴² „Rules regarding security are less simple and straightforward than, for example, those applicable to contracts.” Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 7.

¹²⁴³ Zob. podrozdziały 1.2.5. oraz podrozdział 1.3.4.3. Zob. *ibid.*, s. 89, A.J.H. Pleysier, *Why Is Dutch Law Not Hampered by a Numerus Clausus (Gesloten Systeem, Geslote Kategorie) of Real Rights*, *Fundamina – a Journal of Legal History* 1996, nr 2 oraz T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 72.

¹²⁴⁴ Alternatywnie – próbować szerzej uzasadnić czemu katalog ten powinien zamykać się na tych dwóch prawach zabezpieczających.

¹²⁴⁵ Zob. L. Vliet, *Mortgages...*, s. 3.

¹²⁴⁶ Podobnie jak z krytyką co najmniej recenzentów spotka się katalog Zabezpieczeń Rzeczowych skonstruowany przez autora niniejszego opracowania w odniesieniu do prawa polskiego.

¹²⁴⁷ Zob. podrozdział 3.2.3. Zob. też: M. Bridge, *The Scope and Limits of Security Interests [w:] The Future of Secured Credit in Europe*, red. H. Eidenmuller, E.-M. Kieninger, De Gruyter, Berlin 2008.

niezbędne przede wszystkim, aby ukazać braki instytucji administratora hipoteki/zastawu. Natomiast w przypadku prawa holenderskiego, ze względu na „uniwersalność” rozwiązania (brak ograniczenia jego zastosowania jedynie do określonych zabezpieczeń), budowanie katalogu, który i tak byłby mocno kontrowersyjny, nie jest potrzebne¹²⁴⁸. Z tych samych powodów nie jest potrzebne tworzenie katalogu Zabezpieczeń Osobistych. Na marginesie można tylko zauważyć, że o ile w odniesieniu do prawa polskiego najbardziej kontrowersyjne wydawało się zaliczenie zabezpieczenia w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie do katalogu Zabezpieczeń Osobistych¹²⁴⁹, to podobny problem (do którego katalogu to zabezpieczenie zaliczyć) nie powstaje na gruncie prawa holenderskiego, ze względu na fakt, że zabezpieczenia takie **jest generalnie niedopuszczalne na gruncie prawa holenderskiego**¹²⁵⁰.

Powyższe pozwala postawić tezę, że Zabezpieczenia Akcesoryjne na gruncie prawa holenderskiego występują i tym samym problem separacji podmiotowej byłby doniosły **co najmniej** w odniesieniu do hipoteki (hol. *hypotheekrecht*) i zastawu (hol. *pandrecht*), w przypadkach w których kredytodawcy za pomocą tych zabezpieczeń, chcieliby zabezpieczyć swoje wierzytelności, w szczególności ze względu na fakt, że w prawie holenderskim nie występuje instytucja administratora zabezpieczeń. Należy zatem zastanowić się, czy w prawie holenderskim nie występują Zabezpieczenia Nieakcesoryjne, które w sposób satysfakcjonujący dla kredytodawców mogłyby zastąpić np. te dwa zabezpieczenia.

4.2.2.2.2. Czy możliwe jest zastosowanie Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych zamiast Akcesoryjnych?

W niniejszym podrozdziale można spróbować odpowiedzieć na pytanie: czy zamiast Zabezpieczeń Akcesoryjnych kredytodawcy na gruncie prawa holenderskiego mogliby wykorzystać inne zabezpieczenia, które równie efektywnie zabezpieczałyby ich interesy?

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że hipoteka (hol. *hypotheekrecht*) lub zastaw (hol. *pandrecht*) są prawami rzeczowymi, więc charakteryzuje je skuteczność *erga omnes*, co powoduje ich ogromną popularność wśród wierzycieli chcących zabezpieczyć swoje wierzytelności¹²⁵¹. To oznacza, że dla kredytodawców alternatywę dla nich mogłyby stanowić zabezpieczenia, które niezależnie jak zostaną zakwalifikowane¹²⁵², miałyby podobny efekt. Czyli chodziłoby tutaj przede wszystkim o zabezpieczenia podobne do niemieckiego *Grundschuld*, tj. takie, które wyraźnie zezwalają na separację podmiotową i mają skuteczność *erga omnes*¹²⁵³.

¹²⁴⁸ Więcej na ten temat w podrozdziale 4.2.3.

¹²⁴⁹ Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.

¹²⁵⁰ Zob. art. 3:84³ BW oraz L. Vliet, *Mortgages...*, s. 1 oraz A. Thiele, *Collective...*, s. 28.

¹²⁵¹ Zob. art. 3:236 BW (zastaw); 3:260 BW (hipoteka) oraz A. Thiele, *Collective...*, s. 27.

¹²⁵² Czy jako osobiste, czy rzeczowe.

¹²⁵³ L. Vliet, *The German...*; L. Vliet, *Mortgages...*

Jednak w Holandii nie tylko brak jest odpowiednika niemieckiego *Grundschild*, ale, co ciekawe, można też spotkać opracowania, które np. wskazują „regulacyjną wyższość” holenderskiej akcesoryjnej hipoteki (hol. *hypothekrecht*) nad niemieckim nieakcesoryjnym *Grundschild*¹²⁵⁴. Poza powyższym, w Holandii, jak już było to zaznaczone, za niedopuszczalne uznaje się ustanowienie zabezpieczenia w postaci przewłaszczenia na zabezpieczenie¹²⁵⁵.

Zarówno hipoteka (hol. *hypothekrecht*), jak i zastaw (hol. *pandrecht*) są zatem i „muszą” być, powszechnie wykorzystywane w przypadku holenderskich kredytowań konsorcjalnych. Połączenie tego faktu z przyjmowaną strukturą kredytowań konsorcjalnych i bezwzględną Akcesoryjnością tych dwóch zabezpieczeń, prowadzi do problemu separacji podmiotowej. To oznacza, że w następnym podrozdziale trzeba zastanowić się, w jaki sposób z problemem tym radzi sobie prawo/praktyka holenderska.

4.2.3. Sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej

4.2.3.1. Możliwe sposoby radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej na gruncie prawa holenderskiego

Odnosnie do problemu separacji podmiotowej, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w Holandii, inaczej niż w Polsce czy niektórych innych porządkach kontynentalnych¹²⁵⁶, ciągle nie zdecydowano się na wprowadzenie instytucji administratora zabezpieczeń. To oznacza, że praktyka holenderska nie mogła posłużyć się, choćby w odniesieniu do niektórych zabezpieczeń, tą instytucją. Tym samym oznacza to, że problem ten ma bardziej doniosły wymiar niż w przypadku polskich zabezpieczeń, ponieważ w Polsce największego znaczenia nabiera w zasadzie jedynie w odniesieniu do dwóch Zabezpieczeń Rzeczowych¹²⁵⁷, które choć użyteczne, aż tak kluczowe dla zabezpieczenia kredytowania konsorcjalnego nie są¹²⁵⁸.

Brak instytucji administratora oznaczałby zatem, że w każdym przypadku holenderskie Zabezpieczenia Akcesoryjne, przy których zakaz separacji podmiotowej nabrałby bezwzględnego charakteru¹²⁵⁹, powinny być osobno przyznane kredytodawcom zamiast agentowi zabezpieczeń. To z kolei prowadziłoby do problemu wielości i zbiorowości zabezpieczeń¹²⁶⁰. Ewentualnie do tego, że tytuł do zabezpieczenia zostałby przyznany agentowi zabezpieczeń i strony liczyłyby na to, iż holenderski Sąd Najwyższy (hol. *Hoge Raad der Nederlanden*) uzna, że hipoteka (hol. *hypothekrecht*) i zastaw (hol. *pandrecht*) są jednak Nieakcesoryjne¹²⁶¹.

¹²⁵⁴ Zob. L. Vliet, *Mortgages...*

¹²⁵⁵ Zob. art. 3:84(3) BW oraz *ibid*.

¹²⁵⁶ Np. Francji czy na Węgrzech. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 287–292.

¹²⁵⁷ Zob. podrozdział 2.3.1.1.

¹²⁵⁸ Zob. podrozdziały 2.3.1.1. oraz 2.3.1.3.

¹²⁵⁹ Jak np. zastaw (hol. *pandrecht*) i hipoteka (hol. *hypothekrecht*).

¹²⁶⁰ Zob. podrozdziały 2.1 i 2.2.

¹²⁶¹ Tak próbuje argumentować A. Thiele, *Collective...*, s. 89–91.

Praktyka nie przystała jednak ani na jedno¹²⁶², ani na drugie rozwiązanie¹²⁶³. Na pierwsze, ze względu na jego niepraktyczność. Na drugie, ze względu na zbyt duże ryzyko, że wielomilionowa transakcja może okazać się w rzeczywistości niezabezpieczona.

Holenderscy prawnicy, podobnie jak polska praktyka¹²⁶⁴, również próbowali być kreatywni. Co interesujące, prawo niderlandzkie, inaczej niż prawo polskie, dopuszcza wspólność praw zabezpieczających¹²⁶⁵. Możliwa jest zatem redukcja liczby zabezpieczeń przez przyznanie wspólnego zabezpieczenia wszystkim kredytodawcom zamiast odrębnych zabezpieczeń każdemu z kredytodawców¹²⁶⁶. Jednak rozwiązanie to, ze względu na problemy związane z zarządzaniem wspólnym zabezpieczeniem, jest w praktyce jedynie stosowane w przypadku małych konsorcjów składających się z dwóch banków¹²⁶⁷.

Pierwszy rozwiązaniem, które wymyślono, było omówione już w odniesieniu do prawa polskiego, w podrozdziale 3.2.2.6. niniejszej pracy, tj. uczynienie z agenta zabezpieczeń gwaranta. W takim przypadku kredytobiorca byłby zleceniodawcą. Zlecałby on agentowi zabezpieczeń udzielenie kredytodawcom gwarancji spłaty zaciągniętego przez niego całego kredytu. Agent zabezpieczeń następnie by taką gwarancję zabezpieczającą wystawiał. W przypadku braku spłaty kredytu przez kredytobiorcę i spłacenia wierzytelności kredytodawców przez agenta zabezpieczeń, temu ostatniemu przysługiwałoby roszczenie zwrotne w stosunku do zleceniodawcy, tj. kredytobiorcy. Tym samym, agentowi zabezpieczeń przysługiwałaby wierzytelność w stosunku do kredytobiorcy, obejmująca cały kredyt. Wierzytelności takiej nie powinno uważać się za „sztuczną”¹²⁶⁸, a zatem rozwiązanie takie może wydawać się prawidłowym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej.

Powszechnie uznawano je zresztą za skuteczne¹²⁶⁹. Jednak powstawały niedogodności związane ze stopniem skomplikowania transakcji, problem z „synchronizacją” płatności (ang. *timing problem*) oraz ewentualne dodatkowe koszty i jeszcze większy

¹²⁶² Tj. przyznawanie zabezpieczeń kredytodawcom zamiast agentowi.

¹²⁶³ Tj. przyznawanie zabezpieczeń agentowi, licząc na to, że holenderski Sąd Najwyższy stwierdzi, że są to Zabezpieczenia Nieakcesoryjne.

¹²⁶⁴ Zob. rozdział 3.

¹²⁶⁵ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 77, przypis 235; T. Tomczak, *Wspólność...*, s. 65.

¹²⁶⁶ Zob. *ibid.*

¹²⁶⁷ Zob. podrozdział 3.2.2.7. Jan Millenaar, który poprowadził drugi wykład podczas kursu *Principles of Finance and Secured Transactions* na Uniwersytecie Radboud w Holandii w czasie roku akademickiego 2014/2015, powiedział, że wspólne hipoteki/zastawy są spotykane bardzo rzadko i to tylko w przypadku dwupodmiotowych konsorcjów. Co ciekawe, na końcu zajęć omawialiśmy taką przykładową umowę kredytowania konsorcjalnego i o dziwo występowała tam właśnie wspólna hipoteka, ale wykładowca kilkakrotnie podkreślał, że jest to właśnie sytuacja wyjątkowa i że akurat była to umowa, gdzie było tylko dwóch kredytodawców. Jan Millenaar jest starszym prawnikiem w ING Bank w Holandii. Por. A. Thiele, *Collective...*, s. 77, przypis 235.

¹²⁶⁸ Albo przynajmniej sztuczność byłoby dużo trudniej jej zarzucić.

¹²⁶⁹ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 102.

stopień skomplikowania w przypadku skorzystania z finansowania przez podmiot trzeci¹²⁷⁰.

Ze względu na powyższe, w praktyce stwierdzono, że może zamiast tak komplikować transakcję, lepiej byłoby skorzystać ze znanej instytucji solidarności wierzycieli (hol. *hoofdelijk crediteur*). W miejsce tworzenia skomplikowanej struktury, wystarczyłoby dodać jedną klauzulę w umowie kredytowej i problem separacji podmiotowej byłby rozwiązany¹²⁷¹. Jednak jeden z zarzutów, który został podniesiony w odniesieniu do tego rozwiązania, to zwrócenie uwagi na kwestię, że sąd holenderski mógłby uznać agenta zabezpieczeń za współwierzyciela, tym samym wszystkich kredytodawców i agenta zabezpieczeń łączyłby jeden stosunek prawny z dłużnikiem¹²⁷². Jak podkreślała A. Thiele w swojej definicji kredytowania konsorcjalnego, jego istotą jest, aby każdemu z kredytodawców przysługiwała jednak jego **własna, odrębna** wierzytelność.

Ze względu na powyższe, aby uniknąć zbytniego skomplikowania transakcji i sprawić, że agenta zabezpieczeń łączy z kredytodawcą „niewątpliwie” **odrębny** stosunek prawny, już od dłuższego czasu w praktyce stosuje się wyłącznie **klauzulę długu równoległego**¹²⁷³. Klauzula ta została szczegółowo omówiona już w podrozdziale 3.2.2.4. Ze względu na kluczowość tego sposobu rozwiązania problemu separacji podmiotowej w Holandii, można pokrótce powtórzyć główne założenia takiej klauzuli.

Istotą problemu separacji podmiotowej jest brak posiadania przez agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego wierzytelności, która miałyby być zabezpieczona¹²⁷⁴. Aby problemowi temu zapobiec, w umowie kredytowej albo w innym dokumencie¹²⁷⁵ umieszcza się klauzulę, która ma za zadanie stworzyć po stronie agenta zabezpieczeń wierzytelność, która swoją wysokością objęłaby sumę wierzytelności kredytodawców. Wierzytelność agenta/długu kredytodawcy jest równoległa w tym sensie, że spłata części/całości kredytu przez kredytobiorcę odpowiednio i automatycznie redukuje też wierzytelność agenta/długu kredytobiorcy¹²⁷⁶. A. Thiele podaje w swoim opracowaniu przykład brzmienia takiej klauzuli:

¹²⁷⁰ Rozwiązanie to zostało opisane w podrozdział 3.2.2.6.2., więc należy odesłać do tego podrozdziału. Zob. też w szczególności rozbudowane omówienie tego rozwiązania przez A. Thiele, *Collective...*, s. 98–102.

¹²⁷¹ Przykładowe brzmienie takiej klauzuli podaje A. Thiele, *Collective...*, s. 92.

¹²⁷² Problematyczność takiej sytuacji została opisana w podrozdziale 3.2.2.2.

¹²⁷³ W swoim opracowaniu A. Thiele wskazuje wszystkie trzy rozwiązania, jednak w czasie zajęć przyznała, że obecnie jedynie klauzula długu równoległego jest stosowana w praktyce. Podobną tezę głosili inni prowadzący zajęcia, którzy o klauzuli długu wspominali oraz recenzenci pracy magisterskiej autora niniejszej pracy. Co ciekawe, w czasie zajęć A. Thiele twierdziła, że najlepszym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej (i jej zdaniem skutecznym) jest solidarność wierzycieli i jeżeli ona nie rozwiązuje problemu to ma poważne wątpliwości, czy klauzula długu go rozwiązuje. Zob. też Ł. Szegda, *Dochodzenie...*, s. 104.

¹²⁷⁴ Agent zabezpieczeń co najmniej nie posiada całej zabezpieczonej wierzytelności, ponieważ bardzo często będzie jednym z kredytodawców.

¹²⁷⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

¹²⁷⁶ Równoległość jest po to, aby zobowiązanie kredytobiorcy w rzeczywistości się nie podwoiło. Zob. podrozdział 3.2.2.4.

Każdy Podmiot Zobowiązany zobowiązuje się do zapłaty Agentowi Zabezpieczeń kwot równych kwotom, które jest zobowiązany zapłacić Podmiotowi Finansującemu na podstawie Dokumentów Finansowych, w przypadku, w którym kwoty te będą wymagalne zgodnie z tymi dokumentami. Niniejszym potwierdza się, iż każde z tych zobowiązań do zapłaty jakiegokolwiek kwoty na rzecz Agenta Zabezpieczeń stanowi odrębne i niezależne roszczenie Agenta Zabezpieczeń wobec kredytobiorcy odpowiedniego Podmiotu Zobowiązanego i fakt ten w żaden sposób nie powoduje uszczerbku dla odpowiednich/odpowiadających im zobowiązań Podmiotu Zobowiązanego w stosunku do Podmiotu Finansującego.

Jednakże spłata takich roszczeń Agenta Zabezpieczeń powinna redukować odpowiednie/odpowiadające im zobowiązania wobec Podmiotów Finansujących o taką samą kwotę. Ponadto, roszczenia Agenta Zabezpieczeń, wynikające z niniejszej klauzuli, nie powinny w żadnym przypadku przewyższać odpowiednich zobowiązań Podmiotu Zobowiązanego w stosunku do Podmiotu Finansującego wynikających z dokumentów finansowych¹²⁷⁷.

Zakładając, że taka klauzula jest ważna, tj. tworzy ważną wierzytelność po stronie agenta zabezpieczeń, to nie sposób nie dostrzec zalet takiego rozwiązania. Po pierwsze, jak już było podkreślane, jest to rozwiązanie dużo prostsze niż uczynienie z agenta zabezpieczeń gwaranta. Po drugie, rozwiązanie to ma **uniwersalnych charakter**. W tym sensie, że jeżeli założymy, że agent zabezpieczeń ma ważną wierzytelność, to nie ma znaczenia, jakie zabezpieczenia zostaną mu przyznane na jej zabezpieczenie. Aby ją zabezpieczyć, **problem separacji podmiotowej nie powstaje, ponieważ agent zabezpieczeń ma tytuł zarówno do zabezpieczenia, jak i do zabezpieczonej wierzytelności**. To sprawia, że nie jest aż tak istotne, jakie dokładnie zabezpieczenia są Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi, bo przez przyznanie wierzytelności równoległej agentowi zabezpieczeń, problem separacji podmiotowej nie będzie stanowił utrudnienia dla żadnego zabezpieczenia. Jest to więc rozwiązanie, które ma szerszy zakres zastosowania niż, przynajmniej obecnie, polska instytucja administratora hipoteki/zastawu¹²⁷⁸.

¹²⁷⁷ „Each Obligor undertakes to pay to the Security Agent amounts equal to the amounts that are owed to a Finance Party under a Finance Document, as and when the same fall due for payment thereunder. It is acknowledged that each of these undertakings to pay an amount of money to the Security Agent shall constitute a separate and independent claim of the Security Agent vis-à-vis the relevant Obligor, that does not, in any way, prejudice the corresponding obligations of that Obligor towards the relevant Finance Party.

However, payments made in respect of such claims to the Security Agent shall be deemed to reduce the corresponding obligations to a Finance Party by the same amount. Furthermore, the claims of the Security Agent, pursuant to this clause, shall not at any time exceed the corresponding obligations of an Obligor to a Finance Party under the Finance Documents”. A. Thiele, *Collective...*, s. 96. A. Thiele dodatkowo w przypisach wyjaśnia pojęcia pisane wielką literą w jej definicji. Należy zauważyć, że definicja ta zakłada, że w przypadku kredytowania konsorcjalnego występuje nie tylko kredytobiorca, ale również inne podmioty zobowiązane (np. poręczyciele lub gwaranci).

¹²⁷⁸ Choć, jak już była o tym mowa, coraz głośniejsze są postulaty, aby te instytucję wprowadzić także w odniesieniu do innych zabezpieczeń. Zob. Konferencja NAPKC.

4.2.3.2. Ważność klauzuli długu równoległego

Problemem dotyczącym klauzuli długu równoległego jest kwestia, **czy jest ona w stanie wykreować ważną wierzytelność**. „Sztuczność” długu równoległego wydaje się niewątpliwa, ale dwoma najmocniejszymi argumentami przeciwko jego ważności, na gruncie prawa polskiego były: jego abstrakcyjność oraz możliwość obejścia prawa/przekroczenia granic swobody umów¹²⁷⁹. Oba te argumenty mogą być też użyte na gruncie prawa holenderskiego, ale w przypadku tego porządku prawnego tracą one na sile.

Po pierwsze, dawny holenderski Kodeks cywilny, podobnie jak Kodeks cywilny francuski¹²⁸⁰, zawierał wyraźny przepis stanowiący, że umowa musi posiadać właściwą kauzę (*geoorloofde oorzaak*), aby być ważną¹²⁸¹. Kauzę rozumiano szeroko jako interes lub cel strony w zaciągnięciu zobowiązania¹²⁸². Natomiast jak już było zauważone, 1 stycznia 1992 r. w Holandii został wprowadzony nowy Kodeks cywilny. Obecnie brak jest podobnego, wyraźnego przepisu stanowiącego o kauzie czynności prawnych. Porównując starą i nową regulację, A. Thiele w swojej monografii argumentuje, że obecnie brak jest wymogu kauzalności czynności prawnych na gruncie prawa holenderskiego¹²⁸³. Jednak brak przepisu nie jest w pełni przekonującym argumentem, że zasada ta nie obowiązuje, ponieważ w wielu kontynentalnych porządkach prawnych często wywodzi się ją z tradycji prawnej¹²⁸⁴.

Po drugie, trudno jest znaleźć wyraźną, inną podstawę, która stanowiłaby bazę do uznania klauzuli długu równoległego za nieważną. Holenderski Kodeks cywilny zawiera art. 3:40, który stanowi odpowiednik polskich artykułów 58 k.c. i art. 353¹ k.c. Artykuł ten stanowi, że za nieważne powinno uważać się te czynności prawne, których treść i niezbędne skutki naruszają moralność publiczną lub porządek publiczny (art. 3:40 ust. 1 BW). Tak samo czynność prawna jest nieważna, jeżeli narusza przepisy *ius cogens* (art. 340 ust. 2 BW). Brak instytucji administratora na gruncie prawa holenderskiego sprawia, że trudniej jest mówić o „obejściu” tej instytucji i wymogów z nią związanych, a co za tym idzie i ewentualnego naruszenia porządku publicznego¹²⁸⁵. Trudno uznać też klauzulę długu równoległego za kwestię moralności publicznej i brak jest przepisu, który by jej zakazywał¹²⁸⁶.

¹²⁷⁹ Zob. art. 3:40 BW, który jest odpowiednikiem polskich art. 58 k.c. i art. 353¹ k.c. oraz podrozdziały 3.2.2.4.3.2. oraz 3.2.2.4.3.4.

¹²⁸⁰ Na którym opierał się dawny holenderski Kodeks cywilny. Zob. też: M. Gutowski, *Nieważność...*, s. 373.

¹²⁸¹ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 97. Przez kauzę rozumiało się: „iż strona zaciągająca zobowiązanie musi mieć jakiś cel lub interes” (*that the party undertaking the contractual obligation must have some purpose or interest in doing so*).

¹²⁸² Zob. *ibid.*

¹²⁸³ Zob. *ibid.* Zob. też L. Szegda, *Dochodzenie...*, s. 104–105.

¹²⁸⁴ Zob. podrozdział 3.2.2.4.3.2.2.

¹²⁸⁵ Co zdaje się mocnym argumentem w przypadku prawa polskiego, zwłaszcza w odniesieniu do hipoteki i zastawu rejestrowego. Zob. podrozdział 3.2.2.4.3.4.

¹²⁸⁶ Por. A. Thiele, *Collective...*, s. 97 i literatura tam przywoływana.

Każdy z prowadzących, który podczas swojego wykładu z przedmiotu *Principles of Finance of Secured Transactions*¹²⁸⁷ poruszał kwestię ważności klauzuli długu równoległego, nie był jednak w stanie z całą pewnością powiedzieć, że klauzula ta tworzy ważne zobowiązanie¹²⁸⁸. Prowadzący starali się raczej bronić jej skuteczności¹²⁸⁹, jednak również zauważali, iż, po pierwsze, trudno nie dostrzec sztuczności całej konstrukcji. Po drugie, że w rzeczywistości można doszukiwać się próby obejścia przez postanowienie umowne¹²⁹⁰ wymogu prawa rzeczowego¹²⁹¹ (tj. zakazu separacji podmiotowej), który to wymóg może i ma charakter bezwzględny. Co ciekawe, J. Millenaar, który dał wykład na temat kredytowania konsorcjalnego i który jest starszym prawnikiem w banku ING w Holandii, zauważył, że klauzula ta **powszechnie** używana jest w praktyce kredytowania konsorcjalnego¹²⁹². Co ciekawe, jako argumentu na rzecz jej ważności użył wszechobecnego jej stosowania w praktyce bankowej¹²⁹³. Porównał ją do „samospełniającej się przepowiedni”. Stwierdził, że została ona już użyta w tak wielu transakcjach, że niewyobrażalne jest, aby Holenderski Sąd Najwyższy (hol. *Hoge Raad der Nederlanden*) obecnie stwierdził jej nieważność. Stanowiłoby to ogromne zakłócenie na holenderskim rynku finansowym, ponieważ wpływałoby na wątpliwości dotyczące rzeczywistego zabezpieczenia wielu wielomilionowych kredytów.

Brak możliwości definitywnego rozstrzygnięcia, czy klauzula ta jest ważna, wynika z tego, o czym była już mowa powyżej, **czyli dużej kontrowersyjności tej klauzuli**, której ważności ciągle nie rozstrzygnął Holenderski Sąd Najwyższy¹²⁹⁴. To, że strony w umowie zawarą postanowienie, iż zobowiązanie z długu równoległego stanowi „zobowiązanie odrębne i niezależne”, nie oznacza jeszcze, że sąd z takim stanowiskiem się zgodzi. Klauzula ta jest stosowana na rynku holenderskim od wielu lat, więc brak orzeczenia Sądu Najwyższego może dziwić. S. Biemond¹²⁹⁵ zaznaczył, że choć praktykuje już od wielu lat, w jego przypadku nigdy nie dochodziło do egzekwowania zabezpieczeń, ponieważ w przypadkach problemów finansowych kredytobiorcy, zawsze dochodziło do restrukturyzacji jego zadłużenia. Banki preferują, w przypadkach w których to możliwe, zrestrukturyzować zadłużenie niż egzekwować zabezpieczenia, ponieważ

¹²⁸⁷ Kurs odbywał się na Uniwersytecie Radboud w roku akademickim 2014/2015 i co ciekawe, na każde z zajęć przychodziła inna osoba. Był to albo praktykujący prawnik, albo profesor akademicki. Wśród tych osób była też A. Thiele, której opracowanie jest często przytaczane w niniejszej pracy i która wygłosiła trzeci wykład, którego tytuł brzmiał: *Collective security arrangements*.

¹²⁸⁸ Zob. inaczej sama A. Thiele w swoim opracowaniu, gdzie pisze, iż: „obecnie generalnie zostało zaakceptowane iż klauzula długu równoległego jest ważna/skuteczna” (*now become generally accepted that a parallel debt clause is effective*). Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 98.

¹²⁸⁹ Zob. też Ł. Szegda, *Dochodzenie...*, s. 104–105.

¹²⁹⁰ Tj. klauzulę długu równoległego.

¹²⁹¹ „Kontrowersyjnego” co do jego istnienia w ogóle.

¹²⁹² Zob. też: Ł. Szegda, *Dochodzenie...*, s. 104–105.

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ W doktrynie dostrzega się, że orzecznictwo w wielu państwach europejskich dotyczące klauzuli długu równoległego jest bardzo ubogie. Zob. P. Kułak, *Analiza...*, s. 171.

¹²⁹⁵ Także prawnik w banku ING w Holandii, prowadzący wykład wraz z J. Millenaar.

ich egzekucja prowadzi do upadłości dłużnika i potem długotrwałego procesu dochodzenia należności i egzekwowania zabezpieczeń¹²⁹⁶.

Poza powyższymi argumentami dotyczącymi ważności długu równoległego, można również zauważyć, że w przypadku transakcji kredytowania konsorcjalnego mamy do czynienia z profesjonalnymi stronami, struktura z wykorzystaniem agenta w formie zastępcy pośredniego jest korzystna dla obu stron (kredytodawców i kredytobiorcy) oraz że za klauzulą nie kryje się oszukańczy cel¹²⁹⁷. Z drugiej jednak strony nie można nie dostrzec, że wyrażna „zgoda” Holenderskiego Sądu Najwyższego na kreowanie długu równoległego mogłaby mieć dużo dalej idące konsekwencje. Jak już wielokrotnie zauważono, klauzula ta tworzy dług niewątpliwie sztuczny, który, nieco dyskusyjnie, może prowadzić do obejścia wymogów prawa rzeczowego. Zezwolenie przez Holenderski Sąd Najwyższy na kreowanie tego typu zobowiązań może zachęcić praktyków do bycia jeszcze bardziej kreatywnymi i tworzenia innych, sztucznych zobowiązań, przez które próbowaliby się obejść inne przepisy bezwzględnie obowiązujące. Ich ważność prawnicy próbowaliby bronić przez analogię do orzeczenia, które dotyczyłoby klauzuli długu równoległego¹²⁹⁸.

Inny problem, który można dostrzec, dotyczy **aktualnej** niepewności odnośnie do klauzuli długu równoległego. Nawet jeżeli ostatecznie Holenderski Sąd Najwyższy stwierdzi ważność rzeczowej klauzuli, to zanim to nastąpi, można przewidywać długi spór sądowy między stronami. Będzie to wynikało z faktu, że Holenderski Sąd Najwyższy będzie musiał zmierzyć się z instytucjami mającymi swoje korzenie już w prawie rzymskim, tj. akcesoryjnością i kausalnością¹²⁹⁹. Kredytodawcy w takim sporze, tak długo jak Holenderski Sąd Najwyższy sporu nie rozstrzygnie, będą nie do końca pewni co do tego, czy ich zabezpieczenia zostały ważnie ustanowione. To nie tylko może utrudniać ich egzekucję, ale także sprawiać, że sprzedaż zabezpieczonych wierzytelności może być dużo trudniejsza. To z kolei może prowadzić do problemów z refinansowaniem się banków.

Na koniec należy zauważyć, że zaletą polskiego administratora zastawu czy hipoteki było też to, że polski ustawodawca wprowadził do p.u. przepis, który chroni kredytodawców przed ryzykiem upadłości agenta¹³⁰⁰. W Holandii brak takiego przepisu, ale

¹²⁹⁶ Podobną sytuację mieliśmy ostatnio w Polsce. Grupa Work Service nie była w stanie spłacić swojego wielomilionowego zadłużenia z tytułu kredytowania konsorcjalnego i banki zamiast realizować zabezpieczenia odroczyły termin płatności oraz dały dodatkowy czas dłużnikowi na restrukturyzację swojej grupy i spłatę zadłużenia. Zob. <http://www.workservice.com/pl/Centrum-prasowe/Informacje-prasowe/Grupa-Work-Service/Work-Service-zakonczył-z-sukcesem-proces-restrukturyzacji-zadluzenia> [dostęp: 08.02.2019].

¹²⁹⁷ Strony zwyczajnie chcą uczynić transakcję łatwiejszą i sprawniejszą w zarządzaniu, obniżając tym samym koszty transakcyjne. Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34.

¹²⁹⁸ Ciekawym artykułem dotyczącym „kreatywności” prawników i ich ewentualnej odpowiedzialności jest np.: D. Kershaw, R. Moorhead, *Consequential Responsibility for Client Wrongs: Lehman Brothers and the Regulation of the Legal Profession*, *The Modern Law Review* 2013, nr 1, s. 26–61.

¹²⁹⁹ Zob. L. Vliet, *The German...*, s. 148; T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 339.

¹³⁰⁰ Zob. podrozdział 2.3.1.2. oraz podrozdział 3.2.3.2.

z ryzykiem tym walczy się w inny sposób. Jako że nie ma ograniczeń podmiotowych, komu może być przyznany dług równoległy, to powołuje się spółkę celową (SPV). Spółka celowa (SPV) jest w posiadaniu wierzytelności i zabezpieczeń. Z założenia spółka celowa (SPV) nie prowadzi innej działalności niż zarządzanie zabezpieczeniami, dlatego ryzyko upadłości tego podmiotu jest znikome. W ten sposób efektywnie zarządza się ryzykiem upadłości agenta¹³⁰¹. Problem polega jedynie na tym, że banki później w swoich sprawozdaniach finansowych muszą uwzględniać liczne spółki celowe (SPV).

Podsumowując, można postawić tezę, że na gruncie prawa holenderskiego **klauzula długu równoległego wydaje się stosunkowo prostym oraz uniwersalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej i do tego jest ona obecnie powszechnie stosowana w holenderskiej praktyce kredytowania konsorcjalnego. Jest to jednak rozwiązanie budzące pewne wątpliwości.**

4.3. Prawo prowincji Ontario (Kanada)

4.3.1. Wstęp

Podobnie jak w przypadku prawa holenderskiego, także odnośnie do prawa prowincji Ontario, przed przejściem do omawiania problemu separacji podmiotowej, należałoby poczynić pewne wstępne uwagi dotyczące tego systemu prawnego.

Po pierwsze, należy zauważyć, że Kanada jest państwem federalnym, które administracyjnie składa się z 10 prowincji. W jednej z tych prowincji system prawny opiera się na tradycji kontynentalnej (Quebec) i jest to też jedyna prowincja, w której językiem urzędowym jest francuski, a nie angielski (jak to ma miejsce w pozostałych)¹³⁰². Natomiast systemy prawne pozostałych dziewięciu prowincji, w tym interesującej nas prowincji Ontario, są systemami *common law*. Zaleta tego faktu dla niniejszych rozważań została już zaznaczona w podrozdziale 4.1. Inna tradycja prawna pozwala też ostrożnie zakładać, że rozwiązania przyjęte w tym systemie prawnym, będą różniły się znacznie od tych występujących w prawie polskim czy holenderskim¹³⁰³.

Po drugie, co wiąże się mocno z tradycją *common law*, w prowincji Ontario, inaczej niż w prawie polskim czy prawie holenderskim, brak jest Kodeksu cywilnego¹³⁰⁴. Jednak, co ciekawe, pod koniec XX w. całej Kanadzie doszło do istotnej reformy (przede wszystkim znacznego ujednoczenia) prawa zabezpieczeń. Każda z prowincji opartych

¹³⁰¹ Odnośnie do bardziej rozbudowanej analizy dotyczącej użycia SPV w przypadku holenderskich kredytowań konsorcjalnych – A. Thiele, *Collective...*, s. 84–88.

¹³⁰² Więcej na temat systemu prawnego prowincji Quebec zob. np. T. Tomczak, *Hipoteka polska a hypotheque prowincji Quebec. Porównanie z perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego*, Przegląd Prawa i Administracji 2018, nr 112.

¹³⁰³ Teza ta zostanie oczywiście w dalszej części pracy udowodniona.

¹³⁰⁴ Kodeks taki występuje wyłącznie w prowincji Quebec, która oparta jest, jak już było wspomniane, na tradycji systemów kontynentalnych. Civil Code of Quebec (CCQ-1991) jest dostępny w wersji angielskiej pod linkiem: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/pdf/cs/CCQ-1991.pdf> [dostęp: 27.09.2019].

na tradycji *common law* uchwaliła swoją własną ustawę Personal Property Security Act, natomiast w prowincji Quebec doszło do znacznego przemodelowania postanowień dotyczących zabezpieczenia wierzytelności w Civil Code of Quebec¹³⁰⁵ (dalej: CCQ). Niniejsze opracowanie będzie odnosiło do Personal Property Security Act¹³⁰⁶ (dalej: PPSA) obowiązującego w prowincji Ontario. Należy jednak zwrócić uwagę, że uregulowania w innych prowincjach kanadyjskich opartych na tradycji *common law* są analogiczne¹³⁰⁷.

4.3.2. Czy problem separacji podmiotowej powstaje na gruncie prawa prowincji Ontario?

Analiza prawa prowincji Ontario w istotnym dla niniejszej pracy zakresie powinna przybrać podobną strukturę jak analiza prawa holenderskiego. Powinno dojść do rozważenia: jak wygląda ustrukturyzowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, czy występuje potrzeba zabezpieczenia tego rodzaju finansowania oraz czy w porządku tym znajdziemy Zabezpieczenia Akcesoryjne.

4.3.2.1. Ustrukturyzowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego w prowincji Ontario

Analogicznie jak w odniesieniu do prawa holenderskiego, rozważania w niniejszym podrozdziale można zacząć od analizy pojęcia: „kredytowanie konsorcjalne” na gruncie systemu prawnego prowincji Ontario.

Tak samo jak w przypadku prawa polskiego czy prawa holenderskiego, w prowincji Ontario nie znajdziemy ustawy, która zawierałaby definicję legalną tego pojęcia. Ponownie możemy się z nią natomiast spotkać w literaturze:

Dwie lub więcej (często tuzin lub więcej) instytucji kredytowych/pożyczkowych wspólnie zgadzających się na zapewnienie kredytowania kredytobiorcy/pożyczkobiorcy¹³⁰⁸.

Mamy zatem do czynienia z podobnie krótką i szeroką definicją, jak na gruncie prawa polskiego oraz holenderskiego. Można jedynie zwrócić uwagę, że mowa w niej

¹³⁰⁵ CCQ-1991. Zob. A. Duggan, J.S. Ziegel, *Secured...*, s. 20. Do ujednoczenia doszło przede wszystkim w ten sposób, że przedmiotem hipoteki (fr. *hypothèque*; ang. *hypothec*) mogą być nie tylko nieruchomości, ale też ruchomości. Zob. art. 2665 CCQ.

