

Ekspertyza oraz Stanowisko
Fundacji na Rzecz Kredytu Hipotecznego

wobec:

“Mortgages in transition economies. The legal framework for mortgages and mortgage securities (January 2008)”

Raport European Bank for Reconstruction and Development

Warszawa, 1 sierpnia 2008 r.

Ekspertyza oraz Stanowisko Fundacji na Rzecz Kredytu Hipotecznego wobec:

“Mortgages in transition economies. The legal framework for mortgages and mortgage securities (January 2008)”

Raport European Bank for Reconstruction and Development

(zwany dalej Raportem);

raport dostępny na <http://www.ebrd.com/pubs/legal/mit.htm>.

Charakter, cel, adresaci stanowiska Fundacji

Ekspertyza – dotyczy raportu jako pracy badawczej oraz jej wyniku w postaci tabel porównawczych, zawiera:

- ocenę spójności metodologii;
- ocenę, czy zastosowane techniki porównawcze są adekwatne do badanej materii;
- ocenę, czy ocena/ rating jakości poszczególnych systemów prawnych przystaje do bazy zebranych informacji merytorycznych i doboru ich źródeł;
- ocena wyników porównań międzynarodowych, matrycy pytań oraz rekomendacji reform wyrażonych przez EBRF w raporcie.

Warszawa, 1 sierpnia 2008 r.

Załączniki:

- 1. Stanowisko Okrągłego stołu vdp do Raportu EBRD**
- 2. Projekt Rekomendacji KE odnośnie procedur wyceny, egzekucji i rejestrowania gruntów w krajach UE i uwagi Fundacji**

Treść stanowiska:

I. OGÓLNA OCENA I ZAWARTOŚĆ RAPORTU EBRD W KONFRONTACJI Z WYRAŻONYMI PRZEZ AUTORÓW INTENCJAMI.....	6
1) CENNE STUDIUM BADAWCZE, INNOWACYJNE PODEJŚCIE.....	6
2) RAPORT EBRD NIE ZAKŁADA KOMPLEKSOWOŚCI I PRZYSTAWALNOŚCI DO SPECYFIKI RYNKÓW.....	6
3) PROBLEM ZE ZDEFINIOWANIEM SYSTEMU REFERENCYJNEGO.....	7
4) REKOMENDACJE EBRD OPARTE NA DOŚWIADCZENIACH AMERYKAŃSKICH, BEZ ANALIZY SKUTKÓW W WARUNKACH EUROPEJSKIEGO SYSTEMU PRAWA.....	7
5) KONTROWERSJE WOKÓŁ ABSOLUTYZOWANIA W RAPORCIE CZASU JAKO NADRZĘDNEGO KRYTERIUM OCENY JAKOŚCI SYSTEMÓW PRAWNYCH.....	8
a. CZAS WPISU HIPOTEKI.....	8
b. CZAS EGZEKUCJI.....	9
c. Podsumowując, czas jako najważniejszy miernik jakości systemów hipotecznych został zastosowany w Raporcie EBRD nieprawidłowo:.....	9
6) TABELY PORÓWNAWCZE I SCOREBOARDY NAJSŁABSZYM I NIEWIARYGODNYM PUNKTEM RAPORTU EBRD.....	9
7) ZARZUT NIEWŁAŚCIWEJ METODOLOGII.....	10
II. DONIOSŁOŚĆ RAPORTU EBRD I PRAKTYCZNE ZNACZENIE DLA ZACHOWAŃ RYNKU ORAZ KIERUNKU REFORM.....	11
1) ZNACZENIE RAPORTU GŁÓWNIEM Z UWAGI NA PRZEDSTAWIONĄ PIERWSZĄ I WYRAZISTĄ PRÓBĘ RATINGOWANIA WIARYGODNOŚCI SYSTEMÓW PRAWA HIPOTECZNEGO 17 BADANYCH PAŃSTW CEE.....	11
2) NEGATYWNA OCENA EBRD WIARYGODNOŚCI SYSTEMÓW HIPOTECZNYCH PAŃSTW CEE.....	11
3) BRAK TAK KOMPLEKSOWYCH I ADEKWATNYCH DO RAPORTU EBRD PUBLIKACJI PORÓWNAWCZO-OCENIAJĄCYCH.....	11
4) PROSTOTA I WYRAZISTOŚĆ OCEN EBRD RATINGUJĄCYCH SYSTEMY NAJWIĘKSZYM ATUTEM I ZAGROŻENIEM PRZYCIĄGAJĄCYM DO STOSOWANIA WNIOSKÓW RAPORTU.....	12
5) SKUTKI BIZNESOWO-FINANSOWE RAPORTU, ALOKACJE MIĘDZYNARODOWYCH KAPITAŁÓW?.....	12
6) WYZNACZENIE KIERUNKÓW I STANDARDU PRAC KE W PROCESIE INTEGRACJI RYNKÓW HIPOTECZNYCH.....	13
7) OBAWY.....	13
III. WYNIKAJĄCA Z RAPORTU OGÓLNA OCENA RYZYKA I INFRASTRUKTURY PRAWNEJ NA 17 BADANYCH RYNKACH EUROPY ŚRODKOWEJ I WSCHODNIEJ - POLEMIKA.....	15
1) OGÓLNIEM RAPORT EBRD TWORZY NEGATYWNY WIZERUNEK WIARYGODNOŚCI ORAZ SPRAWNOŚCI FUNKCJONOWANIA RYNKÓW HIPOTECZNYCH W 17 BADANYCH PAŃSTWACH.....	15
2) GENERALNA OCENA EBRD – BRAK REFORM PRAWA HIPOTECZNEGO LUB ICH ZŁY KIERUNEK.....	15
3) GENERALNA OCENA W RAPORCIE EBRD: BADANE RYNKI ROZPOCZYNAJĄ BUDOWĘ RYNKU HIPOTECZNEGO, STOJĄ DOPIERO NA POCZĄTKU DROGI REFORM HIPOTECZNYCH I NIE POSIADAJĄ WIZJI REFORMY.....	16
4) GENERALNA OCENA TRADYCJI WŁASNOŚCI ORAZ TRUDNOŚCI Z IDENTYFIKACJĄ NIERUCHOMOŚCI W RAPORCIE EBRD:.....	18
IV. POMINIĘTE, A MAJĄCE ZNACZENIE SZCZEGÓLNIEM DLA KOMPARATYSTYCZNEJ CZĘŚCI RAPORTU, INFORMACJE O DOKONANEJ REFORMIE INFRASTRUKTURY PRAWA HIPOTECZNEGO W POLSCE.....	21
1) WAŻNE SUKCESY POMINIĘTEJ W RAPORCIE EBRD REFORMY W POLSCE TO:.....	21
2) DOBRA POZYCJA WIERZCIELA HIPOTECZNEGO W POLSKIM SYSTEMIE.....	22
3) INFORMATYCZNY SYSTEM KSIĄG WIECZYSTYCH.....	23
V. OCENA REKOMENDACJI ZMIAN PRAWNEJ INFRASTRUKTURY ZAWARTYCH W RAPORCIE EBRD – ICH PRZYDATNOŚĆ I SKUTKI DLA RYNKU HIPOTECZNEGO W POLSCE.....	24
1) W OCENIE REKOMENDACJI EBRD NASUWAJĄ SIĘ NA WSTĘPIE TRZY ZASADNICZE UWAGI:.....	24



a. Ogólnikowość	24
b. Kolizja z realiami i tradycja europejskiego systemu.....	24
c. Rzyzko wdrożenia rekomendacji EBRD a pewność obrotu	24
2) WĄTPLIWOŚCI	25
a. Czy EBRD słusznie stosuje do oceny prawa hipotecznego analogiczne podejście i rekomendacje uprzednio zastosowane do praw na rzeczach ruchomych?.....	25
b. Czy rekomendacje zmian prawa bez uwzględnienia pozycji dłużnika są realne do przeprowadzenia?..	25
3) PODSTAWOWE ZASADY EBRD W ZAKRESIE PRAWA HIPOTECZNEGO (EBRD CORE PRINCIPLES)	26
4) POSTULATY FUNDACJI WYPRACOWANIA REKOMENDACJI RZECZYWIŚCIE PRZYDATNYCH DLA REFORMY	27
VI. CZĘŚĆ SZCZEGÓŁOWA RAPORTU „MORTGAGE REGIONAL SURVEY AND COMPARATIVE OVERVIEW” - SPROSTOWANIA	29
a. Wykres 2 dot. Księgi wieczyste – dostępność w Internecie:.....	29
b. Tworzenie i transfer hipoteki - odmienne i uwsteczniające reformy podejście EBRD do akcesoryjności hipoteki:.....	30
c. Tabela 3 dot. zaangażowanie notariusza w powstanie hipoteki:	33
d. Wykres 5 dot. czas rejestracji hipotek (rekomendacja EBRD wąskiego rozumienia celu i weryfikacji rejestracji):	34
e. Wykres 11 dot. pewność – prawna efektywność hipoteki (rekomendacja EBRD rezygnacji z pozytywnej rękąmi ksiąg wieczystych).....	37
VII. ANALIZA HIPOTEK REGIONALNIE ORAZ PRZEGLĄD PORÓWNAWCZY (ANEKS 2 STR. 58 RAPORTU EBRD).....	40
a. Tabela 7 dot. Efektywność prawna – podstawowa funkcjonalność prawna:.....	41
b. Wykres 8 dot. efektywność prawna – prostota:.....	43
c. Wykres 9 dot. Efektywność prawna - szybkość:.....	45
d. Wykres 10 dot. Efektywność prawna - koszty:	46
e. Wykres 11 Efektywność prawna dot. pewność:.....	47
f. Wykres 12 dot. dopasowanie do kontekstu:	50
VIII. ANNEX 2: MORTGAGE REGIONAL SURVEY (STR. 58 RAPORTU EBRD) - SPROSTOWANIA	54
IX. ZAŁĄCZNIKI:.....	59
1. STANOWISKO OKRĄGŁEGO STOŁU VDP DO RAPORTU EBRD:	59
2. PROJEKT REKOMENDACJI KE ODNOŚNIE PROCEDUR WYCENY, EGZEKUCJI I REJESTROWANIA GRUNTÓW W KRAJACH UE I UWAGI FUNDACJI	65

I. Ogólna ocena i zawartość raportu EBRD w konfrontacji z wyrażonymi przez autorów intencjami

1) Cenne studium badawcze, innowacyjne podejście

Raport EBRD stanowi wszechstronnie przeprowadzone studium wybranych elementów prawa oraz praktyki dla kredytowania hipotecznego w 17 państwach Europy Środkowowschodniej oraz Azji Centralnej, do czego należy odnieść się z dużym uznaniem. Opracowanie jest cennym źródłem poznawczym i prawnoporównawczym, prezentującym autorskie, subiektywne podejście zarówno co do doboru obszarów poddanych badaniu, jak i kryteriów oceny poszczególnych narodowych systemów prawa; stanowi zatem nowatorski pod wieloma względami wkład w rozwój badań nad międzynarodowymi aspektami finansowania hipotecznego i jego prawnej infrastruktury.

2) Raport EBRD nie zakłada kompleksowości i przystawalności do specyfiki rynków

Jednakże, co od razu na wstępie należy zaznaczyć – i co podkreślają sami autorzy – raport nie może być traktowany jako całościowe i wyczerpujące ujęcie. W szczególności nie ujmuje przystawalności do specyfiki rynku.

„The information covered by the survey is not comprehensive enough to provide a full assessment (especially for measuring fit – to context). However, the results do provide a fair indication of what has been achieved in each country and useful pointers to what needs to be improved.”

EBRD, str. 32

Rzeczywiście analizując treść raportu, z uwagi zwłaszcza na skąpą bazę informacji badawczych, uznać trzeba, iż to jego słaba strona. Tym bardziej dziwi, iż powyższy fakt nie powstrzymuje autorów raportu od daleko posuniętych wniosków oceny jakości i ratingu poszczególnych systemów narodowych i porównywania ich jakości względem siebie (patrz np. tabele str. 58, 59 raportu EBRD).

Punktem odniesienia w raporcie są uniwersalne, wzorcowe standardy, których spełnienie ma zapewnić pomyślny rozwój rynków hipotecznych (**por. Core Principles str. 11 raportu EBRD oraz pkt. V. niniejszego opracowania [ocena rekomendacji]**). Przyjęte tu założenia, gradacja ryzyk, **wzorcowe, założone przez EBRD modele mają kluczowe znaczenie dla wynikowej oceny poszczególnych narodowych systemów**, schematu kwestionariuszy itp. Powstałe w wyniku tego konkluzje zobrazowane zostały w postaci tabel porównawczych (*scoreboard* – por. str. 58 raportu EBRD).

Istnieją jednakże istotne **zastrzeżenia**, czy wyjściowe dla raportu standardy prawa i praktyki finansowania hipotecznego mogą i czy wręcz powinny stanowić uniwersalny wzorzec do implementowania w krajach CEE **bez szkody i zwiększenia ryzyka** dla finansowania hipotecznego. Szereg kontrowersji budzi sugerowany sposób realizacji zaleceń.

3) Problem ze zdefiniowaniem systemu referencyjnego

Punkt referencyjny, do którego odwołują się wielokrotnie autorzy raportu, nigdzie nie został w nim precyzyjnie określony¹. To uchybienie metodologiczne powoduje, iż wiele z rekomendowanych dążeń posiada pozytywny, ale idealny, utopijny charakter, zaś nieosiągnięcie go punktowane jest negatywnie chociażby w *scoreboardach*.

W kontekście celu, do którego powinny dążyć państwa CEE, występuje np. odwołanie się do „współczesnych globalnych rynków hipotecznych” w poszukiwaniu „efektywności prawa hipotecznego”, której zdaniem autorów raportu brak w państwach CEE².

*„The purpose of his work is to look at mortgage law as it is currently used in transition countries **against the background of contemporary markets** for mortgage finance as they are developed globally”.*

EBRD, str. 5

Czasem autorzy odwołują się wzorcowo do rynków zaawansowanych (advanced) – jednak również to porównanie jawi się dość abstrakcyjnie, skoro w części raportu konkretniej odnoszącej się do osiągnięć tych rynków – **systemy prawne** w dziedzinie finansowania hipotecznego **w Niemczech czy Francji** – podawane są **jako negatywny wzorzec**. Z kolei zaś autorzy dostrzegają, iż wielu reformach kraje CEE wyprzedziły państwa dawnej UE.

4) Rekomendacje EBRD oparte na doświadczeniach amerykańskich, bez analizy skutków w warunkach europejskiego systemu prawa

Generalnie, podsumować można, iż jako idealny punkt odniesienia systemu rozwiązań prawnych oraz praktyki finansowania hipotecznego, wzorcowo postawiony został system amerykański (egzekucja pozasądowa, automatyczna rejestracja hipotek). Tym rekomendowanym założeniem anglosaskiego systemu i praktyki nie towarzyszy niestety analiza różnic z porządkami europejskimi, to zaś rodzi **wiele nieporozumień czy wręcz niebezpieczeństwo stosowania rekomendacji EBRD o skutkach odwrotnych od zamierzonych**.

Przejawia się to w preferowaniu i przyjęciu do systemu wartości oraz tabel oceniających (*scorebordów*) jako wzorcowych (*core principle*) **następujących priorytetów**, obcych niektórym porządkom europejskim:

- priorytet ustalania kwestii własności do nieruchomości, jedynie wtórne traktowanie niezależnego bytu prawnego zabezpieczenia jakim jest hipoteka;
- co za tym idzie, wszelkie procedury zmierzające do materialno-prawnego ustalania i prawidłowości hipoteki jako takiej (np. przy jej rejestracji), w

¹ Przykładem metodologicznego odniesienia jest np. zastosowanie w przypadku raportu London Economics, „The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets. Report for European Commission, DG Internal Market and Services”, August 2005 czy raportu Mercer Oliver Wyman „Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets, October 2003 rynku brytyjskiego jako reprezentującego największe nasycenie różnorodnością produktów hipotecznych, czy też w innym kontekście najwyższy poziom regulacji konsumenta hipotecznego; w tego typu pracach badawczych spotyka się też nie konkretne odniesienie, ale spójne teoretyczne zdefiniowanie założeń prawa – porównaj np. koncepcja Eurohipoteki w „Basic Guidelines for a Eurohypothecc Outcome of the Eurohypothecc workshop November 2004 / April 2005” Mortgage Bulletin 21/2005, edited by Agnieszka Drewicz-Tułodziecka, Polish Mortgage Credit Foundation, Warsaw, May 2005.

