

Magdalena Kalasińska

Akademia Ekonomiczna we Wrocławiu

PRAWNE I PODATKOWE BARIERY ROZWOJU SEKURYTYZACJI WIERZYTELNOŚCI BANKOWYCH W POLSCE

1. Wstęp

Na polskim rynku przeprowadzono już pierwsze procesy sekurytyzacji, dotyczyły one jednak wyłącznie należności przedsiębiorstw, a nie aktywów bankowych. W związku z takim stanem rzeczy problemy ograniczające rozwój sekurytyzacji w sektorze bankowym nie zostały do tej pory odpowiednio zidentyfikowane. Związek Banków Polskich od kilku lat intensywnie pracuje nad identyfikacją kluczowych barier rozwoju sekurytyzacji w sektorze bankowym oraz nad stworzeniem odpowiednich regulacji prawnych, które umożliwiłyby stosowanie sekurytyzacji wobec aktywów polskich banków. Wśród dotychczas zidentyfikowanych problemów znalazły się m.in.:

- brak ustosunkowania się organów nadzorczych do sekurytyzacji,
- duże koszty związane ze zorganizowaniem i przeprowadzeniem procesu sekurytyzacji,
- brak przyzwyczajenia inwestorów do uwzględniania ratingu w decyzjach inwestycyjnych,
- brak wyspecjalizowanych podmiotów, które zajmowałyby się kompleksową obsługą sekurytyzacji [Pielasa, Świerkocki 2000],
- kwestia zachowania tajemnicy bankowej,
- brak odpowiedniego zaplecza technicznego i oprogramowania, które w zdecydowanym stopniu usprawniłoby przebieg procesu sekurytyzacji.

Głównym problemem wydaje się jednak brak odpowiednich regulacji prawnych i podatkowych, które pozwoliłyby na wykorzystanie w pełni możliwości, jakie niesie ze sobą sekurytyzacja. Zagadnienia wymagające dalszych analiz prawnych i zmian w przepisach to [Meluch 2005]: brak równości traktowania SPV w zależności od

formy i ustawy, przepisy dotyczące funduszy sekurytyzacyjnych, przepisy dotyczące podmiotu emisyjnego, przepisy dotyczące banku – aranzera.

2. Uwarunkowania prawne

Biorąc pod uwagę uwarunkowania prawne, można wskazać kilka problemów, które powstrzymują rozwój sekurytyzacji w polskich bankach, są to m.in.: transfer aktywów w procesie sekurytyzacji, prawo upadłościowe, tajemnica bankowa, zabezpieczenie roszczeń, forma prawna SPV.

Transfer aktywów w procesie sekurytyzacji. W przypadku sekurytyzacji możliwe są dwie formy transferu aktywów: transfer pełny, czyli cesja wierzytelności lub odnowienie (nowacja), transfer niepełny, czyli subpartycypacja¹.

W polskich warunkach najbardziej odpowiednim sposobem transferu aktywów bankowych do SPV jest cesja². Zgodnie z artykułem 509 k.c., wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią, chyba że byłoby to sprzeczne z ustawą, zastrzeżeniem umownym albo właściwością zobowiązania³. W przypadku sekurytyzacji wierzytelności bankowych należy zatem zwrócić uwagę, czy tego rodzaju zapisy nie znajdują się w standardowej dokumentacji banku, stanowią one bowiem ograniczenie takiego sposobu transferu aktywów i przelew nie może się wówczas odbyć bez zgody dłużnika.

Nowacja (art. 506 k.c.) to zastąpienie istniejących już umów zobowiązaniowych nowymi umowami między SPV a dłużnikiem (SPV zastępuje bank). Jest to teoretycznie metoda najprostsza, ale najbardziej uciążliwa i skomplikowana technicznie. Wymaga ona bowiem każdorazowego odnawiania umowy ze wszystkimi dłużnikami, a także powtórnego ustalania zabezpieczeń sekurytyzowanych wierzytelności⁴.