¹³⁰⁶ RSO 1990, c P-10.

¹³⁰⁷ W czasie zajęć z przedmiotu *Secured Transactions* co prawda omawiany był PPSA, ale ze względu na analogiczność rozwiązań w innych prowincjach, grupa pracowała na orzeczeniach zarówno sądów z prowincji Ontario, jak i z innych prowincji. Podobnie prof. A.J. Pritchard w przypadkach, w których omawiał jakąś kwestię, gdy w jakiejś innej prowincji występowały odrębne założenia ją regulujące, zaznaczał to. Taka sytuacja występowała bardzo rzadko, co tylko pokazuje, że uregulowania w różnych prowincjach opartych na tradycji *common law* są bardzo podobne. Sam podręcznik do przedmiotu *Secured Transactions* przy omawianiu danego zagadnienia/instytucji odsyła do orzeczeń z różnych prowincji kanadyjskich, w których występuje system *common law*. Zob. A. Duggan, J.S. Ziegel, *Secured...*

¹³⁰⁸ „Two or more (often a dozen or more) lending institutions jointly agreeing to provide a credit facility to a borrower”. J. Armstrong, *The Syndicated Loan Market: Developments In the North American Context*, Bank of Canada Working Paper, Ottawa 2003, s. 4.

o „tuzinie lub więcej” kredytodawców, co mogłoby sugerować, że struktury kredytowania konsorcjalnego w Kanadzie są podmiotowo bardziej rozbudowane. Należy zwrócić jednak uwagę, że sam autor definicji podkreśla, że takie zdefiniowanie kredytowania konsorcjalnego bardziej odnosi się do rynku amerykańskiego¹³⁰⁹, a w Kanadzie zwykle kredytowanie konsorcjalne nie przekracza 10 instytucji finansujących¹³¹⁰.

Analogicznie jak w każdym innym porządku prawnym, kredytodawcy w ramach kredytowania konsorcjalnego będą chcieli, aby ich wielomilionowe wierzytelności były zabezpieczone¹³¹¹.

Natomiast ciekawszym pytaniem jest, czy w przypadkach kredytowań konsorcjalnych, które rządzą się prawem prowincji Ontario, kredytodawcy będą wyznaczali jakiegoś rodzaju pośrednika do reprezentowania ich interesów w odniesieniu do zabezpieczeń. Ponownie, tak samo jak w przypadku prawa polskiego i prawa holenderskiego, wyżej przytoczona definicja nie odnosi się do instytucji „agenta zabezpieczeń” czy choćby jakiegoś jej odpowiednika w systemie *common law*¹³¹². Mówiąc inaczej, pojęcie to nie wspomina o żadnym pośredniku kredytodawców w odniesieniu do zabezpieczeń. Czy to oznacza, że w przypadku tego porządku prawnego on nie wystąpi?

Odpowiedź na to pytanie będzie przecząca. Jak już zauważono powyżej, bardzo powszechnym zjawiskiem społecznym, w przypadku wspólnych przedsięwzięć mających bardziej trwały charakter, jest wyznaczenie jednej lub kilku osób, które w mniejszym lub większym zakresie reprezentują interesy większej liczby podmiotów, które mają wspólny cel. Natomiast powstaje pytanie, jaką formę ów pośrednik (agent zabezpieczeń) przybierze.

W prawie prowincji Ontario, w przypadku kredytowania konsorcjalnego nie występuje, jak w prawie polskim czy holenderskim, podział form agenta na agenta w wąskim rozumieniu i agenta w formie zastępcy pośredniego¹³¹³. Agent do spraw zabezpieczeń powinien bowiem w każdym przypadku przybrać formę trustee¹³¹⁴.

Powyższe oznacza, że w strukturze kredytowania konsorcjalnego rządzącej się prawem prowincji Ontario zostanie wykorzystana powszechnie występująca i mająca długą historię w systemach *common law*, **instytucja trustu**¹³¹⁵. Rzeczona instytucja,

¹³⁰⁹ Gdzie nie jest rzadka sytuacja, w której występuje około 60 kredytodawców.

¹³¹⁰ Zob. J. Armstrong, *The Syndicated...*, s. 4, stopka 1. Taka sytuacja jest o tyle korzystna dla przedmiotu niniejszej pracy, że z podobną sytuacją mamy do czynienia w Polsce, tj. bankowe kredytowanie konsorcjalne również nie przekracza 10 instytucji (zob. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 29–30). Tym samym, ze względu na analogiczny stan faktyczny, wnioski prawoporównawcze powinny być bardziej trafne.

¹³¹¹ Zob. podrozdział 4.2.2.1.

¹³¹² Zakładając póki co z góry, że taki istnieje.

¹³¹³ Por. T. Tomczak, *Potrzeba...*, s. 66–70 oraz podrozdziały 2.2.1 oraz 4.2.2.1.

¹³¹⁴ M. Hughes, *Legal...*, s. 169.

¹³¹⁵ Zob. P. Stec, *Konwencja Haska w sprawie prawa właściwego dla trustów i ich uznawalności*, *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego* 2005, nr 3, s. 85–87.

tylko w bardzo ograniczonym zakresie podlega regulacji ustawowej¹³¹⁶ i przede wszystkim pod *common law* w wąskim rozumieniu¹³¹⁷.

W literaturze dotyczącej omawianego systemu prawnego można znaleźć następującą jej „definicję”:

trust powstaje w każdym przypadku, w którym występuje podział prawa własności na własność prawną i własność «korzyściową» (*beneficial*)* w odniesieniu do danego mienia – to jest, za każdym razem kiedy jednej osobie przysługuje tytuł prawny do mienia* (*property*) i jest ona prawnie zobowiązana do zarządzania tym mieniem na rzecz innej. Jest to instytucja wywodząca się ze słuszności (*equity*)*, która umożliwia dwóm osobom współdzielić prawo własności w jednym przedmiocie¹³¹⁸.

Należy zauważyć, że powyższe jest zapewne bardzo niedoskonałym tłumaczeniem definicji E. Gillese, dokonany przez autora niniejszej rozprawy¹³¹⁹. Takie pojęcia jak „*legal ownership*”, „*beneficial ownership*”, „*property*”, „*equitable concept*”, czy „*single piece of property*”, są terminami właściwymi dla prawa **rzeczowego** systemów *common law*, czy też nawet szerzej całego *common law*. Tym samym, ich idealne i dokładne przetłumaczenie na polski język prawniczy, który jest oparty na tradycji kontynentalnej, nie jest możliwe¹³²⁰. To oznacza, że z przytoczonej definicji nie powinno się wyciągać zbyt daleko idących wniosków w odniesieniu do prawa polskiego. Jest ona jednak wystarczająca, aby przedstawić wykorzystanie instytucji trustu w przypadku kredytowań

¹³¹⁶ Zob. Public Guardian and Trustee Act, R.S.O. 1990, c. P. 51, Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, Trust Beneficiaries Liability Act, 2004, S.O. 2004, c. 29, Sched. A. Przepisy odnoszące się do trustu znajdują się także w wielu innych ustawach. Żadna z tych ustaw nie będzie miała znaczenia w przypadku niniejszej pracy. Na fakt, że w systemach *common law* trust podlega też regulacji ustawowej, zwraca uwagę: P. Stec, *Konwencja...*, s. 86.

¹³¹⁷ „*Common law* w wąskim rozumieniu” oznacza prawo stanowiące w drodze orzeczeń sądowych przez sędziów z systemów *common law*.

¹³¹⁸ „In its simplest terms, a trust arises whenever there is a split in legal and beneficial ownership to property – that is, whenever one person holds legal title to property and is legally obliged to manage that property for the benefit of another. It is an equitable concept that enables two persons to have shared ownership rights in a single piece of property”. E. Gillese, *The law...*, s. 19. Inną definicję trustu można znaleźć w D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Lexis Nexis, London 2010, s. 2. Zob. też definicję zawartą w art. 2 Konwencji Haskiej w Sprawie Prawa Właściwego dla Trustów i ich Uznawalności (1985), dostępna na: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59> oraz P. Stec, *Konwencja...*, s. 85–87.

¹³¹⁹ Można zauważyć, że w polskiej literaturze przytacza się następującą definicję trustu angloamerykańskiego: „*trust* to wynikające z *equity* **zobowiązanie (equitable obligation) powiernika (trustee) do postępowania z będącymi jego własnością, wydzielonymi z masy jego majątku prywatnego, składnikami majątku powierniczego, na rzecz innych osób (beneficjentów)** – przy czym powiernik może być także jednym z beneficjentów, każdy z nich ma zaś prawo do żądania wykonania zobowiązania powierniczego albo na rzecz realizacji określonego **celu**, który może zostać wyegzekwowany przez wykonawcę (*enforcer*) powołanego w truście albo za pomocą mechanizmów ustanowionych w przepisach ustawy – w przypadku trustu **dobroczynnego (charitable trust)**”. Zob. B. Fuchs, E. Rott-Pietrzyk, M. Zachariasiewicz, F. Zoll [w:] *System...*, t. 9, s. 1062–1063.

¹³²⁰ Nieprawidłowość tłumaczenia dostrzega się jako przyczynę nieporozumień pomiędzy prawnikami *common law* i tradycji kontynentalnej. Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 313–314.

konsorcjalnych rządzonych się prawem prowincji Ontario i odnieść trust do problemu separacji podmiotowej.

Nieco upraszczając, instytucja trustu dopuszcza tzw. dzieloną własność (*shared ownership*), tego samego przedmiotu/mienia¹³²¹. W literaturze *common law* często kwestionuje się posługiwanie się zwrotem „dzielonej własności” (*shared ownership*) lub „podwójnej własności” (*double ownership*) i różnych tytułach własności w odniesieniu do trustu, pisząc raczej po prostu „dwóch różnych interesach”¹³²². W odniesieniu do przedmiotu niniejszej pracy, owa kwestia terminologiczna nie jest aż tak istotna, a dla większej spójności pracy lepiej pisać o „tytułach” niż interesach, bez dokładnego wnikania w to, czy mamy do czynienia z „dzieloną własnością” (*shared ownership*). W przypadku trustu, w odniesieniu do tego samego przedmiotu/mienia znajdującego się w nim, możemy mówić o:

- 1) tytule prawnym (*legal title*), który przysługuje trustee;
- 2) tytule słusznościowym (*equitable title*), który przysługuje beneficjentowi trustu¹³²³.

W sytuacji kredytowania konsorcjalnego agent zabezpieczeń przybierałby formę trustee i byłby w posiadaniu tytułu prawnego do zabezpieczenia. Natomiast tytuł słusznościowy do zabezpieczenia byłby przyznawany kredytodawcom (beneficjenci trustu)¹³²⁴. Zabezpieczenie znajdowałoby się w truście (*trust property*)¹³²⁵, czyli majątku odrębnym od prywatnego majątku agenta zabezpieczeń, a kredytodawcom w stosunku do tego majątku przysługiwałoby, w pewnym stopniu, uprawnienie skuteczne *erga omnes*¹³²⁶. Mimo takiego uprawnienia kredytodawców, to do trustee należałoby zabezpieczenie i jak stwierdza P. Matthews:

Przeciwie do poglądów wielu kontynentalnych pisarzy i nawet sądów, własność przysługująca *trustee*, jest nie mniejsza/gorsza niż własność przysługująca osobie, która nie jest trustee (...) [i trustee jest – T.T.] właścicielem majątku trustowego w najbardziej pełnym możliwym zakresie¹³²⁷.

¹³²¹ Słowa przedmiot/mienie nie zostały użyte przez przypadek, ponieważ w wypadku prawa prowincji Ontario „własność” dotyczy zarówno przedmiotów materialnych, jak i niematerialnych, inaczej niż polski Kodeks cywilny, który pojęciem własności posługuje się wyłącznie w odniesieniu do rzeczy. Zob. T. Tomczak, *Hipoteka...*, s. 216.

¹³²² Por. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 316.

¹³²³ Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 163 oraz R. Zhang, *A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property*, *Trusts & Trustees* 2015, nr 8, s. 903. Zob. też. P. Stec, *Konwencja...*, s. 103.

¹³²⁴ Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 5–6. Na obecnym etapie pracy jest zakładane, że takie rozdzielanie tytułów w odniesieniu do „zabezpieczenia” także jest możliwe. Kwestia ta zostanie przeanalizowana poniżej w podrozdziale 4.3.2.3.

¹³²⁵ Zob. *ibid.*, s. 6.

¹³²⁶ Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 317.

¹³²⁷ „Contrary to the views of many civilian writers and indeed courts, the trustee’s ownership is no less than the ownership of a person who is not a trustee”. Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 316.

Zadania takiego trustee nie różniłyby się w zasadzie niczym od zadań polskiego agenta do spraw zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego¹³²⁸. **Trustee może być zatem widziany jako szczególny rodzaj zastępcy pośredniego**¹³²⁹.

W doktrynie w ogóle nie jest sporne, czy konstrukcja trustu może być użyta w tego typu transakcjach. Jak podkreśla M. Hughes:

nie ma niejednoznaczności co do tego, czy trust może być użyty w transakcjach kredytowania konsorcjalnego¹³³⁰.

Powyższe oznacza, że także w prowincji Ontario kredytowanie konsorcjalne jest ustrukturyzowane w ten sposób, że dla prawnika kontynentalnego może narodzić się pytanie, czy problem separacji podmiotowej w takim razie tam powstanie.

4.3.2.2. Pojęcie „zabezpieczenia” na gruncie prawa prowincji Ontario

Przed przejściem do analizy „akcesoryjności”, trzeba zastanowić się nad samym terminem „zabezpieczenie” na gruncie prawa prowincji Ontario. W literaturze *common law*¹³³¹ można spotkać się nie tyle z samym terminem *security right* (prawo zabezpieczające), co z *security interest* (interes zabezpieczający)¹³³². Pierwszy z tych terminów może być bliższy kontynentalnym prawnikom, ponieważ zabezpieczenie wierzytelności może być przez nich traktowane jako swoiste prawo podmiotowe¹³³³. Natomiast termin „interes zabezpieczający” powinien być raczej obcy dla tych jurystów. Zastanowienia wymaga zatem: czy jest to tylko różnica terminologiczna¹³³⁴, czy pociąga ona za sobą jakieś dalej idące konsekwencje prawne?

Można postawić tezę, że nie należy całkowicie utożsamiać terminu „prawo zabezpieczające” (*security right*) z terminem „interes zabezpieczający” (*security interest*). Posługiwanie się słowem *interest* w systemach *common law* nie jest przypadkowe, ponieważ opiera się na specyficznym dla prawa rzeczowego systemów *common*

¹³²⁸ Odnośnie do prawie niekończącej się listy praw i obowiązków, które mogą być przyznane/którymi może być obciążony trustee, zob. E. Gillese, *The law...*, s. 23. Biorąc pod uwagę, że systemy *common law* zdają się mieć nieco mniej restrykcyjne podejście do prawa rzeczowego, wydaje się, że uprawnienia i obowiązki trustee mogą być określane w sposób nieco bardziej swobodny przez strony niż prawa i obowiązki agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego. Jednak dokładna analiza tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego opracowania, ponieważ dotyczy bardzo skomplikowanego zagadnienia odnoszącego się do granic kształtowania przez strony stosunku prawnorzeczowego w tych dwóch systemach prawnych. Stąd też powyżej zwrot „w zasadzie”. Trzon praw i obowiązków agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego oraz trustee powinien być jednak tożsamy albo przynajmniej możliwy do analogicznego ukształtowania przez strony.

¹³²⁹ Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 10–11, która pisze o trustee jako o szczególnego rodzaju powierniku (*fiduciary*).

¹³³⁰ M. Hughes, *Legal...*, s. 169 i 180; T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 340, *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 SCR 537.

¹³³¹ W tym literaturze dotyczącej prawa prowincji Ontario.

¹³³² Zob. M. Bridge, *The Scope...* i uwagi poniżej.

¹³³³ Zob. np. art. 306 k.c. i M. Veder, *Netherlands* [w:] *Cross-Border Security over Tangibles*, red. H. C. Sigman; E-M. Kieninger, European Law Publishers, Sellier 2007.

¹³³⁴ Tj. czy rzeczywiście pojęcie *security right* odpowiada pojęciu *security interest*.

law założeniu. **Założenie to polega na tym, że kilka podmiotów może mieć różny „interes” w danym przedmiocie i interesy te są tak samo istotne**¹³³⁵.

Powyższe oznacza, że „zabezpieczenie” na gruncie prawa polskiego i prawa holenderskiego nie jest do końca tym samym, co „zabezpieczenie” na gruncie *common law* (w tym prawa prowincji Ontario). Należy zaznaczyć, że zwłaszcza w pracach anglojęzycznych, z dużą ostrożnością należy stosować zamiennie terminy: prawo zabezpieczające (*security right*) i interes zabezpieczający (*security interest*)¹³³⁶.

Powyższe miało zaznaczyć terminologiczną nieściśłość występującą w obu systemach, jednak dokładna analiza różnic między tymi pojęciami wykracza poza ramy niniejszego opracowania i nie wydaje się potrzebna. Mimo różnic w podstawowych założeniach systemów *common law*¹³³⁷, *security interest*, choć nie do końca tożsamy z polskim czy holenderskim prawem zabezpieczającym (*security right*), wydaje się pełnić tożsamą funkcję. Świadczy o tym choćby fakt, że w rozwiązaniach modelowych odnoszących się zarówno do systemów kontynentalnych i systemów *common law* dotyczących zabezpieczenia wierzytelności występuje określenie albo *security right*, albo *security interest* oraz nie występuje potrzeba wyraźnego rozróżnienia tych pojęć¹³³⁸. Mówiąc inaczej, choć pojęcie zabezpieczenia na gruncie prawa kontynentalnego i systemów *common law* wydaje się nie do końca tożsame, a analiza różnic wymaga z pewnością dalszych, bardziej rozbudowanych badań, to na potrzeby niniejszej pracy uzasadnione wydaje się pisanie o *security interest* jako odpowiedniku polskiego czy holenderskiego zabezpieczenia. Tym samym, choć poniżej mowa będzie o *security interest*, dozwolone wydaje się być jego zestawienie z polskim czy holenderskim zabezpieczeniem¹³³⁹.

Jak już zauważono w podrozdziale 4.3.1., w Kanadzie pod koniec XX w. doszło do znacznego ujednoczenia prawa zabezpieczeń wierzytelności. Objawem tego ujednoczenia w prowincji Ontario była PPSA. W prawie prowincji Ontario, inaczej niż w prawie polskim czy holenderskim, mamy definicję zabezpieczenia (*security interest*). Można ją znaleźć w art. 1 (1) PPSA i brzmi ona:

¹³³⁵ Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 315–316.

¹³³⁶ W literaturze można znaleźć tendencję albo do zamiennego stosowania tych terminów, albo wyboru jednego z nich i stosowania go przez całą pracę bez większego wyjaśnienia.

¹³³⁷ Na potrzeby niniejszej rozprawy nie przeprowadzono pogłębionej analizy tej kwestii, ale za miarodajne należy uznać, jak się wydaje, stanowisko P. Matthews, *The compatibility...*, s. 313.

¹³³⁸ Zob. np. United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Secured Transactions*, UNCITRAL, Vienna 2007 (dalej: **Guide**). Jak możemy przeczytać w samym dokumencie, został on stworzony, aby dać wskazówki, jak prawo zabezpieczenia wierzytelności powinno być zmodyfikowane, aby osiągnąć efekt ujednoczenia prawa zabezpieczeń wierzytelności na całym świecie, zarówno w systemach prawa cywilnego, *common law*, prawa chińskiego, islamskiego oraz innych tradycji prawnych. Jednak w dokumentach tego typu, specjalnie definiuje się pojęcie *security right/security interest*, aby było ono dostatecznie szerokie i objęło te różne tradycje. Zob. np. *Guide*, s. 13.

¹³³⁹ Choć o pewnej, istotnej różnicy, będzie jeszcze mowa poniżej.

Zabezpieczenie (*security interest*) – oznacza interes w mieniu osobistym (*personal property*), który zabezpiecza zapłatę lub wykonanie zobowiązania, w tym (...) ¹³⁴⁰.

Szerokość tej definicji dodatkowo podkreśla art. 2 PPSA, który zaznacza, że, z zastrzeżeniem art. 4(1), ustawa znajduje zastosowanie do każdej transakcji, bez względu na formę i bez względu na osobę, której przysługuje tytuł do przedmiotu zabezpieczenia, która **w istocie tworzy/ustanawia zabezpieczenie** ¹³⁴¹.

Powyższa definicja jest bardzo szeroka m.in. dlatego, że ustawodawca, dokonując reformy prawa zabezpieczeń, chciał zaprowadzić porządek w odniesieniu do występujących do tej pory na rynku, licznych zabezpieczeniach (*mortgages, pledges, charges, retention of title* itp.) i wszystkie je objąć jednym pojęciem.

Co do szerokości tej definicji należy jednak zgłosić dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, nie obejmuje ona zabezpieczeń, których przedmiotem zabezpieczenia jest nieruchomości ¹³⁴². Tego rodzaju zabezpieczenia nie doczekały się własnej ustawy i ciągle rządzą się regułami określonymi w orzecznictwie (*common law* w wąskim rozumieniu) ¹³⁴³. Po drugie, powstaje ciekawe pytanie, czy definicja ta obejmuje zabezpieczenia osobiste. Definicja stanowi o „interesie w mieniu” (*interest in personal property*). To oznacza, że zawsze musi istnieć pewien przedmiot zabezpieczenia. To wyklucza z pojęcia *security interest* np. zabezpieczenie analogiczne do poręczenia. Powstaje pytanie, czy to stanowi problem albo przeoczenie ustawodawcy. Co ciekawe, odpowiedź na oba pytania wydaje się przecząca.

W odniesieniu do pierwszego pytania, przedmiot zabezpieczenia/mienie w prawie prowincji Ontario jest rozumiany bardzo szeroko ¹³⁴⁴. To oznacza, że interes może być „w/na prawie wszystkim” ¹³⁴⁵. Należy też zauważyć, że w prawie prowincji Ontario nie występuje podział na zabezpieczenia rzeczowe (np. „*real*” *security interest*) i zabezpieczenia osobiste („*personal*” *security interest*) w znaczeniu przyjętym w podrozdziale 1.2.5.

¹³⁴⁰ Art. 1 (1) PPSA: “security interest” means an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation, and includes (...). Definicja ma dalszą część, ale nie jest ona istotna dla niniejszych rozważań.

¹³⁴¹ Art. 2 PPSA: Subject to subsection 4(1), this Act applies to, (a) every transaction without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral that in substance creates a security interest including, (...). Szerzej na temat *security interest* w Kanadzie, zob. S. McCracken, *The personal property security interest: Identifying some Essentials attributes*, Law in Context 2014, nr 30.

¹³⁴² Wynika to ze zwrotu *in personal property*, co oczywiście może być dla czytelnika mylące, ponieważ na gruncie prawa polskiego inaczej rozumie się zwrot: „mienie osobiste”.

¹³⁴³ Kwestia ta zostanie poruszona jeszcze na końcu niniejszego podrozdziału, ale nie będzie miała większego znaczenia w odniesieniu do przedmiotu niniejszej pracy, ponieważ ta sama zasada będzie miała zastosowanie zarówno w odniesieniu do zabezpieczeń, których przedmiotem są nieruchomości i pozostałych zabezpieczeń (*security interest*).

¹³⁴⁴ *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 SCR 166.

¹³⁴⁵ Po angielsku pisze się *interest in*, co stanowi zwrot bardzo trudny do prawidłowego przetłumaczenia na polski język prawniczy, choćby ze względu na brak wyróżnienia w nim pojęcia „interesu w rzeczy”. Jak już było zauważone, polskie prawo posługuje się nie tyle pojęciem „interesu w czymś”, co „zabezpieczenia na”.

niniejszego opracowania¹³⁴⁶. Wynika to z faktu, że *security interest* nie jest skuteczny *erga omnes* ze względu na jego ukształtowanie w ten sposób przez ustawodawcę. Każdy *security interest* może uzyskać taką skuteczność z chwilą jego, nieco upraszczając, „ujawnienia” (ang. *perfection*)¹³⁴⁷, czyli przede wszystkim przez wpis do odpowiedniego rejestru¹³⁴⁸. Przed *perfection* zabezpieczenie może być ważne ustanowione, ale będzie skuteczne tylko pomiędzy stronami, które zawarły umowę zabezpieczającą. To oznacza, że, w zasadzie, niezależnie od tego, na czym zabezpieczenie ustanowimy, może być ono skuteczne *erga omnes*. Poza tym, inaczej niż w prawie polskim, w prawie prowincji Ontario dopuszcza się zabezpieczenie generalne, tj. na całym majątku dłużnika¹³⁴⁹. To z kolei oznacza, że to co w prawie polskim osiąga się poręczeniem, w prawie prowincji Ontario można osiągnąć zabezpieczeniem generalnym na majątku osoby trzeciej i dodatkowo, zasadniczo, uzyskać skuteczność *erga omnes* takiego zabezpieczenia. Brak ujęcia zabezpieczeń osobistych w tej definicji nie wydaje się zatem stanowić problemu.

Odpowiadając na drugie pytanie, kwestia braku obejmowania definicją *security interest* zabezpieczeń „osobistych”, nie wydaje się też przeoczeniem ustawodawcy. Ustawodawca kanadyjski nie zakazuje zobowiązania się względem wierzyciela wykonania zobowiązania na wypadek, gdyby dłużnik główny zobowiązania nie wykonał. Prawodawca ontaryjski **nie chce tego typu ustaleń traktować jako zabezpieczenie**, a patrząc z kontynentalnej perspektywy, uważa je po prostu za „zwykle” **zobowiązanie**. Tym samym, jako że takie „zabezpieczenie” nie mieści się w definicji *security interest*, nie będzie podlegało także *perfection*, a co za tym idzie, nie będzie mogło uzyskać bezwzględnej skuteczności. Wydaje się to celowym zabiegiem ustawodawcy.

Powyższe rozważania dały na tyle wystarczający obraz pojęcia zabezpieczenia (*security interest*) na gruncie prawa prowincji Ontario¹³⁵⁰, że można już przejść do rozważenia, czy ów *security interest* stanowi Zabezpieczenie Akcesoryjne.

4.3.2.3. Czy w prawie prowincji Ontario występują Zabezpieczenia Akcesoryjne?

Na wstępie ponownie należałoby przypomnieć, że jako Zabezpieczenia Akcesoryjne zostały zdefiniowane te zabezpieczenia, które wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia i zabezpieczonej wierzytelności przysługiwał temu samemu podmiotowi.

¹³⁴⁶ Generalnie zaznacza się, że w systemach *common law* termin „prawo rzeczowe” (*real right/right in rem*) „nie ma prawnego znaczenia”. Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 314.

¹³⁴⁷ Zob. art. 19–40 PPSA.

¹³⁴⁸ Zob. art. 41–57 PPSA.

¹³⁴⁹ Zob. T. Czech, *Ogólne...*, s. 64 oraz T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 84. Dotyczy to jednak tylko obrotu profesjonalnego. Na potrzeby ochrony konsumentów PPSA m.in. wprowadza pojęcie „dóbr konsumenckich”. Zob. art. 1 (1) PPSA: „consumer goods” means goods that are used or acquired for use primarily for personal, family or household purposes (fr. *biens de consommation*).

¹³⁵⁰ Szerzej czym jest *security interest* z perspektywy prawnika z systemu *common law*, zob. S. McCracken, *The personal...*

Należałoby zatem zastanowić się, czy *security interest* musi przysługiwać temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona nim wierzytelność.

Co ciekawe, **pojęcie akcesoryjności zabezpieczenia wydaje się nie tylko nie występować w regulacjach prowincji Ontario, ale również być nieznane dla prawników z tego systemu specjalizujących się w prawie zabezpieczeń.** Wiedza na temat tego terminu jest nawet mniejsza, niż sugeruje to A.J.M. Stevens w swoim artykule dotyczącym akcesoryjności, w którym zwraca uwagę, iż akcesoryjność w systemach *common law* może być „mniej widoczna”¹³⁵¹. Akcesoryjność w systemie prawnym prowincji Ontario nie tylko wydaje się „mniej widoczna”, ale wręcz całkowicie niewidoczna. Podczas całego kursu *Secured Transactions*¹³⁵², w którym uczestniczył autor niniejszej rozprawy, słowo *accessory* lub podobne mające zbliżone znaczenie, nie padło nawet raz. Podobnie termin ten nie wystąpił w podręczniku przeznaczonym do tego kursu¹³⁵³. Przeszukanie zasobów bibliotecznych Uniwersytetu w Ottawie także nie doprowadziło do tego, by autor spotkał się z tym pojęciem¹³⁵⁴, w odniesieniu do zabezpieczeń występujących w prowincji Ontario. Ze względu na powyższe, autor niniejszej rozprawy zdecydował się na wysłanie e-maila do A.J. Pritcharda, profesora prowadzącego przedmiot *Secured Transactions*¹³⁵⁵. Do korespondencji mailowej został załączony artykuł A.J.M. Stevensa *Accessoriness and Security over Land*¹³⁵⁶, aby nie było wątpliwości, co autor maila ma na myśli pisząc o „akcesoryjności”. W odpowiedzi na maila autor uzyskał odpowiedź:

*The phrase «accessory of security rights/interests» is not ringing any bells with me*¹³⁵⁷
(tł. wł. Zwrot akcesoryjność zabezpieczeń w ogóle nie brzmi dla mnie znajomo) [pogrubienie – T.T.].

Na marginesie można tylko zwrócić uwagę na ciekawy fakt. W sąsiadującej prowincji (Quebec), której system prawny oparty jest na tradycji kontynentalnej, mamy do czynienia z sytuacją dotyczącą akcesoryjności, która jest niespotykana, czy to w polskim czy holenderskim porządku prawnym. **Mamy wyraźny przepis, który wprost określa zabezpieczenie (hipotekę) jako „akcesoryjną”.** Art. 2661 CCQ brzmi:

¹³⁵¹ *Less visible*. Zob. A.J.M. Stevens, *Accessoriness...*, s. 390–391. Należy zauważyć, że autor pisze o prawie szkockim, które jest mieszanką tradycji kontynentalnej i *common law*.

¹³⁵² Kurs odbywał się w roku akademickim 2017/2018, w czasie semestru zimowego na Uniwersytecie w Ottawie (Kanada).

¹³⁵³ A. Duggan, J.S. Ziegel, *Secured...*

¹³⁵⁴ Lub instytucją, która by pełniła podobną funkcję.

¹³⁵⁵ A.J. Pritchard prowadzi kurs *Secured Transactions* na Uniwersytecie w Ottawie już wiele lat i jest także praktykującym prawnikiem zajmującym się właśnie m.in. zabezpieczeniem wierzytelności. <http://www.nortonrosefulbright.com/people/42711/jandrewpritchard> [dostęp: 27.09.2019].

¹³⁵⁶ A.J.M. Stevens, *Accessoriness...*

¹³⁵⁷ Fragment maila otrzymanego przez autora od A.J. Pritcharda w dniu 29 maja 2018 r.

hipoteka jest jedynie/zaledwie (*merely*) prawem **akcesoryjnym**, i jest ważna tylko tak długo jak zobowiązanie, którego wykonanie zabezpiecza, współlistnie¹³⁵⁸ [pogrubienie – T.T.].

Wydaje się zatem, że odnoszenie pojęcia „akcesoryjności” do zabezpieczeń rządzących się prawem prowincji Ontario lub nawet szerzej zabezpieczeń w systemach *common law*, jest niewłaściwe. A.J.M. Stevens uzasadnia taki stan rzeczy podziałem *common law* w szerokim rozumieniu na *equity* i *common law* w wąskim rozumieniu¹³⁵⁹ oraz odmiennym funkcjonowaniem zabezpieczeń na gruncie *common law*¹³⁶⁰. Jak zauważają inni prawnicy *common law*, prawo rzeczowe w tych systemach było kształtowane przez orzecznictwo zgodnie z pojawiającymi się potrzebami i problemami¹³⁶¹. To sprawiło, że prawo to jest bardziej elastyczne i mniej oparte na z góry przyjętych założeniach/koncepcjach¹³⁶².

Niniejsza praca nie ma jednak na celu całkowitego potwierdzenia/zaprzeczenia twierdzeniu, że zabezpieczenia prowincji Ontario są bardziej elastyczne niż polskie czy holenderskie albo zbadania, czy rzeczywiście te zabezpieczenia nie przejawiają żadnych aspektów akcesoryjności¹³⁶³. Dla przedmiotu niniejszej pracy wystarczające jest zbadanie tych zabezpieczeń (*security interest*) w odniesieniu do kwestii ich Akcesoryjności/braku Akcesoryjności, tj. czy tytuł do zabezpieczenia (*security interest*) może przysługiwać innemu podmiotowi niż kredytodawca. To oznacza, że tylko pod tym względem powinno się zbadać, czy zabezpieczenie (*security interest*) jest bardziej „elastyczne” od polskiego czy holenderskiego zabezpieczenia.

Badanie Akcesoryjności zabezpieczeń (*security interest*) w prowincji Ontario, można zacząć od spojrzenia na brzmienie PPSA. Definicja *security interest* znajduje się w art. 1(1) PPSA¹³⁶⁴ i brzmi:

Zabezpieczenie (*security interest*) – oznacza interes w mieniu osobistym (*personal property*), który zabezpiecza zapłatę lub wykonanie zobowiązania, w tym (...).

W przytoczonej definicji nie ma nawet słowa zarówno o podmiotach ustanawiających zabezpieczenie (*security interest*), jak i o uprawnionych z niego.

W art. 1(1) PPSA możemy też znaleźć definicję „podmiotu zabezpieczonego” (*secured party*):

¹³⁵⁸ Art. 2661 CCQ: ang. „a hypothec is merely an accessory right, and is valid only as long as the obligation whose performance it secures subsists”/fr. „L’hypothèque n’est qu’un accessoire et ne vaut qu’autant que l’obligation dont Elle garantit l’exécution subsiste”. System prawny prowincji Quebec nie jest szerzej omawiany w niniejszej pracy i sam autor poznał go tylko w odniesieniu do pewnych kwestii.

¹³⁵⁹ Przez *common law* w wąskim rozumieniu należy rozumieć prawo stanowione w drodze orzeczeń sądowych przez sędziów z systemów *common law*.

¹³⁶⁰ A.J.M. Stevens, *Accessoriness...*, s. 391.

¹³⁶¹ Zob. P. Matthews, *The compatibility...* Cały artykuł dotyczy omawianego zagadnienia.

¹³⁶² Zob. *ibid.* s. 313.

¹³⁶³ Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*

¹³⁶⁴ Jest to przepis, który zawiera definicje wielu pojęć, które zostały wprowadzone dla potrzeb PPSA.

oznacza podmiot, który jest w posiadaniu (*holds*) zabezpieczenia (*security interest*) na swoją rzecz lub **na rzecz jakiegokolwiek innej osoby** i obejmuje też *trustee* w przypadkach, w których podmioty uprawnione z wierzytelności wyemitowanych, gwarantowanych lub przewidzianych na podstawie umowy zabezpieczającej są reprezentowane przez *trustee* (...)¹³⁶⁵.

Powyższe wykazuje, że nie tylko brak jest przepisów podobnych do przepisów holenderskich, które to starają się wskazywać, jak twierdzi A. Thiele, jedynie „standardową sytuację” braku separacji podmiotowej¹³⁶⁶, ale wręcz przepisy specjalnie starają się unikać utożsamiania podmiotu, któremu przysługuje zabezpieczenie (*security interest*) z podmiotem, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność. Za podmiot zabezpieczony uważa się ten podmiot, któremu zostało przyznane zabezpieczenie (*security interest*) i przepis wyraźnie wskazuje, że może ono być przyznane **na rzecz** innego podmiotu. **Mówiąc inaczej, za podmiot zabezpieczony uważa się zwyczajnie tego, komu tytuł do zabezpieczenia (*security interest*) został przyznany.** Nie ma znaczenia, na czyją rzecz taki tytuł jest „trzymany” (*hold*) przez taki podmiot¹³⁶⁷.

Powyższe oznacza, że zabezpieczenie może być przyznane *trustee*, który „trzymałby” (*hold*)¹³⁶⁸ zabezpieczenia w truście, na rzecz kredytodawców. Dalsza część definicji¹³⁶⁹ ma na celu wyraźne zaznaczenie, że nawet w przypadkach, w których *trustee* nie jest w posiadaniu nawet części wierzytelności (np. w przypadku powołania *trustee* jako reprezentanta obligatariuszy), i tak to ciągle taki podmiot powinno traktować się jako podmiot zabezpieczony (*secured party*). Wydaje się, że PPSA stanowi, że podmiot nie musi w ogóle być w posiadaniu zabezpieczonej wierzytelności, aby zabezpieczenie (*security interest*) mogło być mu przyznane. Można by zatem postawić tezę, że **zabezpieczenia (*security interest*) w prowincji Ontario są Nieakcesoryjne.**

Może powstać jednak pewna wątpliwość, czy rzeczywiście w każdym przypadku sądy kanadyjskie zaakceptowałyby sytuację, w której doszłoby do bardzo daleko idącej separacji podmiotowej. Niemieckie problemy z *Grundschuld*, które doprowadziły do reformy tej instytucji, pokazują, że taka „całkowita” separacja może być niebezpieczna¹³⁷⁰. Prawdopodobnie sądy kanadyjskie byłyby w stanie walczyć ze zbyt daleko idącą separacją podmiotową nie tyle przez instytucję akcesoryjności, a raczej definicję zabezpieczenia

¹³⁶⁵ Zob. art. 1(1): „secured party” means a person who holds a security interest for the person’s own benefit or for the benefit of any other person and includes a trustee where the holders of obligations issued, guaranteed or provided for under a security agreement are represented by a trustee as the holder of the security interest”. Należy zauważyć, że te definicję bardzo trudno przetłumaczyć poprawnie na język polski I należałoby unikać cytowania jej polskiej wersji, przedstawionej powyżej.

¹³⁶⁶ Tj. że tytuł do zabezpieczenia i zabezpieczona wierzytelność przysługują temu samemu podmiotowi. Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 90.