² Głównym, nasuwającym się przykładem globalnych rynków hipotecznych, najwyraźniej dostrzeganych ostatnio, są rynki sekurytyzacji aktywów hipotecznych, lecz nie wydają się być tu jednak właściwym celem dążenia. Generalnie raport nie uwzględnia ani nie odwołuje się w kwestii systemu referencyjnego do doświadczeń **kryzysu sub-prime**.

systemie ocen raportu uznawane są za zbędne, za negatywnie punktowaną „komplikację” systemu;

- rola ksiąg wieczystych wg rekomendacji Raportu powinna sprowadzać się wyłącznie do rejestru informacyjnego - dobra wiara, odpowiedzialność za wpisy, w szczególności udział sędziów - traktowany jest tu w kategoriach obstrukcji czy wręcz zwiększenia ryzyka finansowania (str. 22 EBRD);
- priorytet i rekomendacja przeprowadzania egzekucji z kredytowanej hipotecznie nieruchomości - poza sądami (*out of court procedure*), co jest bodajże najbardziej odbiegającym od europejskiego standardem dochodzenia praw z hipoteki oraz będącą konsekwencją takiego systemu rekomendacja systemowego zapewnienia biernej (pasywnej) pozycji dłużnika hipotecznego (wyłącznie komfort prawny egzekwującego z nieruchomości jest punktem odniesienia do ocen systemów narodowych w Raporcie);
- **bardzo negatywnie** odbierana jest w skali oceniającej raportu EBRD **rola doktryny**, zwyczajów i historii prawa, co w wielu systemach europejskich traktowane jest z kolei jako ostoja trwałości i stabilnej kontynuacji ram prawnych finansowania hipotecznego, zważywszy jego długoterminowość. Autorzy raportu te właściwości traktują jako przyczynę np. nieelastyczności hipoteki, utrudnień w jej transferze i przeciwstawiają lepszej filozofii prawa anglosaskiego tworzenia rozwiązań partykularnych - dostosowanych do określonych transakcji (np. EBRD wskazuje ułatwienie transferu dla celu sekurytyzacji zamiast kompleksowej reformy akcesoryjności);
- szybkość wpisu hipoteki i szybkość egzekucji z nieruchomości stanowi w raporcie uniwersalny, obiektywny i najważniejszy miernik dla pozytywnego ratingowania wiarygodności poszczególnych narodowych systemów prawnych w badanych państwach, nawet **kosztem jakości i niepodważalności hipoteki**. Kryterium skutecznej i trwałej hipoteki w ogóle zresztą nie występuje w założeniach podstawowych (*core principles* EBRD - str. 11).

5) Kontrowersje wokół absolutyzowania w raporcie czasu jako nadrzędnego kryterium oceny jakości systemów prawnych

a. CZAS WPISU HIPOTEKI

Nacisk na kryterium czasu oczekiwania na wpis hipoteki i czas potrzebny do egzekucji z nieruchomości jako główny miernik wizerunku i wiarygodności poszczególnych systemów, budzi największe kontrowersje.

O ile bowiem nie jest znany żaden system i dążenia reformatorskie, który nie stawiałby sobie jako głównego priorytetu osiągnięcie jak najkrótszych okresów oczekiwania przy tworzeniu i realizacji hipoteki, to kontrowersyjny dla legislatorów może być sposób osiągnięcia tegoż celu rekomendowany w raporcie.

Rekomendowane jest bowiem coś, co w potocznym języku nazywamy „wylaniem dziecka z kąpielą” na gruncie sugerowanej przez EBRD reformy - **zredukowanie systemu tworzenia hipotek do mechanicznego, ujawnianego zarejestrowania** - bez rękojmi i domniemań prawnych (by zyskać na czasie wpisu) - str. 23 EBRD.

W przypadku polskiego systemu, **spełnienie tej rekomendacji doprowadziłoby do paraliżu pewności obrotu** na rynku nieruchomości oraz pewności istnienia zabezpieczeń, gdyż istotą jest tu pozytywna rękojmia ksiąg i gwarantowane przez wymiar sądownictwa zaufanie do treści ksiąg wieczystych. Bez działania

pozytywnego aspektu rękojmi ksiąg – w Polsce nabywca nieruchomości nie byłby chroniony prawnie, że nabył nieruchomość skutecznie.

b. CZAS EGZEKUCJI

W kwestii zaś sprawnego odzysku, oczywistym jest możliwość osiągnięcia wyników błyskawicznego czasu egzekucji z nieruchomości, **z pominięciem** mającego niestety ogromne znaczenie dla praktyki europejskiej **wątku** procedur i **ochrony prawnej osób eksmitowanych**.

W odniesieniu do „krótkiej” egzekucji, raport stawia jako wzorzec dość utopijny cel, zbliżenia do sytuacji w USA (*out of court*) osiągnięty wg raportu (tabela 6 str. 27) jedynie w Kazachstanie, na Słowacji i Ukrainie.

Przy czym dalsza treść raportu wskazuje, iż to zagadnienie badane było w sposób odizolowany od realiów i najważniejszego tu problemu w praktyce tj. kwestii eksmisji oraz ochrony prawnej eksmitowanych, którzy w przeciwieństwie do USA, w Europie powszechnie z takich praw korzystają (**porównaj niekonsekwentne zestawienie** np. dla Ukrainy: najszybszy czas egzekucji – tabela str. 27 EBRD, a jednocześnie szczególnie niekorzystne dla wierzyciela hipotecznego uprawnienia eksmitowanych – str. 37 EBRD u dołu.)

c. **Podsumowując, czas jako najważniejszy miernik jakości systemów hipotecznych został zastosowany w Raporcie EBRD nieprawidłowo:**

- błąd metodologii polega na **nieprecyzyjnym zapytaniu** ankiety **do porównań międzynarodowych (por. str. 58 Raportu EBRD)**, czy chodzi o czas czynności formalnych, czy czas z egzekucją włącznie; podobnie jednolitej precyzji wymagałoby określenie momentu wszczęcia egzekucji i określenia, czy przedmiotem porównań są egzekucje mieszkaniowe czy komercyjne; przy wpisie hipoteki zaś – czas technicznego zarejestrowania czy również czas kompletowania dokumentacji i przygotowywania wniosku;
- priorytet krótkiego czasu nie wydaje się być słusznie zaklasyfikowany jako ważniejszy od trwałości i wiarygodności hipoteki, z punktu widzenia ryzyka finansowania hipotecznego;
- krótki czas do wpisu hipoteki czy egzekucji jest celem każdej reformy, jednak słusznie, jak się wydaje, kraje reformujące swoje systemy dążą do poprawienia wskaźników bez rezygnacji z roli sądów i instytucji publicznej rękojmi oraz odpowiedzialności za treść wpisu hipotek.

6) **Tabele porównawcze i scoreboardy najsłabszym i niewiarygodnym punktem raportu EBRD³**

Problem przyjęcia idealnych założeń co do funkcjonowania hipoteki na rynkach europejskich - według amerykańskich realiów, w powiązaniu z brakiem spójności metodologii i mało pogłębioną bazą informacji o systemach poszczególnych rynków, powoduje, iż tabele porównawcze i *scoreboardy* uznać należy za najsłabszy i niewiarygodny punkt raportu.

³ Jako tabele, **scoreboardy** mamy na uwadze: tabele nr 5-11; tabela 5 str. 40 oraz główne porównawcze zestawienie anex 2 str. 58 „composite table”.

Przywołując nadal, wskazany wyżej przykład ujęcia Ukrainy: gdyby tabela porównawcza ze str. 27 EBRD zatytułowana „*Efficiency of mortgage enforcement*” (na którą składa się koszt, procent odzysku i czas postępowania) uwzględniła realia eksmisji, Ukraina nie osiągnęłaby zapewne 100% pozytywnego wyniku. Z kolei tabela ze str. 38 „*Legal efficiency – certainty*”, w której wskazano, iż na Ukrainie, jako jedynym kraju hipoteka jest zupełnie niewiarygodna – uwzględnia wskazany dla Ukrainy czynnik problemu z eksmisją, który dla porównywanych w tej samej tabelce innych państw nie był analizowany. Oczywistym jednakże jest, iż problemy z eksmisją rzutują zarówno na pewność istnienia zabezpieczenia, jak i tym bardziej pewność odzyskania zabezpieczenia.

7) Zarzut niewłaściwej metodologii

Powyższe obrazuje **problemy, które wielokrotnie pojawiają się w części raportu porównawczo zestawiającej oceny narodowych systemów, czyniąc te scoreboardy niewiarygodnymi, to jest:**

- wyrywkowe użycie pozytywnej lub negatywnej informacji z danego kraju, zamiast przekrojowego przebadania danego zagadnienia we wszystkich badanych systemach, według tych samych i precyzyjnych kryteriów;
- porównywanie ilościowe, głównie przy użyciu miernika czasu: wpisu czy egzekucji, systemów zupełnie odmiennych, bez precyzowania przedmiotu porównania i punktu odniesienia np., czy chodzi o nieruchomości komercyjne czy mieszkaniowe, czy chodzi o wpis tylko z zamiarem uwidocznienia informacji, iż nieruchomość jest obciążona, czy też czas liczony do powstania w pełni materialno-prawnych skutków ustanowienia hipoteki;
- w tabelach porównawczych, dla których bazą jest subiektywna ocena respondenta (np. tabela na str. 35 – „Czy ustanowienie hipoteki jest proste?”) – **diametralne dysproporcje liczby i kategorii respondentów** – w niektórych krajach 3 czy 5, w innych 15 (por. str. 2 i 3); w niektórych są to wyłącznie praktycy rynkowi i to np. specjalizujący się w złożonych transakcjach na rynku komercyjnym, w innych krajach respondentami są głównie przedstawiciele regulatorów, czy rządu – tak więc brak wspólnego **punktu odniesienia co do typu porównywanych transakcji czy kategorii respondentów** wyrażających opinie, co w sposób oczywisty rzutuje na porównywalność wyników;
- *scoreboardy* mieszają porównywanie: w przypadku niektórych państw informacji wynikających wprost z regulacji z informacjami o rzeczywistej praktyce w przypadku innych państw (w odniesieniu do tego samego porównywanego zagadnienia); podstawa porównania obejmuje w jednych przypadkach efekty reform np. komputeryzacji ksiąg, w innych państwach proces reformatorski i jego efekty są całkowicie pominięte;
- co do całego raportu, a szczególnie tabel porównawczych autorzy zadeklarowali skupienie się na praktyce kredytowania hipotecznego „law in practice, not in books”. Tymczasem w wielu przypadkach, na co wskazuje przykładowo analiza informacji o polskim systemie – typowe standardy praktyki bankowej – takie jak posługiwanie się tzw. hipoteką bankową z ograniczeniem udziału notariusza czy bankowym tytułem egzekucyjnym (który zastępuje sądową procedurę ustaleń), istnienie bankowych standardów wyboru rodzaju hipoteki do rodzaju wierzytelności, zostały całkowicie pominięte na rzecz przytaczania i oceniania rozwiązań tzw. „podręcznikowych”, stosowanych, choć również rzadko w ogólnym obrocie gospodarczym.

II. Doniosłość raportu EBRD i praktyczne znaczenie dla zachowań rynku oraz kierunku reform

1) Znaczenie raportu głównie z uwagi na przedstawioną pierwszą i wyrazistą próbę ratingowania wiarygodności systemów prawa hipotecznego 17 badanych państw CEE

Sposób „ratingowania” efektywności prawa poszczególnych państw jest pierwszą publikacją tego rodzaju wydaną przez liczące się na rynku instytucje, w szczególności popartą autorytetem zaufania międzynarodowego EBRD jako banku o wysokim standardzie oceny ryzyka kredytowego oraz szerokim doświadczeniu w analizowaniu rynków w przekroju międzynarodowym swojej działalności. Przede wszystkim zaś docenić należy doniosły wkład EBRD w analizy i reformy prawa zastawniczego na rzeczach ruchomych w wielu reformujących się państwach.

2) Negatywna ocena EBRD wiarygodności systemów hipotecznych państw CEE

Zaznaczyć przy tym należy, iż ocena jakości badanych systemów w raporcie EBRD wypada negatywnie, szczególnie w takich kluczowych punktach **jak sprawność rejestrowania hipotek oraz efektywność egzekucji zabezpieczeń hipotecznych**. W 10 z badanych krajów efektywność została oceniona negatywnie w tych dwóch aspektach (Czechy, Estonia, Polska, Rosja, Słowenia, Węgry, Kazachstan, Łotwa, Serbia, Słowacja), a w przypadku np. Ukrainy choć efektywność egzekucji oceniona bardzo wysoko, to pewność zabezpieczeń na najniższym poziomie w wyznaczonej skali.

Raport ocenia również negatywnie generalne uwarunkowania prawne dla możliwości rozwoju biznesu hipotecznego w regionie, zaniedbania w prowadzeniu reform, brak praktyki w używaniu własności nieruchomości jako źródła kapitału i zabezpieczeń (porównaj uwagi i komentarze w pkt. III niniejszego opracowania).

3) Brak tak kompleksowych i adekwatnych do raportu EBRD publikacji porównawczo- oceniających

Autorzy raportu podjęli odważną decyzję wystawienia oceny jakości poszczególnym systemom prawa hipotecznego, na co do tej pory nie zdecydowały się inne znaczące dla badanej dziedziny instytucje, jak uniwersytety czy działy analityczne międzynarodowych koncernów finansujących rynki nieruchomości, agencje ratingowe itp.

Potwierdzenie lub też polemika z tą oceną jest trudna w świetle istniejących raportów, gdyż w zasadzie, z uwagi na nowatorską wartość powyższego raportu, trudno znaleźć odpowiednik dla porównania.

Nie można nie przytoczyć w tym miejscu jednak raportu Europejskiej Federacji Hipotecznej, która to instytucja skupiając ponad 75 % europejskiego rynku hipotecznego cieszy się renomą swoich eksperckich analiz legislacji. **Konkluzja badania EMF z 2007 r. „Study on the Efficiency of the Mortgage Collateral**

in the European Union” wyrażona jako przesłanie EFH do prac Komisji Europejskiej nad Białą Księgą Kredytu Hipotecznego brzmi: **„wszystkie przebadane rynki charakteryzują się wysoką efektywnością.”** Badanie to zarazem z większością państw UE dotyczy również państw ujętych w raporcie EBRD - Węgry oraz Polska. Zatem stwierdzenie, iż infrastruktura prawna dla efektywności tych państw jest w standardzie wysokiego bezpieczeństwa właściwego dla Unii Europejskiej, w konfrontacji z negatywną oceną EBRD, rzutuje na ocenę systemów UE w ogólności i wydaje się stawiać raport EBRD lub analizę Europejskiej Federacji Hipotecznej w kontrowersyjnym świetle.

Z zainteresowaniem oczekuje się też na **badanie porównawcze VDP (Association of German Pfandbrief Banks) „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa”** – prowadzone od 2005 r., oparte na pogłębionej i precyzyjnie prowadzonej bazie analitycznej wielu państw, z uwzględnieniem doświadczeń i wskazanych punktów krytycznych oceniania systemów przez instytuty członkowskie.⁴

4) Prostota i wyrazistość ocen EBRD ratingujących systemy największym atutem i zagrożeniem przyciągającym do stosowania wniosków raportu

Raport jest doniosły przede wszystkim ze względu na nowatorską formułę analizy prawno porównawczej przez pryzmat oceniający prawną efektywność, wydolność, pewność prawnej infrastruktury dla kredytu hipotecznego, według cech słabości infrastruktury poszczególnych rynków.

Do tej pory bowiem, próba oceny wiarygodności zabezpieczenia hipotecznego w relacjach biznesu międzynarodowego – czy to dla uzyskania ratingu *covered bondów* (listów zastawnych, tytułów sekurytyzacyjnych i innych papierów opartych na portfelach hipotecznych); czy to uzyskiwania zgody nadzorów bankowych na prowadzenie hipotecznej działalności transgranicznej – z uwagi na ogólnie niekwestionowaną kompleksowość materii i specyfikę dla danego wewnętrznego rynku – **były przedmiotem tyleż skomplikowanych co drogich analiz prawnych i studiów prowadzonych przez renomowane kancelarie.**

Jako, że ogólnie znaną bolączką prac analitycznych ram prawnych kredytu hipotecznego jest złożoność i kompleksowość regulacji, na tym tle **prostota oceny jakości systemów prawnych w formie liczby przyznanych plusów czy minusów, zamieszczona co do 17 krajów na dwóch stronach A4, jawi się jako fenomenalne rozwiązanie** (por. Aneks 2 str. 58 raportu EBRD). To podejście odpowiada zresztą wyrażonym założeniom autorów raportu, iż ma on spełniać referencyjną rolę.

5) Skutki biznesowo-finansowe raportu, alokacje międzynarodowych kapitałów?

Raport EBRD może zatem przyczynić się do oszczędzenia czasu i środków finansowych w wielu instytucjach, które zajmują się lokowaniem kapitałów, rekomendowaniem takich inwestycji, ratingowaniem aktywów i czynią to od strony biznesowej, a potrzebują jednocześnie prawnego punktu odniesienia, oceny pewności systemowej dla uwiarygodnienia podejmowanych czy sugerowanych decyzji.