Subpartycypacja to konstrukcja, w której SPV jest zobligowane do złożenia (w banku inicjującym proces sekurytyzacji) depozytu równego wartości nominalnej części przejmowanych aktywów. Bank jest zobowiązany do zwrotu depozytu z chwilą otrzymania płatności od dłużników z tytułu wierzytelności⁵. Depozyt, o którym mowa, stanowią w myśl polskich przepisów środki przejęte przez bank i podle-

¹ W przypadku sekurytyzacji aktywów bankowych obowiązują przepisy Prawa bankowego regulujące umowę kaucji.

² Jest to opinia zespołu do spraw sekurytyzacji, który został utworzony w 2001 r. przy Związku Banków Polskich.

³ Wiąże się to z zakazem przenoszenia wierzytelności z czynów niedozwolonych czy prawa pierwokupu bądź prawa do wynagrodzenia (ustawa), prawa do alimentacji (właściwość zobowiązania), bądź też wierzytelności, co do których w umowie między wierzycielem a dłużnikiem istnieje zastrzeżenie o zakazie ich przenoszenia.

⁴ Artykuł 507 k.c. mówi bowiem, że jeżeli wierzytelności były zabezpieczone poręczeniem lub ograniczonym prawem rzeczowym to wygasają one z chwilą odnowienia, chyba że poręczyciel lub osoba trzecia wyrazi zgodę na dalsze trwanie zabezpieczenia.

⁵ Zwrot następuje zatem po rozliczeniu całej transakcji.

gające zwrotowi, a zatem bank jest zobligowany do utworzenia od tego depozytu rezerwy obowiązkowej. Stanowi to oczywiście dodatkowy koszt sekurytyzacji, ją samą zaś czyni wątpliwą z punktu widzenia ekonomicznego. Wątpliwe jest także, czy w przypadku upadłości banku inicjującego sekurytyzację umowa partycypacji miałaby w Polsce moc izolującą takie aktywa z masy upadłościowej [Zombirt 2002]. Kwestią dyskusyjną jest także oprocentowanie depozytu. Wydaje się, że na potrzeby sekurytyzacji powinna być zastosowana stopa procentowa, według której są oprocentowane wierzytelności.

Prawo upadłościowe. W procesie sekurytyzacji może ono dotyczyć zarówno inicjatora (banku), jak i SPV. Konieczne jest zatem wprowadzenie przepisów, które chroniłyby inwestorów przed upadłością SPV. Niezbędny staje się przepis, który wyraźnie oddzieli aktywa nabyte przez SPV od reszty jej majątku i podkreśli, iż aktywa będące w posiadaniu SPV nie wchodzą do masy upadłościowej sprzedającego je inicjatora. Obecnie polskie przepisy umożliwiają dowolność interpretacyjną.

Kolejnym problemem jest przepis w prawie upadłościowym, który mówi, iż syndyk może wypowiedzieć umowę wzajemną w sytuacji, gdy nie jest ona jeszcze wykonana. Powstaje więc problem związany z określeniem, kiedy umowę wzajemną można uznać za wykonaną. W polskich warunkach kwestia ta nie jest do końca rozwiązana [Siemiątkowski 1998].

Tajemnica bankowa. Na podstawie przepisów ustawy Prawo bankowe bank jest zobowiązany do zachowania tajemnicy bankowej: „z wyjątkiem wiadomości, bez ujawnienia których nie jest możliwe należyte wykonanie zawartej przez bank umowy”. W przypadku przeniesienia na SPV praw do aktywów opartych na umowie z dłużnikiem może dojść do kolizji z przepisami umowy kredytowej. Konieczne jest zatem uszczegółowienie przepisów lub też uzyskanie jednoznacznego stanowiska nadzoru bankowego w tej kwestii.

Zabezpieczenie roszczeń. Interesujący wydaje się aspekt związany z przenoszeniem zabezpieczenia wierzytelności podlegających sekurytyzacji. W procesie sekurytyzacji są stosowane następujące rodzaje zabezpieczeń: hipoteka zwykła (aby przeniesienie było skuteczne, konieczny jest wpis do księgi wieczystej; przy przeniesieniu wierzytelności na SPV należy także przenieść hipotekę na SPV), przewłaszczenie na zabezpieczenie, zastaw rejestrowy, który wymaga przeniesienia wraz z wierzytelnością także zastawu, który musi być wpisany w centralny rejestr zastawów. Zmiana wpisu w rejestrze zastawów jest obciążona opłatą. Odnośnie do zabezpieczenia roszczeń należy zatem [Zombirt 2002]: dopracować definicję i interpretację zestawu rejestrowego, doprecyzować możliwość tworzenia wielu zastawów przez SPV, realizującą kilka procesów sekurytyzacji, czy też przeniesienia wierzytelności zabezpieczonej zastawem na SPV utworzoną za granicą, doprecyzować kwestię przewłaszczenia na zabezpieczenie z zachowaniem prawa do zabezpieczenia przez SPV nabywającą aktywa tak zabezpieczone, usprawnić kwestie wnoszenia