¹³⁶⁷ Czy dla własnej korzyści, czy dla korzyści kogoś innego.

¹³⁶⁸ P. Matthews, *The compatibility...*, s. 315–316. Odnośnie do nieprzetłumaczalności terminu „hold” zob. T. Tomczak, *Wykorzystanie...*, s. 97, przypis 48.

¹³⁶⁹ Od „i obejmuje...”.

¹³⁷⁰ L. Vliet, *The German...*

(*security interest*). Problem ten wymaga jednak bardziej rozbudowanych badań i jego rozważenie na potrzeby niniejszej pracy nie jest potrzebne.

Wydaje się jednak, że można postawić tezę, iż **powodem, przez który kwestia Zabezpieczeń Akcesoryjnych nie była przedmiotem debaty czy orzeczeń sądów prowincji Ontario, jest fakt, że, w przypadkach, w których zabezpieczenie (*security interest*) ma być przyznane innemu podmiotowi niż podmiot, któremu przysługuje albo ma przysługiwać zabezpieczona wierzytelność, po prostu ustanawia się trust¹³⁷¹**. Tego typu konstrukcje są wyraźnie akceptowane przez sądy kanadyjskie¹³⁷². Można zatem dokonać pewnego uproszczenia i stwierdzić, że instytucja trustu jest jednym z powodów, przez który w przypadku kredytowania konsorcjalnego przyznanie zabezpieczenia (*security interest*) innemu podmiotowi niż kredytodawcy nie budzi żadnych zastrzeżeń. Uproszczenie to może być kwestionowane, ale jest istotne dla niniejszej pracy, ponieważ pozwala zestawiać trust z rozwiązaniami problemu separacji podmiotowej w Polsce i Holandii.

4.3.2.4. Trust jako odpowiedź na problem separacji podmiotowej?

Jak już wcześniej zauważono, Akcesoryjność zabezpieczeń czy problem separacji podmiotowej nie spotkały się z żadnym komentarzem ze strony doktryny. Autor niniejszej pracy jest zdania, że **powodem tego stanu rzeczy jest omówiona już pokrótce instytucja trustu**. Wydaje się, że o problemie separacji podmiotowej¹³⁷³ zaczęto mówić w kontynentalnych systemach prawnych wraz z pojawieniem się skomplikowanych, wielopodmiotowych finansowań. W systemach *common law* do strukturyzowania takich finansowań od zawsze wykorzystywany był trust i nikt nie miał wątpliwości co do skuteczności takiego rozwiązania. Biorąc pod uwagę, że Londyn był i jest centrum eurorynku¹³⁷⁴, wiele wzorów dokumentów, dotyczących tego, jak wielopodmiotowe finansowania powinny być zbudowane, było opartych na standardach/wzorcach *common law*¹³⁷⁵. Instytucja trustee była przekształcana w taką czy inną formę agenta zabezpieczeń, aby odpowiadać wymogom prawa, w których wzorce te były implementowane w praktyce. Wydaje się, że można postawić tezę, iż **dopiero z czasem zaczęto dostrzegać problem separacji podmiotowej¹³⁷⁶, w związku z czym zaczęto wymyślać różne rozwiązania umowne czy ustawowe (np. administrator), by ten problem rozwiązać**. Zgadzając się

¹³⁷¹ Do takiego samego wniosku dochodzą T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 340.

¹³⁷² Zob. np. *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* 1986 CarswellAlta 442, [1986] 5 W.W.R. 531, [1986] A.W.L.D. 1239, 1 A.C.W.S. (3d) 160, 46 Alta. L.R. (2d) 111, 62 C.B.R. (N.S.) 205, 75 A.R. 333, *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 SCR 537, *Martino v. Fortress Real Capital Inc.*, 2017 ONSC 4790.

¹³⁷³ Czy inaczej tożsamości podmiotowej. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 39–43.

¹³⁷⁴ Wydaje się, że ciągle nim będzie przynajmniej do czasu brexitu.

¹³⁷⁵ Zob. podrozdział 1.1.

¹³⁷⁶ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 2. A. Thiele w czasie prowadzonych zajęć zwracała uwagę, że to co dzisiaj nazywamy „kredytowaniem konsorcjalnym” oraz jego zabezpieczenie, występowało już w czasach kolonialnych, aby finansować tego typu wyprawy i nikt nawet nie zastanawiał się nad ważnością takich ustaleń ze względu na problem separacji podmiotowej.

z powyższym założeniem, można zastanowić się: dlaczego wykorzystanie instytucji trustu w przypadku kredytowań konsorcjalnych sprawiło, że na gruncie prawa prowincji Ontario¹³⁷⁷ problemu separacji podmiotowej w ogóle się nie dostrzeża?

Instytucja trustu zwykle nie występuje w systemach prawnych opartych na tradycji kontynentalnej¹³⁷⁸. Natomiast jest szeroko używana w systemach *common law*¹³⁷⁹. Definicja trustu została podana w podrozdziale 4.3.2.1. Tam też została zaznaczona kwestia najbardziej istotna dla niniejszych rozważań, tj. że trust dopuszcza „dzieloną własność” (*shared ownership*)¹³⁸⁰ w odniesieniu do określonego mienia, co wyraża się w dwóch tytułach:

- 1) tytule prawnym (*legal title*);
- 2) tytule słuźnościowym (*equitable title*)¹³⁸¹.

Wydaje się, że właśnie występowanie tych różnych tytułów sprawia, że nikt nie ma zastrzeżeń co do ważnego przyznania zabezpieczenia (*security interest*) agentowi zabezpieczeń. Agentowi zabezpieczeń w formie trustee przyznawany byłby tytuł prawny (*legal title*) do zabezpieczenia (*security interest*), natomiast kredytodawcom tytuł słuźnościowy (*equitable title*). Można spróbować przenieść to na grunt systemu kontynentalnego. Nieco upraszczając, powyższe oznaczałoby, że formalnie tytuł (*legal title*) do zabezpieczenia (*security interest*) przysługuje agentowi zabezpieczeń, natomiast „materialne” (*equitable title*) znajduje się w majątkach kredytodawców. Przypomina to zatem nieco konstrukcję administratora zastawu/hipoteki z tym, że w prawie polskim nie występuje podział na tytuł formalny (prawny) i tytuł materialny (słuźnościowy)¹³⁸². W prawie polskim żadne prawo nie może w pełnym zakresie (na zasadzie wyłączności) przysługiwać dwóm lub więcej podmiotom¹³⁸³. To natomiast prowadzi do bardzo skomplikowanych i budzących wiele sporów w doktrynie rozważań, komu przysługuje tytuł do zabezpieczenia (w czyim majątku znajduje się zabezpieczenie)¹³⁸⁴. Czy przysługuje on administratorowi zastawu/hipoteki, czy może jednak kredytodawcom i tym samym

¹³⁷⁷ Czy nawet szerzej na gruncie *common law*.

¹³⁷⁸ Jedyne systemy prawne oparte na tradycji kontynentalnej, w którym autor spotkał się do tej pory z trustem, jest system prawny prowincji Quebec. Zob. art. 1260–1298 CCQ.

¹³⁷⁹ Jak zauważa E. Gillese, jej znaczenie w tych porządkach prawnych obecnie tylko rośnie. E. Gillese, *The law...*, s. 3.

¹³⁸⁰ Specyficznego dla systemów *common law* pojęcia „dzielona własność” (*shared ownership*) nie należałoby oczywiście utożsamiać ze współwłasnością. Kwestia kontrowersyjności używania tego pojęcia została przedstawiona powyżej.

¹³⁸¹ Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 163 oraz R. Zhang, *A comparative...*, s. 903. Zob. też: P. Stec, *Konwencja...*, s. 103.

¹³⁸² Zob. podrozdział 2.3.1.5.2.3.

¹³⁸³ Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 317; R. Zhang, *A comparative...*, s. 903 oraz R. Zdzieborski, *Zastaw...*, s. 785, który w odniesieniu do prawa polskiego pisze: „żadne prawo nie może jednak (w pełnym swym zakresie), na zasadzie wyłączności, przysługiwać jednocześnie kilku osobom. Gdyby prawo zastawu rejestrowego miało przysługiwać administratorowi, to nie mogłoby przysługiwać obligatariuszom i odwrotnie”.

¹³⁸⁴ Zob. podrozdział 2.3.1.5.2.

powstaje wspólna hipoteka/zastaw?¹³⁸⁵ W prawie prowincji Ontario to, że trustee przysługuje „jedynie” tytuł prawny (*legal title*), nie sprawia, że zabezpieczenie znajduje się w majątkach kredytodawców¹³⁸⁶. Co prawda zabezpieczenie nie wchodzi do majątku osobistego trustee, ale do trustu, jednak **to nie znaczy, że właścicielem majątku znajdującego się w truście są beneficjenci trustu (kredytodawcy)**¹³⁸⁷. Właścicielem jest trustee i w stosunku do osób trzecich ma prawo do dysponowania takim majątkiem, nie gorsze niż „zwykły” właściciel¹³⁸⁸ i rzadko rozporządzenie takim majątkiem przez niego sprawi, że kredytodawcy (beneficjenci) będą mieli skuteczne *erga omnes* prawo w stosunku do podmiotów, które taki majątek nabędą¹³⁸⁹. Jak było już podkreślane i jak stwierdza P. Matthews, trustee jest nie gorszym właścicielem niż „nie-trustowy” właściciel¹³⁹⁰.

Powyższe prowadzi do tezy, że trustee stanowi w istocie odpowiednik agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego. Trustee w systemach *common law* jest widziany jako specjalny rodzaj powiernika/zastępcy pośredniego¹³⁹¹, a zatem w rzeczywistości stanowi odpowiednik administratora zastawu/hipoteki i to niezależnie, czy staniemy na stanowisku, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, czy że przysługuje on kredytodawcom.

Na marginesie można też zaznaczyć, że choć zabezpieczenie (*security interest*) może stanowić szczególnego rodzaju mienie (*property*), to w prawie prowincji Ontario nie ma wątpliwości, iż trust może się składać wyłącznie z zabezpieczeń (*security interests*)¹³⁹². Nie ma też w zasadzie znaczenia, dla jakich celów trust jest ustanawiany¹³⁹³. **To prowadzi z kolei do tezy, że w prawie prowincji Ontario, nie istnieje wymóg tworzenia jakiegoś rodzaju solidarności, aby móc zabezpieczenie (*security interest*) wnieść do trustu, jak zdają się sugerować T. Dąbrowski i W. Machała**¹³⁹⁴.

Na zakończenie niniejszego podrozdziału, należy stwierdzić, że w niniejszym podrozdziale posługiwano się termin zabezpieczenie (*security interest*) w znaczeniu przyjętym przez PPSA, czyli pojęcie to nie dotyczyło zabezpieczeń, których przedmiotem byłyby nieruchomości. Zabezpieczenia dotyczące nieruchomości dalej rządzą się

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ Zob. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 317.

¹³⁸⁷ Zob. *ibid.*

¹³⁸⁸ Zob. *ibid.*

¹³⁸⁹ Zob. *ibid.*

¹³⁹⁰ Zob. *ibid.*

¹³⁹¹ E. Gillese, *The law...*, s. 10–11.

¹³⁹² Pojęcie „mienia” (*property*) jest elastyczne na gruncie *common law* i nie ma wątpliwości, że każdego rodzaju mienie (*property*) może wejść w skład trustu. Zob. *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 SCR 166, paragraf 16 oraz E. Gillese, *The law...*, s. 11 oraz art. 2 Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.

¹³⁹³ Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 53–54. Uwaga ta jest istotna, ponieważ właśnie cel klauzuli długu równoległego (rzekoma próba obejścia wymogów prawa rzeczowego) może stanowić istotny argument za uznaniem jej nieważności.

¹³⁹⁴ Zob. T. Dąbrowski, W. Machała, *Pozycja...*, s. 337.

common law w wąskim rozumieniu¹³⁹⁵, jednak orzecznictwo także w stosunku do nich dopuszcza konstrukcje kredytowania konsorcjalnego oparte na truście¹³⁹⁶.

Podsumowując powyższe, wydaje się, że można postawić tezę, iż **problem separacji podmiotowej powstał w systemach kontynentalnych, ponieważ prawnikom w tych systemach trudno było sobie wyobrazić, że ktoś może być w posiadaniu tytułu do zabezpieczenia bez posiadania zabezpieczonej wierzytelności**. Natomiast w systemach *common law* problem ten nie powstawał, ponieważ nawet jeżeli ktoś zwróciłby uwagę, że trustee może w określonych przypadkach nie być w posiadaniu zabezpieczonej wierzytelności, to jednak ma on „jedynie” tytuł prawny (*legal title*), a „słusnościowo” (*equitable*), zabezpieczenie i tak przysługuje kredytodawcom. W istocie więc do separacji podmiotowej nie dochodzi. Zabezpieczenie wchodzi do trustu, który „należy” do trustee, ale nie wchodzi do jego majątku osobistego¹³⁹⁷. Nawet jeżeli z „prawnego” punktu widzenia zabezpieczenie znajduje się w innym majątku niż kredytodawców, to jednak, przez tytuł słusnościowy (*equitable title*) do zabezpieczenia (*security interest*), dostateczne „połączenie” występuje między podmiotem, w którego majątku zabezpieczenie się znajduje, a podmiotami, którym przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności. Wydaje się, że ze względu na powyższe, prawnik z prowincji *common law*, bez odnoszenia się w ogóle do problemu separacji podmiotowej, po prostu twierdzi:

w sercu każdej zabezpieczonej struktury kredytowania konsorcjalnego powinien być trust (i trustee) (...) ¹³⁹⁸.

4.4. Podsumowanie oraz wnioski w odniesieniu do prawa polskiego na podstawie analizy prawnoporównawczej

Wydaje się, że interesującym sposobem na podsumowanie niniejszego rozdziału będzie zestawienie powyższych rozwiązań z prawem polskim.

Po pierwsze, można postawić tezę, że w każdym z trzech porządków prawnych¹³⁹⁹, **występują i są pożądane przez banki, struktury kredytowania konsorcjalnego, w których tytuł do zabezpieczeń miałby być przyznany jednemu podmiotowi¹⁴⁰⁰, lecz na rzecz kredytodawców**. Jednak w każdym z nich, nieco inaczej strukturyzuje się

¹³⁹⁵ Tj. prawo stanowiące w drodze orzeczeń sądowych przez sędziów z systemów *common law*.

¹³⁹⁶ Zob. np. *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 SCR 537.

¹³⁹⁷ Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 6. Mówiąc inaczej, trustee ma uprawnienia właścicielskie w stosunku do dwóch mas majątkowych: swojego własnego majątku (tzw. majątek osobisty) oraz do odrębnego majątku trustowego.

¹³⁹⁸ M. Hughes, *Legal...*, s. 169.

¹³⁹⁹ Polskim, holenderski i prowincji Ontario.

¹⁴⁰⁰ Zob. jednak rozważania dotyczące tego, komu przysługuje tytuł do zabezpieczenia w przypadku administratora zastawu i administratora hipoteki. Podrozdział 2.3.1.5.

tego typu transakcję, aby uniknąć problemu separacji podmiotowej¹⁴⁰¹. Co interesujące, w Polsce najlepszym rozwiązaniem jest wykorzystanie instytucji **ustawowej**, w Holandii „instytucji” **umownej** opartej na zasadzie swobody umów, a w prowincji Ontario, instytucji, która jest **połączeniem rozwiązań ustawowych i umownych**.

W Polsce, najlepszą odpowiedzią na problem separacji podmiotowej są instytucje administratora zastawu/hipoteki. Problem z tymi rozwiązaniami, przynajmniej obecnie, polega przede wszystkim na tym, że nie stanowią one pełnego rozwiązania tego problemu, ponieważ brakuje tej instytucji, co najmniej, w przypadku zastawu zwykłego czy zastawu finansowego¹⁴⁰².

Rozwiązanie holenderskie, tj. klauzula długu równoległego, takich ograniczeń nie zawiera. Jeżeli uznamy, że stanowi ona skuteczne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej¹⁴⁰³ w odniesieniu do tak Akcesoryjnych praw jak holenderski zastaw (hol. *pandrecht*) czy hipoteka (hol. *hypothekrecht*)¹⁴⁰⁴, to trudno byłoby uznać, aby było ono nieskuteczne w odniesieniu do innych holenderskich zabezpieczeń. Nie powstaje też problem, który występuje w przypadku polskiego administratora zastawu, tj. że podmiotem, któremu miałby przysługiwać tytuł do zabezpieczenia, nie może być osoba trzecia¹⁴⁰⁵. To pozwala na wyeliminowanie ryzyka upadłości agenta dzięki spółce celowej (SPV). Rezygnacja, w stosunkowo nowym holenderskim kodeksie cywilnym, z wyraźnego przepisu dotyczącego kauzalności oraz brak ustawowej instytucji administratora zabezpieczeń, sprawiają, że argumenty za ważnością klauzuli długu równoległego na gruncie prawa holenderskiego, nie do końca dają się przenieść na płaszczyznę prawa polskiego.

Natomiast skorzystanie z instytucji trustu w prowincji Ontario nie rodzi problemów związanych z separacją podmiotową. Jest to też rozwiązanie o tyle doskonałe, że nie jest ograniczone do niektórych tylko zabezpieczeń oraz nie rodzi sporów, co do tego, komu przysługuje tytuł do zabezpieczenia. Nie występują też ograniczenia podobne do polskiego ograniczenia podmiotowego w odniesieniu do administratora zastawu¹⁴⁰⁶. Analogicznie, majątek znajdujący się w truście nie wchodzi do masy upadłości trustee, tym samym nie powstaje ryzyko upadłości agenta¹⁴⁰⁷. Dodatkowo, należy zauważyć, że instytucja trustu jest stosowana w systemach *common law* od bardzo długiego czasu¹⁴⁰⁸. Wpływa to dodatkowo na pewność tego rozwiązania i możliwość znalezienia odpowiedzi na wiele

¹⁴⁰¹ Powyższe zdanie jest lekkim uproszczeniem, ponieważ w odniesieniu do prawa prowincji Ontario przez wykorzystanie instytucji trustu nie tyle walczy się/unika się problemu separacji podmiotowej, co problem ten po prostu dzięki niej nie powstaje.

¹⁴⁰² Zob. podrozdział 2.3.1.1. oraz podrozdział 2.3.1.3.

¹⁴⁰³ Co ciągle może być sporne. Zob. podrozdział 4.2.3.2.

¹⁴⁰⁴ L. Vliet pisze o tych prawach jako o „prawdziwie akcesoryjnych” (*truly accessory*). Zob. L. Vliet, *Mortgages...*, s. 3.

¹⁴⁰⁵ Zob. podrozdział 2.3.1.2.

¹⁴⁰⁶ Zob. *ibid.*

¹⁴⁰⁷ Zob. R. Zhang, *A comparative...*, s. 905 oraz P. Matthews, *The compatibility...*, s. 318.

¹⁴⁰⁸ Której użyteczność tylko rośnie. Zob. E. Gillese, *The law...*, s. 3.

rodzących się w praktyce pytań, w istniejącej już obecnie, rozbudowanej literaturze i orzecznictwie dotyczących tej instytucji¹⁴⁰⁹.

Powyższe oznacza, że może najlepszym remedium na problem separacji podmiotowej na gruncie prawa polskiego byłoby po prostu wprowadzenie do polskiego porządku prawnego trustu. Można postawić tezę, że **taki zabieg wydaje się jednak niepotrzebny**¹⁴¹⁰. Administrator zabezpieczeń wydaje się prawidłowym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej w systemach prawa kontynentalnego, które to rozwiązanie zresztą zyskuje w nich coraz większe uznanie¹⁴¹¹.

Powyższa analiza pozwala udzielić odpowiedzi na pytanie, które stanowiło główny cel badawczy niniejszego rozdziału¹⁴¹², i tym samym postawić tezę główną, iż:

Najbardziej optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w prawie polskim, holenderskim oraz prawie prowincji Ontario, jest instytucja trustu. Jednak ze względu na brak rzeczonoj instytucji w polskim systemie prawnym oraz jej swoistość dla systemów *common law* nie wydaje się ona realnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w Polsce i należałoby postulować jedynie poprawienie instytucji administratora zabezpieczeń.

Porządkując najważniejsze tezy cząstkowe z niniejszego rozdziału należy stwierdzić, że rzeczona teza główna została postawiona na podstawie następujących tez cząstkowych:

- 1) zarówno w polskim, holenderskim, jak i porządku prawnym prowincji Ontario wystąpią struktury kredytowania konsorcjalnego, w których kredytodawcom będzie zależeć, aby tytuł do zabezpieczeń został przyznany agentowi zabezpieczeń, jednak na rzecz kredytodawców;
- 2) w holenderskim porządku prawnym występują Zabezpieczenia Akcesoryjne i brak jest instytucji administratora zabezpieczeń;
- 3) w prawie holenderskim powstaje problem separacji podmiotowej;
- 4) w prawie holenderskim w celu radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej stosuje się obecnie klauzulę długu równoległego, która jest stosunkowo prostym oraz uniwersalnym sposobem rozwiązania tego problemu;
- 5) rozwiązanie problemu separacji podmiotowej stosowane w Holandii, tj. klauzula długu równoległego, nie zawiera ograniczeń podmiotowych i przedmiotowych charakterystycznych dla polskiej instytucji administratora hipoteki lub zastawu, jednak taka klauzula, sama w sobie, nie radzi sobie z problemem upadłości agenta

¹⁴⁰⁹ Zob. np. 1500-stronnicowe opracowanie dotyczące trustu: D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Lexis Nexis, London 2016.

¹⁴¹⁰ Lepsze uzasadnienie tego twierdzenia można znaleźć w podrozdziale 5.3.

¹⁴¹¹ Zob. M. Kučka, *Administrator...*, s. 287–292.

¹⁴¹² Tj. jaki, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w trzech analizowanych porządkach prawnych (polskim, holenderskim oraz systemie prawnym prowincji Ontario), jest optymalny sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej.

- zabezpieczeń oraz istnieją pewne wątpliwości, czy jest ona skutecznym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej;
- 6) zabezpieczenia (*security interest*) w prowincji Ontario zostały ukształtowane jako Zabezpieczenia Nieakcesoryjne;
 - 7) w literaturze prowincji Ontario brak jest rozważań dotyczących Akcesoryjności zabezpieczeń rządzących się prawem tej prowincji (*security interest*), co wynika z faktu, że w przypadkach, w których dochodzi do separacji podmiotowej, wykorzystywana jest instytucja trustu;
 - 8) trust umożliwia przyznanie tytułu prawnego (*legal title*) do zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń (który przybierze formę trustee) oraz tytułu słusnościowego do nich (*equitable title*) kredytodawcom;
 - 9) trustee stanowi w istocie odpowiednik agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego;
 - 10) brak jest ograniczeń przedmiotowych, jak i podmiotowych w odniesieniu do trustee;
 - 11) znajdowanie się zabezpieczeń oraz przychodów z ich realizacji w ręku trustee sprawia, że zasadniczo są one niedostępne dla prywatnych wierzycieli agenta zabezpieczeń (trustee);
 - 12) trust stanowi najlepsze rozwiązanie problemu separacji podmiotowej;
 - 13) trust jest instytucją charakterystyczną dla systemów *common law*, tym samym jej wprowadzenie do polskiego porządku prawnego wymagałoby modyfikacji wielu podstawowych pojęć z zakresu m.in. prawa rzeczowego;
 - 14) dużo prostszym, niż wprowadzenie do polskiego porządku prawnego trustu, i osiągającym podobne skutki rozwiązaniem byłoby poprawienie instytucji administratora zabezpieczeń.

Natomiast ze względu na powyższą tezę główną i biorąc pod uwagę przedstawioną analizę prawnoporównawczą, **można zgłosić następujące wnioski *de lege ferenda* w stosunku do instytucji administratora zabezpieczeń**¹⁴¹³.

Po pierwsze, powyższa analiza jest kolejnym argumentem na rzecz postulatu, **aby instytucję administratora zabezpieczeń rozszerzyć na wszystkie zabezpieczenia**. W doktrynie można spotkać głosy, że instytucja ta nie jest potrzebna w przypadku zabezpieczeń osobistych. Autor niniejszej rozprawy z takim stanowiskiem się nie zgadza. Można się posłużyć przykładem poręczenia, aby pokazać, dlaczego instytucja administratora także w przypadku takiego zabezpieczenia może być przydatna. W przypadkach kredytowania konsorcjalnego poręczenia są zwykle udzielane przez spółki zależne od kredytobiorcy odrębnie każdemu z kredytodawców. Prowadzi to niewątpliwie do

¹⁴¹³ Postulaty te stanowią dodatkowe argumenty do obecnie toczącej się dyskusji, jak generalna instytucja administratora zabezpieczeń powinna zostać uregulowana. Dyskusja taka toczyła się np. podczas Konferencji NAPKC oraz propozycje można znaleźć już obecnie także w literaturze. Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 296–328.

problemu wielości tych zabezpieczeń, ale w tym przypadku nie jest on aż tak doniosły. Poręczyciele nie muszą płacić żadnych dodatkowych opłat ani być wpisywani do rejestru. „Uporczywość” polega na nieco większym skomplikowaniu umowy kredytowej (uwzględnieniu w niej faktu poręczeń), ale nie wydaje się to problem aż tak bardzo doniosły. Natomiast instytucja administratora byłaby użyteczna w odniesieniu do problemu zbiorowości zabezpieczeń. Należy pamiętać, że zabezpieczenia nie są realizowane w przypadkach, w których kredytobiorca prawidłowo spłaca kredyt, ale gdy jego sytuacja majątkowa jest zła. Zaistnienie ryzyka braku spłaty wielomilionowego zobowiązania może prowadzić do „paniki” i podejmowania przez kredytodawców decyzji, które są w ich najlepszym interesie, a nie w interesie konsorcjum jako grupy. Kredytodawcy mogliby uczestniczyć w „wyścigu” dotyczącym realizacji poręczeń. Problem ten można próbować rozwiązać w drodze umownych postanowień, jednak dużo skuteczniejszym sposobem jest przyznanie tytułu do tego zabezpieczenia administratorowi na rzecz kredytodawców. W takim przypadku administrator powinien realizować zabezpieczenia, gdy uzyska zgodę odpowiedniej, wcześniej ustalonej większości i w odniesieniu do poręczycieli ustalonych przez taką większość. Pojedynczy bank nie będzie w stanie wtedy zagrozić całej transakcji, np. przez zbyt pochopną realizację poręczenia. Podobnie, skoro agent zabezpieczeń w formie administratora jest zobowiązany do monitorowania, czy zachodzi podstawa realizacji zabezpieczeń, to dużo bardziej uzasadnione jest, aby monitorował to w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń. Mówiąc inaczej, administrator zabezpieczeń w takim przypadku mógłby w lepszym stopniu realizować interes całej grupy. Mogłoby się to odbywać oczywiście z uszczerbkiem dla interesów poszczególnych kredytodawców. Można jednak postawić tezę, że **kredyt konsorcjalny jest kredytem przynajmniej do pewnego stopnia „zbiorowym”, tym samym dużo bardziej uzasadnione wydaje się spojrzenie na tę instytucję przez pryzmat interesu grupy, a nie indywidualnego wierzyciela, który w skład takiej grupy wchodzi.**

Po drugie, instytucja administratora zastawu¹⁴¹⁴ nie pozwala, aby była nim osoba trzecia¹⁴¹⁵. Powyższe rozwiązania, zarówno holenderskie, jak i to występujące w prowincji Ontario, takiego ograniczenia w odniesieniu do swoich „pośredników” nie wprowadzają. Podobnie w polskiej doktrynie zauważa się, że instytucja administratora zastawu powinna być rozszerzona podmiotowo na osoby trzecie¹⁴¹⁶. Odpowiedź na pytanie, czy przyszła regulacja administratora zabezpieczeń żadnych ograniczeń podmiotowych nie powinna zawierać, nie jest jednak taka prosta, jak zdaje się sugerować M. Kućka. Należy zauważyć, że instytucja administratora zastawu, inaczej niż instytucja administratora

¹⁴¹⁴ Chodzi tutaj oczywiście o administratora zastawu rejestrowego (art. 4 u.z.r.).

¹⁴¹⁵ Podmiot niebędący jednym z kredytodawców w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Inaczej wygląda sytuacja w przypadku dłużnych papierów wartościowych emitowanych w serii. Zob. 4 ust. 4 u.z.r.

¹⁴¹⁶ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 303–304.

hipoteki, nie wprowadza żadnych ograniczeń **przedmiotowych**¹⁴¹⁷. Natomiast w jej przypadku występuje jedynie ograniczenie podmiotowe, tj. administratorem musi być jeden z **kredytodawców**. Mówiąc inaczej, w obu przypadkach występuje jakieś obostrzenie, które uniemożliwia całkowicie swobodne skorzystanie z instytucji administratora w przypadku wielości wierzycieli. Zgadając się jednak z postawioną w niniejszej pracy tezą, iż wszystkie zabezpieczenia są zasadniczo Zabezpieczeniami Akcesoryjnymi, można postawić kolejną **tezę, że żadne ograniczenia podmiotowe lub przedmiotowe w przypadku przyszłej regulacji administratora zabezpieczeń nie są potrzebne**. Taka teza wynika z tego, że przy założeniu Akcesoryjności wszystkich zabezpieczeń wymóg odpowiedniego powiązania pomiędzy kredytodawcami a administratorem wynikałby już z samej Akcesoryjności. Z ostrożności można jednak zauważyć, że autor niniejszej pracy, analizował problem separacji podmiotowej jedynie z perspektywy kredytowania konsorcjalnego, dlatego taka generalna odpowiedź na wyżej postawione pytanie może być kontrowersyjna. Można zatem postawić też bardziej ograniczoną tezę, tj. iż **dopuszczalne powinno być, aby administratorem zabezpieczeń mógł być podmiot trzeci, w każdym przypadku, w którym wierzyciele powołują stosunek organizacyjny (konsorcjum)**. Utworzenie konsorcjum sprawia, że kredytodawców łączy swoista więź i prawdopodobnie mają oni pewien wspólny cel. Osoba trzecia może zapewnić bardziej sprawiedliwe zarządzanie zabezpieczeniami i lepszą realizację tego celu¹⁴¹⁸. Z czasem może też dojść do wykształcenia się profesjonalnego rynku agentów zabezpieczeń¹⁴¹⁹.

Po trzecie, jak już było wielokrotnie podkreślane w odniesieniu do polskiego administratora zastawu i hipoteki, powstaje problem, komu przysługuje tytuł do zabezpieczenia¹⁴²⁰. Zarówno w przypadku prawa holenderskiego, jak i prawa prowincji Ontario nie ma wątpliwości, że zabezpieczenie znajduje się w majątku agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego/trustee. W Holandii zabezpieczony jest dług równoległy, a zatem zarówno zabezpieczona wierzytelność, jak i zabezpieczenie znajdują się w majątku agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego. Natomiast w przypadku prowincji Ontario zabezpieczenia znajdują się w truście, ale zgodnie z powyższymi uwagami, nie zmienia to faktu, że choć jest to majątek odrębny od majątku osobistego trustee, to jest to ciągle majątek trustee, a nie kredytodawców. Kredytodawcom przysługuje, co prawda, tytuł słuźnościowy (*equitable title*), ale tytuł ten jest niewystarczający do tego, aby stwierdzić, że to w ich majątku znajduje się zabezpieczenie¹⁴²¹. Tym

¹⁴¹⁷ Przez ograniczenia przedmiotowe w odniesieniu do administratora hipoteki należy rozumieć wymóg, aby wierzytelności służyły sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia. Zob. art. 68² ust. 1 u.k.w.h.

¹⁴¹⁸ W przypadku, gdy administratorem jest jeden z kredytodawców, może on próbować zarządzać zabezpieczeniami głównie z perspektywy własnych interesów (np. nie poinformować kredytodawców, że wystąpiły podstawy do realizacji zabezpieczenia).

¹⁴¹⁹ Zob. np. T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 429.

¹⁴²⁰ Inaczej: w czym majątku znajduje się zabezpieczenie. Zob. podrozdział 2.3.1.5.

¹⁴²¹ Zob. podrozdział 4.3.2.3.

samym, powyższa skromna analiza prawno-porównawcza, jest kolejnym argumentem¹⁴²² za tym, aby postawić tezę, że **tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom**. Kwestia ta jest istotna, ponieważ na Konferencji NAPKC zostało zaproponowane wprowadzenie ogólnej instytucji administratora zabezpieczeń. Jednak zaproponowane brzmienie przepisu ciągle jest niejasne i tym samym nie rozstrzyga omawianego sporu¹⁴²³. Należałoby wyraźnie stwierdzić, że administrator jest „wierzycielem zabezpieczenia”¹⁴²⁴. Zwłaszcza że głównymi argumentami za przysługiwaniem tytułu do zabezpieczenia kredytodawcom są ich interesy, m.in. ryzyko nieprzewidzianych działań agenta¹⁴²⁵. **Jednak ryzyko to powinno być naturalną konsekwencją udogodnień, jakie wiążą się dla nich z instytucją administratora**. Jest to też kolejny argument za tym, aby administratorem zabezpieczeń mógł być podmiot trzeci i to w szczególności podmiot profesjonalny. Tym samym kredytodawcy mogliby tym ryzykiem prawidłowo zarządzać przez jak najlepszy wybór podmiotu, który miałby pełnić tę funkcję. Natomiast należy się w pełni zgodzić z M. Kućką, że pełne korzyści, jakie płyną ze znajdowania się zabezpieczenia w majątku administratora w odniesieniu do możliwości przeniesienia zabezpieczonych wierzytelności, wymagają wprowadzenia przepisu, iż nabywca wierzytelności automatycznie wstępuje w stosunek prawny z administratorem¹⁴²⁶.

Po czwarte, pozostaje kwestia jawności administratora. Generalne założenie PPSA jest takie, że ustanowienie zabezpieczenia (*security interest*) jest **zasadniczo skuteczne już w momencie zawarcia samej umowy**¹⁴²⁷. Natomiast takie zabezpieczenie skuteczność w stosunku do osób trzecich **nabywa z chwilą *perfection*, co zasadniczo oznacza ujawnienie (przez przeniesienie posiadania lub wpis do rejestru)**¹⁴²⁸. Wydaje się, że takie generalne założenie można w pewnym stopniu przenieść na grunt rozważań dotyczących administratora zabezpieczeń i zasugerować następujące postulaty. **Jeżeli zabezpieczenie musi być wpisane do rejestru, to w takim przypadku bezwzględnie musiałby być wpisywany też administrator zabezpieczeń**. Natomiast w odniesieniu do zabezpieczeń, co do których brak jest obowiązku ich wpisywania do publicznych rejestrów, od wpisania administratora do rejestru należałoby uzależnić skuteczność

¹⁴²² Poza licznymi przedstawionymi w podrozdziale 2.3.1.5.2.4.

¹⁴²³ Zaproponowany przepis brzmiał: „Jeżeli prawo zastawnicze ma zabezpieczać wierzytelności przysługujące różnym wierzycielom, prawa i obowiązki wierzyciela hipotecznego lub zastawnika **wykonuje powołany przez wierzycieli administrator we własnym imieniu, lecz na rachunek wierzycieli**, administrator (administrator zabezpieczenia). Administratorem może być wierzyciel lub osoba trzecia” [pogrubienie – T.T.] Materiały z konferencji można znaleźć na stronie: <http://www.projektke.uj.edu.pl/index.php/konferencje> [dostęp: 31.10.2018]. Postulat taki zgłosił J. Gołaczyński podczas swojego wystąpienia pt. *Wprowadzenie do zagadnień przepisów ogólnych nowej księgi Kodeksu cywilnego „Zabezpieczenia wierzytelności”*.

¹⁴²⁴ Można to oczywiście lepiej ująć.

¹⁴²⁵ Zob. podrozdział 3.2.2.1.2.2.

¹⁴²⁶ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 323–326.

¹⁴²⁷ Zob. art. 9–18 PPSA.

¹⁴²⁸ Zob. 19–40 PPSA.

jego ustanowienia wobec osób trzecich¹⁴²⁹. Obecnie problem polega jednak na tym, że polskie rejestry zabezpieczeń na tego typu wpisy nie są przygotowane (np. brak rejestru dla zastawu finansowego). Zakładając jednak, że jest to jedynie problem techniczny, a nie prawny, można postulować stan, w którym skuteczność ustanowienia administratora wobec osób trzecich byłaby nagrodą za jawność. Problemem, który w przypadku takiego postulatu się pojawia, jest pytanie: czy należy dokonać skomplikowanej reformy rejestrów zabezpieczeń, czy może podobnie jak w Kanadzie powinno się pójść nawet jeszcze dalej i dokonać generalnej reformy zabezpieczeń? Drugi postulat wydaje się daleko idący, ale zgłaszano go na już konferencji NAPKC. W nowym Kodeksie cywilnym planuje się wprowadzenie części ogólnej dotyczącej zabezpieczeń. Główne założenie reformy mogłoby wyglądać podobnie, jak w Kanadzie. Czyli chodziłoby o ujednoczenie przepisów dotyczących zabezpieczeń przez wprowadzenie, podobnie jak w Kanadzie, jednego pojęcia, które objęłoby większą lub mniejszą grupę obecnie występujących zabezpieczeń. Kwestia ta oczywiście wymaga dużo bardziej rozbudowanych badań, a niniejsze jest tylko generalnym zwróceniem uwagi na problem.