⁴ Więcej zob. na stronie internetowej vdp: www.pfandbrief.de. Wyniki pierwszego etapu badania zostały opublikowane w: O. Stoecker, "Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa" Band I Ergebnisse der Workshops vom Juni 2005/Dezember 2005/Juni 2006 in Berlin oraz: O. Stoecker, "Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa" Band II Ergebnisse des Workshops vom September 2007 in Berlin. Zob. Także przypis nr 6.

Z uwagi na niekwestionowaną renomę EBRD i domniemaną w związku z tym wiarygodność merytoryczną raportu, można spodziewać się, iż omawiany raport, a szczególnie uproszczone tabele porównawcze, ratingujące rynki, mogą odegrać istotną **rolę w alokacji kapitałów międzynarodowych**, jak również **wpływać na cenę lokalnego pieniądza refinansującego** kredyty hipoteczne, ponadto zaowocować mniejszą lub większą skłonnością inwestycyjną w danym kraju czy regionie.

Z uwagi na spektrum analizowanych zagadnień – efekty, a w szczególności tabela *scoreboard* może mieć zatem szczególnie istotne znaczenie **dla oceny jakości papierów wartościowych** opartych na portfelach hipotecznych, tj. obligacji MBS i listów zastawnych, jak również dla ratingów banków, których aktywa składają się w istotnym stopniu z kredytów hipotecznych. Zakres pytań częściowo pokrywa się bowiem ze schematem analiz agencji ratingowych i analityków co do pewności zabezpieczeń ww. papierów.

6) Wyznaczenie kierunków i standardu prac KE w procesie integracji rynków hipotecznych

Domniemuje się również, iż raport EBRD odegra istotną rolę w aktualnie prowadzonych przez **Komisję Europejską** pracach nad ideą i praktycznym przeprowadzeniem integracji europejskich rynków hipotecznych. Warto wspomnieć, iż jednym z efektów tegoż procesu jest wydana w grudniu 2007 r. Biała Księga Kredytu Hipotecznego. Jednym zaś z priorytetowo – na 2008 r. traktowanym zadaniem jest przeprowadzenie przez Komisję badania „okresowe *scoreboardy*”.

Doniosłym zbiegiem okoliczności wydaje się być opublikowanie raportu EBRD, który nawiązuje nie tylko do idei, ale też sposobu realizowania planowanych przez Komisję Europejską prac badawczych. Można więc domniemywać, iż raport EBRD może stać się ważną kanwą nie tylko dla wyników, ale też metodologii, którą w wykonywaniu swych zadań w niedalekiej przyszłości obierze Komisja Europejska. W szczególności zawarte w raporcie EBRD rekomendacje pod hasłem zwiększenia efektywności rynków hipotecznych zdają się być jak najbardziej zbieżne z zamierzeniami Komisji, zatem nie można wykluczyć posiłkowania się w dalszych działaniach Komisji wnioskami z raportu EBRD.

7) Obawy

Zakładane doniosłe znaczenie raportu napawa pewną obawą nie tyle z powodu opublikowania uproszczonego ratingu systemów prawnych, ile ze względu na domniemanie, iż za tabelą stoi nie tylko renoma EBRD, ale również pogłębiony warsztat badawczy (rzetelnie wykonane analizy, spójna i adekwatna metodologia). Tego byłoby skutkiem przyjęcie raportu jako informacji referencyjnej dla analityków rynku, inwestorów czy KE.

Wstępna analiza raportu z punktu widzenia jednego tylko państwa i zamieszczonych o nim informacji stwarza podstawy do wyrażenia wątpliwości, czy ww. założenia rzeczywiście zostały spełnione.

W tym miejscu, pragniemy wyrazić niepokój, iż raport o tak doniosłym znaczeniu – w przypadku Polski pominął zaopiniowanie przez reprezentatywne – również w sensie proporcji udziału w rynku, instytucje (w przypadku innych krajów jak Rumunia czy Ukraina, autorzy Raportu dotarli **do 22** respondentów, w przypadku

Polski – 3, zatem ten rynek potraktowany został bardzo pobieżnie). Tym bardziej strona polska pragnie wyrazić rozczarowanie, iż w poprzednich raportach EBRD istniała praktyka ich opiniowania przez zarówno Polską Fundację Hipoteczną, jak i wiodące resorty - choć po części były to uwagi krytyczne.

Zatem zamieszczone poniżej sprostowania, zgłoszone po opublikowaniu nie zmieniają już jakości i wyniku raportu, nad czym ubolewamy, uznając, iż raport ma istotne znaczenie opiniotwórcze wśród inwestorów i analityków. Liczymy też, iż EBRD jako instytucja międzynarodowego zaufania dołoży starań, by w ślad za rozesyłanym raportem jego **adresaci mogli zapoznać się ze sprostowaniami co do faktów i obrazu rynku polskiego, jaki wynika z raportu.**

Pouczające byłoby też z pewnością zebranie opinii do raportu, jakie być może wyrażą również inne kraje. Niewątpliwie bowiem raport, zgodnie z jego intencją inspiruje do kreatywnej dyskusji o efektywności systemów hipotecznych.

Podsumowując, przewiduje się negatywne skutki raportu dla ratingu listów zastawnych, produktów sekurytyzacji, ratingu banków z dużym udziałem portfela hipotecznego, podważenie wiarygodności hipotek i w efekcie ryzyko podniesienia kosztów kredytu – **jeżeli agencje ratingowe czy inwestorzy oparliby swoje decyzje w regionie CEE na wnioskach z raportu EBRD.**

III. Wynikająca z raportu ogólna ocena ryzyka i infrastruktury prawnej na 17 badanych rynkach Europy Środkowej i Wschodniej - polemika

1) **Ogólnie raport EBRD tworzy negatywny wizerunek wiarygodności oraz sprawności funkcjonowania rynków hipotecznych w 17 badanych państwach.**

Co prawda, w przypadku niektórych z badanych aspektów, raczej wyrывkowo przytaczane techniczne rozwiązania w systemach niektórych badanych państw zyskują aprobatę, tj. pozytywną punktację w tabelach porównawczych w raporcie – jednak **zasadnicza ocena, przedstawiona w sposób generalny w raporcie nie wypada pozytywnie dla regionu Europy Środkowej i Wschodniej, zlewając go przy okazji w jedną całość, z punktu widzenia ryzyka inwestorskiego.**

Opisową ocenę narodowych systemów należy raczej traktować odrębnie od części szczegółowej – „*national survey*”, przy czym autorzy przyjęli zasadę wyrażania uwag generalnych mających znaczenie do wszystkich analizowanych systemów, chyba że dany kraj pozytywnie lub negatywnie odbiega od wyrażonej opinii – wtedy jest to wyraźnie podkreślone.

Raport podkreśla, iż wszystkie państwa - niezależnie od tego, czy są już członkami Unii Europejskiej od 4 lat (Czechy, Słowacja, Węgry, Polska), czy te, które dołączyły w 2007 r., czy państwa nie będące członkami UE - wymagają gruntownej reformy hipotecznej, czasem też zmiany kierunku reform. Wszystkie 17 państw w odróżnieniu od USA i składu państw członkowskich UE do 2004 r. traktowane są jednorodnie jako „*transition economies*”, co wynika z samego tytułu, jak też poszczególnych ocen.

Dla przypomnienia - przedmiotem wspólnej i porównawczej oceny są następujące państwa: Bułgaria, Chorwacja, Czechy, Estonia, Gruzja, Węgry, Kazachstan, Kirgizja, Litwa, Łotwa, Polska, Rumunia, Rosja, Serbia, Słowacja, Słowenia i Ukraina.

2) **Generalna ocena EBRD – brak reform prawa hipotecznego lub ich zły kierunek**

- zdaniem EBRD państwa badane nie wykazują determinacji w reformowaniu prawa hipotecznego;
- o ile istnieje legislacja odnośnie papierów wartościowych opartych na hipotekach, przepisy odnoszące się specyficznie do hipoteki jako zabezpieczenia zostały w rozciągłości przeoczone;
- nawet gdy jakieś reformy zaistniały, zdaniem EBRD „nie zawsze rozwijają się w sposób racjonalny, by zapewnić prawną efektywność”.

„Mortgage law reform is not necessarily high on the agenda for many transition countries.”

„ the legal provisions specifically covering mortgage as security have been largely overlooked”

“There has been a good deal of reform activity concerning land law, title to real property and registration, and now laws are being introduced to encourage the use of CBs and MBS (referred to together as “mortgage securities”), but the legal provisions specifically covering mortgage as security have been largely overlooked. And yet mortgage rules have not always developed in the most rational and legally efficient way.”

EBRD, str.4

KOMENTARZ Fundacji do konkluzji EBRD

Wydaje się, iż na tak kategorię ocenę poziomu reform mógł wpłynąć **brak wiedzy autorów raportu o szeregu przeprowadzonych reform**, zwłaszcza w państwach, które dokonały przełomu ustrojowego już w latach 80-tych; na potwierdzenie por. analizę przykładu polskiego i informacje o zrealizowanych intensywnych reformach prawa hipotecznego, które to informacje konsekwentnie nie są odnotowane w raporcie (przynajmniej analogicznie do porównywalnych reform w innych państwach) oraz uwzględnione również w części szczegółowej raportu – w zestawieniach porównawczych.

Co do zarzutu błędnego kierunku reform – rzecz leży w wyobrażeniu, który kierunek reform jest słuszny (por. uwagi pkt V niniejszego opracowania). Autorzy raportu niejednokrotnie wyrażają zdanie przeciwne do narodowych reformatorów, czego dobrym przykładem jest wyobrażenie o roli rejestrów, propozycja zerwania z doktryną i tradycją prawa hipotecznego na rzecz bliżej nieokreślonej nowoczesności, oparcie reform na pragmatycznych i prostych regulacjach w miejsce wysiłków kompleksowych reform.

3) Generalna ocena w raporcie EBRD: badane rynki rozpoczynają budowę rynku hipotecznego, stoją dopiero na początku drogi reform hipotecznych i nie posiadają wizji reformy

Raport najwyraźniej zakłada, iż na badanych rynkach brak jest własnych doświadczeń i możliwości oceny oraz specyfikacji koniecznych działań reformatorskich. Etap rozwoju tych krajów, według EBRD, wskazuje na potrzebę szukania wzorców z krajów rozwiniętych - w kwestii, jak osiągnąć przyrost kredytowania hipotecznego.

Ponieważ zaś autorzy raportu w zasadzie **nie rekomendują korzystania ze wzorców rozwiniętych państw Europy jak na przykład Niemcy czy Francja** – niniejsze opracowanie według ich intencji stanowić ma pożądany przewodnik (*guideline*) reform niezbędnych i słusznych.⁵

"Naturally, transition countries are keen to understand the factors that determine market growth for mortgage credit in advanced economies."

"It is hoped that the Mortgage Regional Survey that is published as part of this work will provide a useful basis for assessment and comparison and will become a reference point that provokes discussion and improvements to mortgage laws, especially among those who make or influence legal reform policy in the region, enabling them to improve their mortgage laws in order to achieve "legal efficiency"."

EBRD, str. 7

KOMENTARZ do konkluzji EBRD:

Przytoczenie powyższego podejścia autorów raportu EBRD do kwestii miernych, ich zdaniem, osiągnąć rozwoju rynków hipotecznych, **jest o tyle istotne, iż błędne założenia co do faktów** odnośnie dynamiki rozwoju rynków hipotecznych 17 badanych państw dają **błędne przekonanie** (widoczne w szeregu szczegółowych zestawieniach raportu), **iż doświadczenia własne** i specyfika poszczególnych rynków z gruntu **nie zasługują na uwzględnienie ich własnej wizji w proces**

⁵ Por. Str. 7 raportu EBRD „*Mortgage regional study*” zgodnie z celem raportu mają być punktem referencyjnym do ulepszeń prawa hipotecznego i w rezultacie osiągnięcia „*legal efficiency*”.

„**Naturalnie, omawiane w raporcie kraje są zainteresowane** zrozumieniem czynników, które determinują wzrost rynku dla kredytów hipotecznych w zaawansowanych gospodarkach i co trzeba zrobić by utrzymać wzrost na ich własnych rynkach” EBRD.

reform – za to prymat raport nadaje uniwersalnym, a właściwie modelowym w raporcie - amerykańskim rozwiązaniom (por. pkt I.4. niniejszego opracowania).

Raport formułuje wręcz niekiedy założenia do pożądanych modeli procedur, od których odstępstwa punktowane są w tabelach zestawień porównawczych negatywnie – niezależnie od tego, że być może w jakiś inny sposób właściwy dla lokalnych rozwiązań dane ryzyko jest pokryte przepisami (por. pkt I.7 niniejszego opracowania *Zarzut niewłaściwej metodologii*)⁶. Zresztą autorzy przyznają, iż zadanie określane jako „*fit to context*” w raporcie nie zyskało większego znaczenia. Jest to poniekąd konsekwencja wstępnego założenia, **iż badane rynki są i tak dopiero na początku drogi reform, czy w ogóle odkrywania, czym jest własność nieruchomości**, jako, że za EBRD: „w Europie Środkowej i Wschodniej prywatna własność domów jest relatywnie niedawnym fenomenem” (por. komentarz do pkt. I niniejszego opracowania).

„In central and eastern Europe and central Asia, access to private home ownership is relatively recent phenomenon, principally as a result of the privatization policy of governments moving from a communist to a capitalism system”

EBRD, str. 4

Tymczasem, jeżeli wziąć pod uwagę wiedzę o wysokim zaawansowaniu badanych rynków, **zdecydowana większość badanych państw nie posiada już otwartej drogi wyboru kierunku reform**, a „wolty” w obranych rozwiązaniach mogą skutkować ryzykiem finansowań hipotecznych, którego z braku wiedzy o zaawansowaniu reform lub z braku ich respektowania, autorzy raportu nie przewidują.

Gwoli ścisłości warto zatem przytoczyć zestawienie statystyk, świadczących o tym, iż dla większości analizowanych przez EBRD państw kwestia, jak osiągać dynamikę rynku nie jest obecnie największym zmartwieniem. Zebrane zaś doświadczenia - jak np. w przypadku Polski - na milionach transakcji i wielu wariantach prawnych konstrukcji finansowania hipotecznego - przy których zresztą wbrew ocenie autorów raportu hipoteka okazała się wiarygodnym, możliwym do ustanowienia zabezpieczeniem, a jakość portfela hipotecznego w ocenie nadzoru bankowego jest dobra) tworzą oczekiwanie czy wręcz wymóg przy tak renomowanych raportach jak autorstwa EBRD – aby dane użyte do analiz respektowały specyfikę lokalną i wiedzę o niej.

W odniesieniu zaś do rekomendacji zmian czy reform – oczekuje się nie poziomu „ABC” – por. str. 11 raportu EBRD, ale jeżeli już raport o znaczeniu istotnie wpływającym na klimat inwestycyjny formułuje jakiegokolwiek wnioski czy rekomendacje – oczekuje się, by były one na wysokim i precyzyjnym poziomie zaawansowania – adekwatnie do rynku i jego złożonych struktur oraz prawnych rozwiązań. Tymczasem (przynajmniej w przypadku Polski) zarówno użyta baza informacji o rynku, jego prawnej infrastrukturze, jak i formułowane rekomendacje, jako żywo przypominają te z 1991 r., tuż po przełomie ustrojowym, tak jakby ostatnich 15 lat i ich dorobku w postaci 130 mld zł kredytów hipotecznych z całym bagażem doświadczeń i reform prawnych w ogóle nie było.

⁶ Przykładem innego i bardziej odpowiedniego podejścia jest metodologia przyjęta w badaniu prowadzonym od 2005 r. przez Związek Niemieckich Banków Listu Zastawnego (vdp): Runder Tisch „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa”/ „Elastyczność gruntowych praw zastawniczych w Europie Środkowej”. W badaniu, odbywającym się częściowo w formie warsztatów, biorą udział reprezentanci z kilkunastu krajów Europy Środkowej (m.in. Bośnia Hercegowina, Niemcy, Estonia, Chorwacja, Austria, Polska, Słowenia, Węgry) – zarówno przedstawiciele środowisk naukowych, jak i praktycy bankowi. Celem warsztatów jest porównanie porządków prawnych powyższych krajów w zakresie praw zastawniczych, poziomu ich akcesoryjności i możliwości, jakie poszczególne systemy stwarzają już dziś dla poszczególnych rodzajów transakcji na rynku nieruchomości. Analiza poszczególnych systemów odbywa się według jednolitego konspektu zagadnień, przy czym udzielane odpowiedzi prezentowane w formie graficznej (z zastosowaniem mapy Europy) nie podlegały jeszcze dalszej ocenie/ wartościowaniu.