zmian w rejestrze zastawów czy księgach wieczystych, które obecnie są niezwykle czasochłonne.

Forma prawna SPV. Dyskusyjna jest forma prawna, w jakiej może występować SPV. W różnych państwach problem ten rozwiązano rozmaicie [Raczkowska 2001]. W Niemczech przyjmuje ona formę spółki lub fundacji, we Francji stworzono szczególny rodzaj podmiotu wyłącznie na potrzeby sekurytyzacji, w Anglii SPV ma w większości formę trustu o celach prywatnych. W Polsce prawo dopuszcza wyłącznie spółki kapitałowe lub fundusze sekurytyzacyjne, dopuszczalnymi formami prawnymi SPV są: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółka akcyjna. Oba rodzaje spółek mogą być wykorzystane na potrzeby procesu sekurytyzacji [Adamiec 2000].

Trzeba zauważyć, iż fundusz sekurytyzacyjny czy spółka kapitałowa nie są traktowane równorzędnie. Na przykład fundusz sekurytyzacyjny jest bardziej regulowany i nadzorowany (KPWiG). Nie zawsze przekłada się to na bardziej korzystną pozycję funduszu względem podmiotu emisyjnego. W przypadku podmiotu emisyjnego nie jest możliwa ingerencja organów nadzoru [Materiały szkoleniowe... 2006]. Poza tym ustawa o funduszach inwestycyjnych wprowadza uprzywilejowanie funduszu sekurytyzacyjnego w przypadku hipoteki przymusowej wobec podmiotu emisyjnego. Oznacza to utrzymanie pozycji hipoteki ustanowionej dla banku na zabezpieczenie danej wierzytelności, będącej przedmiotem sekurytyzacji, przez fundusz sekurytyzacyjny.

Nie ma ograniczeń dla podmiotów emisyjnych dotyczących wymogu uzyskiwania zgody dłużników na dokonanie przelewu wierzytelności na SPV. Taki wymóg występuje w przypadku SPV w formie funduszu sekurytyzacyjnego. Przelew wierzytelności banku na towarzystwo funduszy inwestycyjnych tworzących fundusz sekurytyzacyjny albo na fundusz sekurytyzacyjny wymaga uzyskania przez bank szczególnej zgody dłużnika na przelew jego wierzytelności hipotecznej na rzecz funduszu oraz oświadczenia o poddaniu się egzekucji na rzecz funduszu (art. 92c Prawa bankowego)⁶.

3. Aspekty podatkowe

W procesie sekurytyzacji aktywów kwestie opodatkowania są szczególnie ważne, gdyż mają one duże znaczenie przy ocenie efektywności planowanego procesu sekurytyzacji. Odpowiednie rozeznanie w kosztach i konsekwencjach podatkowych ma kluczowe znaczenie przy podejmowaniu decyzji dotyczących angażowania się danego podmiotu w tego typu działania, a także przy wyborze sposobu planowania struktury oraz obciążeń i kosztów [Lipka 1999]. Polskie prawo podatkowe nie za-

⁶ Wnioski z seminarium pt. *Kształtowanie i analiza portfela kredytów hipotecznych w procesie udzielania, zarządzania ryzykiem i sekurytyzacji*, Związek Banków Polskich, Warszawa 7.02.2006.

wiera jednak przepisów odnoszących się bezpośrednio do sekurytyzacji. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest konieczność indywidualnej oceny implikacji podatkowych każdej struktury finansowania. Do rozwiązania pozostają zatem problemy opłaty skarbowej, podatku dochodowego, podatku obrotowego.