Po piąte, ściśle związana z twierdzeniem, że w majątku administratora znajdują się zabezpieczenia, jest kwestia, czy one lub kwoty uzyskane z ich egzekucji, będą dostępne dla prywatnych wierzycieli administratora. W przypadku prowincji Ontario nie ma wątpliwości, że zabezpieczenia takie nie będą zasadniczo dostępne dla prywatnych wierzycieli ze względu na znajdowanie się w truście (majątku odrębnym trustee). W Holandii ową „niedostępność” można osiągnąć w inny sposób, tj. przez powołanie spółki celowej (SPV)¹⁴³⁰. Spółka celowa nie powinna mieć swoich własnych, znaczących wierzycieli, a zatem zabezpieczenia i należności z tytułu ich realizacji nie będą dostępne dla prywatnych wierzycieli agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, ponieważ oni zwyczajnie nie wystąpią. W Polsce problem ze skorzystaniem ze spółki celowej (SPV) polega na tym, że w przypadku zastawu rejestrowego, administratorem nie może być podmiot trzeci. Jeżeli regulacja administratora zabezpieczeń pozwalałaby na to, aby były nim osoby trzecie, to także w Polsce powszechnie można by stosować spółki celowe (SPV). Można jednak postawić tezę, że **niepotrzebnie komplikowałoby to transakcję**. Skorzystanie z konstrukcji spółki celowej (SPV) wymaga ukonstytuowania nowego podmiotu i chociaż minimalnego zarządzania nim. Natomiast już obecnie art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u. przewiduje, że nie wchodzi do masy upadłości kwota uzyskana z tytułu realizacji zastawu rejestrowego lub hipoteki, jeżeli upadły pełnił funkcję administratora zastawu lub hipoteki, w części przypadającej zgodnie z umową powołującą administratora pozostałym wierzycielom. Można zgłosić postulat, aby w przypadku wprowadzenia generalnej regulacji administratora, **rozszerzyć zastosowanie przywołanego przepisu p.u. na inne zabezpieczenia i, zgodnie z powyższym, uzależnić zastosowanie zmienionego przepisu od ujawnienia administratora**.

¹⁴²⁹ Przede wszystkim uzyskane w wyniku realizacji zabezpieczenia kwoty nie wchodziłyby do masy upadłości administratora. Zob. uwagi poniżej.

¹⁴³⁰ A. Thiele, *Collective...*, s. 84–88.

Powyższe rozważania nie dotyczą jednak egzekucji singularnej. W takim przypadku zabezpieczenie/środek z jego realizacji nie są niedostępne dla prywatnych wierzycieli administratora. Można się zgodzić z tezą M. Kućki, że **ochronę majątku administratora zabezpieczeń należałoby rozszerzyć także na przypadki „zwykłej” egzekucji**¹⁴³¹. **W takim przypadku, mimo braku wyraźnego wskazania, uzyskali-byśmy instytucję, co prawda ograniczoną przedmiotowo tylko do zabezpieczeń i przychodów z tytułu jego realizacji, ale bardzo podobną do trustu. Warunkiem takiej ochrony byłaby jawność administratora.**

Uważny czytelnik niniejszej rozprawy może zwrócić uwagę, że autor jest z pozoru niespójny w swoich twierdzeniach. Z jednej strony twierdzi, że ryzyko nieprzewidzianych działań agenta powinni ponosić wierzyciele, a ryzyka upadłości agenta już nie. Powyższą argumentację dotyczącą przysługiwania tytułu można przecież zastosować również do kwestii upadłości czy egzekucji. Skoro kredytodawcy chcą skorzystać z ułatwień w strukturyzowaniu transakcji, to naturalną konsekwencją powinno być ponoszenie ryzyka upadłości agenta. **Jednak należy zauważyć istotną różnicę pomiędzy nieprzewidzianymi działaniami agenta a ryzykiem jego upadłości.** Drugim z tych ryzyk można by skutecznie zarządzić przez powołanie spółki celowej (SPV). Brak uregulowania tej kwestii jedynie niepotrzebnie, dodatkowo komplikowałby transakcję. Poza tym nie można utożsamiać „działań agenta” z „upadłością”. Ta druga może, co prawda, być wynikiem działań agenta, ale może też być niezależna od jego zachowania (np. zaburzenia na rynku albo upadłość jego dużego klienta). Poza tym, w pierwszym przypadku¹⁴³², przynajmniej potencjalnie, zachodziłaby możliwość „odzyskania” zabezpieczenia albo pociągnięcia agenta do odpowiedzialności. Mówiąc inaczej, jeżeli administrator dokonałby jakiejś czynności prawnej dotyczącej zabezpieczenia z osobą trzecią działającą w dobrej wierze, która naruszałaby interes kredytodawców, banki, co do zasady, nie miałyby roszczenia w stosunku do takiej osoby trzeciej, ale mogłyby pociągnąć do odpowiedzialności administratora. W przypadku upadłości administratora wydaje się to niemożliwe albo przynajmniej bardzo utrudnione, ze względu na to, że w rzeczywistości już żadnego odszkodowania od administratora kredytodawcom nie uda się uzyskać. Po trzecie, w przypadkach, w których w przepisach zabezpieczenie przed ryzykiem upadłości by nie występowało, kredytodawcy zapewne woleliby, aby zabezpieczenia były przyznane im odrębnie, zamiast administratorowi. To oznacza, że **uregulowanie tej kwestii nie pogorszy sytuacji prywatnych wierzycieli administratora zabezpieczeń**¹⁴³³. **Natomiast brak jej uregulowania jedynie skomplikuje transakcję.**

¹⁴³¹ Por. M. Kućka, *Administrator...*, s. 326–328.

¹⁴³² Tj. ryzyka nieprzewidzianych działań agenta zabezpieczeń.

¹⁴³³ Sytuacja osób trzecich będzie taka sama, ponieważ, ze względu na ustanowienie zabezpieczeń, po prostu bardziej licznych, majątek dłużnika i tak nie powinien być dla nich dostępny. Po prostu zamiast być objęty jednym zabezpieczeniem, będzie objęty kilkoma o równym pierwszeństwie.

Na koniec należy zauważyć, że niniejszy podrozdział nie miał na celu kompleksowego rozważenia ewentualnego uregulowania instytucji administratora zabezpieczeń, tylko głównie miał za zadanie zwrócić uwagę na tę instytucję z perspektywy problemu separacji podmiotowej i kredytowania konsorcjalnego. Dzięki takiemu spojrzeniu stanowi rozbudowanie dotychczasowych badań dotyczących rzeczowej instytucji i zgłaszanych w stosunku do niej postulatów.

Zabezpieczenie transgranicznego kredytowania konsorcjalnego – zarys problemów i generalna propozycja sposobu ich rozwiązania

5.1. Wstęp

Rozważania w poprzednich rozdziałach zakładały, że mamy do czynienia z transakcją kredytowania konsorcjalnego, która w całości rządzi się prawem jednego państwa¹⁴³⁴. Z praktycznego punktu widzenia oznaczało to w zasadzie założenie, że przynajmniej większość (albo i wszyscy) kredytodawcy mają siedzibę w tym samym porządku prawnym co kredytobiorca i jego majątek oraz nie występują inne podmioty¹⁴³⁵. Analiza problemu separacji podmiotowej z tak ograniczonej perspektywy miała znaczenie poznawcze. Pozwoliła lepiej zrozumieć problem oraz wysnuć postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do generalnej instytucji administratora zabezpieczeń.

Powyższe wskazuje, że niniejsza praca mogłaby się zakończyć na rozdziale 4 i byłoby to jak najbardziej spójne i kompletne jej zakończenie. Jednak autor niniejszej rozprawy uznał, że piąty rozdział jest potrzebny z trzech powodów.

Po pierwsze, ponieważ przyjęte założenie dotyczące „jedności prawa” w przypadku takiej transakcji bardzo często mija się z tym, jak w praktyce finansowania te wyglądają. Przy każdej transakcji kredytowania konsorcjalnego, którą obsługiwał autor niniejszej pracy, w mniejszym lub większym stopniu pewien element transgraniczny wystąpił. Podobnie w stanach faktycznych z orzeczeń dotyczących tego rodzaju finansowania możemy zauważyć, że występuje w nich element międzynarodowy, w tym sensie, że do transakcji znajdowało zastosowanie więcej niż jedno prawo, czy zaangażowany był więcej niż jeden porządek prawny¹⁴³⁶. Co ciekawe, wynika to właśnie z faktu **zabezpieczenia takiej transakcji**. W odniesieniu do wierzytelności kredytodawców dochodzi zwykle do umownego wyboru jednego prawa rządzącego wszystkimi zobowiązaniami kredytodawców i kredytobiorcy. Jest wskazywane albo prawo miejsca siedziby głównego dłużnika, albo prawo angielskie¹⁴³⁷. Można jednak postawić tezę, że **w każdym**

¹⁴³⁴ Polskim (rozdziały 1–3), holenderskim (podrozdział 4.2) albo prawem prowincji Ontario (podrozdział 4.3).

¹⁴³⁵ Lub ewentualnie te inne podmioty też mają siedzibę w tym samym państwie.

¹⁴³⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

¹⁴³⁷ M. Kućka, *Dług...*, s. 107 oraz P. Kułak, *Analiza...*, s. 164.

przypadku wszystkie wierzytelności kredytodawców powinny rządzić się jednym i tym samym prawem, ponieważ inaczej utrudnione byłoby spełnienie kluczowego wymogu tego typu transakcji, tj. aby występowały „zasadniczo jednolite warunki kredytu”¹⁴³⁸, czy mówiąc inaczej, kredyt był udzielany „na tych samych warunkach”¹⁴³⁹. Powyższe prowadzi zatem do tezy, że **w przypadku transgranicznych kredytowań konsorcjalnych kredytodawcy będą zawsze dokonywać wyboru jednego prawa w odniesieniu do zobowiązań kredytowych**. Natomiast w odniesieniu do zabezpieczeń sytuacja się komplikuje. Kredytobiorca, który zaciąga wielomilionowe zobowiązanie, nie tylko zwykle będzie miał majątek znajdujący się w różnych porządkach prawnych, ale zawsze będzie **członkiem większej grupy kapitałowej (zwykle spółką-matką)**. Spółki zależne często będą miały siedziby w innych państwach, a kredytodawcy będą wymagali, aby także one udzielały zabezpieczeń¹⁴⁴⁰. Generalne założenie w prawie prywatnym międzynarodowym jest takie, że **zabezpieczenie rządzi się prawem położenia majątku (przedmiotu zabezpieczenia), a zatem zgodnie z nim powinno być udzielone**¹⁴⁴¹.

Podsumowując powyższe, będziemy mieli zwykle do czynienia z zasadniczo **jednym prawem**, które rządzi **zobowiązaniami**, ale **wieloma różnymi prawami**, które będą właściwe dla **zabezpieczeń**. Jeżeli dla czytelnika zawile wydają się rozważania zawarte w rozdziałach 1–4¹⁴⁴², to należy zwrócić uwagę, że w praktyce zabezpieczenie rzeczzonego finansowania jest jeszcze **bardziej skomplikowane, ze względu właśnie na fakt, że w odniesieniu do różnych zabezpieczeń często znajdzie zastosowanie prawo różnych krajów**. Niniejszy rozdział pozwoli zatem chociaż zarysować bardziej odpowiadający rzeczywistości obraz takiej transakcji.

Po drugie, niniejsza część opracowania ukaże, że problem separacji podmiotowej tak naprawdę nabiera na znaczeniu w kontekście transgraniczności takich transakcji. Jak wykazano w rozdziale 4, rozwiązanie problemu separacji podmiotowej na gruncie prawa polskiego wymaga ulepszenia i rozszerzenia instytucji administratora zabezpieczeń. Jednak, nawet jeżeli w przyszłości to nastąpi, nie spowoduje to automatycznie, że problem separacji podmiotowej zniknie w kontekście transakcji transgranicznych.

Po trzecie, nieprzygotowanie niniejszego rozdziału stanowiłoby marnotrawstwo zgromadzonych przez autora materiałów. Autor, prowadząc badania, spotykał się w różnych opracowaniach z problemem separacji podmiotowej w kontekście transgranicznym. Wydaje się, że stratą byłoby niewykorzystanie tych opracowań i wyciągniętych z wniosków w niniejszej rozprawie.

¹⁴³⁸ Zob. podrozdział 1.3.2.

¹⁴³⁹ Zob. podrozdział 4.2.2.1.

¹⁴⁴⁰ Tak było np. w stanie faktycznym z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 155/09, Legalis: 288259. Zob. też P. Kułak, *Analiza...*, s. 168.

¹⁴⁴¹ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 115. Powyższe stanowi małe uproszczenie i kwestia ta będzie jeszcze rozbudowana poniżej.

¹⁴⁴² Gdzie było zakładane, że zabezpieczenia rządzą się jednym prawem i to tym samym co stosunek kredytu.

Trzeba jednak podkreślić, że autor nie jest osobą specjalizującą się w prawie prywatnym międzynarodowym, a problem transgranicznego zabezpieczenia kredytowania konsorcjalnego jest zagadnieniem na tyle skomplikowanym, że zasługuje co najmniej na odrębną rozprawę doktorską. Wymaga też dużo bardziej rozbudowanych badań komparatystycznych. Z wyżej przedstawionych powodów, w niniejszym rozdziale mogą wystąpić błędy i uproszczenia. Mimo tych wad, niniejsza część rozprawy i tak powinna być przydatna. Może stanowić inspirację lub bazę do dalszych badań nad tym zagadnieniem dla samego autora lub dla innych osób.

Ze względu na powyższe niniejszy rozdział jest najkrótszy ze wszystkich dotychczasowych, ponieważ w odpowiednich podrozdziałach stanowi zwykle jedynie zarysowanie pojawiających się problemów. Spornych zagadnień w rzeczywistości byłoby zapewne znacznie więcej. Tak samo zaproponowane dalej generalne rozwiązanie problemu, choć może będzie wydawać się proste, słuszne i będzie widać szansę odnośnie do uzyskania co do niego generalnego konsensusu, to przy ustalaniu jego szczegółów zapewne okazałoby się, że wcale takie proste nie jest i o powszechną akceptację byłoby już znacznie trudniej. Mówiąc inaczej, może należy poddać je uzasadnionej i konstruktywnej krytyce.

Przed przejściem do rozważań merytorycznych należy zaznaczyć, że w **niniejszym rozdziale z góry, zawsze zakłada się, że element transgraniczny/obcy w finansowaniu występuje**¹⁴⁴³.

5.2. Źródła dodatkowych trudności wynikających z problemu separacji podmiotowej w przypadku transgranicznego kredytowania konsorcjalnego

Źródła dodatkowych trudności dotyczących problemu separacji podmiotowej w przypadku transgranicznych kredytowań konsorcjalnych zostały już zarysowane we wstępie niniejszego rozdziału. Można się do nich obecnie odnieść w sposób bardziej rozbudowany, aby stały się bardziej zrozumiałe dla czytelnika.

5.2.1. Prawo właściwe dla stosunku kredytowego

Zanim niniejsza praca spojrzy na zabezpieczenie transgranicznych kredytowań konsorcjalnych i tym samym problem separacji podmiotowej, należy najpierw bliżej przyjrzeć się stosunkowi kredytu oraz stosunkowi organizacyjnemu¹⁴⁴⁴, w przypadku w którym kredytowanie konsorcjalne nabiera charakteru transgranicznego.

¹⁴⁴³ W odniesieniu do wymogu „elementu obcego/transgranicznego” występującego w prawie prywatnym międzynarodowym zob. np. S. Pitel, *Private International Law in Common Law Canada: Cases, Text and Materials*, Emond, Toronto 2016, s. 3.

¹⁴⁴⁴ Zob. podrozdział 1.1.3.2.

Fakt transgraniczności kredytowania nie wpływa sam w sobie aż tak mocno na skomplikowanie stosunku kredytu¹⁴⁴⁵. Stosunki kredytowe będą istnieć pomiędzy każdym z kredytodawców a kredytobiorcą. To, czy wszystkie albo większość banków będzie pochodziła z jednego państwa¹⁴⁴⁶, czy kredytobiorca będzie miał siedzibę i majątek w porządku prawnym, w którym siedzibę mają kredytodawcy itp., nie jest aż tak istotne, jeżeli chodzi o prawo właściwe dla stosunku kredytu. Jak już podkreślono, istota kredytowania konsorcjalnego polega na tym, aby finansowanie odbywało się na jednolitych warunkach w odniesieniu do wszystkich kredytodawców¹⁴⁴⁷. Aby strony były pewne, że tak jest, poszczególne stosunki kredytów pomiędzy kredytodawcami i kredytobiorcą nie mogą podlegać prawom różnych porządków prawnych. To oznacza, że strony będą musiały zdecydować się na jedno prawo odnośnie do wszystkich stosunków kredytowych i dokonać wspólnie jego wyboru, niezależnie od tego, jak mocno transakcja będzie międzynarodowo zróżnicowana.

Klauzula prawa właściwego jak najbardziej może i zwykle będzie znajdować się w umowie kredytu. Zobowiązania wynikające z takiej umowy są niewątpliwie zobowiązaniami umownymi, a zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe¹⁴⁴⁸ prawo właściwe dla nich, określa rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych¹⁴⁴⁹. Art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Rzym I wyraźnie stanowi, że strony mogą wybrać prawo właściwe dla umowy i brak jest powodów, dla których w przypadku transgranicznych kredytowań konsorcjalnych taki wybór, w odniesieniu do stosunków kredytowych, nie mógłby zostać dokonany.

Strony będą zwykle wybierać albo prawo właściwe dla głównego kredytobiorcy, albo prawo angielskie¹⁴⁵⁰. Wybór pierwszego będzie motywowany tym, że kredytobiorca będzie szukał finansowania w swoim własnym porządku prawnym, a więc w nim dojdzie do początków kształtowania się konsorcjum i tym samym zwykle większość kredytodawców powinna z niej pochodzić. Po drugie, to zwykle kredytobiorca będzie udzielał największej liczby zabezpieczeń. Pozwoli to zatem w większym stopniu ujednolicić prawo rządzące stosunkami kredytowymi i stosunkami prawnymi zabezpieczeń¹⁴⁵¹. Wybór prawa angielskiego może być natomiast motywowany tym, że uważane jest ono za najbardziej korzystne dla kredytodawców¹⁴⁵², jest prawem państwa, w którym znajduje się miasto stanowiące, przynajmniej obecnie, centrum eurorynku i wydaje się, że

¹⁴⁴⁵ Teza ta może być błędna i wynikać z niedostatecznie szerokich badań autora.

¹⁴⁴⁶ Na możliwość pochodzenia kredytodawców z różnych porządków prawnych wskazuje: N. Mugaru-ra, *The Law...*, s. 180.

¹⁴⁴⁷ Zob. podrozdział 1.3.2.

¹⁴⁴⁸ Dz. U. z 2015 r. poz. 1792, dalej: p.p.m.

¹⁴⁴⁹ Dz. Urz. UE L z 2008 r. Nr 177, s. 6, dalej: Rozporządzenie Rzym I.

¹⁴⁵⁰ M. Kućka, *Dług...*, s. 99 oraz P. Kułak, *Analiza...*, s. 168.

¹⁴⁵¹ Zob. podrozdział 5.2.2.

¹⁴⁵² Por. M. Kućka, *Dług...*, s. 106–107.

im bardziej międzynarodowa jest transakcja, tym większe prawdopodobieństwo jego wyboru¹⁴⁵³. Raczej wyjątkowo strony będą wybierać inne prawo, aby próbować w sposób bardziej efektywny zabezpieczyć kredytowanie¹⁴⁵⁴.

Z tych samych powodów co powyżej kredytodawcy mogą w umowie konsorcjum zawrzeć klauzulę prawa właściwego odnośnie do łączącego ich **stosunku organizacyjnego** (konsorcjum). Banki w tym przypadku jednak zwykle będą wybierać to samo prawo, co w odniesieniu do stosunku kredytowego¹⁴⁵⁵.

5.2.2. Zabezpieczenie transgranicznego kredytowania

Z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej transakcję transgranicznego kredytowania konsorcjalnego komplikuje **próba zabezpieczenia takiego finansowania**.

O ile w stosunku kredytu występują jedynie kredytodawcy i kredytobiorca¹⁴⁵⁶, to zabezpieczenie transakcji kredytowania konsorcjalnego **będzie zwykle wymagało pojawienia się dodatkowych podmiotów**. Jest to związane z **charakterem kredytobiorcy**. Podmiot, któremu udzielany jest wielomilionowy kredyt, jest zwykle spółką-matką wchodzącą w skład międzynarodowej, dużej grupy kapitałowej¹⁴⁵⁷. Rozmiar kredytu i faktyczna możliwość uzyskania dodatkowych gwarancji spłaty kredytu sprawiają, że **kredytodawcy wymagają różnych zabezpieczeń także od spółek zależnych**. To komplikuje całą sytuację z perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego i wpływa na utrudnienia w prawidłowym albo przynajmniej stosunkowo prostym, ukształtowaniu takiej transakcji.

Rzeczona komplikacja polega na tym, że bardzo często nie będzie możliwe, aby stosunki zabezpieczenia rządziły się tym samym prawem co stosunki kredytu. Wystąpienie takiej trudności ponownie będzie zależało od bardzo kontrowersyjnego podziału na prawa/zabezpieczenia rzeczowego i prawa/zabezpieczenia osobiste¹⁴⁵⁸. Wydaje się, że katalog Praw Rzeczowych przyjęty z perspektywy problemu separacji podmiotowej jest zbyt wąski na potrzeby prawa prywatnego międzynarodowego. W tym przypadku bardziej uzasadnione jest odnoszenie się do rozważań J. Góreckiego dotyczących

¹⁴⁵³ T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 28. Ciekawą kwestią jest, czy miasto to zachowa status stolicy eurorynku po Brexicie (jeżeli rzeczywiście nastąpi). Niektórzy wskazują, że stolica ta przeniesie się do Paryża. Zob. <https://www.parkiet.com/Gospodarka---Swiat/310029882-Financial-Times-Paryz-po-brexicie-przejmie-role-City.html> [dostęp: 27.09.2019].

¹⁴⁵⁴ Zob. zwłaszcza podrozdział 5.5.

¹⁴⁵⁵ Zob. jednak M. Kućka, *Dług...*, s. 106–107. Nie powinno budzić wątpliwości, że w tym przypadku mamy do czynienia z dwoma różnymi obligacyjnymi stosunkami prawnymi, więc potencjalna możliwość wyboru różnych praw w odniesieniu do nich istnieje.

¹⁴⁵⁶ Mogą jednak wystąpić przypadki, w których spółki zależne wystąpią w roli współkredytobiorców lub przystępujących do długu. Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 37 oraz B. Merczyński, T. Trocki, *Niewyplacalność...*, s. 96.

¹⁴⁵⁷ Zob. J. Armstrong, *The Syndicated...*, s. 1–2.

¹⁴⁵⁸ Jak zauważa się w doktrynie, pojmowanie praw/zabezpieczeń rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym nie jest jednolite. Zob. J. Górecki [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 41 p.p.m.

podziału na prawa/zabezpieczenia osobiste i rzeczowe, które były dokonywane właśnie na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego¹⁴⁵⁹. Jednak autor ten nie zakreśla wyraźnego katalogu tych zabezpieczeń, a autor niniejszej pracy, niebędący ekspertem w odniesieniu do tej gałęzi prawa, nie czuje się uprawniony do tworzenia takiego katalogu. Z tego względu niniejszy rozdział będzie po prostu posługiwał się terminami „zabezpieczenia osobiste” i „zabezpieczenia rzeczowe”, bez wyraźnego określenia zakresu tych pojęć¹⁴⁶⁰.

Zabezpieczenia osobiste stanowią zobowiązania umowne¹⁴⁶¹, a zatem zgodnie z powyższymi uwagami, można postawić tezę, że **nawet w przypadku, w którym spółka zależna udzielająca np. poręczenia, miałaby siedzibę i majątek w innym kraju niż np. Polska, to jako prawo właściwe dla zabezpieczenia mogłoby zostać wybrane prawo polskie**¹⁴⁶². Taki zabieg nie sprawia, że zabezpieczenia omawianego rodzaju nie są w ogóle problematyczne w kontekście transgranicznych kredytowań. Mogą wystąpić przepisy, których zastosowania, wybór prawa nie będzie „uchylał” i które mogą sprawiać, że sytuacja w odniesieniu do zabezpieczeń osobistych, mimo wyboru prawa, będzie się komplikowała¹⁴⁶³. Jednak z punktu widzenia jedynie problemu separacji podmiotowej, zabezpieczenia osobiste nie powinny być problematyczne. Wydaje się, że generalnie można postawić tezę, iż zabezpieczenia osobiste są mniej kłopotliwe z punktu widzenia tego problemu¹⁴⁶⁴. Raczej wyjątkowymi sytuacjami byłyby takie, w których wybór obcego prawa w stosunku do zabezpieczenia osobistego, prowadziłby do obejścia zakazu separacji podmiotowej¹⁴⁶⁵. Niniejszy podrozdział skupi się zatem na zabezpieczeniach rzeczowych.

Zabezpieczenia rzeczowe bardzo komplikują transakcję kredytowania konsorcjalnego, ponieważ zasadą jest, że łącznikiem w ich przypadku jest miejsce położenia obciążonego przedmiotu (tzw. łącznik *situs rei lub lex rei sitae*)¹⁴⁶⁶. Raczej

¹⁴⁵⁹ Autor ten twierdzi, iż: „głównym kryterium odróżniającym te dwie grupy zabezpieczeń [zabezpieczenia rzeczowe i osobiste – T.T.] jest przedmiot obciążony zabezpieczeniem”. Zob. J. Górecki, *Osobiste...*, s. 11.

¹⁴⁶⁰ Podobnie jak czyni się to obecnie bardzo często w doktrynie.

¹⁴⁶¹ Oczywiście, czy tak jest, zależy od tego, jaką definicję „zabezpieczeń osobistych” przyjmujemy.

¹⁴⁶² Zob. art. 28 ust. 1 p.p.m. w zw. z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Rzym I.

¹⁴⁶³ Autor spotkał się np. z sytuacjami, w których np. udzielenie poręczenia rządzącego się prawem polskim wymagało zawarcia tzw. *compensation agreements*, co wynikało z tego, że poza prawem polskim do takiego poręczenia znajdowały zastosowanie przepisy wymuszające swoje zastosowanie prawa siedziby spółki.

¹⁴⁶⁴ Zob. podrozdział 1.3.4.3.3.

¹⁴⁶⁵ Jest to przypuszczenie autora, ponieważ nie spotkał się on z taką sytuacją. Możliwe, że kwestia ta wymaga dalszych badań.

¹⁴⁶⁶ Zob. art. 41 p.p.m.; H. Buxbaum, *Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform*, Articles by Maurer Faculty 2003, nr 366 s. 323 oraz J. Górecki [w:] *Prawo...*, red. M. Pazdan, komentarz do art. 41 p.p.m. Ustalenie położenia przedmiotów praw rzeczowych na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego należy do kwestii mocno skomplikowanych. Zob. np. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 262–265 oraz J.-G. Castel, *Canadian conflict of laws*, Lexis Nexis, Toronto 1997, s. 458–462. Zob. też M. Kučka, *Dług...*, s. 115–116.

bezsowna jest w doktrynie **teza, że umowny wybór właściwego prawa w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych (statutu rzeczowego) zasadniczo nie jest dopuszczalny**¹⁴⁶⁷. W przypadkach, w których strony w odniesieniu do stosunku kredytu jako prawo właściwe wybrały prawo siedziby kredytobiorcy, transgraniczność finansowania nie powinna sprawiać, że zabezpieczenia udzielane przez ten podmiot wpłyną na większy stopień skomplikowania transakcji¹⁴⁶⁸. Wynika to z przyjętego założenia i nieznacznego uproszczenia, że kredytobiorca ma majątek w państwie, w którym ma swoją siedzibę. Tym samym, prawo tego samego porządku prawnego znajdowałoby zastosowanie zarówno do stosunków kredytu, jak i do stosunków zabezpieczenia. Komplikacje mogłyby powstać w przypadkach, gdy kredytobiorca miałby majątek w innych krajach, który miałby stanowić przedmiot zabezpieczenia. Powodowałoby to, że wyżej wspomniana „jednolitość” praw w odniesieniu do tych dwóch rodzajów stosunków prawnych, już nie mogłaby wystąpić. Jednak niniejsza praca zakłada, że taki majątek należy do spółek zależnych od takiego kredytobiorcy¹⁴⁶⁹. Przy takim założeniu, problem będzie dotyczył właśnie zabezpieczeń rzeczowych udzielanych przez spółki-córki, a nie przez samego kredytobiorcę.

Kredytodawcom zwykle zabezpieczenia udzielane przez samego kredytobiorcę nie wystarczą i będą wymagali ich także od spółek zależnych¹⁴⁷⁰. Można zatem postawić tezę, że **łącznik *situs rei* w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych udzielanych przez takie podmioty, będzie wpływał na ogromną zawilóść takiej transakcji**. O ile będzie istniało jedno prawo rządzące stosunkiem kredytu (dalej: **prawo główne**), o tyle w odniesieniu do stosunków prawnych zabezpieczeń rzeczowych, w istocie, będzie tyle praw rządzących nimi, ile będzie spółek zależnych mających siedziby i majątek w innych państwach niż państwo prawa głównego¹⁴⁷¹.

Powyższe można zobrazować przykładem. Jeżeli polska spółka-matka zaciągałaby kredyt konsorcjalny, to zapewne sama udzielałaby też zabezpieczeń. Zwykle w odniesieniu do takiego stosunku kredytu zostałoby wybrane prawo polskie. Zabezpieczenia udzielane przez kredytobiorcę także mogłyby rządzić się prawem polskim, ponieważ najprawdopodobniej także tutaj znajdowałaby się większość majątku spółki-matki. Jednak kredytodawcy wymagaliby zabezpieczeń także od spółek zależnych. Kredytobiorca mógłby mieć spółkę-córkę np. w Niemczech oraz na Węgrzech. Zabezpieczenia rzeczowe udzielane przez takie spółki rządziłyby się odpowiednio prawem

¹⁴⁶⁷ „Autonomia woli stron przy poszukiwaniu i ustalaniu statutu rzeczowego jak na razie nie jest dopuszczana i wykorzystywana na szerszą skalę”. J. Górecki [w:] *Prawo...*, red. M. Pazdan, komentarz do art. 41 p.p.m., nb. 5. Zob. też A. Thiele, *Collective...*, s. 8.

¹⁴⁶⁸ Patrząc oczywiście jedynie z perspektywy problemu separacji podmiotowej i w porównaniu do transakcji rządzącej się w całości prawem jednego porządku prawnego.

¹⁴⁶⁹ Tak zwykle też powinno być w praktyce.

¹⁴⁷⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

¹⁴⁷¹ Nieco upraszczając, ponieważ to, jakie prawo będzie właściwe, będzie zależało od miejsca położenia majątku, a nie od siedziby spółek zależnych. Zostało jednak założone, iż spółka zależna ma majątek w państwie, w którym ma siedzibę.

niemieckim i prawem węgierskim¹⁴⁷². To oznacza, że w jednej transakcji stosunki ją zabezpieczające rządziłyby się trzema różnymi prawami. Jest to jednak tylko uproszczony obraz, ponieważ często kredytobiorcy są częścią dużo bardziej skomplikowanej i złożonej grupy kapitałowej, a zatem różnych praw rządzących stosunkami zabezpieczającymi będzie więcej niż 3. Tak samo spółki zależne będą udzielać więcej niż jednego zabezpieczenia, co powoduje, że owa mozaika stosunków zabezpieczających jest jeszcze bardziej złożona.

Powyższe rodzi wiele różnych problemów zarówno teoretycznych, jak i praktycznych, ale jest szczególnie interesujące z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy. Jak zostało wykazane w rozdziale czwartym, polski, holenderski i ontaryjski porządek prawny stosują inne rozwiązania, aby uniknąć problemu separacji podmiotowej¹⁴⁷³. To oznacza, że jeżeli zabezpieczenia miałyby być przyznawane przez podmioty mające majątek w tych systemach prawnych i chciałoby się uniknąć problemu separacji podmiotowej, transakcja kredytowania konsorcjalnego znacznie by się skomplikowała. W odniesieniu do zabezpieczeń polskich, tam, gdzie to możliwe, należałoby ustanowić administratora zastawu lub hipoteki, w odniesieniu do zabezpieczeń holenderskich, powinno się skorzystać z klauzuli długu równoległego, natomiast w odniesieniu do zabezpieczeń rządzących się prawem prowincji Ontario, powołać trust. W jednej transakcji mielibyśmy: administratora hipoteki lub zastawu, klauzulę długu równoległego oraz trust. W każdym przypadku mielibyśmy do czynienia z agentem zabezpieczeń, ale przybierałby on inne formy¹⁴⁷⁴.

Dodatkowy stopień złożoności transakcji wydaje się oczywisty. Jednak powyższe ponownie stanowi jedynie uproszczenie. Kredytobiorca, mający siedzibę w jednym z państw europejskich i zaciągający wielomilionowy kredyt, będzie miał na ogół spółki powiązane w prawie każdym lub przynajmniej wielu krajach należących do rynku wewnętrznego¹⁴⁷⁵. W niniejszej pracy rozważono jedynie dwa porządki prawne oparte na tradycji kontynentalnej, tj. polski i holenderski, jednak wydaje się, że można założyć, że problem separacji podmiotowej będzie dotyczył większości systemów opartych na tej tradycji prawnej¹⁴⁷⁶. Takie założenie można poprzeć faktem, iż w dniach 23–25 maja

¹⁴⁷² Zakładając, że spółki te mają majątek w państwach swojej siedziby.

¹⁴⁷³ W przypadku prowincji Ontario bardziej właściwe wydaje się stwierdzenie, że stosowane rozwiązanie (trust) sprawia, że problem ten nie powstaje, a nie że jest odpowiedzią na ten problem (zob. podrozdział 4.2). W niniejszym podrozdziale będzie jednak przyjmowane, że trust jest sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej, aby nie tworzyć skomplikowanych i złożonych zdań, które wpłynęłyby na większy brak jasności wyводу.

¹⁴⁷⁴ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 8.

¹⁴⁷⁵ Definicję rynku wewnętrznego można znaleźć w art. 26 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2, dalej: TFUE („rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów”). Więcej odnośnie do tego rynku zob. np. A. Nowak-Far, *Rynek wewnętrzny i polityki Unii Europejskiej*, Sprawy Międzynarodowe 2007, nr 4.

¹⁴⁷⁶ Dlaczego problem separacji podmiotowej jest mniej doniosły/w ogóle nie występuje w odniesieniu do systemów *common law*. Zob. podrozdział 4.2.

2012 r. odbyła się w Istambule (Turcja) 29 Międzynarodowa Konferencja Prawa Finansowego¹⁴⁷⁷. Jeden z paneli podczas tej konferencji był zatytułowany: *Egzekwowalność różnych struktur opartych na agencie zabezpieczeń; klauzula długu równoległego, trust i alternatywne rozwiązania*¹⁴⁷⁸. Pomimo wystąpień prawników doradzających w ustrukturyzowaniu takich transakcji z różnych państw¹⁴⁷⁹ i zaprezentowania przez nich, jak z problemem separacji podmiotowej radzi się w ich porządkach prawnych, nie udało się znaleźć rozwiązania, które mogłoby znaleźć uniwersalne zastosowanie oraz osiągnąć konsensusu co do tego, które z nich jest najlepsze¹⁴⁸⁰. **Co więcej, konferencja ta potwierdziła, że we wszystkich krajach wykorzystuje się agenta zabezpieczeń przy ustrukturyzowaniu transakcji, ale rozwiązania stosowane w celu uniknięcia problemu separacji podmiotowej w różnych państwach są rozmaite**¹⁴⁸¹. Wykorzystuje się omówione w niniejszej pracy konstrukcje trustu, klauzuli długu równoległego oraz administratora zabezpieczeń, ale nie tylko. W niektórych porządkach prawnych wykorzystuje się takie instytucje jak solidarność wierzycieli, umowa agencyjna, swoiste powiernictwo czy subrogację¹⁴⁸². Co więcej, wprowadzenie w niektórych z nich instytucji administratora zabezpieczeń niekoniecznie sprawiło, że zastąpiła ona struktury kredytowania konsorcjalnego, w których występuje klauzula długu równoległego¹⁴⁸³.

Powyższe ukazuje, że problem separacji podmiotowej sprawia, że strukturyzowanie transgranicznych kredytowań konsorcjalnych w Europie jest bardzo skomplikowane. Można zatem postawić tezę, że **ze względu na różne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej w różnych porządkach prawnych, należałoby wprowadzić jedno, uniwersalne rozwiązanie tego problemu na skalę międzynarodową**. Tym samym może zamiast skupiać się na wprowadzaniu bardziej generalnej i dopracowanej instytucji administratora zabezpieczeń do polskiego porządku prawnego, powinno się do problemu podejść bardziej międzynarodowo? Mówiąc inaczej, poszukać rozwiązania, które odpowiadałoby wszystkim albo przynajmniej większości państw opartych na tradycji

¹⁴⁷⁷ Konferencja była zorganizowana przez International Bar Association. Jest to największa na świecie organizacja zrzeszająca prawników. Zob. <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUId=1DF470F2-EA54-440F-A6ED-2E4B103DB704> [dostęp: 27.09.2019].

¹⁴⁷⁸ *Enforcement of different security agent structures; parallel debt, trusts and alternative solutions*. Zob. <https://www.int-bar.org/conferences/conf417/binary/Istanbul%20Finacial%20Law%202012%20programme.pdf> [dostęp: 27.09.2019].

¹⁴⁷⁹ W tym z Polski.

¹⁴⁸⁰ Zob. Ł. Szegda, *Dochodzenie...*

¹⁴⁸¹ Zob. *ibid.*, s. 104–105.

¹⁴⁸² Zob. *ibid.*, s. 104.

¹⁴⁸³ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 108–109, gdzie autor ten opisuje sytuację, w której francuski Sąd Najwyższy stwierdził ważność klauzuli długu równoległego, mimo że instytucja administratora do tego porządku została wprowadzona. Tym samym nie uznał, że klauzula długu równoległego stanowiła obejście przepisów prawa francuskiego odnośnie do instytucji administratora zabezpieczeń. Przykład ten zdaje się też pośrednio pokazywać, że nawet jeżeli instytucja administratora zabezpieczeń zostanie wprowadzona do jakiegoś porządku prawnego, niekoniecznie spowoduje to, że istniejące obecnie w danym porządku prawnym konstrukcje (np. klauzula długu równoległego) przestaną być wykorzystywane.

kontynentalnej. Pozwoliłoby to zapewnić większą unifikację transgranicznych kredytowań konsorcjalnych. Wywody zawarte w podrozdziale 4.3. i przywołane tam poglądy doktryny sugerują, że instytucja trustu wydaje się bardzo dobrym rozwiązaniem. Może zatem należałoby wprowadzić ją do europejskich porządków prawnych jako uniwersalne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej?