Dynamika wzrostu kredytowania hipotecznego w Europie na przykładzie rok 2007 do 2006

Kraj	Dynamika 3Q 2007/3Q 2006
Belgia	7,9%
Dania	9,1%
Niemcy	-2,0%
Estonia	42,1%
Grecja	23,2%
Hiszpania	16,2%
Francja	13,1%
Irlandia	19%
Włochy	11,2%
Łotwa	42,1%
Litwa	63,0%
Węgry	68,3%
Austria	15,0%
olska	58,0%
Portugalia	10,0%
W. Brytania	12,8%

Źródło: Europejska Federacja Hipoteczna

Dynamika rozwoju kredytów hipotecznych zatem nie jest największym problemem i wyzwaniem badanych państw. Statystyki pokazują, iż właśnie w krajach CEE przyrosty kredytów hipotecznych są największe. Stosowane zabezpieczenia hipoteczne w obecnych już systemach (po dokonanych reformach) są skuteczne wbrew wnioskowi EBRD. Potwierdza to dobra jakość portfeli hipotecznych w ocenie nadzoru.

4) Generalna ocena tradycji własności oraz trudności z identyfikacją nieruchomości w raporcie EBRD:

Jako podstawowe warunki infrastruktury niezbędnej dla sensu i racji bytu biznesu hipotecznego, **raport analizuje stopień prywatnej własności oraz objęcie zasobów gruntów i budynków rejestrami.**

"Private home ownership:

- a) *„one of the keys to fostering economic prosperity, political stability and wider equality” + general statement that in central and.....*
- b) *Eastern Europe is relatively recent phenomenon, principally as a result of the privatization policies”.* EBRD, str. 4

- w tej kwestii EBRD ocenia kraje 17-stki w sposób zróżnicowany. Jedynie w 9 krajach (cytat za EFH, por. stopka 2 str. 6 raportu EBRD) procent prawa własności mieszkań, zdaniem autorów przekracza 80%;
- ponadto raport kreuje wrażenie – por. cytat str. 4 u góry raportu EBRD, iż **własność jest nowym fenomenem w badanych państwach, co rzutuje w sposób oczywisty na umiejętność prawnego wykorzystania jej w celach hipotecznych;**
- **brak tradycji obchodzenia się z własnością nieruchomości, brak ujęcia w rejestrach i identyfikacji nieruchomości, są poważnymi zarzutami EBRD w odniesieniu do systemu polskiego, stanowią istotny problem w ustanowieniu zabezpieczenia hipotecznego i podnoszą zdaniem autorów ryzyko finansowania hipotecznego (por. niżej zamieszczone sprostowanie);**

„Proof of ownership

Proof of ownership covers the following areas of certainty.

Certainty that the mortgagor has a mortgage able right in the property. A mortgage is an ancillary proprietary right that can only be given by the person with a principal proprietary right over the immovable asset which is most often established through title registration.

Certainty as to the scope of the mortgagor's property. Any dispute over the scope of the mortgaged property will adversely affect the role of the mortgage as a credit risk mitigant. Title registration is usually based on a cadastral definition which needs to be both accurate and reliable so that the risk of a subsequent dispute is minimized."

EBRD, str. 12

"The absence of a reliable source from which to establish a unique identification for a property can present a significant problem when creating a mortgage. In practice this arises where some land or buildings remain unregistered, as is still the case, for example, in Croatia, Poland, Romania, Russia and Serbia."

EBRD, str. 14

- EBRD twierdzi **w stosunku do Polski**, podobnie jak wobec Chorwacji, Rumunii, Rosji, Serbii, iż **brak wiarygodnego źródła, z którego można skorzystać dla zidentyfikowania nieruchomości**, może być istotnym problemem dla ustanowienia hipoteki. W praktyce występuje to, jeżeli część gruntów lub budynków jest nie zarejestrowanych - jak na przykład w Polsce (por. sprostowanie poniżej).

Podane powyżej generalne podsumowania, z których Polska jako kraj poddany analizie nie została wykluczona lub informacje bezpośrednio odnoszące się do Polski wymagają **wyraźnego sprostowania**. Uwagi w tym punkcie odnoszą się zarówno do kwestii metodologii jak i uzupełnienia bądź konfrontacji danych - a również do logiki użycia tych danych dla oceny ryzyka finansowania hipotecznego na danym rynku.

SPROSTOWANIA wniosków raportu EBRD:

- **odnośnie tradycji własności oraz udziału procentowego w rynku nieruchomości własności prywatnej** nie zaliczono tu spółdzielczego własnościowego prawa do mieszkania, które systemowo i pod względem ryzyk finansowania zrównane jest zasadniczo z prawem własności. W Polsce nie jest to kwestionowane, szczególnie po reformie z 2005 r. która zabezpieczyła pewność praw wierzyciela hipotecznego na wypadek zamiany własności spółdzielczej na prawo własności. Ta reforma, dokonana w Polsce uszła uwadze autorom, a sprostowania w tym kontekście wymaga podana w raporcie informacja, iż w Polsce udział prywatnej własności mieszkań nie przekracza 80% (str. 4 stopka 1 raportu EBRD);
- ponadto raport kreuje wrażenie - por. cyt. str. 4 u góry raportu EBRD, iż również w Polsce własność jest nowym fenomenem; za EBRD: *„Private home ownership is relatively recent phenomenon, principally as a result of the privatization policies”*.

Polska zdecydowanie wyłamuje się z tego stwierdzenia zważywszy, iż **wbrew założeniom radzieckiej polityki kolektywizacji - nie miała miejsca reforma** upaństwowienia gruntów rolnych. Silnie przywiązane do własności nieruchomości w odniesieniu do obszarów miejskich przejawiało się w upowszechnieniu praw spółdzielczych do mieszkań. **Nie była to własność kolektywna**, ale wyodrębnione prawo do przedmiotu mieszkania - na wzór własności mogła też być przedmiotem obciążenia hipoteki. Tytuł - spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu - ujawniany był też i jest w księdze wieczystej.

Również charakterystyczne dla Polski „użytkowanie wieczyste”, podobnie jak prawo spółdzielcze - wpisywane do księgi wieczystej, mogło być obciążone, objęte egzekucją, może być w pełni wartościowym gospodarczo przedmiotem obrotu.

Tak więc w Polsce prawne istnienie i akces do prawa własności oraz praw porównywalnych – funkcjonuje podobnie jak instytucja hipoteki w sposób nieprzerwany od wielu stuleci. Jakkolwiek w okresie socjalizmu, system i potrzeby gospodarcze ograniczały istotnie stopień korzystania z nich, prawne instrumenty zachowały swoją ważność i ciągłość. Dotyczy to również prawa hipotecznego, które choć wyodrębnione z kodeksu cywilnego w formie ustawy, zachowało swoją jakość i funkcjonalność.

Również księgi wieczyste – były przez cały czas pieczołowicie przechowywane – przejściowo powierzone pieczy notariuszy (obecnie wróciły do sądów).

Polski system prawnej infrastruktury, w odróżnieniu być może od byłych państw ZSRR, posiada **walor głęboko zakorzenionej tradycji prawnej z całym otoczeniem, co dziś procentuje pewnością obrotu i systemem zabezpieczeń na nieruchomościach**. Jest to pomocna okoliczność również w kwestii rozwiązywania roszczeń reprivatyzacyjnych, jako że ciągłość dokumentacji w księgach i rejestrach jest pewnym punktem odniesienia i w istocie niemal każda sprawa ma szansę indywidualnego rozstrzygnięcia.

Błędnie raport EBRD podnosi, iż w Polsce, podobnie jak w kilku innych przytoczonych państwach, istnieją poważne problemy z identyfikacją nieruchomości, ponieważ nie są one ujęte w rejestrach.

SPROSTOWANIA wniosków raportu EBRD

Na wstępie należy zaznaczyć, iż **w Polsce co do zasady nie występują w praktyce problemy z identyfikacją nieruchomości**, w szczególności prawnym przyporządkowaniem budynku (z uwagi na zasadę (art. 46 k.c.), że zabudowa przypada gruntowi). Zatem nie występują osobne rejestry gruntów i budynków (trzeba mieć jedynie na uwadze specyfikę użytkowania wieczystego). W niektórych krajach brak zasady *superficies solo cedit* stanowi problem i tworzy zamieszanie z identyfikacją nieruchomości, zgeneralizowane przez autorów raportu też na Polskę.

Ponadto prawdą jest, iż nie wszystkie nieruchomości mają założone księgi wieczyste (do tych rejestrów nawiązuje zarzut raportu) – **jednak inaczej niż założyli w swoim modelu autorzy raportu – nie rzutuje to na możliwość identyfikacji nieruchomości**. W Polsce bowiem identyfikację nieruchomości przeprowadza się przy wglądzie do rejestru gruntów. Grunty przedstawiające wartość gospodarczą w Polsce (być może nie jest to typowa sytuacja dla krajów republik post-radzieckich) są obmierzone, a system danych katastralnych nieprzerwanie prowadzony był nawet w okresie socjalizmu (kataster, ewidencja gruntów i budynków).

Dla identyfikacji gruntu podstawowy jest kataster – na te dane powołuje się księga wieczysta nie obejmując ich pozytywną rękojmą (decyduje ewidencja gruntów i budynków).

Nie dla wszystkich nieruchomości zidentyfikowanych w katastrze założona jest księga wieczysta – dotyczy to nieruchomości, które na przykład nie były przedmiotem obrotu, bądź ustanawiania praw. Ponadto dla części zasobów istnieją zbiory dokumentów – dawniejsza formuła dzisiejszych ksiąg wieczystych.

Brak księgi nie jest jednak istotną przeszkodą dla ustalenia tytułu prawnego nieruchomości, jak również uwidoczniania ustanawianej hipoteki. W praktyce – wnioski o ustanowienie hipoteki, czy ujawnienie właściciela składa się łącznie z wnioskiem o założenie księgi wieczystej. Gdy procedura jest w toku, funkcjonuje system wzmianki o wniosku, kolejność jest zastrzeżona zgodnie z chwilą złożenia wniosku.(godzina i minuta, w której wniosek wpłynął do sądu)

IV. Pominięte, a mające znaczenie szczególnie dla komparatystycznej części raportu, informacje o dokonanej reformie infrastruktury prawa hipotecznego w Polsce

Wizerunek rynku polskiego w raporcie EBRD, np. według pytania: „Czy system hipotek jest wiarygodny?” (por. tabele porównawcze) pomija podstawowe informacje o reformach dokonanych od 2000 r. Przez to raport przedstawia system jako:

- uwsteczniiony,
- wymagający fundamentalnych reform,
- obciążony znacznym ryzykiem, niewiarygodny,
- dopiero rozpoznający, czym jest własność prywatna i hipoteka po zaszłościach reżimu socjalistycznego.

Raport błędnie zakłada brak przeprowadzenia reform w Polsce – formułuje szereg nieaktualnych już rekomendacji, w efekcie ocenia wiarygodność polskiej hipoteki negatywnie (porównaj szereg tabel porównawczych w raporcie).

1) **Ważne sukcesy pominiętej w raporcie EBRD reformy w Polsce to:**

- przejęcie zasobów ksiąg wieczystych przez sądy od Państwowych Biur Notarialnych, przejęcie przez państwo odpowiedzialności za prawidłowość ich wprowadzenia i wpisów - 1991 r.;
- zniesienie hipoteki ustawowej, będącej tajnym obciążeniem nieruchomości 2001 r.;
- znaczna poprawa pozycji hipotek w kolejności zaspokojenia w postępowaniu egzekucyjnym (ograniczenie wyprzedzających je należności za pracę, pierwszeństwo przed podatkami) – 2001 r.;
- zmniejszenie ryzyka związanego z finansowaniem lokali spółdzielczych (wprowadzenie zasady, iż prawa te w przypadku egzekucji nie wygasają, lecz przekształcają się w prawo własności) – 2002 r.;
- znaczne ulepszenie pozycji wierzyciela hipotecznego w postępowaniu upadłościowym (prawo odrębności, poprawienie kolejności zaspokojenia należności zabezpieczonych hipotecznie) – 2003 r.;
- doprecyzowanie zasad korzystania przez banki z uproszczonego trybu ustanawiania hipoteki na ich rzecz (brak konieczności sporządzania aktu notarialnego – zmniejszenie kosztów) – 2002 -2004 r.;
- zainicjowanie kompleksowej reformy polegającej na elektronizacji systemu ksiąg wieczystych – 2003 r.;
- uproszczenie systemu opłat sądowych za wpisy w księgach wieczystych (stałe stawki zamiast proporcjonalnych) - 2005 r.;
- obniżenie opłat związanych z kredytowaniem hipotecznym (m.in. obniżenie opłat notarialnych i sądowych) - 2005, 2007 r.;
- ułatwienie i uproszczenie obrotu wierzytelnościami hipotecznymi, m.in. poprzez obniżenie kosztów wpisu w księdze wieczystej oraz umożliwienie wykorzystania dokumentów bankowych do ujawnienia zmiany wierzyciela w księdze wieczystej - 2004, 2005 r.;

- dostosowanie zabezpieczenia hipotecznego do potrzeb rynku – wprowadzenie umownej hipoteki łącznej (dopuszczenie zabezpieczenia jednej wierzytelności na kilku nieruchomościach, co umożliwia maksymalne wykorzystanie wartości nieruchomości) – 2001 r.;
- zniesienie pierwszeństwa zaspokojenia hipotek przymusowych zabezpieczających należności podatkowe (ustawa Ordynacja podatkowa) – 2007 r.;
- prawo pozwalające na upapierowanie zabezpieczeń hipotecznych jako obligacje hipoteczne (ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach), listy zastawne (ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych z dnia 29 sierpnia 1997 r.), MBS (ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych – fundusze sekurytyzacyjne, nowelizacja ustawy Prawo bankowe z 1.04.2004 – umożliwienie sekurytyzacji należności bankowych).

2) **Dobra pozycja wierzyciela hipotecznego w polskim systemie**

Odnosić należy ogromny **przełom legislacyjny**, jaki miał miejsce w Polsce w okresie ostatnich lat odnośnie **procedury egzekucyjnej** - wbrew wnioskowi raportu EBRD, że jest to jeden z obszarów największych zaniedbań w prawnej infrastrukturze w Polsce. Przede wszystkim warto wymienić tu **zniesienie hipoteki ustawowej** i innych istotnie podnoszących ryzyko nie ujawnionych, a mających pierwszeństwo przed hipoteką praw oraz **polepszenie pozycji hipoteki w postępowaniu egzekucyjnym**.

Hipoteka ustawowa zabezpieczała wierzytelność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, powstawała na podstawie przepisów szczególnych z mocy prawa, bez wpisu do księgi wieczystej (stąd jej „tajność”) i przysługiwało jej z pewnymi wyjątkami pierwszeństwo zaspokojenia przed innymi hipotekami.

Hipoteka ustawowa została zniesiona w czerwcu 2001 r. W jej miejsce wprowadzono hipotekę przymusową podatkową, uregulowaną w ustawie Ordynacja podatkowa, która jednak obecnie również dla skutecznej kolejności wymaga ujawnienia w księdze wieczystej.

Do roku 2001 r. powszechnie krytykowana była także pozycja należności zabezpieczonych hipotecznie w hierarchii poszczególnych kategorii należności zaspokajanych kolejno z sumy uzyskanej z egzekucji, określonej w art. 1025 kpc. Należności hipoteczne zaspokajane były dopiero w szóstej kolejności, wyprzedzały je między innymi podatki.

W wyniku kolejnych nowelizacji kolejność zaspokojenia wierzytelności hipotecznych została znacząco poprawiona.

Obecnie należności zabezpieczone hipotecznie wymienione są w kolejności piątej, wyprzedzają je jedynie: koszty egzekucyjne (kategoria 1), należności alimentacyjne (kategoria 2), należności za pracę ograniczone do 3 miesięcy oraz renty (kategoria 3), a także należności wynikające z wierzytelności zabezpieczonych hipoteką morską (kategoria 4).

Należności wyprzedzające hipotekę (alimenty, należności za pracę, renty, koszty egzekucyjne) należą do kategorii tzw. wierzytelności uprzywilejowanych z mocy samego prawa, analogiczne regulacje obowiązują także w innych systemach. Nie wydaje się więc być prawdziwym twierdzenie raportu:

„but the legal provisions specially covering mortgages as security have been longely overlooked” [za raportem EBRD].