Opłata skarbową. Sprzedaż aktywów wiąże się zazwyczaj z obowiązkiem opłaty skarbowej w wysokości 2% wartości transakcji. Wyjątkiem jest sprzedaż dokonywana przez instytucje finansowe, dotycząca posiadanych przez nie aktywów o charakterze bankowym, a więc również kredytów. Wyjątek ten mógłby mieć potencjalnie duże zastosowanie w procesie sekurytyzacji. W przeciwnym razie opłacalność sekurytyzacji wydatnie się zmniejszy [Kosiński 1997]. Opłacie skarbowej podlega także wystawienie weksla, jeżeli SPV emituje papiery wartościowe na podstawie prawa wekslowego. Opłata wynosi wówczas 0,1% sumy wekslowej [Adamiec 2000].

Podatek dochodowy. Inną kwestią jest zminimalizowanie obciążeń wynikających z podatku dochodowego od osób prawnych w stosunku do należności wypłacanych na rzecz SPV. Podmiot zbywający wierzytelności na rzecz SPV nie powinien ponosić dodatkowych strat w związku z sekurytyzacją. Szczególnie w razie sprzedaży praw na rzecz SPV może powstać obowiązek uiszczenia podatku dochodowego od zrealizowanego dochodu podatkowego [Wronka 2006].

Kolejny problem wiąże się z wypłatą odsetek od emitowanych przez SPV papierów dłużnych na rzecz osoby mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę za granicą. Należy się liczyć z możliwością powstania obowiązku uiszczenia zryczałtowanego 20% podatku dochodowego od wypłaconych odsetek, jeśli umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania nie stanowi inaczej [Adamiec 2000].

Splacając swoje zobowiązania, dłużnicy zaliczają odsetki do kosztów uzyskania przychodów. SPV z kolei powinna uznać te odsetki za przychód w sensie podatkowym, co rodzi obowiązek podatkowy. Przychód stanowi także każda spłata kapitału powyżej ceny zakupu od inicjatora. Skoro zatem SPV odgrywa jedynie rolę pośrednika, każde jej opodatkowanie zmniejsza efektywność sekurytyzacji.

Z punktu widzenia bilansu transfer aktywów nie tylko powoduje zmianę pozycji bilansowej inicjatora, ale także pociąga konieczność rozpoznania przychodu (cena sprzedaży aktywów) i kosztów jego uzyskania (cena nabycia aktywów lub powstania należności). W zależności od ich wzajemnej relacji inicjator jest zobowiązany do zapłaty podatku dochodowego albo do obniżenia podstawy opodatkowania o różnicę między kosztami a przychodami. Dążyć powinno się zatem do zaprojektowania takiej struktury sekurytyzacji, która mogłaby zrównoważyć uzyskiwane przez SPV przychody z ponoszonymi kosztami, a tym samym zredukować obciążenia podatkowe.

Możliwa jest też taka konstrukcja sekurytyzacji, w której wyłączeniu bilansowemu nie będzie towarzyszyć rozpoznanie przychodów ani kosztów podatkowych, cała zaś transakcja będzie postrzegana przez urzędników podatkowych jako zaciągnięcie zobowiązania [Kosiński 1997].

Rozwiązanie kwestii podatkowych związanych z ujęciem rachunkowym sekurytyzacji jest niezwykle istotne. W sytuacji bowiem, gdy margines zysku jest stosunkowo nieduży, niekorzystne opodatkowanie może doprowadzić do całkowitego spożycia zysku na różnego rodzaju ciężary fiskalne.

Podatek obrotowy. Działalność niektórych z podmiotów uczestniczących w sekurytyzacji (np. doradztwo) jest obłożona podatkiem od towarów i usług (VAT). Ma to szczególne znaczenie w przypadku, gdy z usług takich podmiotów korzysta instytucja finansowa. W związku z tym, że instytucje te są zwolnione z podatku VAT, nie mają one możliwości odzyskania naliczonego podatku VAT. Istotną kwestią jest zatem ustalenie, czy SPV powinna być podatnikiem VAT, a jeśli tak, to w jakim zakresie.