5.3. Trust jako przyszłe, uniwersalne rozwiązanie problemu separacji podmiotowej w porządkach prawnych opartych na tradycji kontynentalnej?

Pomysł wprowadzenia trustu do systemów prawnych opartych na tradycji kontynentalnej nie jest nowy i ma już długą historię. Jednak do tej pory, tylko bardzo nieliczne z tych porządków prawnych zdecydowały się na jego wprowadzenie¹⁴⁸⁴.

Brak zamiaru wprowadzenia trustu do kontynentalnych systemów prawnych nie wymaga szerszego uzasadnienia. Powód takiego stanu rzeczy został już w istocie przedstawiony w podrozdziale 4.2. Systemy prawne tradycji *common law* zostały oparte na innych bazowych założeniach/koncepcjach niż porządki kontynentalne, m.in. dotyczących prawa rzeczowego. Trust stanowi część tych założeń i w nie się wkomponowuje¹⁴⁸⁵. Generalne wprowadzenie trustu, choć rozwiązałoby problem rozważany w niniejszej pracy, prowadziłoby prawdopodobnie do powstania nowych komplikacji i to takich, które byłyby trudne do przewidzenia. Jak podkreśla w swoim wstępie Konwencja Haska w Sprawie Prawa Właściwego dla Trustów i ich Uznawalności z 1985 r. (dalej: **Konwencja Trustowa**)¹⁴⁸⁶, „*trust* wykształcił się w sądach *equity* jurysdykcji *common law* (...) i stanowi unikalną instytucję prawną”¹⁴⁸⁷.

W doktrynie często akcentuje się, że kontynentalne prawo rzeczowe jest oparte na bardziej sztywnych ramach, których podstawy zostały stworzone już przez Gaiusa¹⁴⁸⁸, a potem doszło do ich odświeżenia przez pandektystów niemieckich¹⁴⁸⁹. Do tych ram zalicza się zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych oraz zasadę „jedności” prawa

¹⁴⁸⁴ Za takie porządki prawne uważa się Lichtenstein, Maltę i San Marino. W niektórych innych systemach prawnych wprowadzono instytucję, której nadano nazwę „trust”, jednak w doktrynie zwraca się uwagę, że nie jest to raczej „trust” w kształcie, w jakim występuje on w systemach *common law*, a raczej instytucje, które mają spełniać podobne funkcje. Zob. D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell, *Underhill...* (2016), s. 1445–1446 i literaturę tam przytaczaną. W niektórych krajach (np. Argentyna, Egipt, Japonia, Meksyk) wprowadzono instytucje, które są bardzo podobne do trustu w systemach *common law*. Zob. M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith, *Commercial trusts in European private law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s. 223.

¹⁴⁸⁵ Por. P. Stec, *Konwencja...*, s. 85–87.

¹⁴⁸⁶ Podpisana w Hadze dnia 1 lipca 1985 r.

¹⁴⁸⁷ Zob. też: *ibid.*, s. 85–86.

¹⁴⁸⁸ P. Matthews, *The compatibility...*, s. 318–324 oraz D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell, *Underhill...* (2016), s. 1434–1435.

¹⁴⁸⁹ U. Magnus, *Some Thoughts on Germany's Contribution to European and Comparative Law*, *Bracton Law Journal* 2006, nr 38, s. 90.

własności¹⁴⁹⁰. Wydaje się, że obawa przed wprowadzeniem trustu do systemów kontynentalnych wynika właśnie z tego, że prawnicy z tych systemów obawiają się, że zaburzyłyby to kształtowane od wieków zasady i pojęcia m.in. z zakresu prawa rzeczowego. Mogłyby powstać wątpliwości odnośnie do rozumienia tak podstawowych pojęć jak „mienie” (*property*) czy „własność” (*ownership*) lub też pojęcia te wymagałyby ustawowej modyfikacji¹⁴⁹¹.

Wyżej wspomniany strach nie wydaje się być też jedynym powodem. Tak samo jak prawnicy *common law* są przekonani o wyższości własnych rozwiązań¹⁴⁹², tak samo można znaleźć opinie prawników kontynentalnych o nadrzędności koncepcji stosowanych we własnych porządkach prawnych. Takie twierdzenie dobrze potwierdzają słowa E.M. Meijersa (holenderskiego prawnika, który był jednym z „ojców” nowego holenderskiego Kodeksu cywilnego)¹⁴⁹³:

Moje przekonanie jest następujące. Angielskie prawo własności jest zarówno w odniesieniu do konstrukcji, jak i w odniesieniu do wielu swoich zasad, kilka stuleci w tyle za prawem kontynentalnym. Jest nagromadzeniem archaicznych, przestarzałych koncepcji oraz niemądrych (*silly*) fikcji, które zadziwią nawet samego Anglika, gdy tylko je porzuci. (...) Angielskie wyobrażenie o tym, że osoba która zarządza mieniem dla korzyści innej osoby i ma prawo do rozporządzania takim mieniem jest traktowana jako prawny właściciel (*legal owner*), jest bez żadnych wątpliwości gorsze od naszego stanowiska, że osoba, na której rzecz mienie jest administrowane jest wyłącznym właścicielem mienia. (...) Dużo prostsze (*straightforward*) jest określenie pozycji prawnej *trustee* jako agenta a nie jako właściciela¹⁴⁹⁴.

Po roku studiów w systemie *common law* autor niniejszej pracy stoi na stanowisku, że systemy *common law* wcale nie są aż tak różne od systemów kontynentalnych, jak często się je prezentuje. Sam trust, jak wynika to już w pewnym stopniu z rozważań poczynionych w rozdziale 4, przypomina kontynentalne konstrukcje powiernicze¹⁴⁹⁵. Jednak zarówno system *common law* prowincji Ontario, jak i trust były rozważane przez autora wyłącznie z perspektywy przedmiotu niniejszej pracy. Teza, że trust powinien zostać wprowadzony do kontynentalnych porządków prawnych wymagałaby dużo szerszych i bardziej wnikliwych badań. Poza tym, jak wynika z dotychczasowych rozważań

¹⁴⁹⁰ *Ibid.* Zob. jednak w odniesieniu do prawa holenderskiego. A.J.H. Pleysier, *Why...*

¹⁴⁹¹ Wynika to z faktu, że znaczenie tych terminów na gruncie *common law* zdaje się różnić od ich znaczenia na gruncie co najmniej niektórych porządków kontynentalnych, a ciężko inaczej byłoby w pełni implementować „prawdziwy” trust. Por. P. Matthews, *The compatibility...*, s. 316–324.

¹⁴⁹² Zob. *ibid.*, s. 338–339.

¹⁴⁹³ Słowa te wydają się nieco przesadzone i nie można nie zauważyć, że zostały one wypowiedziane prawie wiek temu.

¹⁴⁹⁴ Zob. E. Meijers, *De Trustee in en het burgerlijk recht*, Weekblad voor privatrecht, notaries-Ambt and Registratie 1927, s. 413–416. Bardziej aktualne twierdzenie odnośnie do nadrzędności systemów kontynentalnych nad systemami *common law* można znaleźć w L. Vliet, *Mortgages...*

¹⁴⁹⁵ Zob. też P. Stec, *Konwencja...*, s. 94–95.

i będzie też widoczne w niniejszym rozdziale, instytucja administratora zabezpieczeń może stanowić bardzo dobry odpowiednik trustu. Wydaje się zatem, że powszechne wprowadzenie trustu do kontynentalnych porządków prawnych musiałoby mieć szersze uzasadnienie niż tylko próba rozwiązania problemu separacji podmiotowej. Nic natomiast nie wskazuje na to, aby systemy kontynentalne, w najbliższym czasie, z innych powodów planowały wprowadzić do swoich porządków *trust*. Wydaje się zatem, że ze względu na powyższe **można postawić tezę, iż wprowadzenie tej instytucji nie stanowi obecnie realnego sposobu ujednolicenia transgranicznych kredytowań konsorcjalnych.**

5.4. Wykorzystanie „obcego trustu” jako rozwiązanie problemu separacji podmiotowej w porządkach prawnych opartych na tradycji kontynentalnej?

Jak wynika z rozważań poczynionych w poprzednim podrozdziale, wprowadzenie przez kontynentalne porządki prawne trustu do swoich systemów prawnych nie wydaje się w najbliższym czasie prawdopodobne. Zwłaszcza jeżeli zauważymy, że problem rozważany w niniejszej pracy odnosi się do stosunkowo rzadkiego stanu faktycznego¹⁴⁹⁶ i tym samym może być słabym uzasadnieniem za ewentualnym rozważeniem przemodelowania podstawowych pojęć i zasad tych porządków.

Rozwiązaniem pośrednim, które można rozważyć i które może, z jednej strony, pozwoliłoby skorzystać z dobrodziejstw trustu, a z drugiej, nie będzie wymagało jego ustawowego wdrożenia do tych systemów, jest skorzystanie z „obcego trustu”. Przez „obcy trust” na potrzeby niniejszej pracy, można rozumieć trust, który rządzi się prawem państwa, które posiada w swoim systemie prawnym tego rodzaju instytucję, ale w którego skład wchodziłyby zabezpieczenia obciążające majątek znajdujący się np. w Polsce¹⁴⁹⁷ (dalej: obcy trust). Umową powoływany byłby trust i za pomocą klauzuli prawa właściwego byłoby dookreślone, że rządzi się on prawem systemu prawnego, który taką instytucję rozpoznaje i najlepiej jest w jakiś sposób powiązany z daną transakcją¹⁴⁹⁸. Zamiast przybierać formę administratora albo otrzymywać wierzytelność równoległą, agent zabezpieczeń przybierałby formę trustee.

Propozycję skorzystania z obcego trustu jako remedium na brak trustu w holenderskim porządku prawnym sugeruje A. Thiele w swoim opracowaniu, do którego niniejsza praca stosunkowo często się odnosi¹⁴⁹⁹. Rozwiązanie to jednak, co najmniej z kilku powodów, nie rozwiąże problemu separacji podmiotowej¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶ Transgranicznego kredytowania konsorcjalnego i jego zabezpieczenia.

¹⁴⁹⁷ Czyli systemu, który do swojego porządku prawnego tej instytucji nie wprowadził.

¹⁴⁹⁸ Może to stanowić argument za tym, aby jako prawo właściwe w odniesieniu do stosunku kredytowego zostało wybrane prawo angielskie. Zob. P. Stec, *Konwencja...*, s. 98.

¹⁴⁹⁹ Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 102–104.

¹⁵⁰⁰ Szczegółowo kwestia ta została omówiona w nieopublikowanej, kanadyjskiej pracy magisterskiej autora niniejszej rozprawy.

Po pierwsze, aby w ogóle być w stanie rozważać wykorzystanie obcego trustu jako sposobu rozwiązania problemu separacji podmiotowej, musiałby on podlegać uznaniu w odpowiednich porządkach prawnych¹⁵⁰¹. Przez odpowiednie porządki prawne należy rozumieć te, w których znajduje się mienie stanowiące przedmioty zabezpieczenia. Bowiem to w nich później przez trustee byłyby egzekwowane zabezpieczenia, a zatem to sądy w tych porządkach się znajdujące musiałby ocenić, czy taki *trust* w ogóle uznają¹⁵⁰².

Jeżeli w przepisach prawa prywatnego międzynarodowego danego państwa nie będzie przepisów dotyczących trustu, jak to ma miejsce np. w prawie polskim, to istnieje co najmniej ryzyko, że sędzia będzie szukał prawa właściwego dla zabezpieczeń rzeczowych, rzekomo znajdujących się w takim truście, na podstawie łącznika *situs rei*¹⁵⁰³. To wskaże mu na jego własne prawo materialne. Skoro w przepisach prawa prywatnego międzynarodowego nie będzie wzmianki o truście, to będzie raczej mało prawdopodobne, że przepisy merytoryczne takie postanowienia będą zawierały¹⁵⁰⁴. To oznacza, że trust taki nie będzie uznany. Zatem nie sposób byłoby w ogóle mówić o jakimś specjalnym traktowaniu mienia rzekomo się w nim znajdującego, w tym zabezpieczeń, a jedynie to, ewentualnie, mogłoby prowadzić do rozwiązania problemu separacji podmiotowej¹⁵⁰⁵.

Właśnie, aby unikać m.in. powyższych problemów z uznawaniem obcych trustów została wymyślona Konwencja Trustowa¹⁵⁰⁶. Problem z Konwencją Trustową polega z kolei na tym, że nie spotkała się ona z szeroką akceptacją. Została ona ratyfikowana jedynie przez 13 krajów¹⁵⁰⁷. Są to głównie państwa, które w swoich porządkach prawnych już posiadają trust, ale nie tylko. Jednym z nielicznych krajów, które oparte jest na tradycji kontynentalnej i które ratyfikowało Konwencję Trustową, jest Holandia. Polska nie jest jej stroną, a co ciekawe, w samej prowincji Ontario weszła ona w życie dopiero 1 maja

¹⁵⁰¹ Odnośnie do pojęcia „uznania” trustu, zob. P. Stec, *Konwencja...*, s. 101–104.

¹⁵⁰² Zob. J. Górecki [w:] *Prawo...*, red. M. Pazdan, komentarz do art. 41 p.p.m., nb. 4.

¹⁵⁰³ Zob. *ibid.* W odniesieniu do systemów *common law* zob. S. Pitel, *Private...*, s. 779–904. W szczególności w odniesieniu do kwestii zabezpieczeń zob.: *ibid.*, s. 825–826.

¹⁵⁰⁴ W prawie prywatnym międzynarodowym, aby odróżnić przepisy/normy regulowania bezpośrednio (tj. regulujące bezpośrednio stosunki międzyludzkie) od przepisów/norm regulowania pośredniego (tj. przepisów kolizyjnych), te pierwsze określa się właśnie jako **przepisy merytoryczne**. Rzeczone terminy wprowadził W. Goldschmidt, *La norma de colision como base de la sistematica del derecho internacional privado*, Madrid 1935, s. 14. Zob. J. Jakubowski, *Wpływ zainteresowanych na właściwość prawa merytorycznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, *Ruch Prawniczy* 1967, nr 4, s. 81, przypis 1.

¹⁵⁰⁵ Więcej na temat tego, czy obcy trust, nawet gdyby był uznany, prowadziłby do rozwiązania problemu separacji podmiotowej, poniżej.

¹⁵⁰⁶ Zob. P. Stec, *Konwencja...*, s. 85–87.

¹⁵⁰⁷ Listę krajów, które implementowały Konwencję można znaleźć na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59 [dostęp: 27.09.2019]. Liczba 13 jest oparta na założeniu, że „Kanada” implementowała tę konwencję. Jednak tak naprawdę implementowała ją jedynie 9 z 10 kanadyjskich prowincji. Nie implementował jej Quebec, czyli prowincja, której system prawny opiera się na tradycji kontynentalnej. Zob. też: P. Stec, *Konwencja...*, s. 90.

2018 r.¹⁵⁰⁸ Biorąc pod uwagę, że Konwencja Trustowa pochodzi z 1985 r., nic nie wskazuje na to, że w najbliższym czasie powinno dojść do jej szybkiej ratyfikacji w innych porządkach prawnych.

Jednak nawet gdyby sąd krajowy uznał obcy trust, niezależnie czy na podstawie własnych przepisów, czy na podstawie Konwencji Trustowej, można postawić tezę, że **nie rozwiązałoby to problemu separacji podmiotowej**. Pomysł na niniejszy podrozdział wziął się z przywoływanego opracowania A. Thiele¹⁵⁰⁹. Wydaje się jednak, że autorka ta nie przedstawia Konwencji Trustowej jako odpowiedzi na problem separacji podmiotowej. Bardziej sugeruje ona obcy trust i Konwencję Trustową jako częściową odpowiedź¹⁵¹⁰ na ryzyko upadłości agenta (lub szerzej na brak posiadania przez agenta odrębnej masy majątkowej), w której zabezpieczenia i wpływy z ich egzekucji, mogłyby się znajdować¹⁵¹¹. Ten problem mógłby zostać rozwiązany przez Konwencję Trustową, ponieważ wyraźnie wskazuje ona w art. 2 lit. a, że jedną z cech charakterystycznych trustu jest to, „że mienie w nim [w truście – T.T.], stanowi wydzielony fundusz/majątek i nie stanowi części własnego majątku *trustee*”¹⁵¹². Może to być uznane za mniejszą lub większą ingerencję w prawo rzeczowe państwa, które taką Konwencję ratyfikowało, ale wydaje się, że jest to **ingerencja jedyna**¹⁵¹³. Art. 4 Konwencji Trustowej wyraźnie stanowi, iż:

Konwencja nie znajduje zastosowania do ważności (...) czynności, na mocy których majątek jest przenoszony na *trustee*¹⁵¹⁴.

Podobnie art. 15 Konwencji Trustowej brzmi:

Konwencja nie stanowi przeszkody w stosowaniu przepisów prawa przewidzianych przez prawo prywatne międzynarodowe forum, w takim zakresie w jakim te przepisy nie mogą być derogowane przez dobrowolną czynność, odnoszącą się w szczególności do następujących kwestii (...) (d) przeniesienia tytułu do mienia i zabezpieczenia (*security interest*) w mieniu.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że Konwencja Trustowa zdaje się nie ingerować w zasady ustanawiania/przenoszenia zabezpieczeń rzeczowych¹⁵¹⁵. Konwencja ma na celu jedynie zapewnić, że jeżeli trust został ustanowiony, to majątek w nim się znajdujący

¹⁵⁰⁸ Zob. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/extensions/?cid=59&mid=702> [dostęp: 27.09.2019].

¹⁵⁰⁹ A. Thiele, *Collective...*

¹⁵¹⁰ Częściową, ponieważ ciągle dostrzega pewne zagrożenia nawet w przypadku wykorzystania mechanizmów z Konwencji Trustowej. Zob. A. Thiele, *Collective...*, s. 102–104.

¹⁵¹¹ I tym samym być niedostępne dla prywatnych wierzycieli agenta zabezpieczeń.

¹⁵¹² Zob. też P. Stec, *Konwencja...*, s. 103.

¹⁵¹³ Wydaje się, że podobnie *ibid.*, s. 102.

¹⁵¹⁴ Zob. również: D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell, *Underhill...* (2016), s. 1342 oraz P. Stec, *Konwencja...*, s. 97.

¹⁵¹⁵ Zob. P. Stec, *Konwencja...*, s. 97.

powinien być „bezpieczny”¹⁵¹⁶. Jednak Konwencja Trustowa nie wskazuje już prawa właściwego dla reguł odnoszących się do tego, jak majątek do trustu powinien być wniesiony. Obowiązują w tym zakresie „zasady ogólne”¹⁵¹⁷. To oznacza, że zgodnie z łącznikiem *situs rei*, wnoszenie majątku do trustu powinno zostać ocenione na gruncie prawa, w którym znajduje się przedmiot zabezpieczenia. Mówiąc inaczej, wracalibyśmy do punktu wyjścia, a Konwencja Trustowa w tym zakresie nic nie zmienia. Wszystko to oznacza, że na podstawie prawa położenia przedmiotu zabezpieczenia, trzeba ocenić, czy zabezpieczenie może być przyznane trustee, mimo że nie byłby on np. administratorem hipoteki albo nie byłby w posiadaniu wierzytelności równoległej.

Twierdzenie, że Konwencja Trustowa nie odnosi się do innych kwestii dotyczących prawa rzeczowego niż „wymuszanie” uznawania wyodrębnionej masy majątkowej¹⁵¹⁸, można poprzeć też innymi postanowieniami Konwencji. Art. 2 Konwencji Trustowej stanowi:

Trust ma następujące cechy:

(...) b) tytuł do majątku trustowego przysługuje (*stands trustee* (...))¹⁵¹⁹.

Nigdzie w Konwencji Trustowej nie ma postanowień, które by stanowiły, że jakiegoś rodzaju „własnościowy” tytuł przysługuje beneficjentom trustu. Mówiąc inaczej, nie miała ona za zadanie wprowadzać pojęcia dzielonej własności (*shared ownership*) do porządków prawnych państw, które ją ratyfikowały. Na marginesie można też zauważyć, że skoro konwencja wyraźnie stanowi, że **tytuł do majątku trustowego przysługuje trustee, to mamy kolejny argument wspierający tezę, że tytuł do zabezpieczenia powinien przysługiwać administratorowi, a nie kredytodawcom**¹⁵²⁰.

Nawet w przypadku w którym ktoś stałby na stanowisku przeciwnym, tj. twierdził, że Konwencję Trustową można interpretować w sposób rozszerzający i tym samym obejmuje ona swoim zakresem też problem separacji podmiotowej, to niekoniecznie rozwiązałaby ona wszystkie problemy. Należy zauważyć, że zawiera ona także takie przepisy jak art. 13¹⁵²¹,

¹⁵¹⁶ D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell piszą o wydzielonej i ogrodzonej puli aktywów (*segregated ring-fenced pool of assets*). Zob. D D.J. Hayton, P.B.J. Matthews, C.C.J. Mitchell, *Underhill...* (2016), s. 1342.

¹⁵¹⁷ Zob. P. Stec, *Konwencja...*, s. 97.

¹⁵¹⁸ A co za tym idzie, nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej.

¹⁵¹⁹ “A trust has the following characteristics – (...) b) title to the trust assets stands in the name of the trustee (...)”. Zob. też: P. Stec, *Konwencja...*, s. 90. Dalsza część tego przepisu brzmi: „albo innej osobie na rzecz trustee” (*or in the name of another person on behalf of the trustee*). Dotyczy to bardziej skomplikowanych stanów faktycznych, gdy trustee przy zarządzaniu majątkiem trustowym korzysta z pomocy osób trzecich i nie jest istotne dla przedmiotu niniejszej pracy.

¹⁵²⁰ Zob. podrozdział 2.3.1.5.2.

¹⁵²¹ Art. 13 Konwencji Trustowej stanowi: „Żadne Państwo nie powinno być zobowiązane do uznania trustu, którego elementy istotne (*significant elements*), z wyjątkiem wyboru prawa właściwego, miejsca zarządzania trustem i zwykłego pobytu trustee, są ściślej powiązane z Państwami, które nie mają instytucji trustu lub danej kategorii trustu”. („No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of

art. 15¹⁵²² czy art. 16¹⁵²³, które mogłyby i tak doprowadzić do nieuznania obcego trustu. Jako że autor niniejszej rozprawy nie zgadza się ze stanowiskiem, iż Konwencja Trustowa swoim zakresem obejmuje też problem separacji podmiotowej, szersze rozważania na temat tych przepisów nie są potrzebne i można w odniesieniu do nich odesłać jedynie do istniejącej literatury¹⁵²⁴. Poza powyższym, obcy trust mógłby zostać wykorzystany tylko w systemach kontynentalnych, które konwencję tę ratyfikowały. W Europie jest to jedynie Holandia, Włochy, Liechtenstein, Luksemburg, Malta, Monako i Szwajcaria. Rozwiązanie to nie miałyby zatem charakteru uniwersalnego.

5.5. Wybór obcego prawa, aby możliwe było skorzystanie z klauzuli długu równoległego

Powyższe rozważania wykazały, że trust raczej nie stanowi realnego, przynajmniej w najbliższym czasie, rozwiązania problemu separacji podmiotowej. Może zatem lepszym sposobem, który mógłby być zastosowany na skalę międzynarodową, jest klauzula długu równoległego?

Problem powstawałby w tych porządkach prawnych, w których dopuszczalność kreowania takich „sztucznych” zobowiązań jest kwestionowana¹⁵²⁵. Problem ten może jednak dałoby się rozwiązać w ten sposób, że klauzula długu równoległego zawierałaby postanowienie dotyczące prawa właściwego. Jako prawo właściwe dla zobowiązania równoległego strony wybierałyby prawo państwa, w którym taka wierzytelność równoległa została uznana za ważną albo przynajmniej jest mniej kontrowersyjna (np. prawo niemieckie albo prawo holenderskie)¹⁵²⁶. Można argumentować, że skoro dług równoległy jest zobowiązaniem, to z tych samych powodów, dla których dopuszczalny jest wybór prawa właściwego odnośnie do stosunku kredytowego, także w odniesieniu do rzeczoności długu,

the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved”).

¹⁵²² Art. 15 Konwencji Trustowej stanowi: „Konwencja nie powinna zapobiegać zastosowaniu przepisów prawa prywatnego międzynarodowego sądu forum, w takim zakresie w jakim przepisy te nie mogą być uchylone wolą stron, dotyczących w szczególności następujących kwestii: (...) d) przeniesienia tytułu do mienia i prawa zabezpieczającego w mieniu” („The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters – (...) d) the transfer of title to property and security interests in property”).

¹⁵²³ Art. 16 Konwencji Trustowej stanowi: „Konwencja nie zapobiega zastosowaniu tych przepisów prawa forum, które muszą znaleźć zastosowanie nawet do międzynarodowych sytuacji, bez względu na przepisy prawa prywatnego międzynarodowego. (...)” („The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws. (...)”).

¹⁵²⁴ Zob. P. Stec, *Konwencja...*, s. 100–101 i przywoływana tam literatura.

¹⁵²⁵ Zob. podrozdział 3.2.2.4.

¹⁵²⁶ Zob. Ł. Szegda, *Dochodzenie...*, s. 104.

dozwolony powinien być wybór prawa¹⁵²⁷. Co więcej, aby taki wybór był mniej kontrowersyjny, strony mogłyby dla stosunku kredytowego wybierać to samo prawo.

Co ciekawe, powyższe zdarza się w praktyce. Wystarczy zwrócić uwagę na stan faktyczny w jednej ze spraw, którą rozpatrywał Sąd Najwyższy¹⁵²⁸. Mieliśmy w nim do czynienia najprawdopodobniej z konsorcjum banków¹⁵²⁹, które udzielało kredytu konsorcjalnego niemieckiej spółce (dalej: spółka N) oraz podmiotom od niej zależnym, w tym dwóm spółkom polskim (dalej te spółki łącznie jako: spółka P). W umowie kredytowej zawarte było postanowienie, zgodnie z którym bank T, najprawdopodobniej jeden z kredytodawców, będzie pełnił funkcję agenta oraz agenta do spraw zabezpieczeń. Tego samego dnia została zawarta umowa powiernicza pomiędzy m.in. spółką N i Spółką P a agentem zabezpieczeń. W umowie powierniczej znajdowała się klauzula długu równoległego, która przyznawała agentowi zabezpieczeń wiarygodność równoległą w stosunku do kredytobiorców, w tym Spółki P. Następnie, kilka tygodni później, została zawarta umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie, m.in. pomiędzy agentem zabezpieczeń a Spółką P. Zabezpieczenie to miało zabezpieczać **dług równoległy**.

Sąd nie sprecyzował w stanie faktycznym, jakie prawo rządziło stosunkiem kredytu lub długiem równoległym. Jako że głównym dłużnikiem była spółka niemiecka (Spółka N), wydaje się, że prawem tym było prawo niemieckie¹⁵³⁰. Prawo niemieckie w swoim kodeksie cywilnym (niem. *Bürgerliches Gesetzbuch*, dalej: BGB)¹⁵³¹ zawiera § 781 BGB, który stanowi o abstrakcyjnym uznaniu długu (niem. *abstraktes Schuldenkenntnis*) i który to artykuł stanowi zwykle podstawę prawną do tworzenia długu równoległego¹⁵³². Co ciekawe, w tym wyroku oraz w dwóch podobnych¹⁵³³, polski Sąd Najwyższy nie zakwestionował ważności długu równoległego ani ważności zabezpieczeń ustanowionych na jego zabezpieczenie¹⁵³⁴. Może zatem w przypadku transgranicznych

¹⁵²⁷ Zob. podrozdział 5.2.1.

¹⁵²⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 145/09, Legalis: 288258.

¹⁵²⁹ W wyroku możemy przeczytać jedynie o „bankach”, bez dookreślenia, czy istniała między nimi umowa konsorcjum. Wydaje się jednak, że można założyć, że konsorcjum bankowe istniało, ponieważ powołanie konsorcjum w takich przypadkach wydaje się rynkowym standardem.

¹⁵³⁰ Ze stanu faktycznego sprawy nie wynika bezpośrednio, czy strony dokonały wyboru prawa. Jednak praktyka pokazuje, że wielomilionowe transakcje kredytowania konsorcjalnego obsługiwane są przez kancelarie prawne, które przygotowują dokumentację opierającą na wzorcach LMA. Wzorce takie standardowo klauzulę wyboru prawa posiadają. Jako że siedzibą spółki-matki były Niemcy, można założyć, że odnośnie do stosunku kredytu doszło do wyboru prawa niemieckiego. Podobnie zakłada T. Czech w odniesieniu do innego wyroku Sądu Najwyższego, odnoszącego się do analogicznego stanu faktycznego (wydaje się, że pozwanym była inna spółka z grupy, ale finansowanie było to samo). Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34. Niniejsze opracowanie odnosi się bezpośrednio do innego wyroku niż glosa T. Czecha, tj. do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 145/09, ponieważ przedstawia on wykorzystanie klauzuli długu równoległego w sposób bardziej klarowny dla czytelnika, niż omawiany przez glosatora wyrok, choć oba dotyczą tego samego problemu i zapadły w analogicznych stanach faktycznych.

¹⁵³¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* (Niemiecki Kodeks Cywilny), 1896.

¹⁵³² Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 33.

¹⁵³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 155/09, Legalis: 288259 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

¹⁵³⁴ Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34. Powództwa powoda zostały oddalone, ale z innych powodów.

kredytowań konsorcjalnych należałoby wybierać jako rządzące, zarówno stosunkiem kredytu, jak i zobowiązaniem równoległym, prawo państwa, które taki dług równoległy dopuszcza¹⁵³⁵. Zabezpieczenia, nawet takie, których przedmiot znajduje się na terenie porządku prawnego, niedopuszczającego długu równoległego, zabezpieczyłyby taki ważnie ustanowiony np. niemiecki dług równoległy. Ważność takiego długu musiałaby, w zasadzie¹⁵³⁶, być oceniona na podstawie prawa niemieckiego, czyli prawa, które, jak się wydaje, uznaje taki dług za ważny¹⁵³⁷. Separacja podmiotowa by nie powstawała, więc Sąd nie mógłby stwierdzić nieważności zabezpieczenia na tej podstawie. Rozwiązanie takie budzi jednak pewne wątpliwości.

Po pierwsze, w przytaczanych wyżej orzeczeniach wydaje się, że syndyk nie podnosił żadnych zarzutów ani argumentów za nieważnością długu równoległego ze względu na np. brak ważnej kauzy. Może bardziej rozbudowana argumentacja co do jego sztuczności i nieważności sprawiłaby, że Sąd jednak stwierdziłby jej nieważność.

Po drugie, powstaje pytanie, czy stosowanie prawa obcego w tym przypadku nie miałyby skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego państwa forum (zob. np. art. 7 p.p.m.) lub jego stosowanie nie byłoby w sposób oczywisty niezgodnie z porządkiem publicznym państwa siedziby sądu (21 Rozporządzenia Rzym I). T. Czech odpowiada na te pytania przecząco, nie przedstawiając jednak szerszego uzasadnienia¹⁵³⁸. Autor ten zwraca m.in. uwagę, że brak sprzeczności z porządkiem publicznym klauzuli długu równoległego stwierdził Sąd Apelacyjny w Dijon w wyroku z dnia 21 września 2010 r., RG No 09/2080¹⁵³⁹. Z perspektywy polskiego prawa odpowiedź na to pytanie wcale nie jest jednak taka prosta. Wymagałaby bardziej rozbudowanych rozważań, i to przy uwzględnieniu specyfiki prawa prywatnego międzynarodowego, **na ile takie zasady jak Akcesoryjność praw rzeczowych czy kauzalność¹⁵⁴⁰ są podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego.** Kwestia ta wymaga dalszych, skomplikowanych badań i to najlepiej takich, które byłyby prowadzone przez zespół specjalistów z zakresu prawa zobowiązań, prawa rzeczowego oraz prawa prywatnego międzynarodowego.

W niniejszej pracy można jedynie zastanowić się, czy klauzula długu równoległego nie jest sprzeczna z **porządkiem publicznym** ze względu na **obejście prawa**. Kwestia ta jest warta rozważenia, ponieważ autor spotkał się z takimi opiniami w literaturze¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁵ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 106–107.

¹⁵³⁶ Czemu zostało użyte słowo „w zasadzie”, będzie jaśniejsze w poniższym rozważaniach.

¹⁵³⁷ Kwestia ta nie była szerzej rozważana przez autora niniejszej pracy.

¹⁵³⁸ Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34.

¹⁵³⁹ Zob. *ibid.*, przypis 14.

¹⁵⁴⁰ Jak zostało zauważone w podrozdziale 3.2.2.4.3.2. w prawie polskim budzi wątpliwości obowiązywanie zasady kauzalności, dlatego tym bardziej budzi wątpliwości, czy zasadę tę należałoby uznać za podstawową zasadę polskiego porządku prawnego. Zagadnienie to wymagałoby jednak odrębnych, szerszych rozważań.

¹⁵⁴¹ M. Kućka, *Dług...*, s. 118–119.

Przytaczane orzeczenia, w których nie doszło do stwierdzenia nieważności takiej klauzuli, dotyczyły przewłaszczenia na zabezpieczenie, czyli zabezpieczenia, które zostało na potrzeby niniejszej pracy uznane za Zabezpieczenie Osobiste. To oznacza, że Akcesoryjność w tych przypadkach może być przez strony znacznie poluźniona. Wydaje się, że kwestia byłaby dużo bardziej kontrowersyjna, gdybyśmy mówili o Zabezpieczeniach Rzeczowych¹⁵⁴². W polskim porządku prawnym do separacji podmiotowej, w przypadku tej grupy zabezpieczeń, potrzebne jest zezwolenie ustawodawcy¹⁵⁴³ i separacja ta odbywa się „na warunkach” ustawodawcy, tj. przez ustanowienie administratora zabezpieczeń. Można się zatem zastanawiać, czy przez wykorzystanie instrumentów prywatnoprawnych nie mamy w tym przypadku do czynienia z obejściem prawa. Opinie w tym zakresie w doktrynie zdają się być podzielone. T. Czech twierdzi, że nie dochodzi w tym przypadku do obejścia prawa, ponieważ strony po prostu: „wykorzystują dostępne instrumentarium prywatnoprawne w celu obniżenia kosztów transakcyjnych”¹⁵⁴⁴. Przeciwnego zdania jest natomiast M. Kućka¹⁵⁴⁵. Autor ten twierdzi, że mielibyśmy do czynienia z obejściem prawa i tym samym sprzecznością z polskim porządkiem publicznym¹⁵⁴⁶. Wydaje się, że spór ten w Polsce jest w stanie rozstrzygnąć jedynie Sąd Najwyższy. Z jednej strony obejście prawa może wydawać się oczywiste. Z drugiej jednak strony, obejście prawa wydaje się „oczywiste” również w przypadku przewłaszczenia na zabezpieczenie nieruchomości, a mimo to już utrwaloną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego jest uznawanie ważności tego rodzaju zabezpieczenia¹⁵⁴⁷. Zresztą kontrowersyjne jest, czy w tym przypadku, w ogóle możemy mówić o „podstawowych zasadach porządku prawnego”(art. 7 p.p.m.).

Powyższe rozważania prowadzą do tezy, że **nie należałoby mówić o obejściu prawa w przypadku stanów faktycznych podobnych do tych z wyżej przytaczanych orzeczeń Sądu Najwyższego**¹⁵⁴⁸. Dług równoległy rządził się prawem niemieckim, ponieważ takim rządził się stosunek kredytu. Do wyboru tego prawa odnośnie do tych dwóch długów doszło, wydaje się, nie dlatego, żeby obejść wymogi polskiego prawa zabezpieczeń, ale ponieważ było to prawo państwa, w którym główny dłużnik miał swoją siedzibę. Dany porządek prawny musiał być wybrany, ponieważ spółki zależne (w tym polska) znajdowały się w całej Europie, a z istoty samej transakcji kredytowania konsorcjalnego wynika, że stosunki kredytu powinny rządzić się jednym prawem. Nieuzasadnione wydaje się

¹⁵⁴² Zob. *ibid.*, s. 99–100 oraz 120–122.

¹⁵⁴³ Zob. art. 4 u.z.r. oraz art. 68² u.k.w.h.

¹⁵⁴⁴ Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34.

¹⁵⁴⁵ Zob. M. Kućka, *Dług...*, s. 118–119.

¹⁵⁴⁶ Zob. *ibid.*

¹⁵⁴⁷ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2011 r., V CSK 360/10, Legalis: 440139 oraz rozważania M. Kućki porównującego sztuczność długu równoległego do sztuczności przewłaszczenia na zabezpieczenie. M. Kućka, *Dług...* Autor do kwestii tej odnosi się w różnych miejscach w całej artykule, więc ciężko wskazać konkretną stronę.