Raport pomija również fakt prowadzenia aktualnie w Polsce reformy w zakresie elektroniczacji ksiąg wieczystych (co w szczególności ma znaczenie dla analizy np. w tabeli 2, str. 15 raportu EBRD – Księga wieczysta – dostęp internetowy):

3) Informatyczny system ksiąg wieczystych

Informatyzacja ksiąg wieczystych ma na celu ułatwienie, przyspieszenie i poszerzenie dostępu do informacji o nieruchomościach poprzez uzyskanie odpisu księgi wieczystej bez zwłoki, możliwość uzyskania odpisu lub wglądu do każdej księgi wieczystej wprowadzonej już do systemu informatycznego z dowolnego miejsca w Polsce (ułatwiony dostęp do informacji o nieruchomościach położonych w innym regionie). Przy wydziałach sądów rejonowych prowadzących księgi wieczyste działają ekspozytury Centralnej Informacji Ksiąg Wieczystych.

Systemem informatycznym stopniowo obejmowane są kolejne wydziały ksiąg wieczystych w sądach rejonowych na terenie całego kraju - **do lutego 2008 r. objęto już 143 wydziały ksiąg wieczystych, spośród ok. 350 działających w Polsce.** Należy dodać, iż system informatycznym obejmowane są sądy w dużych ośrodkach miejskich, np. objęto nim wszystkie wydziały sądu warszawskiego.

W 2006 r. w systemie informatycznym prowadzonych było **3,2 mln ksiąg na 17,8 mln wszystkich ksiąg.** Do 25.02.2008 r. **w pełni z informatyzowane zostały 44 wydziały wieczystoksięgowe,** tzn., iż wszystkie księgi wieczyste, które prowadzone były przez te wydziały w formie dotychczasowej, przepisane zostały do struktury księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym i znajdują się w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych .

W Polsce w ramach wdrażanej reformy księgi prowadzone już w formie elektronicznej **są dostępne z terenu całej Polski, niezależnie od miejsca położenia nieruchomości** i tym samym sądu prowadzącego daną księgę wieczystą. **Zarówno wgląd do księgi, jak i odpis można uzyskać w każdym sądzie objętym systemem informatycznym** lub w centralnej jednostce w Warszawie. Odpis można uzyskać „od ręki” lub nawet korespondencyjnie. Nie ma wprawdzie jeszcze tzw. dostępu on-line do zasobu ksiąg wieczystych, lecz prace nad nim są prowadzone; resort sprawiedliwości planuje, iż udostępnienie ksiąg wieczystych przez internet dla wszystkich kategorii użytkowników nastąpi do 2010 r. (stosowny projekt zmiany ustawowej zaplanowany jest przez resort w 2008 r.). W 2007 r. Polska została objęta programem EULIS+.

Podobnie kompletnie pominięto reformę hipoteki w egzekucji i upadłości (por. omówienie tej reformy w pkt VII.a niniejszego opracowania).

V. Ocena rekomendacji zmian prawnej infrastruktury zawartych w raporcie EBRD – ich przydatność i skutki dla rynku hipotecznego w Polsce

Cel raportu EBRD – w intencji autorów raport ten ma zapełnić lukę braku kompleksowego i obiektywnego przewodnika odnośnie podstawowych kwestii ram prawnych hipoteki, niezbędnych do przeprowadzenia zmian w krajach reformujących się.

"However, for the transition country that wants to modernize its legal framework for mortgage there is a lack of comprehensive and objective guidance on the basic issues involved. It is that gap that this work aims to fill."

Mortgages in transition economies, EBRD, str. 5

Rekomendacje EBRD zawarte są zasadniczo w formie 10 punktów „EBRD Core Principles for a Mortgage Law” (por. ramka 1 str 11 raportu EBRD), jako komentarze i kryteria oceny zawartych w raporcie tabel porównawczych, na uwagę zasługują też komentarze – *explanatory notes* w aneksie 3, str. 63 i następna raportu EBRD.

1) W ocenie rekomendacji EBRD nasuwają się na wstępie trzy zasadnicze uwagi:

a. Ogólnikowość

Rozwinięcia **rekomendacji**, szczególnie „EBRD Core Principles for a Mortgage Law” są na tyle ogólne, że przystają oczywiście do założeń dobrej reformy każdego systemu. Jednakże użyteczność rekomendacji dla praktyki, przynajmniej w przypadku Polski, jest znikoma z uwagi na poziom rozwoju rynku i infrastruktury prawnej daleko już wybiegający ponad wskazane „ABC”.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że raport powiela rekomendacje sformułowane w 1991 r. - tuż po przełomie ustrojowym bez ich dostosowania do przeprowadzonych zmian. Zatem z tych względów większość rekomendacji jest zbyt zdawkowa, by zainspirować rzeczywisty projekt reform.

b. Kolidują z realiami i tradycja europejskiego systemu

Dodatkowym utrudnieniem stosowania rekomendacji jest to, iż kolidują one i po części nie uwzględniają realiów i tradycji porządków europejskich, przyjmując jako punkt odniesienia praktykę rynku i systemu anglosaskiego. Raport krytykuje np. osadzenie prawa hipotecznego w tradycji prawa rzymskiego, obudowanie doktryną, istotną rolę procedur sądowych.

c. Ryzyko wdrożenia rekomendacji EBRD a pewność obrotu

Z kolei rekomendacje EBRD w rodzaju: „księgi powinny jedynie rejestrować, nie badać prawa”, propozycja odstąpienia od pozytywnej rękojmi ksiąg wieczystych (por. str. 23) zapowiadałyby rewolucję w polskim systemie, której skutki trudno nawet oszacować, jeżeli chodzi o zagrożenie pewności obrotu.

Wydaje się, iż generalnie pakiet proponowanych reform nie przystaje już do obecnego etapu rozwoju polskiego rynku hipotecznego. Główna reforma w Polsce już się dokonała, wytyczony został także dalszy kierunek reform.

Obecnie wyzwaniem jest raczej **konsekwentne wdrażanie i zapewnienie spójności wewnętrznej** stosowania prawa – temu wyzwaniu wiele z rekomendacji EBRD nie służy (jak np. pozbawienie wpisów w księgach wieczystych rękojmi pozytywnej).

"The legal framework for mortgage is, however, looked at comprehensively. It is not just the law on the books, but it also includes the way the law is applied, the institutions that apply it and, ultimately, the result that is delivered. The starting point for our analysis is to look at what is needed to provide an efficient security instrument in the context of modern market practice (and predictions of future trends). Only then should the precedent of laws of countries with more advanced mortgage markets be examined. Most mortgage laws were designed a long time ago. Even where they have been adopted recently they are based on much older laws, but the mortgage markets of 2007 bear little relation to those of 50 or 100 years ago."
EBRD, str. 5

Przytoczony wyżej fragment zawiera deklarację ujęcia w raporcie efektywnych wzorców implementacji prawa hipotecznego w praktyce. Słusznie autorzy zauważają, że prawo to nie tylko zapis w książkach, ale przede wszystkim sposób stosowania, instytucje stosujące i rezultaty.

Niestety wątek ten nie został w raporcie rozwinięty w sposób odnoszący się do rzeczywistych potrzeb praktyki – przynajmniej nie w odniesieniu do Polski.

2) WĄTPLIWOŚCI

a. Czy EBRD słusznie stosuje do oceny prawa hipotecznego analogiczne podejście i rekomendacje uprzednio zastosowane do praw na rzeczach ruchomych?

"The methodology used was similar to that of the EBRD Regional Survey of secured transactions, which covers security over movable property and was first published in 2000."

Mortgages in transition economies, EBRD, str. 5

W raporcie, szczególnie w części poświęconej „regional survey” została zastosowana ta sama metodologia, której EBRD użyło do badania w 2000 r. odnośnie transakcji zabezpieczonych oraz zabezpieczeń na ruchomościach.

Polski system celowo różnicuje i osobno reguluje zabezpieczenie na nieruchomości i rzeczach ruchomych. To kolejna różnica z modelem anglosaskim i przy rozwiązaniu polegającym na odejściu od tej tradycyjnej zasady należy zachować dużą ostrożność, by nie osłabić instytucji hipoteki.

b. Czy rekomendacje zmian prawa bez uwzględnienia pozycji dłużnika są realne do przeprowadzenia?

Istotną wadą rekomendowanych reform jest uwzględnienie przez autorów raportu jedynie punktu widzenia i uprawnień wierzyciela hipotecznego do szybkiego i skutecznego ustanowienia hipoteki, a potem ewentualnie zrealizowania jej wartości. O ile bowiem takie podejście może mieć rację bytu przy subiektywnej ocenie skuteczności prawa wierzyciela - tak jak prezentuje to raport - to jednak wydaje się, iż zmiana tegoż prawa, reformy systemowe muszą, przynajmniej w warunkach europejskich, uwzględniać i wyważać również pozycję dłużnika hipotecznego. Hipoteka jako prawo rzeczowe skutkuje regulacjami wobec zarówno

wierzyciela, jak i dłużnika, a także osób trzecich. **Rekomendacje reformy powinny zatem analogicznie odnosić się do pełnego pakietu, a nie jak czyni to raport – w sposób wyizolowany, w odniesieniu jedynie do jednej ze stron postępowania.**

W przeciwnym razie iluzją jest przeprowadzenie takich reform w demokratycznych procedurach parlamentarnych lub też jako wynik jednostronnego lobbingu, ponieważ nie byłyby one trwałe.

Ujęcie uprawnień dłużnika hipotecznego w sposób wyważony jest w większości przypadków podejmowanych reform największym wyzwaniem dla ich autorów. Niestety raport nie wnosi tu pomocnych propozycji rozwiązań, formułując jedynie ogólnikowe postulaty, z którymi w sposób oczywisty, wierzyciele hipoteczni się zgadzają.

Raport dystansuje się od tego wyzwania, które w istocie jest najtrudniejszą kwestią do wyważenia w reformach hipotecznych – szczególnie przy dynamicznie rozwijającym się prawie konsumenckim. Raport i jego rekomendacje przyjmują wyłącznie punkt widzenia i ocenę efektywności funkcjonowania prawa z punktu widzenia **kredytodawcy hipotecznego:**

*„Debtor need some degree of protection, but overprotection inevitably Leads to a reduction in availability of credit. **This publication does not attempt to address where the balance should be struck**”*

Mortgages in transition economies, EBRD, str. 8

3) Podstawowe zasady EBRD w zakresie prawa hipotecznego (EBRD Core Principles)

1. *Hipoteka powinna obniżyć ryzyko związane z udzieleniem kredytu, prowadząc do wzrostu dostępności kredytu na lepszych warunkach.*
2. *Prawo powinno umożliwiać szybkie, tanie i proste tworzenie uprawnień do majątku stanowiącego zabezpieczenie bez pozbawiania osoby, której mienie jest obciążone hipoteką, prawa do używania swojej własności.*
3. *Jeśli zabezpieczony dług nie zostanie spłacony, wówczas wierzyciel hipoteczny powinien być w stanie spowodować zbycie majątku obciążonego hipoteką oraz przeznaczenie uzyskanych z tego tytułu środków pieniężnych na zaspokojenie swoich roszczeń przed innymi wierzycielami.*
4. *Procedury egzekucyjne powinny umożliwiać niezwłoczne zbycie majątku obciążonego hipoteką według wartości rynkowej.*
5. *Hipoteka powinna być ważna i egzekwowalna po ogłoszeniu upadłości lub niewypłacalności dłużnika hipotecznego.*
6. *Koszty ustanowienia, utrzymywania i wykorzystania hipoteki powinny być niskie.*
7. *Możliwość ustanowienia hipoteki powinna istnieć dla (a) wszystkich rodzajów majątku nieruchomego (b) w celu zabezpieczenia wszystkich rodzajów zadłużenia oraz (c) w stosunkach między dowolnego rodzaju osobami.*
8. *Należy stworzyć efektywny sposób ogłaszania informacji o ustanowionych hipotekach.*
9. *Prawo powinno określać zasady regulujące korzystanie z kolidujących uprawnień przez osoby, których należności zabezpieczono hipotecznie, oraz inne osoby zgłaszające roszczenia do majątku obciążonego hipoteką.*
10. *W miarę możliwości strony powinny mieć możliwość dopasowania hipoteki do potrzeb konkretnej czynności prawnej (transakcji).”*

Mortgages in transition economies, EBRD, str. 11

KOMENTARZ/ uwagi do podstawowych zasad EBRD:

“EBRD Core Principles for Mortgage Law” uwzględniają szereg zasad, pomijają jednak fakt, że prawo hipoteczne ma być nie tylko szybkie, tanie i proste, lecz powinno gwarantować także pewność istnienia i niepodważania ustanowionego zabezpieczenia przez cały okres kredytu.

Autorzy raportu najwyraźniej nie dostrzegają, iż w większości badanych państw przełomowe reformy już się dokonały (podstawowe 10 zasad jest spełnione). Zdobyto doświadczenia na rynkach poddanych ogromnej dynamice rozwoju. Dlatego zazwyczaj rzeczywistym problemem jest pytanie nie o to, jak reformować, ale jak utrzymać konsekwencję i kierunek reform, gdyż jest to proces długotrwały i wymagający ciągłej determinacji oraz nakładów finansowych.

4) POSTULATY FUNDACJI WYPRACOWANIA REKOMENDACJI RZECZYWIŚCIE PRZYDATNYCH DLA REFORMY

Niezmiernie przydatne byłoby pogłębienie analiz i wypracowanie rekomendacji rozwiązań w następujących obszarach, uszczegóławiając hasła „Core Principles”:

- a. dot. osiągnięcie pożądanej szybkości wpisu hipoteki w księdze wieczystej:
 - organizacja pracy sądów; jak pogodzić trwającą reformę informatyzacji, okresowe migracje ksiąg wieczystych z boomem na rynku nieruchomości i wzrostem napływających spraw o wpis czy zakładanie ksiąg wieczystych – logistyka procesów w krajach transformacji, wsparcie techniczne, know-how dla bezkolizyjnego zarządzania zasobami ksiąg w trakcie reformy (częściowo w formie elektronicznej, częściowo papierowej).
- b. dot. osiągnięcie wysokich wskaźników czasu i procentu odzyskiwalności hipoteki w procesie egzekucji:
 - wyważenie praw wierzycieli hipotecznych, ograniczenie uprawnień do składania zarzutów i przedłużania lub blokowania postępowania – wypracowanie standardu pakietu tychże uprawnień na akceptowalnym przez strony poziomie, wskazanie takich „rozsądnych pakietów” uprawnień i nakazów (całkowita ich negacja nie wydaje się pragmatycznym rozwiązaniem); usprawnienie i upowszechnienie procesów licytacji nieruchomości - przykłady platform i rozwiązań elektronicznych, pakiet prawnych rozwiązań godzących nadzór sądu z rynkowością procedur.
- c. dot. postulat prostoty ustanawiania zabezpieczeń:
 - tu w wielu państwach zaistniały lub przygotowywane są rozwiązania w kierunku ograniczenia akcesoryjności hipotek. Zazwyczaj obok tradycyjnie akcesoryjnej hipoteki wprowadzane są alternatywne rozwiązania w rodzaju długu gruntowego czy szwajcarskiego Schuldbriefu – tak na przykładzie Węgier, Słowenii, Estonii, projekt ustawy w Polsce. Europejska koncepcja Eurohipoteki jest tu bardzo pomocną i konstruktywną propozycją. Rekomendacje EBRD w tym punkcie można niestety odczytać negatywnie wobec takiej reformy (jako argument przeciw podnosi się jej kompleksowy charakter) na rzecz poszukiwania prostych rozwiązań ad hoc wszędzie tam, gdzie z uwagi na nowy typ transakcji rynek zgłasza taką potrzebę.

Tego poziomu badań rzeczywistych problemów i ewentualnych rekomendacji raport nie zgłębia. Jednocześnie niektóre z rekomendowanych kierunków ogólnych powodowałyby zawrócenie z wytyczonych już torów toczących się zmian. Wbrew rekomendacjom EBRD cenione są kierunki: zwiększanie mocy materialnoprawnej ksiąg wieczystych, uelastycznianie akcesoryjności hipotek,

reformy sądowych procedur przy egzekucji z nieruchomości lub realizacji hipoteki w sytuacji upadłości.

VI. Część szczegółowa raportu „Mortgage Regional Survey and comparative overview” - sprostowania

Tabele, *scoreboardy* – sprostowania co do faktów, uzupełnienia i uwagi

Jak już wskazano w pkt. I. niniejszego opracowania, ocena jakości systemów w raporcie EBRD wypada negatywnie, szczególnie w takich kluczowych punktach **jak sprawność rejestrowania hipotek oraz efektywność egzekucji zabezpieczeń hipotecznych.**

Przedmiotem poniższych uwag jest weryfikacja przytoczonych wniosków z punktu widzenia jednego tylko badanego państwa – **Polski**. Jakkolwiek autorzy uwag nie dysponują bazą informacji komparatystycznych z innych krajów, co pozwoliłoby odnieść się do końcowej porównawczej oceny – w toku analizowania opublikowanych danych i opinii o polskim systemie hipotecznym – staraliśmy się też podzielić uwagami odnośnie metodologii oraz warsztatu dokonywania, porównań szczególnie wtedy gdy na przykładzie dostrzeżonych braków informacji merytorycznych powstało przypuszczenie, iż może rzutować to na wiarygodność poszczególnych wniosków badania.