4. Podsumowanie

Problemów związanych z wykorzystywaniem sekurytyzacji przez polskie podmioty gospodarcze, szczególnie banki, jest – jak łatwo zauważyć – wiele. Główną zapewne przyczyną takiego stanu rzeczy jest to, iż jest to instrument stosunkowo nowy na polskim rynku i dlatego brakuje jeszcze pewnych mechanizmów oraz uregulowań prawnych, podatkowych i księgowych dotyczących tego procesu. Obok wymienionych już problemów związanych z rozwojem sekurytyzacji w Polsce można wskazać jeszcze inne bariery, a mianowicie: bariery księgowe, kwestie związane z agencją ratingową i przeprowadzaną przez nią oceną ratingową, aspekty informacyjne, kwestie związane z ubezpieczeniem tytułu własności (*title insurance*), jak również zagadnienia związane z funkcją serwisera, czyli rolą banku jako usługodawcy na rzecz SPV przy monitorowaniu spłat portfela kredytowego.

Dla swobodnego wykorzystania sekurytyzacji aktywów w sektorze bankowym konieczne jest zatem wypracowanie pewnych rozstrzygnięć prawnych, podatkowych i księgowych, które nie tylko umożliwią przeprowadzenie tego procesu w warunkach polskich, ale przede wszystkim uczynią go na tyle atrakcyjnym dla banków, iż będą go one wykorzystywać bez obawy poniesienia wysokich, nieprzewidzianych kosztów.

Literatura

- Adamiec P., *Sekurytyzacja – pozabilansowe źródło pozyskania kapitału: nowe aspekty prawne, podatkowe, księgowe i finansowe transakcji sekurytyzacyjnych*, Eurofinance, Warszawa 2000.
- Kołączyk A., *Rachunkowość w procesie sekurytyzacji*, Materiały szkoleniowe Związku Banków Polskich, listopad 2005.
- Kosiński A., *Sekurytyzacja aktywów*, Biblioteka Menedżera i Bankowca, Warszawa 1997.
- Lipka K., *Sekurytyzacja a podatki*, [w:] *Perspektywy rozwoju sekurytyzacji w Polsce*, Materiały konferencyjne WiB MSBiF, Warszawa 1999.

- Materiały szkoleniowe Związku Banków Polskich, *Kształtowanie i analiza portfela kredytów hipotecznych w procesie udzielania, zarządzania ryzykiem i sekurytyzacji*, Warszawa 2006.
- Meluch B., *Seminarium Refinansowanie kredytów hipotecznych*, „Finansowanie Nieruchomości” 2005, nr 3.
- Pielasa M., Świerkocki J., *Tańsze finansowanie*, „Magazyn Finansowy”, lipiec 2000.
- Raczkowska I.A., *Sekurytyzacja wierzytelności bankowych*, Konieczny i Kruszewski, Warszawa 2001.
- Refinansowanie kredytów hipotecznych*, seminarium zorganizowane przez Związek Banków Polskich, Materiały seminaryjne, Warszawa, 22-23 czerwca, 2005.
- Siemiątkowski A., *Sekurytyzacja a przenoszenie wierzytelności i prawne aspekty tworzenia SPV*, [w:] *Perspektywy rozwoju sekurytyzacji w Polsce*, Materiały konferencyjne WiB oraz MSBiF, Warszawa 1998.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Prawo bankowe* (DzU 2002, nr 72, poz. 665 i nowelizacja DzU 2004, nr 91, poz. 870).
- Wronka M., *Wybrane problemy podatkowe restrukturyzacji portfela wierzytelności*, Materiały szkoleniowe Związku Banków Polskich, listopad 2005.
- Zombirt J., *Sekurytyzacja w świetle bankowych regulacji europejskich*, SGH, Warszawa 2002.

BARRIERS OF DEVELOPMENT SECURITIZATION IN POLISH BANKS

Summary

The development of securitization on polish market is no so dynamic as it is possible to expect. The main problem is probably information barrier. It turns out, that many enterprises isn't aware from capability of conducting of securitization. The basic barrier of spread of securitization seems on lack of proper legal regulation, which would facilitate adaptation of this method on polish market, in bank sector particularly. Polish market and particularly banks should regulate, with reference to securitization, such topics like tax, account, transfer of debt, activity of financial institution and turn valuable papers.

The paper presents the major problems with securitization on polish market. Particular push has been put on securitization in polish banks and problems related with its preparation and conducting in polish condition.