¹⁵⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 155/09, Legalis: 288259 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.

w takim przypadku twierdzenie, że strony miały na celu obejście prawa. Nie sposób też obarczyć dłużnika odpowiedzialnością czy negatywnymi konsekwencjami za to, że w jego porządku prawnym klauzulę taką się dopuszcza. Zakwestionowanie takiej klauzuli przy tego rodzaju okolicznościach faktycznych podawałoby w wątpliwość transgraniczne struktury kredytowania konsorcjalnego¹⁵⁴⁹. Przedstawioną tezę można też wzmocnić argumentami dotyczącymi samego zastosowania **klauzuli porządku publicznego**. Po pierwsze, jak podkreśla się w doktrynie, aby klauzula znalazła zastosowanie, musi dojść do „sprzeczności prawa obcego z **podstawową** zasadą porządku prawnego *fori*”¹⁵⁵⁰. Jak już zostało wskazane powyżej, mogą powstać wątpliwości, czy zasada Akcesoryjności praw rzeczowych oraz kauzalności zobowiązań stanowią takie podstawowe zasady. Po drugie, zgodnie z art. 21 Rozporządzenia Rzym I stosowanie przepisów prawa wskazanego jako właściwe może zostać wyłączone jedynie wówczas, gdy takie stosowanie jest w sposób **oczywisty** niezgodne z porządkiem publicznym państwa siedziby sądu. Przy badaniu rzeczowej oczywistości w konkretnym przypadku należy brać pod uwagę m.in. wyjątkowy charakter klauzuli porządku publicznego, **siłę powiązań stanu faktycznego sprawy z forum** oraz nakaz powściągliwego stosowania klauzuli porządku publicznego¹⁵⁵¹. W rozważanych okolicznościach faktycznych tylko część transakcji kredytowania konsorcjalnego¹⁵⁵² była powiązana z terytorium Polski¹⁵⁵³. Już z tego powodu klauzula porządku publicznego nie powinna znaleźć zastosowania, a tezę taką wzmocnia wyjątkowy charakter tej klauzuli oraz nakaz jej powściągliwego stosowania. **Natomiast, wydaje się, że ważność takiej klauzuli powinna być dużo bardziej wątpliwa w przypadkach, w których siła powiązania stanu faktycznego z forum jest dużo słabsza**¹⁵⁵⁴, co sugeruje, że obce prawo zostało wybrane tylko po to, aby obejść **zakaz separacji podmiotowej**¹⁵⁵⁵.

Podsumowując powyższe, klauzula długu równoległego jako remedium na problem separacji podmiotowej w wymiarze transgranicznym wydaje się remedium wątpliwym.

¹⁵⁴⁹ Uniemożliwiłoby osiągnięcie jednego z podstawowych celów tego rodzaju finansowania, tj. zapewnienia kredytowania na jednolitych warunkach.

¹⁵⁵⁰ Zob. M. Zachariasiewicz [w:] *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018, komentarz do art. 21, nb. 2.

¹⁵⁵¹ Zob. *ibid.*

¹⁵⁵² Co więcej, zwykle bardzo nieznaczną część. Jednak jak duża część kredytowania konsorcjalnego będzie powiązana z terytorium Polski, będzie zależało od stanu faktycznego konkretnej transakcji, tj. w jakim stopniu polska spółka będzie uczestniczyła w zabezpieczeniu transakcji oraz czy ewentualnie będą jej przysługiwały jakieś środki z tytułu udzielonego kredytu.

¹⁵⁵³ Tj. tylko część transakcji będzie powiązana z terytorium Polski. Główny ciężar kredytowania będzie znajdował się w porządku prawnym głównego kredytobiorcy (tj. spółki-matki).

¹⁵⁵⁴ Np. główny kredytobiorca miał siedzibę w Polsce albo przedmiot większości zabezpieczeń znajduje się w Polsce.

¹⁵⁵⁵ Np. główny dłużnik ma siedzibę w Polsce, ale zostało wybrane prawo niemieckie, aby z takiej klauzuli móc skorzystać. Tego zdaje się nie dostrzegać P. Kułak, który twierdzi, że klauzula długu równoległego powinna zostać uznana przez polskie sądy, gdy jest poddana prawu obcemu. Zob. P. Kułak, *Analiza...*, s. 174.

W szczególności, w tych porządkach prawnych, które wprowadziły do swojego systemu prawnego instytucję administratora zabezpieczeń lub w których w literaturze podnosi się poważne wątpliwości co do jej ważności¹⁵⁵⁶, najmocniej wątpliwe jest, czy klauzula taka nie zostałaby uznana za sprzeczną z ich porządkiem prawnym, a co za tym idzie uznana za nieważną.

Rozwiązanie to wydaje się najmniej kontrowersyjnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w odniesieniu do niektórych transgranicznych kredytowań konsorcjalnych, w przypadkach, w których główny kredytobiorca ma siedzibę w państwie, gdzie taką klauzulę się dopuszcza i prawo tego państwa zostało wybrane zarówno w odniesieniu do stosunku kredytu oraz do długu równoległego. Jednak wydaje się, że mało prawdopodobne jest, żeby prawnik, który zdawałby sobie sprawę z powyższych kontrowersji, doradziłby klientowi wykorzystanie rzeczony klauzuli, aby „uniwersalnie” poradzić sobie z problemem separacji podmiotowej¹⁵⁵⁷. Zastosowanie klauzuli długu równoległego wynikałoby raczej z jej stosowania we własnym porządku prawnym i niewiedzy odnośnie do problemów powstających w innych systemach prawnych. Ewentualnie, z korzystania z obcych wzorców umownych, które taką klauzulę by zawierały i bezrefleksyjnego ich przenoszenia np. na grunt polski.

5.6. Międzynarodowa regulacja administratora zabezpieczeń?

W powyższych podrozdziałach zostało wykazane, że zarówno rozważany w niniejszej pracy trust oraz klauzula długu równoległego nie stanowią raczej uniwersalnego i efektywnego rozwiązania problemu separacji podmiotowej.

Może w takim razie najlepszym rozwiązaniem, aby w sposób pełny poradzić sobie z tym problemem i tym samym ujednoczyć oraz uprościć transgraniczne kredytowania konsorcjalne, byłoby uregulowanie w międzynarodowym akcie¹⁵⁵⁸ **instytucji administratora zabezpieczeń**.

5.6.1. Dlaczego powinniśmy preferować instytucję administratora przed instytucją trustu?

Pierwsze pytanie, które powstaje: to dlaczego w takim międzynarodowym akcie powinna zostać uregulowana instytucja administratora zamiast instytucji trustu? Powyższe rozważania dotyczyły przecież nie tyle przyjęcia międzynarodowej regulacji trustu, ile wprowadzenia przepisów dotyczących trustu do kontynentalnych porządków prawnych przez poszczególne państwa¹⁵⁵⁹ albo skorzystania z trustu, który rządziłby się prawem

¹⁵⁵⁶ Zob. M. Kućka, *Dług...*

¹⁵⁵⁷ Zamiast kształtować te zabezpieczenia zgodnie z prawem tych porządków prawnych, czyli np. wykorzystać instytucję administratora.

¹⁵⁵⁸ O formie, jaką taki akt miałby przybrać, poniżej.

¹⁵⁵⁹ Podrozdział 5.3.

obcym¹⁵⁶⁰. Odpowiedź na to pytanie jest całkiem prosta. Regulacja administratora zabezpieczeń mogłaby objąć **również** przypadki trustee **zarządzającego** zabezpieczeniami.

Jeżeli zgodzimy się z tym, że zabezpieczenia znajdują się w majątku administratora zabezpieczeń¹⁵⁶¹, to funkcjonowanie i rola tej instytucji są analogiczne do roli i funkcjonowania trustu i trustee w przypadku ich wykorzystania w transakcjach kredytowania konsorcjalnego. Jak wykazał podrozdział 4.2, mienie znajdujące się w truscie należy do trustee, a nie do beneficjentów trustu (kredytodawców). Rolą trustu nie jest doprowadzenie do tego, aby majątek był w posiadaniu beneficjentów i tym samym, aby trustee nie mógł tym majątkiem dysponować, ale aby majątek ten był **chroniony przed prywatnymi wierzycielami trustee**¹⁵⁶². Chodzi tutaj o sytuacje, w których trustee poza zarządzaniem zabezpieczeniami, prowadziłby inną działalność, która mogłaby prowadzić do powstania jego własnych, prywatnych długów, których egzekucja potem byłaby skierowana do majątku trustee. Wierzyciele w takich przypadkach nie powinni mieć dostępu do majątku znajdującego się w truscie. Podobny rezultat osiąga się w Polsce dzięki art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u., który ma chronić kredytodawców przed ryzykiem upadłości agenta. Prywatni wierzyciele administratora hipoteki/zastawu nie mają dostępu do kwot uzyskanych z tytułu realizacji zastawu rejestrowego lub hipoteki, w części przypadającej zgodnie z umową powołującą administratora pozostałym wierzycielom. Analogiczny efekt w prawie holenderskim osiąga się przez wykorzystanie spółki celowej (SPV). Choć zabezpieczenia znajdują się w majątku agenta zabezpieczeń¹⁵⁶³, to ze względu na fakt, że zabezpieczają one wierzytelności kredytodawców, słuszne wydaje się, że nie są one i nie powinny być dostępne dla prywatnych wierzycieli agenta zabezpieczeń, gdy kierują oni egzekucję w stronę jego majątku. Można to osiągnąć właśnie przez instytucję trustu lub regulacje podobne do tych, jakie występują w polskim prawie upadłościowym¹⁵⁶⁴. Dużo bardziej kontrowersyjna jest kwestia, na ile taki agent zabezpieczeń, będący w posiadaniu zabezpieczeń, może nimi swobodnie dysponować. Kwestia ta z pewnością wymaga szerszych badań, ale generalna zasada, zgodnie z którą, jeżeli zabezpieczenia znajdują się w jego majątku, to agent może nimi też rozporządzać, wydaje się słuszna¹⁵⁶⁵. Jest to oczywiście rozwiązanie niekorzystne dla kredytodawców, ale jest ceną za możliwość ukształtowania transakcji w optymalny dla nich sposób¹⁵⁶⁶. Ryzyko kredytodawców jednak wcale nie jest aż tak wielkie. Kredytodawcy musieliby dokładać dużej staranności przy wyborze podmiotu, który miałby być administratorem zabezpieczeń i z czasem powinno to doprowadzić do wykształcenia się profesjonalnego rynku administratorów

¹⁵⁶⁰ Podrozdział 5.4.

¹⁵⁶¹ Zob. podrozdział 2.3.1.5.2.

¹⁵⁶² Zob. też P. Stec, *Konwencja...*, s. 104.

¹⁵⁶³ Jakiegokolwiek by on formy nie przybrał, tj. np. administratora zabezpieczeń, trustee czy agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego, któremu została przyznana wierzytelność równoległa.

¹⁵⁶⁴ Z tym, że regulacja trustu jest zakresowo szersza, bo obejmuje nie tylko sytuacje upadłości trustee.

¹⁵⁶⁵ Zob. też: P. Stec, *Konwencja...*, s. 104–105.

¹⁵⁶⁶ Tj. z wykorzystaniem instytucji zastępstwa pośredniego.

zabezpieczeń¹⁵⁶⁷. Natomiast, jeżeli stanowisko to będzie wydawało się zbyt kontrowersyjne, to w potencjalnej regulacji można stwierdzić, że zabezpieczenia znajdują się w majątku administratora zabezpieczeń¹⁵⁶⁸, ale jest on pozbawiony pewnych uprawnień w stosunku do nich, np. występowałby zakaz rozporządzania zabezpieczeniem. To prowadziłoby do uniknięcia problemu, jakie prawa i obowiązki w odniesieniu do zabezpieczeń przysługiwałyby administratorowi zabezpieczeń w stosunku do zabezpieczeń. Przysługiwałyby mu wszystkie, poza tymi wyraźnie wskazanymi. Jest to lepsze rozwiązanie niż twierdzenie, że zabezpieczenia przysługują kredytodawcom. W tym drugim przypadku, między kredytodawcami powstawałaby problematyczna wspólność zabezpieczeń i tym samym trudno byłoby wyraźnie określić uprawnienia administratora zabezpieczeń¹⁵⁶⁹. Kwestia ta jest istotna, ponieważ zgadzając się z twierdzeniem, że to administrator powinien być w każdym przypadku ujawniany w stosunku do osób trzecich, osoby trzecie powinni być w stanie polegać na jego działaniach, a nie być w niepewności, czy administrator do takich działań jest uprawniony czy nie.

Jeżeli zgodzimy się z powyższymi stwierdzeniami, zasadne wydaje się postawienie tezy, że **nie powinno być innych, większych problemów, aby potencjalną regulacją administratora zabezpieczeń objąć także przypadki trustee, który zarządzałby zabezpieczeniami na rzecz beneficjentów**. Taka teza prowadzi natomiast do kolejnej, tj. iż **najlepszym potencjalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej na skalę międzynarodową jest instytucja administratora zabezpieczeń, ze względu na jej stosunkowo dużą elastyczność i tym samym możliwość objęcia jej potencjalną regulacją również instytucji trustu**.

5.6.2. Czy przyjęcie międzynarodowej instytucji administratora zabezpieczeń jest w ogóle realne?

Jeżeli zgodzimy się co do wyżej omówionych, najbardziej kontrowersyjnych kwestii¹⁵⁷⁰, międzynarodowa regulacja administratora zabezpieczeń wcale nie powinna być aż tak dyskusyjna i trudna do przyjęcia w wielu systemach prawnych.

Po pierwsze, należy zauważyć, że za instytucją administratora zabezpieczeń w przypadku kredytowań konsorcjalnych **nie stoi oszukańczy zamiar**. Ma ona na celu jedynie usprawnienie i lepsze zarządzanie zabezpieczeniami w przypadku skomplikowanych oraz złożonych transakcji finansowych, jakimi są np. kredytowania konsorcjalne. Strony zmierzają jedynie do „obniżenia kosztów transakcyjnych”¹⁵⁷¹. Należy zauważyć też, że

¹⁵⁶⁷ Zob. R. Zdzieborski, *Umowa...*, s. 789.

¹⁵⁶⁸ Tj. administratorowi przysługuje w stosunku do nich ogół uprawnień.

¹⁵⁶⁹ Zupełnie odwrotnie w odniesieniu do administratora zastawu i administratora hipoteki argumentuje M. Kućka, *Administrator...*, s. 83–92.

¹⁵⁷⁰ Tj. w czym majątku miałyby się znajdować zabezpieczenia i że zasadniczo powinny one oraz wpływy z nich podlegać ochronie przed osobami trzecimi.

¹⁵⁷¹ Zob. T. Czech, *Glosa...*, s. 34.

za praktyczną potrzebą instytucji administratora¹⁵⁷² stoi nie do końca jasne pojęcie akcesoryjności zabezpieczenia. Termin „akcesoryjność zabezpieczeń” pojawił się już w prawie rzymskim¹⁵⁷³ i został potem „odświeżony” przez XIX-wiecznych niemieckich pandektystów, których badania miały ogromny wpływ na wiele europejskich kodeksów¹⁵⁷⁴. Wydaje się, że można postawić tezę, że w czasach, gdy rzymscy prawnicy czy niemieccy pandektyści rozważali pojęcie akcesoryjności, to nie do końca brali pod uwagę, jaki wpływ rzeczona instytucja będzie miała na XX i XXI-wieczne wielopodmiotowe, skomplikowane i transgraniczne finansowania¹⁵⁷⁵. Administrator zabezpieczeń stanowi wyjątek od ścisłego rozumienia zasady akcesoryjności w jej płaszczyźnie podmiotowej¹⁵⁷⁶. Ma na celu usprawnienie transakcji i zakładając, że fakt ustanowienia administratora zabezpieczeń byłby jawny¹⁵⁷⁷, instytucja ta nie powinna prowadzić do żadnych nadużyć. Nie budzi raczej wątpliwości bardzo generalna teza, że w przypadku wspólnych przedsięwzięć efektywniejsze bardzo często jest wyznaczenie jednej osoby, która co najmniej określoną częścią takiego przedsięwzięcia w sposób skuteczny zarządza. Unikamy w ten sposób zmuszania wszystkich jego uczestników do ciągłej współpracy przy podejmowaniu każdej decyzji, co też może prowadzić do napięć, konfliktów i opóźnień¹⁵⁷⁸.

Po drugie, należy zastanowić się, jaka jest alternatywa dla braku instytucji administratora zabezpieczeń. Albo wymyślane są „sztuczne” konstrukcje typu klauzula długu równoległego, aby możliwe było jednak skorzystanie z instytucji zastępcy pośredniego, albo zabezpieczenia przyznawane są indywidualnie kredytodawcom. Pierwsze rozwiązanie, zakładając, że sądy uznają je za ważne, prowadzi jedynie do większego skomplikowania i mniejszej jawności całej struktury¹⁵⁷⁹. Drugie, do niepotrzebnego multiplikowania zabezpieczeń oraz ewentualnych problemów ze zbiorowością zabezpieczeń, która to trudność jest problemem kredytodawców, a nie osób trzecich. **Zastosowanie tych rozwiązań, zamiast instytucji administratora, nie prowadzi natomiast do polepszenia sytuacji osób trzecich**¹⁵⁸⁰. Rolą zabezpieczeń rzeczowych jest zapewnienie odpowiedniego pierwszeństwa wierzycieli i ewentualnie jakichś udogodnień związanych z możliwością ich pozaegzekucyjnej realizacji¹⁵⁸¹. Brak zabezpieczeń na majątku kredytobiorcy byłby korzystny dla osób trzecich, ponieważ większa jego część byłaby zwykle

¹⁵⁷² Aby bezdyskusyjnie rozwiązać problem separacji podmiotowej.

¹⁵⁷³ A.J.M. Stevens, *Accessoriness...*, s. 389.

¹⁵⁷⁴ Zob. U. Magnus, *Some...*, s. 90.

¹⁵⁷⁵ Zob. N. Mugarura, *The Law...*, s. 178.

¹⁵⁷⁶ Inaczej M. Kućka, *Administrator...*, s. 83–92, który twierdzi, że zabezpieczenia znajdują się w majątkach wierzycieli, a nie administratora, a zatem nie jest to, jego zdaniem, wyjątek od zasady akcesoryjności. Zob. T. Tomczak, *Akcesoryjność...*, s. 79–82.

¹⁵⁷⁷ Przynajmniej, aby mieć skutek *erga omnes*. Zob. podrozdział 4.4.

¹⁵⁷⁸ Co zresztą potwierdza instytucja syndyka, jednego wykonawcy testamentu, zarządy sukcesyjnego itp.

¹⁵⁷⁹ Zakładając, że alternatywnie administrator byłby wpisany do publicznego rejestru ze wskazaniem, że pełni taką funkcję.

¹⁵⁸⁰ Zakładając, że „sztuczne” konstrukcje zostaną uznane za ważne.

¹⁵⁸¹ Np. Dodatkowe sposoby realizacji zabezpieczeń. Ogólnie na temat roli zabezpieczenia wierzytelności, zob. J. Armour, *The Law and Economics Debate about Secured Lending: Lessons for European*

dla nich dostępna. **Jednak w przypadkach, w których nie wystąpi instytucja administratora zabezpieczeń, to zabezpieczenia i tak zostaną ustanowione, z tym, że w sposób bardziej skomplikowany.** Można postawić nawet tezę, że pogorszy to sytuację osób trzecich, ze względu na późniejsze, bardziej skomplikowane i złożone postępowania egzekucyjne czy upadłościowe, które w ostateczności powinny i tak prowadzić do podobnego dla osób trzecich rezultatu¹⁵⁸². Dla osób trzecich ma znaczenie, czy zabezpieczenia zostały ustanowione i na jakim majątku zostały ustanowione. To, czy będą one w ręku administratora, czy zmultiplikowane w rękach poszczególnych kredytodawców, wydaje się dla nich nieistotne. Znaczenie może mieć dla nich oczywiście kwestia jawności. Osoby trzecie powinny wiedzieć, czy kredytobiorca ustanowił zabezpieczenia, ponieważ może to wpływać na to, czy chcą nawiązywać z kredytobiorcą współpracę gospodarczą albo udzielać mu ewentualnych, dalszych kredytów. Zakładając, że administrator byłby ujawniany w publicznych rejestrach, do utajnień (niejawności) by nie dochodziło¹⁵⁸³. Co więcej, osoby trzecie miałyby jeden podmiot, z którym np. mogłyby negocjować ewentualne zwolnienie zabezpieczeń, w celu dalszego kredytowania kredytobiorcy¹⁵⁸⁴.

Po trzecie, potrzebę bardziej uniwersalnego rozwiązania problemu separacji podmiotowej dostrzega się od jakiegoś czasu w praktyce. Jak powyżej zauważono, w 2012 r. odbyła się 29 Międzynarodowa Konferencja Prawa Finansowego. Już wtedy zwrócono uwagę na brak spójnego rozwiązania tego problemu i nie udało się wypracować wspólnej oraz najlepszej na niego recepty. Jednak od tego czasu niektóre systemy prawne wprowadziły lub ulepszyły instytucję administratora¹⁵⁸⁵, a inne, jak np. system polski, rozważają jej rozszerzenie na nowe lub wszystkie zabezpieczenia¹⁵⁸⁶. Można postawić ostrożną tezę¹⁵⁸⁷, iż **instytucja administratora zabezpieczeń znajduje coraz większe uznanie w europejskich, kontynentalnych porządkach prawnych, a zatem międzynarodowa regulacja nie powinna spotkać się z większym oporem**¹⁵⁸⁸.

Prawdziwość powyższej tezy w dużym stopniu zależy jednak od tego, jakie rozwiązania odnośnie do tej instytucji zostałyby zaproponowane.

Przy międzynarodowej regulacji instytucji administratora zabezpieczeń najbardziej kontrowersyjne wydają się dwie kwestie. Po pierwsze, komu powinien przysługiwać

Lawmaking Part 1: The Conceptual and Legal Framework, European Company and Financial Law Review 2008, nr 5

¹⁵⁸² Uzyskania tej samej kwoty lub braku uzyskania jakiegokolwiek kwoty.

¹⁵⁸³ Zob. rozważania w podrozdziale 4.4.

¹⁵⁸⁴ Można więc powiedzieć, że pogarsza się sytuacja kredytodawców, a nie osób trzecich. Oczywiście na ile sytuacja kredytodawców by się pogarszała, zależałoby od kwestii na ile uprawnienia administratora zabezpieczeń odnośnie do dysponowania zabezpieczeniami byłyby ograniczone. Zob. rozważania powyżej.

¹⁵⁸⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 287–292.

¹⁵⁸⁶ Tak na Konferencji NAPKC.

¹⁵⁸⁷ Która jednak dla potwierdzenia wymaga szerszych komparatystycznych badań niż poczynione w niniejszej pracy.

¹⁵⁸⁸ Problem mógłby powstać w tych porządkach prawnych, które obecnie stosują inne rozwiązania problemu separacji podmiotowej.

tytuł do zabezpieczenia (w czym majątku się ono znajduje) oraz po drugie, istnienie wydzielonej w majątku administratora masy majątkowej niedostępnej dla prywatnych wierzycieli administratora, w której znajdowałyby się zabezpieczenia. Odnośnie do pierwszej kwestii, należy mieć nadzieję, że autor przez całą rozprawę przedstawiał przekonujące argumenty za tym, aby zabezpieczenia znajdowały się w majątku administratora. Poza tym, wydaje się to jedynym rozwiązaniem, które byłyby w stanie zaakceptować system *common law*, w których występuje trust.

Kwestia odrębnego/wydzielonego majątku administratora zabezpieczeń jest kontrowersyjna i wydaje się, że stanowiła ona powód niepowodzenia Konwencji Trustowej. Uzasadnienia jej niepowodzenia można doszukiwać się w tym, że zbyt mocno ingerowała ona w prawo rzeczowe. Państwa czują się mocno związane ze swoim prawem rzeczowym, ponieważ często stanowi ono wyraz ich suwerenności, przez co systemy prawne są niechętne do wprowadzania obcych, nieznanymi im rozwiązań lub po prostu mają przed nimi obawy. Konwencja ta, choć nie wprowadzała pojęcia podzielonej własności, czy nie zmieniała zasad dotyczących przenoszenia mienia¹⁵⁸⁹, to jednak w sposób znaczny ingerowałyby w prawo rzeczowe państw, które by ją ratyfikowały. Nakazywałyby, aby państwo, które ją przyjęło, dopuszczało sytuacje, że pewien podmiot, w ramach swojego majątku, może mieć wyodrębnioną masę, która nie będzie dostępna dla prywatnych wierzycieli takiej osoby¹⁵⁹⁰. Wydaje się, że było to nie do zaakceptowania przez wiele porządków kontynentalnych¹⁵⁹¹.

Jednak regulacja administratora zabezpieczeń byłaby mniej daleko idąca, przez co może i łatwiejsza do zaakceptowania. **Owa wydzielona masa majątkowa, niedostępna dla wierzycieli administratora, dotyczyłaby jedynie zabezpieczeń oraz ewentualnych wpływów z ich realizacji, które i tak zabezpieczają wiarytelności innych podmiotów.** Stanowią zatem bardzo specyficzne mienie. Patrząc na to w ten sposób, kwestia już jest dużo mniej kontrowersyjna. Poza tym wydaje się, że jest to też kierunek, w którym obecnie powoli zmierzają regulacje administratorów zabezpieczeń w porządkach kontynentalnych¹⁵⁹².

Jeżeli udałooby się osiągnąć konsensus odnośnie do powyższych kwestii i regulacja nie próbowałaby w inny sposób ingerować w prawa rzeczowe państw, wydaje się, że jej akceptacja byłaby przynajmniej prawdopodobna. Pozostałe kwestie zdają się sprawami mniej dyskusyjnymi i problemy z nimi często wynikały z problemu dotyczącego ulokowania zabezpieczenia w odpowiednim majątku. Aby ułatwić obrót zabezpieczonymi wiarytelnościami i tym samym upłynnić rynek, regulacja musiałaby stwierdzać, że cesjonariusz, który nabywa zabezpieczoną wiarytelność, wstępuje w stosunek prawny

¹⁵⁸⁹ Zob. podrozdział 5.4. oraz P. Stec, *Konwencja...*, s. 97.

¹⁵⁹⁰ Zob. *ibid.*, s. 103.

¹⁵⁹¹ Najprawdopodobniej wynikało to też z obawy o sytuację osób trzecich/wierzycieli takiego trustee, która mogłaby ulec pogorszeniu przez nadużywanie tej instytucji.

¹⁵⁹² Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 289 i 292. Choć autor ochronę taką zdaje się wywodzić z faktu, że zabezpieczenia znajdują się w majątkach wierzycieli, a nie administratora. Zob. też art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u.

z administratorem. Nie budzi raczej żadnych wątpliwości, że stan taki jest pożądany. W ten sposób kwestia ta została uregulowana w prawie węgierskim¹⁵⁹³ oraz taką zmianę optuje się w odniesieniu do regulacji polskiej¹⁵⁹⁴. Trudno znaleźć stanowisko przeciwne i argumenty za nim. Możliwe jednak, że kwestii kontrowersyjnych jest więcej, a doszukiwanie się ich wymaga bardziej rozbudowanych badań, zwłaszcza komparatystycznych.

Natomiast można jeszcze zauważyć, że jeżeli byśmy zakładali, że w każdym przypadku administrator powinien być jawny (wpisany do publicznego rejestru) albo od jego ujawnienia zależałaby skuteczność jego ustanowienia wobec osób trzecich¹⁵⁹⁵, to dodatkowym problemem mógłby być brak odpowiednich rejestrów, do których miałyby być on wpisywany¹⁵⁹⁶. Jest to oczywiście problem bardzo skomplikowany, ale wydaje się, że bardziej natury technicznej niż prawnej. Problemem natury prawnej byłby oczywiście zakres informacji ujawnianych przy takim wpisie administratora¹⁵⁹⁷.

5.6.3. Forma międzynarodowej regulacji instytucji administratora zabezpieczeń

Powyżej zostało wykazane, że potrzebna jest regulacja administratora zabezpieczeń na poziomie międzynarodowym. Nie zostało jednak doprecyzowane, **jaką formę rze- czona regulacja miałyby przyjąć**. Autor niniejszej rozprawy w swojej kanadyjskiej pracy zaproponował postulat, **aby przybrała ona formę międzynarodowej Konwencji**. Taki postulat spotkał się z dużą krytyką jednego z recenzentów. Dr Jarosław Bełdowski podkreślił, że do tej pory, poza Konwencją Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzoną w Wiedniu 11.04.1980 r.¹⁵⁹⁸, żadna z konwencji dotyczących prawa prywatnego nie spotkała się z „uniwersalną” ratyfikacją. To oznacza, że tą formą prawną nie rozwiązuje się problemów rynku.

Od czasu napisania wspomnianej pracy magisterskiej autor miał czas, aby rozważyć zasadność owej krytyki. Trudno zaprzeczyć prawdziwości stwierdzenia, że poza KUMST, brak jest konwencji odnoszącej się do prawa prywatnego, która miałaby uniwersalny charakter. Jednak autor ciągle uważa, że taki akt byłby najlepszym rozwiązaniem. Mogłoby to być międzynarodowe rozwiązanie problemu, a nie rozwiązanie tylko lokalne. Konwencja, spotykając się z uznaniem w niektórych państwach, mogłaby z czasem być ratyfikowana w kolejnych porządkach prawnych. Niniejsze opracowanie jest pracą naukową, stąd też warto zgłaszać postulaty *de lege ferenda*, zwłaszcza że cel i uzasadnienie tych postulatów wydają się słuszne. Dzięki takiemu rozwiązaniu wzrosłaby szansa na ujednoczenie i uproszczenie struktur kredytowania konsorcjalnego na całym świecie. Trudno negować celowość ujednoczania lub upraszczania rozwiązań, które nie wiążą się

¹⁵⁹³ Zob. *ibid.*, s. 291–292.

¹⁵⁹⁴ Zob. *ibid.*, s. 323–326.

¹⁵⁹⁵ Zob. podrozdział 4.4.

¹⁵⁹⁶ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 317–320.

¹⁵⁹⁷ Zob. *ibid.* Problem ten należałoby pozostawić jednak odrębnym badaniom.

¹⁵⁹⁸ Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286, dalej: KUMST.

ze zwiększeniem ryzyk. Problem z uzyskaniem konsensusu większości państw byłby problemem bardziej faktycznym niż prawnym.

Dyrektywa albo rozporządzenie Unii Europejskiej wydają się jednak bardziej realnym rozwiązaniem. Biorąc pod uwagę, że problem separacji podmiotowej jest szczególnie uciążliwy w Europie¹⁵⁹⁹, nie wydaje się to wcale złe rozwiązanie. Mogłoby ono ujednoczyć struktury kredytowania konsorcjalnego co najmniej na tym kontynencie.

Problem w takim przypadku pojawia się jednak z podstawą prawną w traktatach dla takiego rozporządzenia czy dyrektywy. Zgodnie z generalną zasadą, Unia Europejska ma kompetencje legislacyjne tylko w takim zakresie, w jakim zostały one jej przyznane przez Traktaty¹⁶⁰⁰. Natomiast Traktaty nie przyznają Unii Europejskiej generalnej kompetencji do regulowania prawa prywatnego państw członkowskich¹⁶⁰¹. Wydaje się jednak, że taką podstawą mógłby być artykuł 114 TFUE. Zgodnie z ust. 1 rzeczonego przepisu Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki dotyczące zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają **na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego**. Choć podstawa ta może wydawać się kontrowersyjna, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zaakceptował ją dla przyjmowanych przez Unię Europejską dyrektyw¹⁶⁰². Natomiast jeżeli chodzi o rodzaj harmonizacji, to najlepszym rozwiązaniem byłaby tutaj harmonizacja maksymalna¹⁶⁰³. Pozwoliłaby ona w największym stopniu ujednoczyć transakcje kredytowania konsorcjalnego występujące na rynku wewnętrznym. Prawnicy obsługujący tego rodzaju transakcje nie musieliby się zastanawiać nad ewentualnymi odrębnościami dotyczącymi instytucji administratora zabezpieczeń występującymi w poszczególnych państwach członkowskich. Powyższe rozważania prowadzą do tezy, iż **najlepszą formą potencjalnej regulacji instytucji administratora zabezpieczeń byłaby międzynarodowa konwencja, jednak ze względu na małą popularność i problemy z ratyfikacją**

¹⁵⁹⁹ Ze względu na skomplikowane grupy spółek funkcjonujące w różnych państwach europejskich w ramach rynku wewnętrznego. Zob. podrozdział 5.2.2.

¹⁶⁰⁰ Zob. P. Craig, G. de Burca, *EU Law, text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 73. Zob. też: art. 5 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569), dalej: TUE, oraz art. 1 ust. 1 TFUE.

¹⁶⁰¹ Zob. art. 2–6 TFUE.

¹⁶⁰² Zob. P. Craig, G. de Burca, *EU Law...*, s. 76–77. Przykładowo rzeczoną podstawą prawną posłużono się w dyrektywie 2003/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich odnoszących się do reklamy i sponsorowania wyrobów tytoniowych (Dz. U. UE L z 2003 r. Nr 152, str. 16). W odniesieniu do tej dyrektywy powstał spór, czy art. 114 TFUE (owoczesny art. 100a Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską) może stanowić podstawę prawną dla dyrektywy. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie Republika Federalna Niemiec przeciwko Parlamentowi Europejskiemu i Radzie Unii Europejskiej odpowiedział na to pytanie twierdząco. Odnośnie do tej podstawy prawnej dla aktów prawnych Unii Europejskiej zob. *ibid.*, s. 92–94.

¹⁶⁰³ Odnośnie do różnicy między minimalną a maksymalną harmonizacją zob. np. M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe oraz ich implementacja do prawa polskiego*, Monitor Prawniczy 2008, nr 2.

tego typu instrumentów z zakresu prawa prywatnego, wystarczające na potrzeby rynku europejskiego byłoby uregulowanie tej instytucji w akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej harmonizację maksymalną.

5.6.4. Zwięzłość regulacji?

Niezależnie jaką formę prawną taki akt prawny miałyby przyjąć, wydaje się, że międzynarodowa regulacja administratora zabezpieczeń nie musiałaby być długa i skomplikowana. Polska regulacja administratora hipoteki czy zastawu to w zasadzie jeden przepis¹⁶⁰⁴. Podobnie wyglądają regulacje francuskie czy węgierskie¹⁶⁰⁵. Wydaje się, że wiele kwestii szczegółowych mogłoby zostać pozostawionych dla państw członkowskich do uregulowania albo pozostawienia w obecnym kształcie. Takie uregulowanie może pozwoliłoby z czasem wypracować „najlepszy standard” administratora zabezpieczeń i tym samym doprowadzić później do poprawienia międzynarodowej regulacji.

5.7. Podsumowanie

W niniejszym rozdziale przeprowadzono bardzo uproszczoną analizę problemu separacji podmiotowej w przypadku transgranicznych kredytowań konsorcjalnych. Rozważania w zasadzie ograniczyły się do wykazania, dlaczego problem ten, w kontekście transgranicznym, nabiera na znaczeniu (podrozdział 5.2) oraz które z rozwiązań tego problemu rozważane szerzej w niniejszym opracowaniu¹⁶⁰⁶, stanowiłoby najlepszą, generalną na niego receptę (podrozdziały 5.3–5.6).

Badania poczynione w niniejszym rozdziale z pewnością wymagają kontynuacji, jednak na chwilę obecną i w świetle przedstawionych rozważań, odnosząc się do piątego celu rozprawy, jakim było zagadnienie najbardziej optymalnego poradzenia sobie z problemem separacji podmiotowej na skalę transgraniczną (sformułowanego co prawda w postaci pytania, a więc: w jaki sposób na skalę transgraniczną najlepiej poradzić sobie z problemem, że, co do zasady, w przypadku kredytowania konsorcjalnego zabezpieczenie oraz zabezpieczona wierzytelność powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?), postawiono ostrożną tezę, iż:

instytucja administratora zabezpieczeń wydaje się również optymalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej w odniesieniu do transgranicznych kredytowań konsorcjalnych, tym samym powinna zostać uregulowana w międzynarodowej konwencji lub co najmniej akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej maksymalną harmonizację.

¹⁶⁰⁴ Zob. art. 4 u.z.r. oraz art. 68² u.k.w.h.

¹⁶⁰⁵ Zob. M. Kućka, *Administrator...*, s. 287–292.

¹⁶⁰⁶ Tj. trust, klauzula długu równoległego oraz administrator zabezpieczeń.

Teza ta została udowodniona za pomocą następujących tez cząstkowych i stwierdzeń:

- 1) w przypadku transgranicznych kredytowań konsorcjalnych wierzytelności kredytodawców powinny rządzić się jednym i tym samym prawem, inaczej utrudnione byłoby spełnienie kluczowego wymogu dla tego typu transakcji, tj. aby występowały zasadniczo jednolite warunki kredytu;
- 2) kredytodawcy będą dokonywać wyboru jednego prawa w odniesieniu do zobowiązań kredytowych;
- 3) zabezpieczenia osobiste stanowią zobowiązania umowne, a zatem także w odniesieniu do nich zwykle możliwy będzie wybór prawa;
- 4) wybór prawa w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych nie będzie możliwy i będzie w ich przypadku występował obligatoryjny łącznik *situs rei*;
- 5) brak możliwości wyboru prawa w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych oraz fakt, że kredytobiorcą będzie zwykle spółka-matka posiadająca spółki-córki mające siedzibę i majątek, który będzie stanowił przedmiot zabezpieczenia w innych państwach, wpłynię na skomplikowanie transakcji z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej;
- 6) ze względu na różne rozwiązania problemu separacji podmiotowej w różnych systemach prawnych, należałoby wprowadzić jedno, uniwersalne rozwiązanie tego problemu na skalę międzynarodową;
- 7) ze względu na niechęć systemów kontynentalnych odnośnie do wprowadzenia trustu do swoich porządków prawnych, trust nie stanowi potencjalnego, uniwersalnego rozwiązania problemu separacji podmiotowej;
- 8) instytucja obcego trustu, również nie stanowi potencjalnego, uniwersalnego rozwiązania problemu separacji podmiotowej ze względu na brak ratyfikacji Konwencji Trustowej w większości porządków kontynentalnych oraz poważne wątpliwości czy, w przypadku jej ratyfikacji, konwencja ta rzeczywiście rozwiązałaby ten problem;
- 9) klauzula długu równoległego mogłaby stanowić rozwiązanie problemu separacji podmiotowej na skalę transgraniczną tylko w przypadkach, w których występowałoby odpowiednie powiązanie stanu faktycznego z porządkiem prawnym, w którym taką klauzulę uznaje się za ważną. W pozostałych przypadkach należałoby uznać ją za sprzeczną z porządkiem publicznym państwa forum;
- 10) najlepszym potencjalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej na skalę międzynarodową jest instytucja administratora zabezpieczeń, ze względu na jej stosunkowo dużą elastyczność i tym samym możliwość objęcia jej potencjalną regulacją również instytucji trustu;
- 11) najlepszą formą potencjalnej regulacji instytucji administratora zabezpieczeń byłaby międzynarodowa konwencja, jednak ze względu na małą popularność i problemy z ratyfikacją tego typu instrumentów z zakresu prawa prywatnego,

wystarczające na potrzeby rynku europejskiego byłoby uregulowanie tej instytucji w akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej maksymalną harmonizację.