Analiza ujętej w raporcie bazy informacji o systemie w Polsce zaowocowała zgłoszeniem szeregu uwag, które ujęte zostały w następujące kategorie:

- sprostowania merytoryczne;
- uzupełnienia o informacje brakujące i mające znaczenie dla wniosków i ocen (szczególnie gdy zauważono, iż w przypadku innych analizowanych państw przytaczane są określone wątki);
- zwrócenie uwagi na precyzję i adekwatność metodologii.

a. Wykres 2 dot. Księgi wieczyste – dostępność w Internecie:

Table 2
Land registers – availability on the internet

All basic information publicly available	Limited information publicly available	System under construction, not all information available	Information available to restricted persons	Not available
Czech Republic Estonia Hungary Latvia Lithuania	Ukraine*	Croatia Serbia Slovak Republic Slovenia		Bulgaria Georgia Kazakhstan Kyrgyz Republic Poland Romania Russia
England The Netherlands			Germany**	France

Notes: * Mortgage Information is available but not title Information.

** Only available to notary offices.

Mortgages in transition economies. EBRD, str.15

Uwaga co do metodologii: w konstrukcji tabeli widoczna jest niespójność tytułu (dostępność przez Internet) z faktyczną zawartością, która odpowiada zagadnieniu – czy istnieje prawo wglądu w treść księgi wieczystej (publiczny dostęp).

Brak tej spójności tworzy obawę o nieporównywalność wyników. Informacja o wpisach może być dostępna publicznie: w sposób pełny, limitowany, określonym podmiotom, niedostępna. Brak dostępu on-line przez Internet nie wyklucza przecież pozytywnej odpowiedzi na pytanie o publiczny dostęp do treści ksiąg wieczystych – są różne rozwiązania prowadzące do osiągnięcia tego celu, gwarantowane w systemach prawnych.

SPROSTOWANIE wniosków EBRD

W stosunku do Polski podana została informacja o braku dostępu do ksiąg wieczystych przez Internet. Również nie uwzględniono Polski w kręgu krajów, gdzie podejmowane są reformy ulepszające, choć tabela przewiduje kategorię: systemy w trakcie konstrukcji (por. pkt. informacji o reformach w Polsce – pkt III.4. niniejszego opracowania).

"Some countries have found pragmatic solutions to facilitate mortgage transactions pending improvements in land registers, for instance in Ukraine (see Box 2), and in Croatia where a mortgage can be created over a property not yet registered in the land register."

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 16

Reformy przeprowadzone w Polsce nie zostały uwzględnione w podobny sposób. W istocie w Polsce istnieje pełna dostępność publiczna treści księgi wieczystej, w części zelektronizowanej – także przez Internet (poprzez tzw. ekspozytury działające przy wydziałach ksiąg wieczystych).

b. **Tworzenie i transfer hipoteki - odmienne i uwsteczniające reformy podejście EBRD do akcesoryjności hipoteki:**

"c. Accessory – should the mortgage be accessory to the secured debt?"

Accessory is often cited as a curb on flexibility for mortgage creation and as an obstacle to the transfer of mortgage. These problems, in fact, do not come from the concept of accessory, which is self-evident: a mortgage always depends on the existence of a debt secured by a property, and in the absence of a secured debt a mortgage creditor can exercise no rights under it. In that sense there is no such thing as a "non-accessory mortgage". While there is general agreement that the secured debt has to exist and be defined with adequate certainty for a mortgage to be enforced, requirements for the debt also to be in existence and/or specified at the time of mortgage creation vary considerably from one country to the next. Difficulties often arise from the way in which in some jurisdictions the so-called "doctrine of accessory" is applied. The requirements that result from such a doctrine can limit the kind of transactions that can be secured by mortgage and the way they can be structured."

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 18

Autorzy do oceny skutków akcesoryjności przyjęli błędne założenia rozumienia tego pojęcia (przynajmniej w odniesieniu do polskiego systemu prawa).

Autorzy zakładają, że nie-akcesoryjność oznacza brak powiązania długu z zabezpieczeniem, co dawałoby wierzycielom prawo dochodzenia roszczeń z hipoteki niezależnie od tego, czy ona istnieje (to w naszym rozumieniu oznaczałoby raczej abstrakcyjność prawa).

Dalej twierdzą, iż w tym sensie nie istnieje coś takiego jak prawa nie-akcesoryjne. (to raczej zdaniem EBRD wymysł interpretacji)

„In that sense there is no such thing as a "non-accessory mortgage".

Trudności z akcesoryjnością autorzy EBRD upatrują w doktrynie akcesoryjności (komplikowaniu sprawy przez tworzących doktrynę prawa), a nie w samym prawie.

„Difficulties often arise from the way in which in some jurisdictions the so-called “doctrine of accessory” is applied.”

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 18

Przywołują **niemiecki przykład “Grundschuld”** jako ilustrację abstrakcyjnego prawa zabezpieczania: *„since it is created as an abstract security right” (EBRD).*

Autorzy raportu nie dostrzegają związku pomiędzy akcesoryjnością hipoteki a możliwościami elastycznego transferu kredytu z hipoteką (zalet niemieckiego „Grundschuldu” upatrują nie na tym polu, lecz umożliwienia zabezpieczenia kredytu ze zmiennymi odsetkami).

W efekcie rekomendacja EBRD sprowadza się do postulatu uregulowania transferu wierzytelności hipotecznych szczególnie dla transakcji sekurytyzacyjnych. Po przeprowadzeniu tego zabiegu, zdaniem EBRD jakkolwiek zaleta nie-akcesoryjności praw hipotecznych dla problemu elastycznego transferu zabezpieczeń przestaje mieć znaczenie.

„If they do so, any advantage of the non accessory mortgage on transfer falls away”.

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 18

W efekcie obecną w różnych jurysdykcjach dyskusję odnośnie akcesoryjności, która prowadzi do zawirowań⁷ i – jak się wydaje - jest niezrozumiała dla autorów raportu, będzie można porzucić, bo „stanie się jasne, że zalety nie-akcesoryjności mogą być iluzoryczne”⁸.

SPROSTOWANIE

Autorzy raportu najwyraźniej mylą pojęcie praw nie-akcesoryjnych z prawami abstrakcyjnymi.

Uznając wagę raportu i cel wpływu – rekomendacjami na reformę hipoteczną w 17 państwach objętych raportem uważamy za niezwykle istotne przyjęcie poniższych sprostowań. Bowiem rekomendacja EBRD, polegająca na uregulowaniu transferu hipotek tylko dla określonych kategorii transakcji (np. dla celów sekurytyzacji) z jednoczesnym zaniechaniem uelastyczniania akcesoryjności praw hipotecznych, stoi w sprzeczności zarówno z reformami, które są już w wielu państwach zaawansowane (jest dla nich szkodliwa), jak też rekomendacja ta (w tak uproszczonym wariantcie) wbrew założeniom jej autorów nie doprowadziłaby do efektywnego i skutecznego rozwiązania transferu hipotek nawet dla wąskiego celu sekurytyzacji.

Problem elastyczności hipoteki musi być zdecydowanie rozwiązany zmianą prawa a nie, jak radzi EBRD, zmianą poglądów sędziów (amerykanizm podejścia do reformy).

⁷ “Any discussion.. leads to crossed wires”, *Mortgages in transition economies.* EBRD, str. 18

⁸ “But when the issues surrounding accessory are looked at detached from any specific legal system and are analysed in the context of the practical effect they may have on a mortgage transaction it becomes clear that the advantages of non-accessory may be illusory.” *Mortgages in transition economies.* EBRD, str. 20

Odnosząc się po kolei do twierdzeń raportu:

Akcesoryjność hipoteki, wbrew stwierdzeniu raportu, nie wynika z doktryny – podstawą są precyzyjne uregulowania – w przypadku Polski art. 79 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych hipotece: „Wierzytelność zabezpieczona hipoteką nie może być przeniesiona bez hipoteki, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Zatem wbrew temu, co twierdzą autorzy raportu, istnieje ściśle powiązanie pomiędzy akcesoryjnością a elastycznym przenoszeniem wierzytelności hipotecznej bez zabezpieczenia i odwrotnie.

Dążeniem reformatorskim (uwzględniającym doświadczenia szwajcarskiego Schuldbriefu, niemieckiego Grundschuldu, węgierskiego önálló zálogjog, czy koncepcji Eurohipoteki) jest „przeniesienie” kwestii treści stosunku zobowiązaniowego (z umowy kredytu hipotecznego – tj. oprocentowanie, cel, rozmiar finansowania i inne warunki kredytu, które dynamicznie podążają za potrzebami dłużnika hipotecznego) ze sfery objętej prawem rzeczowym (treść hipoteki i domniemania, wynikające z wpisu hipoteki z księgi wieczystej) w sferę zobowiązań umownych – skutecznych między stronami – bankiem i kredytobiorcą.

W ten sposób wszelkie czynności proceduralne – związane z przenoszeniem wierzytelności hipotecznej będą mogły być prowadzone efektywnie i ze skutkiem natychmiastowym – w momencie zawarcia umów zobowiązaniowych – np. transakcji zakupu wierzytelności, bez konieczności „przerejestrowywania” hipoteki na nowego wierzyciela. To samo możliwe będzie do osiągnięcia dla celów podziału wierzytelności, finansowań konsorcjalnych, transakcji portfelowych, emisji papierów wartościowych itd.

Ażeby to umożliwić, w odpowiednich regulacjach należy wykluczyć przepis o akcesoryjności – jak np. przytoczony na wstępie polski art. 79 ust. 1 ukwh. Dzięki temu nie będzie powstawało właściwe dla akcesoryjności ryzyko, iż szeroko pojęta zmiana treści umowy kredytowej oraz ewentualny transfer/zakup wierzytelności, bez jednoczesnego transferu zabezpieczenia rzeczowego, pozbawiają transakcję prawnej skuteczności. Akcesoryjna hipoteka też spełnia swoją funkcję w obrocie, dlatego równolegle proponowane są formy nieakcesoryjne – jak dług gruntowy.

Krytykowana w raporcie EBRD **doktryna** w prawnych porządkach systemu europejskiego odgrywa jednak bardzo ważną rolę dla interpretacji i funkcjonowania prawa (analogicznie do systemu *case-by law* zapewnia przewidywalność, bezpieczeństwo i pewność stosowania prawa). Wbrew życzeniom autorów – nie da się wykluczyć tej wielowiekowej tradycji – w celu pragmatycznego i prostego rozwiązania kwestii transferu hipotek. Dlatego też **reformy odchodzące od ścisłej akcesoryjności hipotek nie są proste** – obejmują wiele obszarów prawa powiązanego z przepisem o akcesoryjności – uwzględniając w tym sposób ustanawiania prawa, transferu, egzekucji, procedur wieczysto- księgowych (odrębna kwestia rejestrowania bądź nierejestrowania nowego wierzyciela hipotecznego w księdze), opłat, roli notariusza i oczywiście konieczność dostosowań w fundamentalnych podstawach prawa – tj. w kodeksie cywilnym.

Jednak jedynie spójnie przeprowadzona reforma gwarantuje skuteczność nowych, bardziej elastycznych rozwiązań. Oczywiście dla osiągnięcia tego celu musi zaistnieć konsensus ustawodawstwa, praktyki i doktryny. Wszelkie zaś rozwiązania ad-hoc, wyrывkowo traktujące dany typ transakcji, jak pokazuje praktyka, nadal obciążone są ryzykiem prawnym, bo wyrwane są z szerszego kontekstu prawa, ponadto ukierunkowują rozwój rynku w obszar objęty przywilejem, co niekoniecznie przystaje do racjonalności zachowań ekonomicznych.

Zatem słusznym założeniem wydaje się, wbrew podejściu EBRD większy wysiłek logistyczno-intelektualny na rzecz prawdziwej reformy, zamiast ad-hoc spektakularnych rozwiązań, których efektywność w realiach prawa kontynentalnego jest iluzoryczna.

Mamy nadzieję przekonać EBRD do zmiany rekomendacji dot. bagatelizowania reform na rzecz uelastyczniania akcesoryjności hipotek. Są to bowiem reformy o kapitalnym znaczeniu dla rozwoju wtórnego rynku hipotecznego. Pragniemy też podkreślić, iż w złożeniach do polskiej reformy w tym obszarze, podobnie jak w koncepcji Eurohipoteki podkreśla się, iż hipoteka nie-akcesoryjna nie będzie w żadnym wypadku prawem abstrakcyjnym – to jest abstrakcyjnie oderwanym od faktu czy dług istnieje, czy i w jakiej części został spłacony – dla ustalenia wysokości egzekwowanych roszczeń.

c. **Tabela 3 dot. zaangażowanie notariusza w powstanie hipoteki:**

Notarial deed required	Notarial deed used in practice	Other compulsory notarial involvement*	No notarial involvement
Bulgaria Estonia Georgia Kyrgyz Republic Lithuania Poland** Romania	Croatia Hungary Slovenia	Czech Republic Latvia Ukraine	Kazakhstan Russia Serbia*** Slovak Republic
France The Netherlands	Germany		

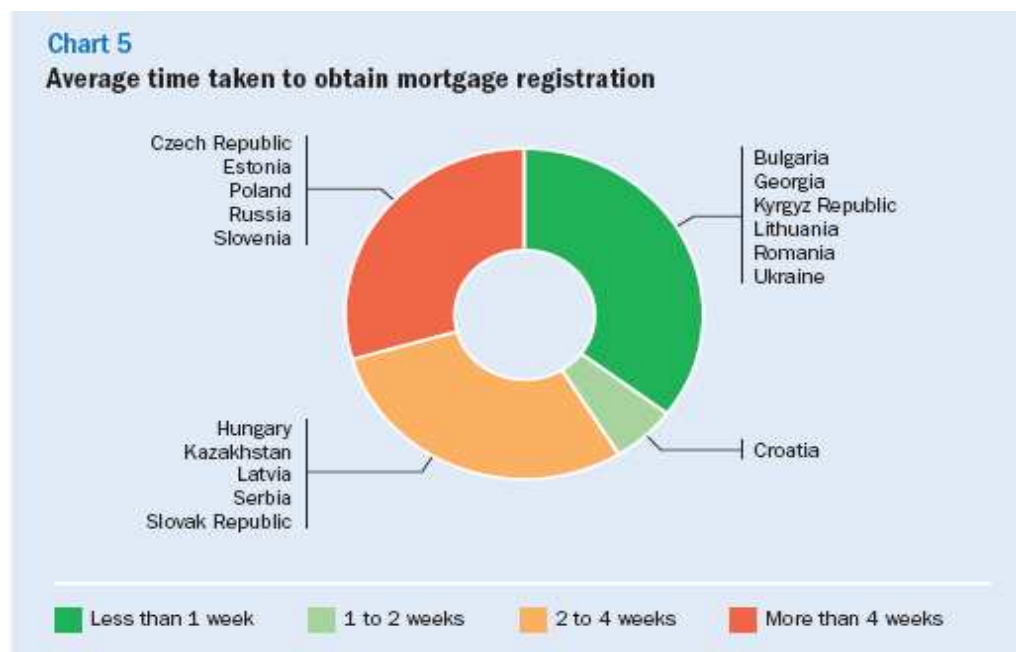
Notes: * Usually signature certification
 ** Not required when the mortgage creditor is a bank
 *** Signature certification must be done at the court

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 21

SPROSTOWANIE DO TABELI 3

Słusznie zaznaczono w stopce tabeli, iż w Polsce udział notariusza nie jest wymagany w przypadku, gdy hipotekę ustanawia się na rzecz banku. Biorąc jednak pod uwagę, że raport dotyczy głównie funkcjonowania hipotek w obrocie bankowym, **sugerowalibyśmy umieszczenie Polski w kontekście odpowiadającym praktyce – w kolumnie 2 lub 4** z wyjaśnieniem, iż formę notarialną stosuje się, gdy hipoteka nie jest ustanawiana na rzecz banku. Podstawą dla praktyki jest jednak w Polsce tzw. hipoteka bankowa bez udziału notariusza.

d. **Wykres 5 dot. czas rejestracji hipotek (rekomendacja EBRD wąskiego rozumienia celu i weryfikacji rejestracji):**



Mortgages in transition economies. EBRD, str. 22

• SPROSTOWANIE DO TABELI 5

W przypadku Polski – zgodnie z kryteriami EBRD – czas powinien być liczony do momentu ujawnienia wzmianki (1 kategoria: *less than 1 week*), a nie do pełnego wpisu

• Rozbieżne podejście autorów EBRD i respondentów do pytania o średni czas potrzebny do uzyskania zarejestrowania hipoteki

Autorzy wyjaśniają, jak powinien być rozumiany cel i efekt rejestracji hipotek.

"The aim of registering a mortgage is therefore to confirm to the world the validity of the mortgage in the same way as title registration confirms a transfer of land title. This approach derives from the principle that any person should be able to rely on the accuracy of information shown in the land register."

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 22

Rekomendowanym przez EBRD i wystarczającym podejściem do rejestracji jest zatem zapewnienie następującego efektu:

- **po pierwsze osoby trzecie są ostrzeżone, iż hipoteka istnieje lub złożono wniosek o jej ustanowienie (or is claimed to exist);**
- **po drugie określa precyzyjny moment, od którego liczone jest pierwszeństwo.**

Dalej autorzy wywodzą, iż skuteczność prawna hipoteki (*validity of the mortgage*) leży po stronie kredytodawcy hipotecznego – powinien on być w stanie wykazać ważność tytułu do nieruchomości, ważność tytułu do hipoteki oraz ważność samej umowy kredytowej. Przy postępowaniu egzekucyjnym i tak mogą być podniesione pytania odnośnie ważności.

Zatem EBRD rekomenduje, iż przy wpisie hipoteki do księgi wieczystej „wymaganie od podmiotu prowadzącego rejestrację lub jakiegokolwiek zewnętrznego podmiotu, aby badał i potwierdzał ważność każdej hipoteki,

która ma być zarejestrowana, tworzy niepotrzebną przeszkodę (*burden*), która opóźnia powstanie hipoteki, a wymóg ten ma małą wartość lub w ogóle nie wnosi wartości dla osób trzecich lub dla wiadomości publicznej”.

*“The case for the land register providing the public with guaranteed information on ownership of land is unquestionable, but the position for mortgage is different. **The desired effects of registration of mortgage are:** first, to alert third parties that a mortgage exists, or is claimed to exist; secondly, to establish the precise time from which it would have priority.”*

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 22

KOMENTARZ/ ODNIESIENIE DO POLSKIEGO SYSTEMU

Odnosząc się do analizy polskiego systemu i praktyki rejestracji hipotek stwierdzić należy, iż wyznaczony cel i postulaty rejestracji w księgach wieczystych zabezpieczenia hipotecznego **spełnia instytucja wzmianki** o rejestrowanej hipotece.

Możliwość i treść wzmiankowania w księdze wieczystej o określonych prawach jest ściśle uregulowana.

Wzmianka jest rejestrowana i widoczna w treści księgi wieczystej, również w dostępnych na żądanie odpisach z księgi.

Efekt polskiej „wzmianki” jest taki sam jak cel określony przez EBRD jako kryterium rejestracji hipoteki:

Po pierwsze:

- ostrzeżenie dla osób trzecich, że do danej nieruchomości istnieje roszczenie o obciążenie jej hipoteką.

To działanie zapewnia przepis art. 8 ukwh stanowiący, że wzmianka o wniosku wyłącza rękojmię – zatem nikt nie może twierdzić, iż dokonuje w związku z nieruchomością transakcji, w przekonaniu, że jest ona wolna od obciążeń.

Po drugie:

- wzmianka o hipotece ustanawia bardzo precyzyjnie (zgodnie z polskimi przepisami co do minuty) pierwszeństwo praw, w szczególności w zbiegu z innymi hipotekami.

To działanie zapewnia przepis, mówiący o tym, że ustalenie kolejności hipotek odnosi się wstecz do momentu złożenia wniosku o wpis.

Zatem z punktu widzenia kryteriów EBRD prowadzenie wpisów hipotek w księdze wieczystej mogłoby w zasadzie zakończyć się już na rejestracji na opisanym etapie. Bowiem procedura, która następuje po dokonaniu wzmianki, realizuje w opinii EBRD, funkcje nie mające znaczenia dla osób trzecich, zmierzające do efektu autentyzacji hipoteki (*authenticating*). W tym celu podejmowane są dodatkowe, dogłębne procedury sprawdzające.

REKOMENDACJA EBRD

Rekomendacją EBRD jest, by wymagania przy rejestracji były zawężone do tych, które są niezbędne do osiągnięcia pożądanego efektu (por. wyżej), tj. upublicznienia prawa wierzyciela hipotecznego obciążenia nieruchomości hipoteką – wtedy rejestrujący musi jedynie:

- a) sprawdzić, że hipotekowany jest zarejestrowany jako właściciel;

- b) sprawdzić, że podmiot wnioskujący o rejestrację jest hipotekowanym (*mortgagor* - dłużnik hipoteczny);
- c) upewnić się, że informacje odnoszące się do hipoteki w rejestrze właściwie odzwierciedlają informacje przekazane przez osobę wnioskującą o hipotekę.

"The process for registration should be designed to be simple and rapid. The requirements should be limited to what is necessary to achieve the intended effect. If, as in most traditional systems, registration is intended to "authenticate" the mortgage the process will be more onerous because the registrar will have to be satisfied either by his own enquiry or by relying on notarization that the mortgage has been validly created. If, as explained above, registration is merely intended to publicize the claim of the mortgagor that he has created a mortgage, the registrar has only to:

- check that the mortgagor is registered as owner of the mortgaged property (see Part III 3.2 b.)

- check that the person requesting registration is the mortgagor or a person duly authorized by him

- ensure the information relating to the mortgage in the register accurately reflects the information given by the person who requested registration."

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 22

POLSKIE ROZWIĄZANIA

Zgodnie z polskimi procedurami oraz praktyką wszystkie te trzy punkty realizowane są już na etapie zarejestrowania wniosku o wpis, czego pierwszym efektem będzie wzmianka w księdze wieczystej. Na ten moment dokumentacja towarzysząca ustanawianiu hipoteki zawiera bowiem:

Ad. a) odpis z księgi wieczystej, stwierdzający, kto jest ujawnionym właścicielem według dobrej praktyki bankowej także akt notarialny, inny tytuł nabycia, oświadczenia dodatkowe właściciela;

Ad. b) zgodnie z polskim systemem nie powstaje wątpliwość, czy wnioskujący o hipotekę jest dłużnikiem hipotecznym, ponieważ o hipotekę zazwyczaj wnioskuje bank – wierzyciel hipoteczny. Jednak nawet jeśli wniosek składa sam dłużnik (kredytobiorca), w praktyce powyższa wątpliwość też nie powstanie (spójne ustalenia tożsamości wnioskującego o hipotekę z dłużnikiem z umowy kredytowej i właścicielem nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej lub akcie notarialnym przenoszącym własność).

Ad. c) podobnie jak w pkt. b), z uwagi na regulacyjnie zastrzeżoną aktywną rolę banku albo notariusza, nie zachodzi ryzyko rozbieżności informacji zawartych we wniosku.

SPROSTOWANIE KONKLUZJI EBRD (tabela 5 str. 22 raportu) DOT. CZAS REJESTRACJI

Zatem wykres nr 5 powinien uwzględniać Polskę w grupie państw, gdzie na wpis oczekuje się **krócej niż 1 tydzień!**

System ksiąg wieczystych i hipotek w Polsce stosuje kryteria wpisu i sprawdzania jego podstaw – **w pełni w obszarze nie rekomendowanym przez EBRD**. W szczególności badane są podstawy materialno-prawne wpisów, charakter wierzytelności, tytuły prawne nabycia nieruchomości itp.

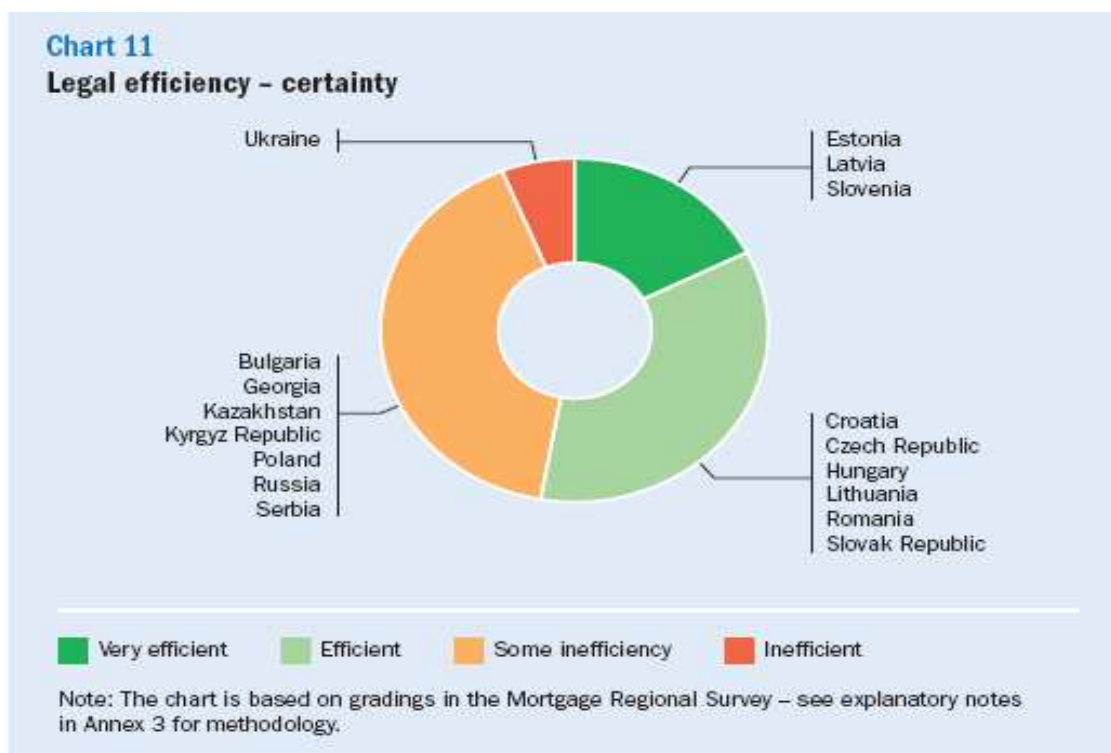
Wpis następuje po wydaniu sądowego postanowienia o wpisie.

W rezultacie państwo – sądownictwo powszechne ponosi odpowiedzialność za prawidłowość ujawnionych w księdze wieczystej praw, w szczególności obciążeń

rzeczowych, z odpowiedzialnością odszkodowawczą w przypadku pomyłek i błędów włącznie.

Raport EBRD słusznie zauważa, iż wysokie standardy wymagań merytorycznych analizowania wniosków w procedurach rejestracji hipotek wydłużają czas i uciążliwość procedur, jednakże **ogromnym nieporozumieniem jest rozpatrywanie tego faktu w kategoriach zarzutu co do pewności ustanowienia hipoteki.**

e. **Wykres 11 dot. pewność – prawna efektywność hipoteki (rekomendacja EBRD rezygnacji z pozytywnej ręką ksiąg wieczystych)**



Mortgages in transition economies. EBRD, str. 38

Polska została tu zakwalifikowana do 3 z czterech kategorii – jako trochę nieefektywna (*some inefficiency*), wśród kategorii: bardzo efektywna, efektywna trochę nieefektywna, nieefektywna. Ponieważ jednak autorzy nie podają żadnego uzasadnienia, trudno odnieść się do tego stwierdzenia.

Jednym z badanych zagadnień w tym miejscu jest kwestia: czy istnieją problemy z ustaleniem, czy na nieruchomości jest ustanowiona hipoteka czy też innego rodzaju prawa obciążające.

W komentarzu autorzy podsumowując ocenę bezpieczeństwa – spośród pozytywnie ocenionych państw Europy Środkowej, które charakteryzują się większą pewnością niż państwa położone dalej na wschód – **wyłączają Polskę jako negatywny przykład braku tegoż bezpieczeństwa hipoteki.**

Również jako negatywny przykład **pewności zabezpieczeń raport EBRD podaje Francję oraz Niemcy – „we Francji i Niemczech, osoba trzecia, która chciałaby określić, czy nieruchomość jest obciążona hipoteką – napotkałaby istotne problemy” (str. 37 EBRD).**

Badana jest również kwestia uciążliwości w postępowaniu egzekucyjnym podejmowanych przez dłużnika. Najgorzej została oceniona tu Polska i Gruzja.

"In Ukraine lenders are concerned by a law designed to protect families with children, which makes eviction subject to approval from the Ministry of Youth Affairs. Mortgage loans are sometimes made conditional on receipt of such administrative approval, which can involve a lengthy procedure without predictable results, (...)

In France and Germany, a third party who wants to determine whether a property is mortgaged faces considerable difficulties (...)

*The situation is shown to be **worst in Georgia and Poland**, followed by Russia and Ukraine. In Russia debtors often apply for postponement, which can be granted by a court for a period of up to one year. A similar right to apply for postponement exists in Kazakhstan. In Georgia, the mortgagor and dependants are legally allowed after realization to remain in the property if they choose to do so as tenants of the property purchaser."*

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 37

KOMENTARZ/ UWAGI FUNDACJI:

- **Raport EBRD nie docenia znaczenia pozytywnej rękojmi ksiąg wieczystych prowadzonych przez sądy dla praktyki, stosuje niewłaściwe dla polskiego systemu kryteria oceny wiarygodności hipoteki.**

Znaczenie rękojmi: Zgodnie z art. 5 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, w razie niezgodności między stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej, a rzeczywistym stanem prawnym treść księgi rozstrzyga na korzyść tego, kto przez czynność prawną z osobą uprawnioną według treści księgi nabył własność lub inne prawo rzeczowe (**rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych**).

Wprawdzie sąd może przed wpisem zwrócić wnioskującemu wniosek o wpis hipoteki do uzupełnienia, bądź go odrzucić, co przedłuża postępowanie wpisowe, jednakże z punktu widzenia bezpieczeństwa powstania hipoteki i jej treści jest to dodatkowy „bezpiecznik” proceduralny. Dzięki niemu jeśli prawo zostanie już wpisane, to osoby trzecie nie tylko mogą w pełni oprzeć się na treści księgi wieczystej, ale również wywodzić z tych informacji skutki prawne – zasada rękojmi.

Rękojmia wiary publicznej oraz domniemania płynące z księgi wieczystej w sposób zasadniczy eliminują ryzyka prawne pewności, trwałości i zaskarżalności hipoteki.

W systemach, gdzie wpisy dokonywane są szybciej, ale „mechanicznie” ewentualne błędy „tkwią” w księdze wieczystej przez cały czas utrzymywania się zabezpieczenia, okres kredytowania, stwarzając potencjalne ryzyko podniesienia zarzutów w toku realizacji zabezpieczenia w egzekucji czy upadłości. Autorzy raportu uważają, że ryzyko to musi być wkalkulowane (str. 23 EBRD). Tymczasem system polski stara się eliminować te ryzyka już przy wpisie.

W grę wchodzi też odpowiedzialność za zwykłe błędy pisarskie, pomyłki, które mogą zdarzyć się w każdym systemie rejestrowania.

*"It has been seen that in practice this is not necessary. Leaving the onus of proving validity on the creditor who seeks to enforce simplifies the process for creating the mortgage and reduces time and costs. The mortgage creditor (and any person to whom the mortgage right is transferred) should **be capable of ensuring that the mortgage is valid without having to rely on the registrar**, and third parties only need to know whether a mortgage is claimed on the property.*

A person searching the register does, however, need to rely on the fact that no mortgage can be claimed on the property other than those shown in the register."

Wedle powyższego cytatu EBRD neguje sens istnienia pozytywnej rękojmi wpisów w księgach wieczystych, wystarczy, że „osoba sprawdzająca rejestr musi polegać na tym, że nie będą podniesione roszczenia co do innych hipotek, niż te, które widoczne są w księdze” (EBRD).

Natomiast wierzyciele hipoteczni powinni być w stanie wykazać, że hipoteka jest ważna NIE poprzez oparcie się na rejestracji w księdze wieczystej (czytaj – w praktyce: pełna analiza stanu prawnego – historyczne a nie tylko ostatnie ujawnienie w księdze).

- **Rekomendacja EBRD pomija skutek podwyższenia kosztów wpisu.** Raport EBRD rekomendując odejście od rękojmi sądów i ksiąg co do istnienia hipoteki – nie bierze pod uwagę skutków ekonomicznych i kosztów. Sprowadzenie ksiąg wieczystych do systemu tylko odrejestrowywania wpisów, bez odpowiedzialności oznacza, że zarówno dla ustalenia, kto jest właścicielem nieruchomości, jak i istnienia hipoteki konieczne byłoby „uruchomienie” systemu kancelarii prawnych, wydających odpowiednie potwierdzenie (jak tytuły prawne w USA). To oznacza dodatkowe – niewspółmierne do dzisiejszych opłat za wpis⁹ - koszty i czas. Badacze tego wątku, pytając o czas rejestracji hipoteki, powinni w systemach prostej i jedynie formalnej rejestracji zadać pytanie, jaki jest czas kompletowania odpowiednich dokumentów do wpisu lub ustalenia własności nieruchomości i koszt tegoż.