Co istotne, rzeczony rozporządzenie czy dyrektywa wcale nie musiałyby stanowić rozbudowanej regulacji. Polska instytucja administratora hipoteki pokazuje, że instytucję administratora zabezpieczeń można, w zasadzie, uregulować w jednym przepisie. Jest to ciekawe o tyle, że „jednym przepisem” udało się znacznie ujednoczyć i uprościć struktury kredytowania konsorcjalnego występujące w całej Europie. Słowo „znacznie” wcale nie jest przesadzone, ponieważ w niniejszej pracy zostały przeanalizowane tylko trzy sposoby rozwiązania problemu separacji podmiotowej. Jednak w niniejszym rozdziale zostało zaznaczone, że w różnych porządkach prawnych mogą występować jeszcze inne konstrukcje. To oznacza, że strukturyzując jedną transakcję kredytowania konsorcjalnego, trzeba wziąć pod uwagę wszystkie te szczegółowe regulacje i rozwiązania występujące w różnych porządkach prawnych, aby prawidłowo zabezpieczyć transakcję oraz nie mieć wątpliwości, że później kredytobiorca¹⁶⁰⁷ będzie podważał skuteczność ustanowionych zabezpieczeń. Rozwiązanie to mogłoby wyeliminować też te struktury, co do których obecnie istnieje mniejsza lub większa wątpliwość, czy rzeczywiście rozwiązują problem separacji podmiotowej¹⁶⁰⁸, wprowadzając tym samym nieco więcej prawnej pewności.

¹⁶⁰⁷ Biorąc pod uwagę, że do realizacji zabezpieczeń zwykle będzie dochodziło w przypadku bardzo złej sytuacji majątkowej kredytobiorcy i tym samym jego upadłości, w praktyce najprawdopodobniej ewentualną prawidłowość ustanowienia zabezpieczeń będzie kwestionował syndyk. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 145/09, Legalis: 288258.

¹⁶⁰⁸ Jak np. klauzula długu równoległego.

Zakończenie

Po upadku w Polsce socjalizmu nastąpił stopniowy rozwój polskiej gospodarki, w ramach którego pojawiło się kredytowanie konsorcjalne, które z czasem zaczęło odgrywać coraz większą rolę na krajowym rynku. Jednak wraz z pojawieniem się tej instytucji wystąpiły różne problemy prawne. Jeden z takich problemów związanych z próbą efektywnego zabezpieczenia finansowania – problem separacji podmiotowej – stanowił trzon niniejszej pracy. Aby rozwiązać ten problem na płaszczyźnie dogmatycznej, w niniejszej rozprawie jako cel badawczy postawiono sobie odpowiedź na następujące pytania:

- 1) Czy tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i tytuł do zabezpieczenia powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?
- 2) Czy takie ukształtowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, że tytuł do zabezpieczeń przysługuje agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom, stanowi bardziej optymalne jej ustrukturyzowanie niż sytuacja, w której tytuł do nich przysługuje kredytodawcom?
- 3) W jaki sposób w przypadku kredytowania konsorcjalnego w polskim systemie prawnym najlepiej można poradzić sobie z problemem separacji podmiotowej?
- 4) Jaki, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w trzech analizowanych porządkach prawnych (polskim, holenderskim oraz systemie prawnym prowincji Ontario), jest optymalny sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej?
- 5) W jaki sposób na skalę transgraniczną najlepiej poradzić sobie z problemem, że, co do zasady, w przypadku kredytowania konsorcjalnego zabezpieczenie oraz zabezpieczona wierzytelność powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?

Na tle tak zakreślonych celów pracy, wykazane zostały następujące tezy:

- 1) wszystkie zabezpieczenia należałoby, co do zasady, uznać za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, tj. w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń wymagane jest, aby tytuł do zabezpieczonej wierzytelności oraz tytuł do zabezpieczenia przysługiwały temu samemu podmiotowi. Tak rozumiana akcesoryjność może ulegać rozluźnieniu, jednak jego warunki wyglądają inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych. W przypadku tych pierwszych potrzebne jest wyraźne zezwolenie ustawodawcy, natomiast w przypadku tych drugich separacja podmiotowa będzie dopuszczalna pod warunkiem, że strony kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego nie wykrócą poza granice przyznanej im autonomii woli oraz nie dojdzie do przekroczenia granic swobody umów wynikających z art. 353¹ k.c.;

- 2) najbardziej optymalnym sposobem zabezpieczenia transakcji kredytowania konsorcjalnego jest takie ukształtowanie tego finansowania, że tytuł do zabezpieczeń będzie przysługiwał agentowi zabezpieczeń, który przybierze postać zastępcy pośredniego. Teza taka wynika z pojawiającego się w przypadku tego rodzaju kredytowania problemu wielości i zbiorowości zabezpieczeń;
- 3) w polskim systemie prawnym obecnie najbardziej optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego jest instytucja administratora zabezpieczeń. Jednakże jest to obecnie rozwiązanie niedoskonałe, nierozwiązujące tego problemu w sposób całościowy;
- 4) najbardziej optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w prawie polskim, holenderskim oraz prawie prowincji Ontario, jest instytucja trustu. Jednak ze względu na brak rzeczony instytucji w polskim systemie prawnym oraz jej swoistość dla systemów *common law* nie wydaje się ona realnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w Polsce i należałoby postulować jedynie poprawienie instytucji administratora zabezpieczeń. Ze względu na powyższe, z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej i w kontekście kredytowania konsorcjalnego, można postawić również następujące tezy:
 - a) instytucję administratora należałoby rozszerzyć na wszystkie zabezpieczenia;
 - b) przy założeniu, że wszystkie zabezpieczenia należy uznać co do zasady za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, w odniesieniu do instytucji administratora zabezpieczeń nie powinno być żadnych innych ograniczeń podmiotowych lub przedmiotowych;
 - c) przyszła regulacja powinna wyraźnie stwierdzać, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom;
 - d) nabywca zabezpieczonej wierzytelności powinien z mocy prawa wstępować w stosunek prawny z administratorem, chyba że strony umowy przelewu wierzytelności postanowiły inaczej;
 - e) skuteczność powoływania się na instytucję administratora w stosunku do osób trzecich powinna zależeć od ujawnienia faktu ustanowienia administratora;
 - f) wraz z rozszerzeniem instytucji administratora na nowe zabezpieczenia powinien ulec rozszerzeniu zakres zastosowania art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u., przy czym zastosowanie tego przepisu powinno być uzależnione od ujawnienia faktu ustanowienia administratora;
 - g) w przypadku ujawnienia faktu ustanowienia administratora, ochronę jego majątku dotyczącego zabezpieczeń i wpływu z nich należałoby rozszerzyć także na przypadki egzekucji singularnej;
- 5) instytucja administratora zabezpieczeń wydaje się również optymalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej w odniesieniu do transgranicznych kredytowań konsorcjalnych, tym samym powinna zostać uregulowana w międzynarodowej

konwencji lub co najmniej akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej maksymalną harmonizację.

Odnosząc się do pierwszego celu rozprawy, jakim jest problem rozdzielenia tytułu do zabezpieczonej wierzytelności i tytułu do zabezpieczenia pomiędzy różne podmioty (sformułowany co prawda w postaci pytania, a więc: czy tytuł do zabezpieczonej wierzytelności i tytuł do zabezpieczenia powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?), postawiono następującą tezę główną, którą wykazano w rozdziale 1:

Wszystkie zabezpieczenia należałoby, co do zasady, uznać za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, tj. w odniesieniu do wszystkich zabezpieczeń wymagane jest, aby tytuł do zabezpieczonej wierzytelności oraz tytuł do zabezpieczenia przysługiwały temu samemu podmiotowi. Tak rozumiana akcesoryjność może ulegać rozluźnieniu, jednak jego warunki wyglądają inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych. W przypadku tych pierwszych potrzebne jest wyraźne zezwolenie ustawodawcy, natomiast w przypadku tych drugich separacja podmiotowa będzie dopuszczalna pod warunkiem, że strony kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego nie wykrócą poza granice przyznanej im autonomii woli oraz nie dojdzie do przekroczenia granic swobody umów wynikających z art. 353¹ k.c.

Przedstawiona teza została udowodniona na podstawie następujących tez częściowych:

- 1) nie da się stworzyć powszechnie akceptowalnej definicji zabezpieczenia. Teza taka wynika z wielości i różnorodności instrumentów zabezpieczających¹⁶⁰⁹;
- 2) mimo że nie da się stworzyć powszechnie akceptowalnej definicji zabezpieczenia wierzytelności, właściwością każdego zabezpieczenia powinno być umocnienie zabezpieczonej wierzytelności lub, patrząc z perspektywy podmiotowej, pozycji prawnej wierzyciela. W przypadku braku posiadania tej cechy przez konkretny instrument nie sposób uznać, że stanowi on zabezpieczenie;
- 3) płaszczyzna podmiotowa, przez którą należy rozumieć zależność pomiędzy podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczonej wierzytelności, a podmiotem, któremu przysługuje tytuł do zabezpieczenia, mieści się w pojęciu akcesoryjności;
- 4) przypadek, w którym dochodzi do przyznania tytułu do zabezpieczenia innemu podmiotowi niż podmiot, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność, należy określić mianem separacji podmiotowej;
- 5) z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności za zabezpieczenia rzeczowe należałoby uważać wyłącznie takie, które zostały uznane za nie na podstawie kryterium normatywnego, tj. wyłącznie te, które, po pierwsze, są prawami

¹⁶⁰⁹ W rozprawie zostało jednak wskazane, że na potrzeby niniejszego opracowania od tworzenia takiej definicji dużo ważniejsze jest wyraźne rozgraniczenie zabezpieczeń akcesoryjnych od nieakcesoryjnych.

- rzeczowymi oraz, po drugie, ustawodawca wyraźnie w odniesieniu do nich wskazał, że prawa te stanowią zabezpieczenie wierzytelności;
- 6) z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności zastaw finansowy stanowi zabezpieczenie rzeczowe;
 - 7) ze względu na powyższą tezę do katalogu zabezpieczeń rzeczowych z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej należałoby zaliczyć wyłącznie: hipotekę, zastaw zwykły, zastaw rejestrowy oraz zastaw finansowy (zdefiniowane w pracy jako Zabezpieczenia Rzeczowe);
 - 8) za zabezpieczenia osobiste z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej akcesoryjności należy uznać wszystkie zabezpieczenia, które nie stanowią Zabezpieczeń Rzeczowych (zabezpieczenia te w pracy zostały zdefiniowane jako Zabezpieczenia Osobiste);
 - 9) przewłaszczenie na zabezpieczenie należy uznać za Zabezpieczenie Osobiste;
 - 10) za zabezpieczenia akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej należałoby uważać takie, które wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (pojęcie zdefiniowane w pracy jako Zabezpieczenia Akcesoryjne);
 - 11) za zabezpieczenia nieakcesoryjne należałoby uważać zabezpieczenia, które nie wymagają, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał temu samemu podmiotowi, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (pojęcie zdefiniowane w pracy jako Zabezpieczenia Nieakcesoryjne);
 - 12) wszystkie zabezpieczenia zasadniczo należałoby określić jako Zabezpieczenia Akcesoryjne;
 - 13) dozwolone jest rozluźnienie Akcesoryjności, jednak jego dopuszczalność przedstawia się inaczej w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych, a inaczej w przypadku Zabezpieczeń Osobistych;
 - 14) rozluźnienie Akcesoryjności w przypadku Zabezpieczeń Rzeczowych wymaga wyraźnego zezwolenia ustawodawcy;
 - 15) rozluźnienie Akcesoryjności w przypadku Zabezpieczeń Osobistych jest dopuszczalne pod warunkiem, że strony kształtując stosunek Zabezpieczenia Osobistego nie wykrócą poza granice przyznanej im autonomii woli oraz nie dojdzie do przekroczenia granic swobody umów;
 - 16) katalog Zabezpieczeń Nieakcesoryjnych w polskim systemie prawnym, co do zasady, jest pusty.

Odnośząc się do drugiego celu rozprawy, jakim był problem najbardziej optymalnego ustrukturyzowania transakcji kredytowania konsorcjalnego z punktu widzenia zabezpieczenia takiej transakcji (sformułowanego co prawda w postaci pytania, a więc czy takie ukształtowanie transakcji kredytowania konsorcjalnego, że tytuł do zabezpieczeń przysługuje agentowi zabezpieczeń zamiast kredytodawcom stanowi bardziej optymalne ustrukturyzowanie tego typu transakcji niż sytuacja, w której tytuł do zabezpieczeń

przysługuje kredytodawcom?), postawiono następującą tezę główną, którą wykazano w rozdziale 2:

Optymalnym sposobem zabezpieczenia transakcji kredytowania konsorcjalnego jest takie ukształtowanie tego finansowania, że tytuł do zabezpieczeń będzie przysługiwał agentowi zabezpieczeń, który przybierze postać zastępcy pośredniego.

Teza taka wynika z następujących tez cząstkowych i stwierdzeń:

- 1) w przypadku kredytowania konsorcjalnego wystąpi „mozaika” zabezpieczeń, tj. będzie ich wiele i będą one różnorodne;
- 2) w przypadku kredytowania konsorcjalnego powstanie problem wielości zabezpieczeń;
- 3) w przypadku kredytowania konsorcjalnego powstanie problem zbiorowości zabezpieczeń, tj. zabezpieczenia będą utrzymywane dla wspólnej korzyści kilku kredytodawców;
- 4) agent zabezpieczeń może przybrać formę agenta zabezpieczeń *sensu stricto* lub formę zastępcy pośredniego;
- 5) forma zastępcy pośredniego jest bardziej optymalnym rozwiązaniem, jeżeli chodzi o radzenie sobie z problemem wielości i zbiorowości zabezpieczeń, niż forma agenta zabezpieczeń *sensu stricto*.

Jednak w nawiązaniu do tak postawionej tezy głównej zauważono i tym samym postawiono nowe, następujące tezy:

- 1) skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w postaci zastępcy pośredniego prowadzi do separacji podmiotowej;
- 2) w przypadku zastawu zwykłego oraz zastawu finansowego w kredytowaniu konsorcjalnym nie będzie możliwe skorzystanie z instytucji zastępcy pośredniego, ponieważ stanowią one Zabezpieczenia Rzeczowe, a ustawodawca w stosunku do tych zabezpieczeń nie przewidział możliwości poluźnienia ich Akcesoryjności, tj. nie wprowadził instytucji administratora zabezpieczeń;
- 3) skorzystanie z instytucji agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego w przypadku kredytowania konsorcjalnego i Zabezpieczeń Osobistych powinno być zwykle dopuszczalne oraz nie naruszać granic swobody umów w postaci właściwości (natury) zobowiązania (wyraźnym wyjątkiem jest tutaj poręczenie).

W drugim rozdziale została postawiona również inna teza główna, która była wykazywana także w dalszych częściach pracy, tj.:

W przypadku administratora zastawu¹⁶¹⁰ lub hipoteki tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom, przy czym zostało dookreślone, iż „posiadanie/przysługiwanie tytułu do zabezpieczenia” oznacza to samo co „znajdowanie się zabezpieczenia w majątku osoby go posiadającej”.

¹⁶¹⁰ Instytucja ta dotyczy wyłącznie zastawu rejestrowego (art. 4 u.z.r.).

Teza ta została udowodniona na podstawie następujących tez cząstkowych i stwierdzeń:

- 1) przyjęcie tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku zabezpieczonych wierzycieli, a nie administratora hipoteki/zastawu, prowadzi do niewyrażonej wprost w przepisach, sztucznej i problematycznej konstrukcji wspólności zabezpieczenia. Konstrukcja ta zakłada, że co prawda zabezpieczenie przysługuje kredytodawcom, ale ich kompetencje do zarządzania nim są zawieszane na rzecz kompetencji administratora hipoteki/zastawu, który takim zabezpieczeniem powinien zarządzać i który, co więcej, jest ich **obligatoryjnym** zastępcą. Dużo prostsze i bardziej spójne jest stwierdzenie, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora hipoteki/zastawu;
- 2) w przypadku przyjęcia tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku zabezpieczonych wierzycieli, nie sposób bezspornie wskazać, jakiego rodzaju wspólność zabezpieczenia miałyby w tym przypadku powstawać (łączna czy ułamkowa). To z kolei jest dodatkowym argumentem za twierdzeniem, że nie da się stwierdzić, jakie uprawnienia do zabezpieczenia przysługują zabezpieczonym wierzycielom w przypadku przyjęcia tej konstrukcji;
- 3) administrator hipoteki/zastawu jest zastępcą pośrednim, a domyślną sytuacją jest, w przypadku tego rodzaju instytucji, znajdowanie się mienia, odnośnie do którego taki podmiot pośredniczy, w jego majątku. Nie do końca jasne przepisy powinno się zatem interpretować na rzecz tej generalnej zasady, a nie wyjątku od niej;
- 4) teza, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, prowadzi do większej spójności systemu prawa, ponieważ bezsporne jest, iż w przypadku zabezpieczeń nieakcesoryjnych¹⁶¹¹ tytuł do zabezpieczenia przysługuje zastępcy pośredniemu, a nie podmiotom na rzecz których zabezpieczeniem zarządza;
- 5) przyjęcie założenia, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu prowadzi do większej pewności odnośnie do tego, jaki jest zakres uprawnień administratora hipoteki/zastawu w stosunku do zabezpieczenia, niż przyjęcie tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątku kredytodawców;
- 6) przyjęcie założenia, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom godziłoby w zasadę jawności zastępstwa;
- 7) w przypadku przyjęcia tezy, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, unika się niespójnego twierdzenia, iż w przypadku administratora hipoteki/zastawu mamy co prawda do czynienia ze wspólną hipoteką lub zastawem wierzycieli, ale już w przypadku realizacji zabezpieczenia przez

¹⁶¹¹ Zwrot ten celowo pisany jest małymi literami, ponieważ odsyła w tym zakresie do rozumienia tego pojęcia przyjętego obecnie w doktrynie. Mówiąc inaczej, aktualnie w literaturze przyjmuje się, że „zabezpieczenia nieakcesoryjne” mogą być przyznane innemu podmiotowi niż ten, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność (zwykle jednak bez wyraźnego wytłumaczenia, co przez nieakcesoryjność się rozumie).

- administratora hipoteki/zastawu przychody uzyskane z tego tytułu wejdą do majątku administratora hipoteki/zastawu, a nie kredytodawców;
- 8) w przypadku przyjęcia tezy, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu unika się kolejnego niespójnego twierdzenia, iż mimo że hipoteka przysługuje wspólnie wierzycielom, to kluczowe uprawnienie (możliwość realizacji zabezpieczenia) w odniesieniu do nich jest zawieszona i przysługuje ono wyłącznie administratorowi hipoteki/zastawu;
 - 9) biorąc pod uwagę, że instytucja administratora hipoteki została wprowadzona na potrzeby kredytowania konsorcjalnego, przyjęcie tezy, że zabezpieczenie znajduje się w majątkach kredytodawców, prowadziłyby do niedostatecznego radzenia sobie przez tę instytucję z problemem zbiorowości i wielości zabezpieczeń w przypadku tego rodzaju finansowania;
 - 10) przyjęcie założenia, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje kredytodawcom, sprawiałoby, że w przypadku obrotu zabezpieczoną wierzytelnością za wierzytelnością podążałoby też zabezpieczenie (jego „część”), tym samym niejasny mógłby być krąg wierzycieli hipotecyjnych, co z kolei prowadziłyby do naruszenia zasady jawności praw rzeczowych. Przyjęcie założenia, iż zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora hipoteki/zastawu, znacznie ułatwia obrót zabezpieczonymi wierzytelnościami;
 - 11) teza o znajdowaniu się zabezpieczenia w majątku kredytodawców opierałaby się na tezie o „nieracjonalności” polskiego ustawodawcy. Należałoby założyć, że ustawodawca nowelizując przepisy u.k.w.h. i wprowadzając instytucję administratora hipoteki, wprowadził instytucję wspólnej hipoteki, choć w ani jednym przepisie do takiej instytucji wyraźnie nie odesłał, ani jej nie uregulował. Natomiast brzmienie uzasadnienia do nowelizacji zdaje się sugerować wniosek odwrotny, tj. że ustawodawca chciał, aby tytuł do zabezpieczenia przysługiwał administratorowi;
 - 12) twierdzenie, że tytuł do zabezpieczenia znajduje się w rękach kredytodawców, prowadzi do preferowania interesów poszczególnych wierzycieli. Natomiast instytucja administratora hipoteki/zastawu została wprowadzona na potrzeby zbiorowych finansowań, w których występuje grupa wierzycieli wspólnie zabezpieczonych. Tym samym, twierdzenie, że zabezpieczenie znajduje się w majątku administratora hipoteki/zastawu, lepiej realizuje ten cel, preferując interes kredytodawców jako grupy;
 - 13) jako że w publicznych rejestrach ujawniany jest głównie administrator hipoteki/zastawu, twierdzenie, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, lepiej chroni interesy osób trzecich;
 - 14) teza, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi hipoteki/zastawu, lepiej wkomponowuje się w praktykę eurorynku, ponieważ wzorcowym i najbardziej pożądanym rozwiązaniem proponowanym przez londyńskie LMA jest sytuacja, w której zabezpieczenia znajdują się w truście. Przyjęcie tezy, że zabezpieczenia

znajdują się w majątku administratora hipoteki/zastawu sprawia, że instytucja ta stanowi lepszy ekwiwalent instytucji trustu;

- 15) w przypadku trustu nie ma wątpliwości, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje trustee (zastępcy pośredniemu), a nie zabezpieczonym tym zabezpieczeniem wierzycielom. Rozwiązania anglosaskie natomiast, najprawdopodobniej, stanowiły wzór dla polskiej instytucji administratora hipoteki/zastawu (teza ta jest wykazywana również w rozdziale 4);
- 16) Konwencja Trustowa wyraźnie stanowi, że tytuł do majątku trustowego przysługuje trustee (teza z rozdziału 5 niniejszej pracy).

Odnosząc się do trzeciego celu rozprawy, jakim jest problem takiego ukształtowania transakcji kredytowania konsorcjalnego, aby najlepiej poradzić sobie z problemem separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego (sformułowanego co prawda w postaci pytania, a więc: w jaki sposób w przypadku kredytowania konsorcjalnego w polskim systemie prawnym najlepiej można poradzić sobie z problemem separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego?), postawiono następującą tezę główną, którą wykazano w rozdziale 3:

W polskim systemie prawnym obecnie najbardziej optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w przypadku kredytowania konsorcjalnego jest instytucja administratora zabezpieczeń. Jednakże jest to rozwiązanie niedoskonałe, nierozwiązujące tego problemu w sposób całościowy.

Teza ta została udowodniona na podstawie następujących tez cząstkowych i stwierdzeń:

- 1) utworzenie przez kredytodawców konsorcjum, nawet gdy w jego szeroko rozumianych ramach występują różnego rodzaju finansowania, sprawia, że przesłanka finansowania przez zabezpieczone wierzycieli tego samego przedsięwzięcia, o której mowa w art. 68² ust. 1 u.k.w.h., jest spełniona;
- 2) w przypadku instytucji solidarności wierzycieli nie mamy do czynienia z jedną wierzycielnością i współwierzycielami, a z jednym stosunkiem prawnym oraz wielością wierzycieli i wierzycieli w jego ramach;
- 3) instytucja solidarności wierzycieli nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej;
- 4) niedopuszczalne jest ukształtowanie świadczenia kredytobiorcy w przypadku kredytowania konsorcjalnego jako niepodzielnego;
- 5) strony postanowieniami umownymi, poza przypadkami solidarności oraz dopuszczalnymi sytuacjami niepodzielności świadczenia, nie mogą wyłączyć skutku z art. 379 § 1 k.c.;
- 6) kredytodawcy w ramach kredytowania konsorcjalnego zwykle nie zgodzą się na wspólną wierzycielność tylko po to, aby usprawnić zarządzanie zabezpieczeniami;
- 7) zabezpieczenie, jako pomocnicze i niemające w zasadzie samodzielne znaczenie, powinny dostosowywać się do potrzeb relacji kredytowej, a nie na odwrót;

- 8) klauzula długu równoległego jest czynnością prawną przysparzającą¹⁶¹²;
- 9) w polskim prawie obowiązuje zasada kauzalności czynności prawnych zobowiązujących;
- 10) zasada kauzalności zobowiązań nie ma charakteru bezwzględnego i strony, przy spełnieniu określonych przesłanek, mogą zasadę tę wyłączyć;
- 11) względne obowiązywanie zasady kauzalności czynności prawnych zobowiązujących powoduje, że abstrakcyjność długu równoległego nie powinna prowadzić do jego nieważności;
- 12) klauzulę długu równoległego, która miałaby służyć umożliwieniu przyznania agentowi zabezpieczeń Zabezpieczeń Rzeczowych, należy uznać za nieważną ze względu na obejście prawa;
- 13) klauzulę długu równoległego, która miałaby służyć przyznaniu agentowi zabezpieczeń Zabezpieczeń Osobistych, należałoby, co do zasady, uznać za ważną, jednak z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej nie dawałaby ona kredytodawcom żadnych dodatkowych korzyści;
- 14) kreowanie przez gwarancję lub weksel zabezpieczający abstrakcyjnego zobowiązania kredytobiorcy w stosunku do agenta zabezpieczeń, nie stanowi mniej dyskusyjnego sposobu radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej niż klauzula długu równoległego;
- 15) ze względu na duże skomplikowanie i znaczne koszty związane z takim ukształtowaniem transakcji, gwarancja wystawiona na zlecenie kredytobiorcy przez agenta zabezpieczeń na rzecz kredytodawców nie stanowi efektywnego sposobu rozwiązania problemu separacji podmiotowej;
- 16) utworzenie przez kredytodawców spółki cywilnej w przypadku kredytowania konsorcjalnego nie rozwiązuje problemu separacji podmiotowej, ze względu na niepożądane przez kredytodawców powstanie w takim przypadku wspólności łącznej;
- 17) instytucja administratora hipoteki i administratora zastawu w sposób najbardziej efektywny radzi sobie z problemem upadłości agenta zabezpieczeń.

Odnosząc się do czwartego celu rozprawy, jakim jest problem najbardziej optymalnego radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej, patrząc z punktu widzenia trzech analizowanych porządków prawnych (sformułowanego co prawda w postaci pytania, a więc: jaki, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w trzech analizowanych porządkach prawnych – polskim, holenderskim oraz systemie prawnym prowincji Ontario – jest najbardziej optymalny sposób radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej?) postawiono następującą tezę główną, którą wykazano w rozdziale 4:

¹⁶¹² Postawienie rzeczonej tezy dla wykazania tezy głównej było potrzebne, ponieważ problem abstrakcyjności i kauzalności zobowiązań odnosi się jedynie do czynności prawnych przysparzających.

optymalnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej, z punktu widzenia rozwiązań stosowanych w prawie polskim, holenderskim oraz prawie prowincji Ontario, jest instytucja trustu. Jednak ze względu na brak rzeczonoj instytucji w polskim systemie prawnym oraz jej swoistość dla systemów *common law*, nie wydaje się ona realnym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej w Polsce i należałoby postulować jedynie poprawienie instytucji administratora zabezpieczeń.

Teza taka została udowodniona na podstawie następujących tez cząstkowych i stwierżeń:

- 1) zarówno w polskim, holenderskim, jak i porządku prawnym prowincji Ontario wystąpią struktury kredytowania konsorcjalnego, w których kredytodawcom będzie zależeć, aby tytuł do zabezpieczeń został przyznany agentowi zabezpieczeń, jednak na rzecz kredytodawców;
- 2) w holenderskim porządku prawnym występują Zabezpieczenia Akcesoryjne i brak jest instytucji administratora zabezpieczeń;
- 3) w prawie holenderskim powstaje problem separacji podmiotowej;
- 4) w prawie holenderskim w celu radzenia sobie z problemem separacji podmiotowej stosuje się obecnie klauzulę długu równoległego, która jest stosunkowo prostym oraz uniwersalnym sposobem rozwiązania tego problemu;
- 5) rozwiązanie problemu separacji podmiotowej stosowane w Holandii, tj. klauzula długu równoległego, nie zawiera ograniczeń podmiotowych i przedmiotowych charakterystycznych dla polskiej instytucji administratora hipoteki lub zastawu, jednak taka klauzula, sama w sobie, nie radzi sobie z problemem upadłości agenta zabezpieczeń oraz istnieją pewne wątpliwości, czy jest ona skutecznym sposobem rozwiązania problemu separacji podmiotowej;
- 6) zabezpieczenia (*security interest*) w prowincji Ontario zostały ukształtowane jako Zabezpieczenia Nieakcesoryjne;
- 7) w literaturze prowincji Ontario brak jest rozważań dotyczących Akcesoryjności zabezpieczeń rządzących się prawem tej prowincji (*security interest*), co wynika z faktu, że, w przypadkach w których dochodzi do separacji podmiotowej wykorzystywana jest instytucja trustu;
- 8) trust umożliwia przyznanie tytułu prawnego (*legal title*) do zabezpieczeń agentowi zabezpieczeń (który przybierze formę trustee) oraz tytułu słusnościowego do nich (*equitable title*) kredytodawcom;
- 9) trustee stanowi w istocie odpowiednik agenta zabezpieczeń w formie zastępcy pośredniego;
- 10) brak jest ograniczeń przedmiotowych, jak i podmiotowych w odniesieniu do trustee;
- 11) znajdowanie się zabezpieczeń oraz przychodów z ich realizacji w truście sprawia, że, zasadniczo, są one niedostępne dla prywatnych wierzycieli agenta zabezpieczeń (trustee);

- 12) trust stanowi najlepsze rozwiązanie problemu separacji podmiotowej;
- 13) trust jest instytucją charakterystyczną dla systemów *common law*, tym samym jej wprowadzenie do polskiego porządku prawnego wymagałoby modyfikacji wielu podstawowych pojęć z zakresu m.in. prawa rzeczowego;
- 14) dużo prostszym niż wprowadzenie do polskiego porządku prawnego trustu i osiągającym podobne skutki rozwiązaniem byłoby poprawienie instytucji administratora zabezpieczeń.

Ze względu na powyższą tezę główną, z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej i w kontekście kredytowania konsorcjalnego, w odniesieniu do polskiej instytucji administratora zabezpieczeń¹⁶¹³ można postawić następujące tezy:

- a) instytucję administratora należałoby rozszerzyć na wszystkie zabezpieczenia;
- b) przy założeniu, że wszystkie zabezpieczenia należy uznać, co do zasady, za akcesoryjne z punktu widzenia płaszczyzny podmiotowej, w odniesieniu do instytucji administratora zabezpieczeń nie powinno być żadnych innych ograniczeń podmiotowych lub przedmiotowych;
- c) przyszła regulacja powinna wyraźnie stwierdzać, że tytuł do zabezpieczenia przysługuje administratorowi, a nie kredytodawcom;
- d) nabywca zabezpieczonej wierzytelności powinien z mocy prawa wstępować w stosunek prawny z administratorem, chyba że strony umowy przelewu wierzytelności postanowiły inaczej;
- e) skuteczność powoływania się na instytucję administratora w stosunku do osób trzecich powinna zależeć od ujawnienia faktu ustanowienia administratora;
- f) wraz z rozszerzeniem instytucji administratora na nowe zabezpieczenia powinien ulec rozszerzeniu zakres zastosowania art. 63 ust. 1 pkt 3 p.u., przy czym zastosowanie tego przepisu powinno być uzależnione od ujawnienia faktu ustanowienia administratora;
- g) w przypadku ujawnienia faktu ustanowienia administratora, ochronę jego majątku dotyczącego zabezpieczeń i wpływu z nich należałoby rozszerzyć także na przypadki egzekucji singularnej.

Odnosząc się do piątego celu rozprawy, jakim było zagadnienie najbardziej optymalnego poradzenia sobie z problemem separacji podmiotowej na skalę transgraniczną (sformułowanego co prawda w postaci pytania, a więc: w jaki sposób na skalę transgraniczną najlepiej poradzić sobie z problemem, że, co do zasady, w przypadku kredytowania konsorcjalnego zabezpieczenie oraz zabezpieczona wierzytelność powinny przysługiwać temu samemu podmiotowi?), postawiono następującą tezę główną, którą wykazano w rozdziale 5:

¹⁶¹³ Która obecnie w przypadku kredytowania konsorcjalnego występuje tylko w przypadku hipoteki (art. 68² u.k.w.h.) oraz zastawu rejestrowego (art. 4 u.z.r.).

Instytucja administratora zabezpieczeń wydaje się również optymalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej w odniesieniu do transgranicznych kredytowań konsorcjalnych, tym samym powinna zostać uregulowana w międzynarodowej konwencji lub co najmniej akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej harmonizację maksymalną.

Teza ta została udowodniona za pomocą następujących tez cząstkowych:

- 1) w przypadku transgranicznych kredytowań konsorcjalnych wierzytelności kredytodawców powinny rządzić się jednym i tym samym prawem, inaczej utrudnione byłoby spełnienie kluczowego wymogu dla tego typu transakcji, tj. aby występowały zasadniczo jednolite warunki kredytu;
- 2) kredytodawcy będą dokonywać wyboru jednego prawa w odniesieniu do zobowiązań kredytowych;
- 3) zabezpieczenia osobiste stanowią zobowiązania umowne, a zatem także w odniesieniu do nich zwykle możliwy będzie wybór prawa;
- 4) wybór prawa w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych nie będzie możliwy i będzie w ich przypadku występował obligatoryjny łącznik *situs rei*;
- 5) brak możliwości wyboru prawa w odniesieniu do zabezpieczeń rzeczowych oraz fakt, że kredytobiorcą będzie zwykle spółka-matka posiadająca spółki-córki mające siedzibę i majątek, który będzie stanowił przedmiot zabezpieczenia w innych państwach, wpłynę na skomplikowanie transakcji z punktu widzenia problemu separacji podmiotowej;
- 6) ze względu na różne rozwiązania problemu separacji podmiotowej w różnych porządkach prawnych, należałoby wprowadzić jedno, uniwersalne rozwiązanie tego problemu na skalę międzynarodową;
- 7) ze względu na niechęć systemów kontynentalnych odnośnie do wprowadzenia trustu do swoich porządków prawnych, *trust* nie stanowi potencjalnego, uniwersalnego rozwiązania problemu separacji podmiotowej;
- 8) instytucja obcego trustu również nie stanowi potencjalnego, uniwersalnego rozwiązania problemu separacji podmiotowej ze względu na brak ratyfikacji Konwencji Trustowej w większości porządków kontynentalnych oraz poważne wątpliwości czy, w przypadku jej ratyfikacji, konwencja ta rzeczywiście rozwiązałaby problem;
- 9) klauzula długu równoległego mogłaby stanowić rozwiązanie problemu separacji podmiotowej na skalę transgraniczną tylko w przypadkach, w których występowałyby odpowiednie powiązanie stanu faktycznego z porządkiem prawnym, w którym taką klauzulę uznaje się za ważną. W pozostałych przypadkach należałoby uznać ją za sprzeczną z porządkiem publicznym państwa *forum*;
- 10) najlepszym potencjalnym rozwiązaniem problemu separacji podmiotowej na skalę międzynarodową jest instytucja administratora zabezpieczeń, ze względu na jej

stosunkowo dużą elastyczność i tym samym możliwość objęcia jej potencjalną regulacją również instytucji trustu;

- 11) najlepszą formą potencjalnej regulacji instytucji administratora zabezpieczeń byłaby międzynarodowa konwencja, jednak ze względu na małą popularność i problemy z ratyfikacją tego typu instrumentów z zakresu prawa prywatnego, wystarczające na potrzeby rynku europejskiego byłoby uregulowanie tej instytucji w akcie prawa unijnego, np. dyrektywie przewidującej maksymalną harmonizację.

Na podstawie przedstawionych w zakończeniu rozważań, niniejszą rozprawę można podsumować jedną tezą „nadrzędną”: **należy ulepszyć instytucję administratora zabezpieczeń, co najmniej w odniesieniu do kredytowań konsorcjalnych i najlepiej uregulować ją międzynarodowo.** Dzięki temu mogłoby dojść do uproszczenia i ujednoczenia struktur występujących w przypadku tego rodzaju finansowania.

Bibliografia

Pierwotne źródła

Orzeczenia sądów polskich

1. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1967 r., III CZP 45/67, Legalis: 13120.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1969 r., III CRN 416/68, Legalis: 13906.
3. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1970 r., I PR 407/70, Legalis: 14961.
4. Uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 6 marca 1992 r., III CZP 141/91, OSN 1992, Nr 6, poz. 90.
5. Uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, Legalis: 28058.
6. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 1995 r., III CRN 70/94, Legalis: 29077.
7. Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis: 29265.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r., II CRN 123/94, Legalis: 29531.
9. Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis: 29265.
10. Uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 30 września 1996 r., III CZP 85/96, Legalis: 42623.
11. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 1997 r., I CKN 48/97, Legalis: 30834.
12. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1997 r., II CKN 139/97, Legalis: 31115.
13. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., I CKN 822/97, Legalis: 44064.
14. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., III CKN 599/98, Legalis: 48525.
15. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00, LEX: 41955.
16. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2001 r., IV CKN 354/00, Legalis: 81769.
17. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, LEX: 54937.
18. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Legalis: 65083.
19. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2004 r., V CK 427/03, Legalis: 69681.
20. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2004 r., I CK 114/04 Legalis: 75576.
21. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 2004 r., IV CK 589/03, Legalis: 77100.
22. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2004 r., V CK 198/04, LEX: 277881.
23. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2005 r., V CK 304/04, Legalis: 243359.
24. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08, Legalis: 265784.

25. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 145/09, Legalis: 288258.
26. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 155/09, Legalis: 288259.
27. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09, Legalis: 288261.
28. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2009 r., V CSK 184/09, Legalis: 254070.
29. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2010 r., IV CSK 328/09, Legalis: 350660.
30. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., II CSK 218/10, Legalis: 276045.
31. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2010 r., I CSK 114/10, LEX: 784305
32. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2011 r., V CSK 360/10, Legalis: 440139.
33. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 690/10, Legalis: 399538.
34. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2011 r., I CSK 788/10, LEX: 1101645
35. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., II CSK 396/12, LEX: 1324263.
36. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r., V CSK 475/12, Legalis: 877778
37. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2014 r., IV CSK 440/13, LEX: 1444460.
38. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, Legalis: 1180506.
39. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2015 r., III CSK 330/14, Legalis: 1263172.
40. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, Legalis: 1303686.
41. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2016 r., II CSK 815/14, Legalis: 1461019.
42. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2016 r., I ACa 724/15, Legalis: 1428337.
43. Postanowienie Sądu Najwyższego dnia 15 stycznia 2019 r., III CSK 182/18, Legalis: 1866017.

Orzeczenia sądów kanadyjskich

1. *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* 1986 CarswellAlta 442, [1986] 5 W.W.R. 531, [1986] A.W.L.D. 1239, 1 A.C.W.S. (3d) 160, 46 Alta. L.R. (2d) 111, 62 C.B.R. (N.S.) 205, 75 A.R. 333.
2. *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 SCR 537.
3. *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 SCR 166.
4. *Martino v. Fortress Real Capital Inc.*, 2017 ONSC 4790.

Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

1. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie Republika Federalna Niemiec przeciwko Parlamentowi Europejskiemu i Radzie Unii Europejskiej, C-380/03.

Ustawodawstwo Polski (chronologicznie)

1. Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe (Dz. U. z 2016 r. poz. 160).
2. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm.).
3. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 z późn. zm.).
4. Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2018 r. poz. 1916).
5. Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz. U. z 2018 r. poz. 2017).
6. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1876 z późn. zm.).
7. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1577 z późn. zm.).
8. Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz. U. z 2013 r. poz. 246).
9. Ustawa z dnia 18 września 2001 r. Kodeks morski (Dz. U. z 2018 r. poz. 2175 z późn. zm.).
10. Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 2344 z późn. zm.).
11. Ustawa z dnia 2 kwietnia 2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 891).
12. Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz. U. z 2018 r. poz. 1355 z późn. zm.).
13. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2017 r. poz. 1768 z późn. zm.).
14. Ustawa z dnia 26 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 131, poz. 1075).
15. Ustawa z dnia 26 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 131, poz. 1075).
16. Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 1792).
17. Ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz. U. z 2018 r. poz. 483).
18. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1934)
19. Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz. U. poz. 819).

Rozporządzenia/akty wykonawcze (polskie)

1. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 października 1997 r. w sprawie szczególnej organizacji i sposobu prowadzenia rejestru zastawów (Dz. U. Nr 134, poz. 892 z późn. zm.).
2. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2001 r. w sprawie prowadzenia ksiąg wieczystych i zbiorów dokumentów (Dz. U. Nr 102, poz. 1122 z późn. zm.).
3. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie zakładania i prowadzenia ksiąg wieczystych w systemie teleinformatycznym (Dz. U. poz. 312 z późn. zm.)

Ustawodawstwo obce

1. Bürgerliches Gesetzbuch (Niemiecki Kodeks Cywilny), 1896.
2. Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.
3. Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P-10.
4. Public Guardian and Trustee Act, R.S.O. 1990, c. P. 51.
5. Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23.
6. Burgerlijk Wetboek (Holenderski Kodeks Cywilny), NL 1992.
7. Civil Code of Quebec (Kodeks Cywilny prowincji Quebec), CCQ-1991.
8. Trust Beneficiaries Liability Act, 2004, S.O. 2004, c. 29, Sched. A.

Rozwiązania modelowe

1. Principles of European Contract Law (PECL).
2. Draft Common Frame of Reference (DCFR).
3. Model Law on Secured Transactions (MLST); [Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju opublikowane w 1994 r.], <http://www.ebrd.com/downloads/legal/secured/modellaw.pdf> [dostęp: 27.09.2019].
4. United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Secured Transactions*, UNCITRAL, Vienna 2007.

Dyrektywy Unii Europejskiej

1. Dyrektywa 2003/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich odnoszących się do reklamy i sponsorowania wyrobów tytoniowych (Dz. U. UE L z 2003 r. Nr 152, s. 16).
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy

2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz. Urz. UE L z 2009 r. Nr 267, s. 7 z późn. zm.).

Rozporządzenia Unii Europejskiej

1. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. Urz. UE L z 2008 r. Nr 177, str. 6).

Traktaty międzynarodowe

1. Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzona w Wiedniu 11.04.1980 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286)
2. Konwencja Haska w Sprawie Prawa Właściwego dla Trustów i ich Uznawalności z 1985 r.
3. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2).
4. Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).

Źródła wtórne

Glosy

1. Czech, Tomasz, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 października 2009 r., IV CSK 169/09*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 2.
2. Drapała, Przemysław, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 lutego 2000 r., II CKN 599/98*, Przegląd Sądowy 2002 nr 3.
3. Gołaczyński, Jacek, *Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00*, OSP 2001, nr 5.
4. Zoll, Fryderyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2000 r., III CKN 246/00*, OSP 2001, nr 2, poz. 26.

Monografie, opracowania książkowe, komentarze

1. Adamus, Rafał, *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
2. Bagińska, Lidia [w:] *Prawo wekslowe. Komentarz*, red. M. Czarnecki, L. Bagińska, C.H. Beck, Warszawa 2018.
3. Bar, Christian; Clive, Eric; Schulte-Nölke, Hans, *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Walter de Gruyter 2009.
4. Bączyk, Mirosław [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, C.H. Beck, Warszawa 2017.
5. Borysiak, Witold [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2018.

6. Capiga, Mirosława, *Finanse banków*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
7. Castel, Jean-Gabriel, *Canadian conflict of laws*, LexisNexis, Toronto 1997.
8. Cern, Grażyna, *Spółka celowa w praktyce notarialnej*, LEX, Warszawa 2017.
9. Chomiuk, Marcin [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Jara, C.H. Beck, Warszawa 2019.
10. Craig, Paul; de Burca, Grainne, *EU Law, text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford 2011.
11. Czachórski, Wojciech, *Czynności prawne przyczynowe i oderwane w polskim prawie cywilnym*, PWN, Warszawa 1952.
12. Czachórski, Wojciech, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1994.
13. Czech, Tomasz, *Konsorcjum kredytowe*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.
14. Czech, Tomasz, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2014.
15. Dańko-Roesler, Anna; Leśniak, Marek; Skory, Maciej; Sołtys, Bogusław (Komitet redakcyjny), *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Stowarzyszenie Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej, Wrocław 2018.
16. Douglas-Bowers, Devon; *One Bank to Rule Them All: The Bank For International Settlements*, Current Events 2018, nr 3.
17. Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece oraz przepisy związane. Komentarz*, red. I. Heropolitańska, C.H. Beck, Warszawa 2016.
18. Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka [w:] *Nieruchomość jako przedmiot obrotu i zabezpieczenia w Polsce: praktyczne aspekty stosowania prawa przy finansowaniu hipotecznym: praca zbiorowa*, red. A. Drewicz-Tułodziecka, Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego, Warszawa 2008
19. Dubis, Wojciech [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017.
20. Duggan, Anthony, Ziegel, S. Jacob, *Secured Transactions in Personal Property: Cases, Text and Materials*, Emond Montgomery, Toronto szóste wydanie 2013.
21. Ernt, Karolina; Rudnicki, Sebastian [w:] *Ustawa o obligacjach. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, C.H. Beck, Warszawa 2015.
22. Frąckowiak, Józef [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, C.H. Beck, Warszawa 2012.
23. Frąckowiak, Józef [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, C.H. Beck, Warszawa 2011.
24. Fuchs, Bernadetta; Rott-Pietrzyk, Ewa; Zachariasiewicz, Maciej; Zoll, Fryderyk [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, red. W. Popiołek, C.H. Beck, Warszawa 2013.

25. Gasiński, Łukasz [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, LEX, Warszawa 2012.
26. Gasiński, Łukasz [w:] *Prawo handlowe*, red. J. Okolski, M. Modrzejewska, LEX, Warszawa 2016.
27. Gillese, Eileen, *The law of trusts*, Irwin Law, Toronto 2014.
28. Gniewek, Edward, *Księgi wieczyste. Art. 1–58² KWU, Art. 626¹–626¹³ KPC. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
29. Gniewek, Edward, *Prawo rzeczowe*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
30. Gniewek, Edward [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa 2013.
31. Goldschmidt, Werner, *La norma de colision como base de la sistematica del derecho internacional privado*, Madrid 1935.
32. Gołaczyński, Jacek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017.
33. Gołaczyński, Jacek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa 2012.
34. Górecki, Jacek, *Osobiste zabezpieczenia wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
35. Górecki, Jacek [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018.
36. Górska, Katarzyna [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017.
37. Graziadei, Michele; Mattei, Ugo; Smith, Lionel, *Commercial trusts in European private law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
38. Gutowski, Maciej, *Nieważność czynności prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
39. Hayton, David J.; Matthews, Paul, Bernard, John; Mitchell, Charles, Christopher, James, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Lexis Nexis, London 2010.
40. Hayton, David J.; Matthews, Paul, Bernard, John; Mitchell, Charles, Christopher, James, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, LexisNexis, London 2016.
41. Heropolitańska, Izabela [w:] *Ustawa o księgach wieczystych hipotece. Komentarz*, red., I. Heropolitańska i in., C.H. Beck, Warszawa 2013.
42. Heropolitańska, Izabela, *Prawne zabezpieczenie zapłaty wierzytelności*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
43. Hughes, Martin, *Legal principles in banking ad structured finance*, Tottel, London 2006.
44. Jezioro, Julian [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017.

45. Karasek, Izabela, *Zabezpieczenie wierzytelności na zbiorze rzeczy lub praw o zmiennym składzie. Zagadnienia konstrukcyjne*, Zakamycze, Kraków 2004.
46. Katner, Wojciech [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, red. W. Katner, C.H. Beck, Kraków 2015.
47. Kędzierska-Cieślak, Alicja, *Komis (zagadnienia cywilnoprawne)*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973.
48. Kostecki, Sebastian [w:] *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2018.
49. Koziński, Mirosław; Dybiński, Jacek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 18, red. A. Szumański, C.H. Beck, Warszawa 2016.
50. Księżak, Paweł [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2018.
51. Kućka, Michał, *Administrator zabezpieczeń*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
52. Kurowski, Witold [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Habdas, M. Frasz, Wolters Kluwer, LEX 2018.
53. Lackoroński, Bogusław [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2018.
54. Leśniak, Marek, *Zastaw bez przeniesienia przedmiotu zastawu*, Zakamycze, Kraków 2004.
55. Longchamps de Berier, Roman, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, t. 1, Warszawa 1934.
56. Łętowska, Ewa [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, C.H. Beck, Warszawa 2013.
57. Machnikowski, Piotr [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017.
58. Machnikowski, Piotr [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa 2013.
59. Marciniak, Andrzej [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz. Art. 730–1088*, red. K. Piasecki, C.H. Beck, Warszawa 2015.
60. Mojak, Jan [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2018.
61. Mularski, Krzysztof [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, C.H. Beck, Warszawa 2019.
62. Muliński, Maciej, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz. Art. 730–1217*, red. J. Jankowski, C.H. Beck, Warszawa 2019.
63. Niezbecka, Elżbieta [w:] *Prawne zabezpieczenie wierzytelności bankowych*, red. E. Niezbecka, A. Jakubecki, J. Mojak, Zakamycze, Kraków 2000.

64. Pazdan, Maksymilian, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
65. Pisuliński, Jerzy, *Hipoteka kaucyjna*, Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Bankowego, Kraków 2002.
66. Pisuliński, Jerzy [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa 2012
67. Pisuliński, Jerzy; Przyborowski, Łukasz; Tracz, Grzegorz [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, C.H. Beck, Warszawa 2017.
68. Pitel, Stephen, *Private International Law in Common Law Canada: Cases, Text and Materials*, Emond, Toronto 2016.
69. Podleś, Marcin, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
70. Przyborowski, Łukasz, *Nadmierne zabezpieczenie kredytu*, Lexis Nexis, Warszawa 2012.
71. Pyziak-Szafnicka, Małgorzata [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, C.H. Beck, Warszawa 2013.
72. Pyziak-Szafnicka, Małgorzata, *Uznanie długu*, PWN, Warszawa 1996.
73. Radwański, Zbigniew [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, C.H. Beck, Warszawa 2008.
74. Radwański, Zbigniew, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
75. Radwański, Zbigniew; Olejniczak, Adam, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
76. Radwański, Zbigniew; Panowicz-Lipska, Janina, *Zobowiązania – część szczegółowa*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
77. Spyra, Marcin; Włodyka, Stanisław [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, C.H. Beck, Warszawa 2017.
78. Stec, Piotr, *Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Zakamycze, Kraków 2005.
79. Stecki, Leopold, *Konsorcjum*, TNOiK, Toruń 1997.
80. Swaczyna, Bartłomiej, *Hipoteka umowna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
81. Szadkowski, Karol [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, C.H. Beck, Warszawa 2018.
82. Szpunar, Adam, *Zabezpieczenie osobiste wierzycelności*, Wydawnictwo prawnicze Lex, Sopot 1997.
83. Thiele, Anna, Catharina, Francisca, Gregoria, *Collective security arrangements: a comparative study of Dutch, English and German law*, Kluwer Legal, Amsterdam 2003.

84. Tracz, Grzegorz; Zoll, Fryderyk, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie*, Zakamycze, Kraków 1996.
85. Trzaskowski, Roman, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005.
86. Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens-Georgia 1993.
87. Wilanowski, Dawid, *Podporządkowanie wierzytelności w polskim systemie prawnym. Wybrane zagadnienia konstrukcyjne*, cz. I, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2007, nr 10.
88. Wilanowski, Dawid, *Podporządkowanie wierzytelności w polskim systemie prawnym. Wybrane zagadnienia konstrukcyjne*, cz. II, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2007, nr 11.
89. Wiórek, Piotr, Marcin, *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005.
90. Włodarska, Karolina, *Blokada na rachunku papierów wartościowych jako sposób zabezpieczenia wierzytelności*, Zakamycze, Kraków 2005.
91. Zachariasiewicz, Maciej [w:] *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018.
92. Zagrobelny, Krzysztof [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, C.H. Beck, Warszawa 2017.
93. Zawada, Kazimierz, *Umowa przelewu wierzytelności*, Nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1990.
94. Zoll, Fryderyk, *Klauzule dokumentowe. Prawo dokumentów dłużnych ze szczególnym uwzględnieniem papierów wartościowych*, C. H. Beck, Warszawa 2001.
95. Zoll, Fryderyk, *Prawo cywilne w zarysie*, t. II, z. II., *Prawo rzeczowe*, Kraków 1947.

Artykuły

1. Adamus, Rafał, *Dług równoległy a dług układowy*, Monitor Prawa Bankowego 2015, nr 9.
2. Armour, John, *The Law and Economics Debate about Secured Lending: Lessons for European Lawmaking Part I: The Conceptual and Legal Framework*, European Company and Financial Law Review 2008, nr 5.
3. Bieranowski, Adam, *Dług gruntowy (uwagi na tle projektowanej regulacji)*, Rejent 2004, nr 10.
4. Bridge, Michael, *The Scope and Limits of Security Interests* [w:] *The Future of Secured Credit in Europe*, red. H. Eidenmuller, E.-M. Kieninger, De Gruyter, Berlin 2008.

5. Buxbaum, Hannah, *Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform*, *Articles by Maurer Faculty* 2003, nr 366.
6. Champagne, Claudia; Drapeau, Line, *Do Syndicated Loans Influence Systemic Risk? An Empirical Analysis of the Canadian Syndicated Loan Market*, *Review of Economics & Finance* 2015, nr 12.
7. Czech, Tomasz, *Funkcje agenta do spraw zabezpieczeń w konsorcjum kredytowym*, *Przeгляд Prawa Handlowego* 2007, nr 10.
8. Czech, Tomasz, *Ogólne zasady dotyczące zabezpieczeń wierzytelności w polskim prawie cywilnym*, *Monitor Prawa Bankowego* 2014, nr 6.
9. Czech, Tomasz, *Wymagalność zabezpieczonej wierzytelności jako przesłanka wykonania zabezpieczenia*, *Monitor Prawniczy* 2011, nr 23.
10. Czech, Tomasz, *Zabezpieczenie zastawem rejestrowym wielu wierzytelności. Część I*, *Przeгляд Sądowy* 2009, nr 7–8.
11. Czech, Tomasz; Stawecki, Tomasz, *Hipoteka na rzecz banków tworzących konsorcjum kredytowe*, *Przeгляд Sądowy* 2003, nr 4.
12. Czech, Tomasz; Stawecki, Tomasz, *Ułomny administrator hipoteki*, *Rzeczpospolita* 2009, nr 146.
13. Dąbrowski, Tomasz; Machała, Wojciech, *Pozycja prawna agenta do zabezpieczeń w stosunkach kredytowych*, *Monitor Prawniczy* 1998, nr 8.
14. Domański, Ludwik, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań w opracowaniu głównego referenta projektu prof. Romana Longchamps de Berier*, *Nowy Kodeks zobowiązań – dodatek do Gazety Sądowej Warszawskiej* 1934, nr 51.
15. Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka; Grzywacz, Andrzej; Soergel, Otto, *Kredytowanie konsorcjalne – problemy zabezpieczenia hipotecznego*, *Zeszyt Hipoteczny* 2001, nr 11.
16. Drewicz-Tułodziecka, Agnieszka; Widziewicz, Aleksandra, *Finansowanie konsorcjalne w Polsce z optymalnym wykorzystaniem hipoteki*, *Przeгляд Sądowy* 2003, nr 6.
17. Einsele, Daniel [w:] *The Future of Secured Credit in Europe*, red. Horst Eidenmuller, Eva-Maria Kieninger, *European Company and Financial Law Review*, Berlin 2008.
18. Frąckowiak, Józef, *Orzecznictwo i doktryna jako źródło prawa prywatnego*, *Przeгляд Prawa i Administracji* 2018, nr 112.
19. Frąckowiak, Józef, *Zastaw na akcjach*, *Rejent* 1995, nr 1.
20. Gniewek, Edward, *Akt notarialny ustanowienia hipoteki pod rządem znowelizowanej ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, *Rejent* 2011, nr 4.
21. Gniewek, Edward, *Nowelizacja ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, *Edukacja Prawnicza* 2011, nr 2.
22. Gniewek, Edward, *Współczesny model hipoteki – zasadnicze zręby konstrukcji*, *Monitor Prawniczy* 2011, nr 4.

23. Gołaczyński, Jacek, *Przewłaszczenie ruchomości na zabezpieczenie*, Rejent 1995, nr 1.
24. Gonet, Wojciech, *Kilka uwag o umowie konsorcjum kredytowego*, Prawo Bankowe 2005, nr 5.
25. Goździaszek, Łukasz, *Rodzaje zabezpieczeń finansowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2009, nr 2.
26. Gumiński, Przemysław, *Administrator hipoteki a konsorcja bankowe*, Przegląd Legislacyjny 2008, nr 3/4.
27. Gumiński, Przemysław, *Dług gruntowy*, cz. I, Nieruchomości 2008, nr 6.
28. Gurgul, Sebastian, *Instytucja „administratora hipoteki” i „administratora zastawu rejestrowego” w postępowaniu egzekucyjnym i upadłościowym*, Monitor Prawa Handlowego 2011, nr 1.
29. Jakubowski, Jerzy, *Wpływ zainteresowanych na właściwość prawa merytorycznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, Ruch Prawniczy 1967, nr 4.
30. Karasek, Izabela, *Granice dopuszczalności ustanawiania zabezpieczeń – nadmierność zabezpieczeń*, Transformacje Prawa Prywatnego 2003, nr 4.
31. Karasek, Izabela, *Kolizyjnoprawna problematyka nieposesoryjnych zabezpieczeń rzeczowych ustanowionych pod rządem praw obcych*, Transformacje Prawa Prywatnego 2006, nr 2.
32. Karasek-Wojciechowicz, Izabela, *Nadmierność zabezpieczenia hipotecznego*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 5.
33. Kershaw, David; Moorhead, Richard, *Consequential responsibility for client wrongs: Lehman Brothers and the regulation of the legal profession*, The Modern Law Review 2013, nr 1.
34. Klein, Alfred, *Istota solidarności biernej a stosunki prawne odpowiedzialności* [w:] *Studia z prawa zobowiązań*, red. Z. Radwański, PWN, Warszawa-Poznań 1979.
35. Kociucki, Lechosław, *Czy potrzebne jest pojęcie „adekwatnego” zabezpieczenia wierzytelności?* [w:] *Współczesne tendencje zabezpieczania wierzytelności*, red. T. Sokołowski, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2013.
36. Konik, Piotr, *Wielość zabezpieczeń – wybrane zagadnienia związane z zastawem rejestrowym i przewłaszczeniem na zabezpieczenie*, Prawo Bankowe 2003, nr 9.
37. Kućka, Michał, *Dług równoległy i jego zabezpieczenie* [w:] *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, red. M. Kućka, K. Pałka, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
38. Kućka, Michał, *Umowa powołująca administratora hipoteki. Zagadnienia wybrane*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 4.
39. Kuźmicka-Sulikowska, Joanna, *Administrator hipoteki. Wybrane zagadnienia na tle art. 68² ustawy o księgach wieczystych i hipotece*, Wrocławskie Studia Sądowe 2012, nr 2.

40. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Biruta, *Konstrukcja solidarności biernej w kodeksie cywilnym*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1974, nr XII.
41. Lipski, Jan, *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece z 23 września 2008 r.*, BAS 2009, nr 3.
42. Magnus, Ulrich, *Some Thoughts on Germany's Contribution to European and Comparative Law*, Bracton Law Journal 2006, nr 38.
43. Matthews, Paul, *The compatibility of the trust with the civil law notion of property* [w:] *The Worlds of the Trusts*, red. L. Smith, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
44. McCracken, Sheelagh, *The personal property security interest: Identifying some Essentials attributes*, Law in Context 2014, nr 30.
45. Meijers, Eduard, *De Trustee in en het burgerlijk recht*, Weekblad voor privatrecht, notaries-Ambt and Registratie 1927.
46. Merczyński, Bartosz; Trocki, Tomasz, *Niewypłacalność bilansowa poręczyciela*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 2.
47. Michalski, Marek, *Kilka uwag w sprawie zastawu finansowego*, Przegląd Prawa Handlowego, 2004, nr 12.
48. Mugarura, Norman, *The Law relating to syndicated loan agreements and its application in commercial practice*, Journal of Financial Regulation and Compliance 2016, nr 24.
49. Niedośpiał, Michał, *Autonomia woli w części ogólnej prawa cywilnego*, Państwo i Prawo 1984 nr 12.
50. Nowak-Far, Artur, *Rynek wewnętrzny i polityki Unii Europejskiej*, Sprawy Międzynarodowe 2007, nr 4.
51. Pisuliński, Jerzy, *Perspektywa bankowego prawa prywatnego*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 1.
52. Pisuliński, Jerzy, *Zabezpieczenia finansowe w systemie prawa cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego 2005, nr 6.
53. Pisuliński, Jerzy, *Zasada szczególności i akcesoryjności hipoteki po nowelizacji* [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010.
54. Pleysier, Andrew, John, Howard, *Why Is Dutch Law Not Hampered by a Numerus Clausus (Gesloten Systeem, Geslote Kategorie) of Real Rights*, Fundamina – a Journal of Legal History 1996, nr 2.
55. Raczyński, Aleksander, *Akcesoryjność praw zastawniczych na tle różnych przejawów zasady akcesoryjności w polskim prawie cywilnym* [w:] red. T. Sokołowski, *Współczesne tendencje zabezpieczenia wierzytelności*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2013.
56. Rogowski, Marcin, *Agresywne praktyki handlowe oraz ich implementacja do prawa polskiego*, Monitor Prawniczy 2008, nr 2.

57. Safjan, Marek, *Umowy związane z obrotem gospodarczym*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2.
58. Sobczyński, Dawid, *Novum w obrocie finansowym – ustawa o niektórych zabezpieczeniach finansowych*, Glosa 2004, nr 8.
59. Sobczyński, Dawid, *Ustawa o niektórych zabezpieczeniach finansowych na tle zastawu rejestrowego i przepisów prawa upadłościowego*, Glosa 2004, nr 11.
60. Stangret-Smoczyńska, Anna, *Charakter prawny zastawu finansowego*, Państwo i Prawo 2010, nr 1.
61. Stec, Piotr, *Konwencja Haska w sprawie prawa właściwego dla trustów i ich uznawalności*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2005, nr 3.
62. Stevens, Andrew J.M., *Accessoriness and Security over Land*, Edinburgh Law Review 2009, nr 13.
63. Szajkowski, Andrzej, *O metodzie badania prawa handlowego [w:] Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania*, red. J. Frąckowiak, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
64. Szczygieł, Marek, *Właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego jako ograniczenie zasady swobody umów*, Palestra 1997, nr 7–8.
65. Szegda, Łukasz, *Dochodzenie wierzytelności przez agenta zabezpieczeń w międzynarodowych transakcjach finansowych – przykłady orzecznictwa*, Monitor Prawa Bankowego 2012, nr 11.
66. Szlęzak, Andrzej, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych*, Rejent 1995, nr 2.
67. Szot, Dariusz, *Cesja konsorcjalnych wierzytelności hipotecznych*, Rejent 2014, nr 8.
68. Szpunar, Adam, *O zasadzie akcesoryjności poręczenia*, Palestra 1992, nr 11–12.
69. Tomczak, Tomasz, *Aksesoryjność zabezpieczeń w prawie polskim*, Rejent 2019, nr 3.
70. Tomczak, Tomasz, *Hipoteka polska a hypotheque prowincji Quebec. Porównanie z perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego*, Przegląd Prawa i Administracji 2018, nr 112.
71. Tomczak, Tomasz, *Potrzeba klauzuli długu równoległego w przypadku kredytowania konsorcjalnego. Praca porównawcza na tle prawa polskiego i holenderskiego*, Monitor Prawa Bankowego 2017, nr 5.
72. Tomczak, Tomasz, *Wspólność hipoteki*, Monitor Prawa Bankowego 2017, nr 1.
73. Tomczak, Tomasz, *Wykorzystanie powiernika zabezpieczeń albo trustu przy zabezpieczeniu kredytowania konsorcjalnego w prawie polskim i Ontario*, Monitor Prawa Bankowego 2019, nr 2.
74. Tracz, Grzegorz, *Aktualność generalnej reguły kauzalności czynności prawnych przysparzających*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1997, nr 3.

75. Trzebiński, Jarema, *Czynności powiernicze*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 2.
76. Uliasz, Roman, *Zastaw na akcjach zdematerializowanych dopuszczonych do obrotu publicznego*, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 3.
77. Veder, Michael, *Netherlands* [w:] *Cross-Border Security over Tangibles*, red. H. C. Sigman; E-M. Kieninger, European Law Publishers, Sellier 2007.
78. Vliet, Lars, *Mortgages on immovables in Dutch law in comparison to the German mortgage and land charge*, 2009 [w:] *Sicherungsrechte an immobilien in Europa*, red. M. Hinteregger & T. Boric, Maastricht University, Maastricht 2009 <https://pub.maastrichtuniversity.nl/89e25eaf-9658-40c1-a8ba-3fb5d46521e0> [dostęp: 24.09.2019]
79. Vliet, Lars, *The German Grundschuld*, *The Edinburgh Law Review*, 2012 nr 16.
80. Widerski, Paweł, *Sprzecznosc interesow pelnomocznika i mocodawcy w przypadku pelnomocnictwa do zabezpieczenia – glosa – III CSK 330/14*, *Monitor Prawniczy* 2017, nr 23.
81. Zaradkiewicz, Kamil, *Nowa regulacja prawa hipotecznego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2011, nr 1.
82. Zaradkiewicz, Kamil, *Numerus aparatus abstrakcyjnych czynności prawnych w prawie cywilnym?*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, nr 2.
83. Zdzieborski, Radosław, *Umowa o podporządkowanie wierzytelności w polskiej praktyce kontraktowej. Zagadnienia wybrane, cz. I*, *Monitor Prawniczy* 2003, nr 12.
84. Zdzieborski, Radosław, *Umowa o podporządkowanie wierzytelności w polskiej praktyce kontraktowej. Zagadnienia wybrane, cz. II*, *Monitor Prawniczy* 2003, nr 13.
85. Zdzieborski, Radosław, *Zastaw rejestrowy zabezpieczający wierzytelności z dłużnych papierów wartościowych*, *Monitor Prawniczy* 2004, nr 17.
86. Zhang, Ruiqiao, *A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property*, *Trusts & Trustees* 2015 nr 8.
87. Ziemnicka, Kinga, Kuzioła, Konrad, *Na czym polega istota umownego zarządu powierniczego i w jaki sposób zabezpieczyć interesy powierzającego?*, *Monitor Prawniczy* 2012, nr 23.

Linki

1. <https://www.skarbiec.pl/sloownik-inwestycyjny/pari-passu> [dostęp: 06.10.2018].
2. <http://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje> [dostęp: 31.10.2018].
3. http://money.cnn.com/2012/02/29/technology/apple_market_cap/index.htm [dostęp: 11.11.2018].
4. <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=1DF470F2-EA54-440F-A6ED-2E4B103DB704> [dostęp 16.01.2019].
5. <https://www.int-bar.org/conferences/conf417/binary/Istanbul%20Finacial%20Law%202012%20programme.pdf> [dostęp 16.01.2019].

6. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59 [dostęp 17.01.2019].
7. <https://www.refinitiv.com/en/financial-data/market-data/lpc-loan-pricing> [dostęp 02.02.2019].
8. <https://www.loanpricing.com/products/loanconnectordealscan/> [dostęp: 02.02.2019].
9. <https://www.pb.pl/koniunktura-sprzyja-branzy-obrotu-wierzitelnosciami-872470> [dostęp 02.02.2019].
10. <http://www.workservice.com/pl/Centrum-prasowe/Informacje-prasowe/Grupa-Work-Service/Work-Service-zakonczyl-z-sukcesem-proces-restrukturyzacji-zadluzenia> [dostęp: 08.02.2019].
11. <https://www.parkiet.com/Gospodarka---Swiat/310029882-Financial-Times-Paryz-pobrexicie-przejmie-role-City.html> [dostęp: 09.02.2019].

Inne

1. Armstrong, Jim, *The Syndicated Loan Market: Developments In the North American Context*, Bank of Canada Working Paper, Ottawa 2003.
2. Kułak, Paweł, *Analiza zastosowania, interpretacji i egzekwowalności umów kredytowych opartych na standardzie Loan Market Association w prawie polskim*, Białystok 2013, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/982/1/rozprawa_doktorska_Pawel%20Kulak.pdf [dostęp: 23.09.2019].
3. Loan Market Association, *Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions*, Loan Market Association, London 2013.

Publikacje z dyscypliny nauki prawne – prawo cywilne, które ukazały się w serii e-Monografie e-Wydawnictwa WPAE UW

Elwira Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach osobowych oraz rodzinnych*, Wrocław 2012

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/38826>

Aktualne zagadnienia prawa prywatnego, red. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wrocław 2012

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/39704>

Egzamin powinien mieć sens i być sprawiedliwy. O egzaminowaniu studentów prawa, kandydatów na aplikantów, aplikantów, doktorantów i innych prawników, red. Jacek Mazurkiewicz, Wrocław 2013

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/40555>

Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika, red. Jacek Mazurkiewicz, Wrocław 2013

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/41331>

Aleksandra Budniak-Rogała, *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 2015

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/64231>

Joanna Kuźmicka-Sulikowska, *Idea przedawnienia i jej realizacja w polskim kodeksie cywilnym*, Wrocław 2015

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/73284>

Piotr Marcin Wiórek, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników. Koncepcja odpowiedzialności przebijającej i nadużycia formy prawnej spółki w prawie niemieckim i polskim*, Wrocław 2016

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/79599>

Renta w prawie polskim, red. Monika Drela, Wrocław 2016

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/79948>

Jacek Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/80223>

Bogusław Sołtys, *Formy organizacyjnoprawne świadczenia usług prawniczych i ich ograniczenia w prawie polskim*, Wrocław 2017

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/84638>

Tendencje prawa materialnego i procesowego cywilnego, red. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wrocław 2017

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/87597>

Postępowanie cywilne jako procesowa gwarancja praw chronionych konstytucyjnie, red. Izabella Gil i Elwira Marszałkowska-Krześ, Wrocław 2018

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/95320>

Jakub Szynek, *Zabezpieczenie dowodów w postępowaniu cywilnym w sprawach o naruszenie praw autorskich*, Wrocław 2018

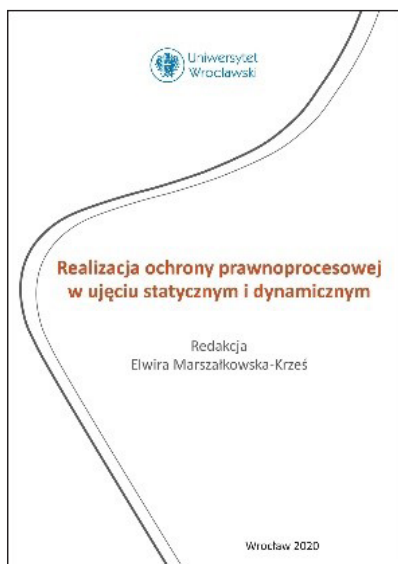
Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/98947>

Aktualne problemy prawa materialnego i procesowego cywilnego, red. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wrocław 2019

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/102870>

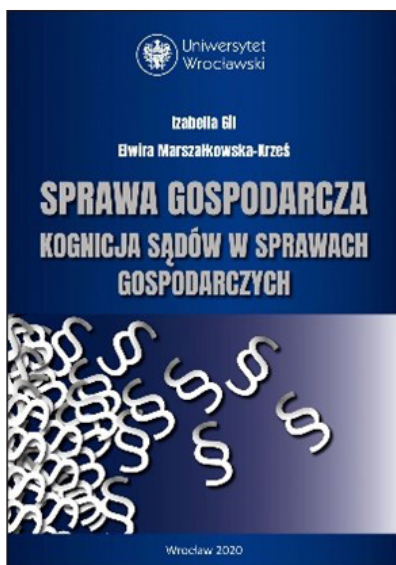
Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa i Doktora Jerzego Strzebinczyka, red. Julian Jezioro i Krzysztof Zagrobelny, Wrocław 2019

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/102935>



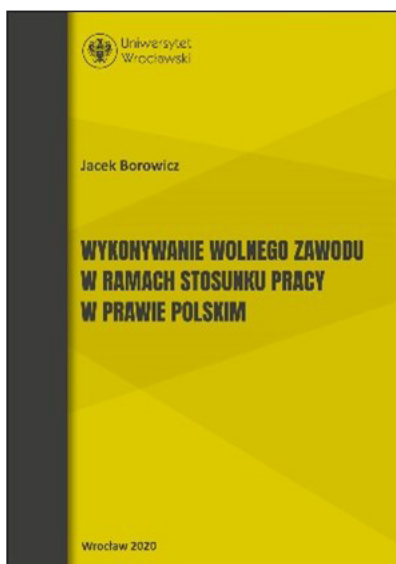
Realizacja ochrony prawnoprocesowej w ujęciu statycznym i dynamicznym, red. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wrocław 2020

Dostęp online: <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/117217>



Izabella Gil, Elwira Marszałkowska-Krześ, *Sprawa gospodarcza. Kognicja sądów w sprawach gospodarczych*, Wrocław 2020

Dostęp online: <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/118244>



Jacek Borowicz, *Wykonywanie wolnego zawodu w ramach stosunku pracy w prawie polskim*, Wrocław 2020

Dostęp online: <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/118970>

Dzięki podjęciu się opracowania tego niezwykle trudnego problemu praca ucieka od potencjalnego zarzutu o zbyt praktycznym jej charakterze, ponieważ dotyczy kwestii wybitnie teoretycznych – rozumienia pojęcia akcesoryjności przy zabezpieczeniach i „rozszczepialności” zabezpieczanych wierzytelności i zabezpieczeń oraz tego, na czyją rzecz zabezpieczenia są ustanawiane. Pozwala to uznać, że przez dokonany wybór tematu pogodzone w jednej pracy ważne rozważania teoretyczne z potencjalną praktyczną aplikowalnością rezultatów przeprowadzonych badań. [...]

Najważniejsza zaleta pracy to odwaga stawiania i dobrego uzasadniania nowatorskich, ważnych tez. Zdecydowanie uważam, że rolą badań doktorskich jest wytyczanie nowych horyzontów badawczych, stawianie nowych, nawet bardzo daleko idących tez. Bez nich nie ma szans na rozwój nauki, [...]. Z tej perspektywy recenzowana praca jest wzorowa.

Z recenzji prof. dr. hab. Konrada Osajdy, LL.M., UW

[...] układ pracy jest przemyślany i pozwala na uwzględnienie wszystkich istotnych dla jej tematu zagadnień. [...]

Na wysoką ocenę zasługuje rozdział prawnoporównawczy. Należy przede wszystkim podkreślić rzadko spotykany umiar i świadomość własnych ograniczeń w tym zakresie ze strony autora. Dzięki temu zawarte w pracy uwagi komparatystyczne nie są często spotykanym w piśmiennictwie popisem rzekomej erudycji, a stanowią adekwatne tło dla ustaleń poczynionych na tle prawa polskiego.

Z recenzji dr. hab. Bartłomieja Swaczyny, UJ

ISBN 978-83-66601-32-1 (druk)

ISBN 978-83-66601-33-8 (online)