Ocena EBRD „pewności hipoteki” dla Polski pomija dodatkowy atut domniemania wierzytelności

W Polsce istnieje domniemanie istnienia wierzytelności dla hipoteki zwykłej - być może nie znane szeroko systemom badanym przez EBRD. Ustanowienie hipoteki zwykłej tworzy domniemanie, że wierzytelność istnieje (dotyczy to też odsetek). **Ma to kapitalne znaczenie dla ciężaru dowodu,** gdyby dłużnik chciał zanegować fakt czy wysokość swojego zadłużenia kredytowego. To dłużnik musiałby złożyć wniosek/ skargę, ponieść koszty procesu - taki stan rzeczy zabezpiecza przed działaniami utrudniającymi i opóźniającymi postępowanie przez dłużnika w postępowaniu egzekucyjnym lub też w trakcie stosunku kredytowego – na przykład zagrożenie różnego rodzaju zarzutami konsumenckimi.

Ponadto domniemanie istnienia wierzytelności wraz z rękojmią wiary publicznej ksiąg wieczystych to najpełniejszy model realizujący gwarancję pozycji wierzyciela hipotecznego – bez dodatkowych kosztów i dodatkowego dowodzenia tego w procesie egzekucji.

PODSUMOWANIE

Podsumowując – wydaje się, iż polski system w pełni uwiarygodnia hipotekę dzięki instytucji rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych i domniemaniom. Jednocześnie jest to system efektywny pod względem niskich kosztów i umożliwienia oparcia wiedzy dotyczącej stanu prawnego nieruchomości ostatecznie na treści/ odpisie księgi wieczystej – bez dodatkowego pośrednictwa pozasądowych biur prawnych.

⁹ Wpis do księgi wieczystej wynosi obecnie w Polsce 200 zł – ok. 60 EUR (opłata ryczałtowa).

VII. Analiza hipotek regionalnie oraz przeгляд porównawczy (Aneks 2 str. 58 raportu EBRD)

- **Idea porównań według autorów raportu EBRD – wątpliwości metodologiczne**

Pytania poprzedzające raport EBRD, według których zestawiane są porównania, dotyczą prostych, praktycznych zagadnień – wskazują na mocne i słabe strony reżimu zabezpieczeń hipotecznych w poszczególnych krajach - w sposób, który ma być przydatny dla instytucji kredytujących oraz ich doradców - w odniesieniu do oceniania potencjalnej wartości zabezpieczeń hipotecznych.

Kryteria, dla określenia, co jest mocną, a co słabą stroną, wynikają z „EBRD Core Principles for a Mortgage Law” (Annex 1) – por. też pkt. V. niniejszego opracowania.

Sami autorzy EBRD podkreślają, iż ocenianie wskaźników siły i słabości systemu – jako cel, nie jest poparte kompleksowym badaniem (*not as comprehensive assessment*). „Informacje objęte raportem, nie są wystarczająco kompleksowe, by zapewnić pełną ocenę” – szczególnie dla zmierzenia zgodności z kontekstem. Mimo to autorzy twierdzą, iż rezultaty zapewniają wystarczające informacje - co zostało osiągnięte w danym kraju. Metodologię badań raport EBRD opiera na stosowanej uprzednio do rzeczy ruchomych.

Odpowiednio cytaty z raportu EBRD:

„The MRS (Mortgage Regional Survey) has been developed in a similar manner to the regional survey of security over movable and intangible property, which was first published in 2000.”

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 32

“The questions address simple practical issues that highlight the strengths and weaknesses of the mortgage regime in each country in a way that may also be useful to credit providers and their advisers when assessing the potential value of mortgage security. The MRS composite table is set out in Annex 2. It is the most convenient tool to consult when wanting to know the answers received on a particular question related to mortgage law, and the respective strengths and weaknesses of transition economies covered. (...)

The questions in the survey are inspired more by market reality than legal theory. Based on the EBRD Core Principles for a Mortgage Law (see Annex 1), the survey covers four main areas of mortgage (creation, commercial effectiveness, effect on third parties and enforcement) and gives a reasonable indication of the extent to which these principles are upheld.(...)

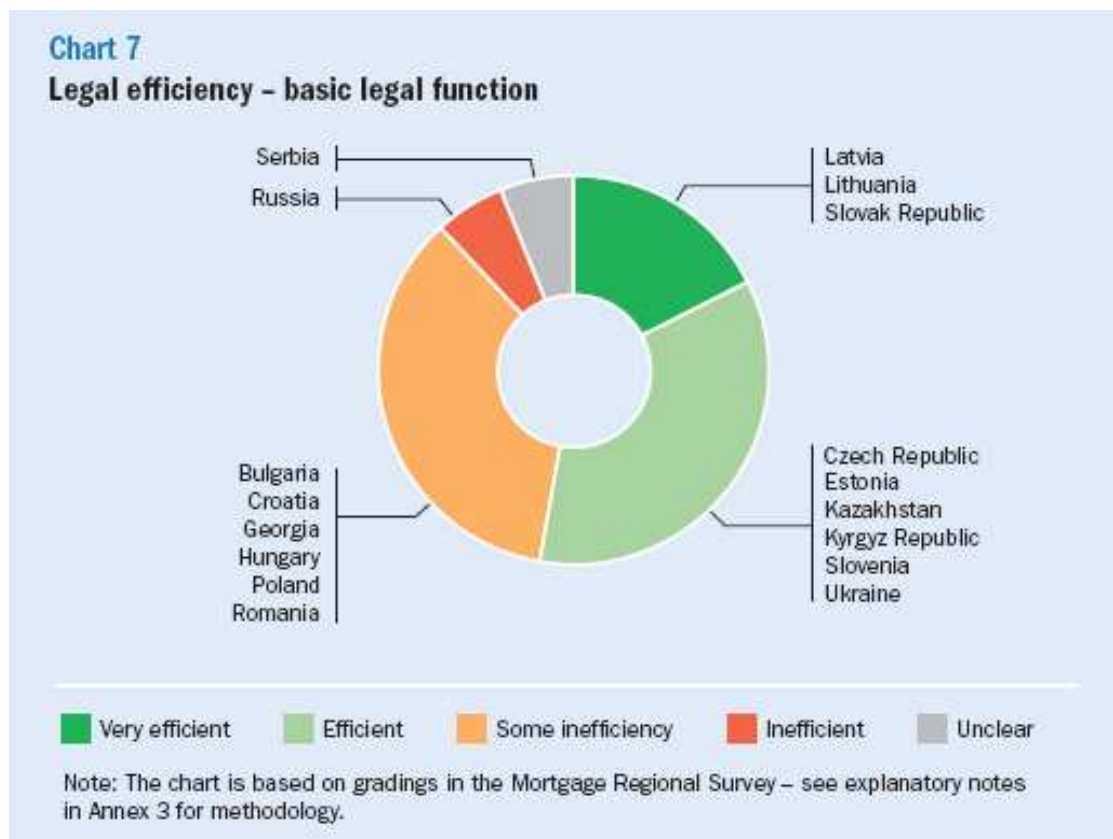
For each criterion the survey grades have been used to indicate the relative efficiency of each country – there are four levels ranging from a clear yes to a definite no. We emphasise that these are intended as indicators of strengths and weaknesses, not as a comprehensive assessment.

The information covered by the survey is not comprehensive enough to provide a full assessment (especially for measuring fit-to-context) and a number of questions are relevant to more than one criterion. However, the results do provide a fair indication of what has been achieved in each country and useful pointers to what needs to be improved.”

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 32

Do oceny zestawień porównawczych – Aneks 2 str. 58 EBRD aktualne pozostają uwagi i zarzuty co do podejścia i metodologii, wyrażone w pkt I i IV niniejszego opracowania.

a. **Tabela 7 dot. Efektywność prawna – podstawowa funkcjonalność prawna:**



Mortgages in transition economies. EBRD str. 33

Podstawowa prawna funkcjonalność polskiej hipoteki została oceniona jako „trochę nieefektywna”.

KOMENTARZ:

Brak jednak jakichkolwiek wskazań, dlaczego nadano ocenę na takim poziomie - badanie nie posługuje się danymi, statystykami, odniesieniem do przepisów prawa i jak sami autorzy podsumowują:

*"Information was derived from local practitioners and is to a large extent **impressionistic** since hard statistics are not available. (...)*

The Serbian Law on Mortgage, adopted in 2005, provides a complete new system of mortgage enforcement, clearly aimed at making the process more efficient, but there is not enough practical experience to be able to assess its results."

Mortgages in transition economies. EBRD, str. 34

Informacje stanowiące podstawę oceny pochodzą od lokalnych praktyków i zasadniczo mają charakter impresji, oceny osobistej, ponieważ pewne statystyki nie są osiągalne.

Co do polskiego rynku podawane są następujące informacje, które implikują negatywną ocenę:

- egzekucja musi być prowadzona przy udziale sądu (rekomendacje EBRD preferują drogę pozasądową), „prowadzenie postępowania przez sądy powoduje niepewność odnośnie procedur sądowych i praktyki” (za EBRD).

Ten punkt widzenia jest nieco kuriozalny, zważywszy, iż sądom przypisuje się wzmocnienie pewności realizacji prawa. Zresztą czynnik włączania sądów w procesie egzekucji, czy to ustanawiania hipoteki – w wielu miejscach raportu traktowany jest co do zasady jako czynnik zwiększający niepewność prawa.

Ponadto **zarzutem do procedur w Polsce jest uprzywilejowanie roszczeń o płacę.** Na to ryzyko autorzy zdają się kłaść większy nacisk niż na przywileje podatkowe i inne tego typu ukryte obciążenia, które występowały kiedyś w Polsce albo występują w innych systemach. W istocie należności za pracę jako wyprzedzające hipotekę w Polsce – nie mają większego znaczenia, ponieważ są ograniczone do 3-krotności najniższego wynagrodzenia w gospodarce.

SPROSTOWANIE DO TABELI 7 CO DO WYSOKIEJ POZYCJI WIERZYCIELA HIPOTECZNEGO W POLSCE:

Tymczasem **w Polsce pozycja wierzyciela hipotecznego** zarówno w postępowaniu egzekucyjnym i upadłościowym jest bardzo wysoka.

Kolejność zaspokojenia należności w postępowaniu egzekucyjnym w Polsce jest następująca:

- 1) koszty egzekucyjne;
- 2) należności alimentacyjne;
- 3) należności za pracę w ograniczonym zakresie (za okres 3 miesięcy do wysokości najniższego wynagrodzenia za pracę) oraz renty i koszty zwykłego pogrzebu dłużnika;
- 4) należności wynikające z wierzytelności zabezpieczonych hipoteką morską;
- 5) należności zabezpieczone hipotecznie lub zastawem rejestrowym.

Już kilka lat temu kwestia upadłości została regulowana na nowo w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. 2003 Nr 60, poz. 535 ze zm.), która zastąpiła dotychczasowe unormowania w tym zakresie. Ustawa, która weszła w życie 1 października 2003 r., wzmocniła istotnie pozycję prawną wierzyciela hipotecznego.

Nowa ustawa Prawo upadłościowe wnosi szereg istotnych zmian, zwiększających wiarygodność zabezpieczenia hipotecznego (przede wszystkim realizuje postulat zaspokajania wierzycieli hipotecznych nie z ogólnej masy upadłości, lecz z przedmiotu zabezpieczenia, czyli nieruchomości). Przekłada się to na mniejsze ryzyko bankowe dla kredytowania hipotecznego.

Obowiązujące w Polsce regulacje – w raporcie EBRD pominięto poniższe pozytywne aspekty:

Nowe Prawo upadłościowe wprowadziło pozytywną zasadę:

- środki ze sprzedaży zabezpieczających nieruchomości (pomniejszone o koszty związane ze sprzedażą nieruchomości) zaspokajają najpierw wierzycieli hipotecznych („prawo odrębności”);
- podział następuje według kolejności wpisów: hipoteki „starsze” zaspokajane są najpierw;
- kolejność zaspokojenia wierzycieli hipotecznych została istotnie polepszona (w odrębnym trybie, przed podatkami i ZUS-em);
- części wierzytelności niezaspokojone w trybie odrębnym ciągle mają szansę na zaspokojenie z masy ogólnej.

Kolejności zaspokojenia należności w postępowaniu upadłościowym (w odrębnym trybie) jest następująca:

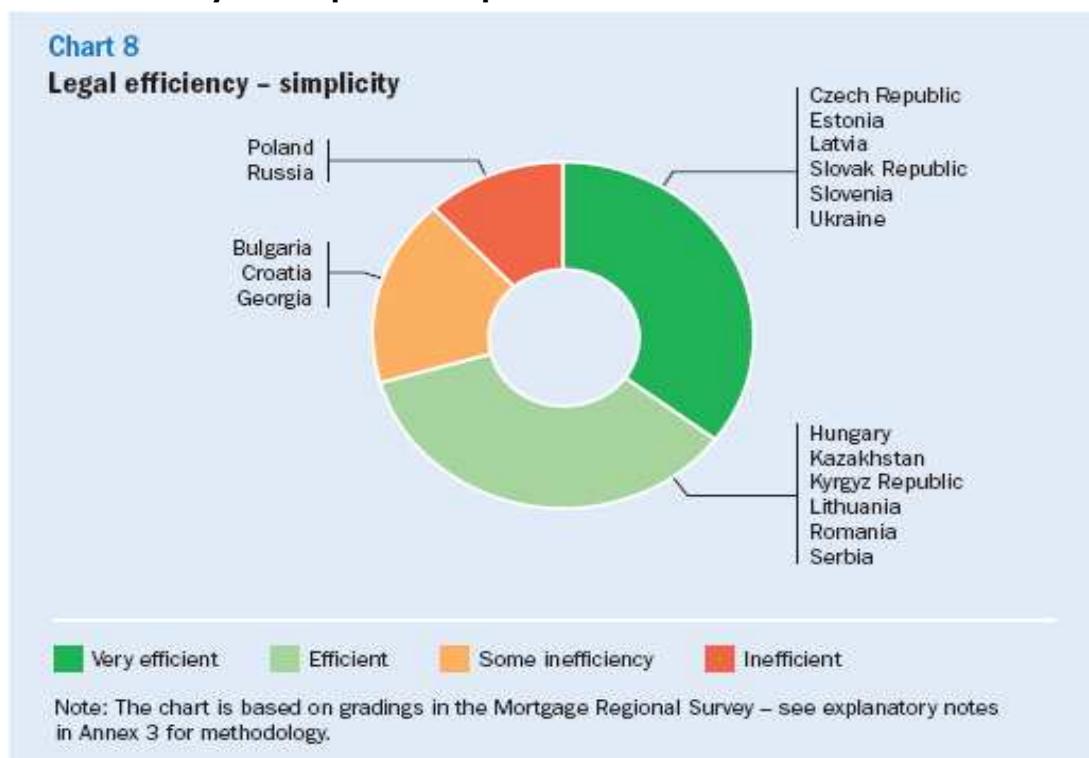
- 1) koszty związane ze sprzedażą;
- 2) należności alimentacyjne;
- 3) należności za pracę w ograniczonym zakresie (należności pracowników upadłego pracujących na sprzedanej nieruchomości za okres ostatnich trzech miesięcy przed dniem ich sprzedaży, do wysokości trzykrotnego minimalnego wynagrodzenia za pracę) oraz renty;
- 4) należności zabezpieczone hipotecznie.

Tej reformy autorzy najwyraźniej w ogóle nie odnotowali.

Faktem jest, iż ze względu na dobrą jakość kredytów, młody portfel rezultaty reformy nie zostały jeszcze sprawdzone w praktyce, lecz trudno robić z tego zarzut w kontekście oceny pewności systemu.

Co do stopnia odzyskiwalności w stosunku do ceny rynkowej – marginalna na rynku próbka takich postępowań nie pozwala na określenie miarodajnej statystyki. Jednakże jeśli punktem wyjścia raportu jest ocena praktyki, to należy dodać, iż zdecydowanie preferowanym w praktyce rozwiązaniem jest spieniężanie zabezpieczenia w drodze porozumienia z kredytobiorcą – bez udziału sądu. Tu efekty są bardziej zbliżone do pełnego zaspokojenia wierzytelności. Jeżeli raport bada praktykę, a nie „*law in books*”, powinien ten fakt uwzględnić. (W ankietach EBRD nie zostało zadane adekwatne do tej kwestii pytanie.)

b. Wykres 8 dot. efektywność prawna – prostota:



Mortgages in transition economies. EBRD str. 35

SPROSTOWANIE DO TABELI 8

Polskiemu systemowi zarzuca się, iż stosuje dwa rodzaje hipotek: zwykłą i kaucyjną, co zdaniem EBRD komplikuje procedury. **To najbardziej krytycznie podniesiony zarzut.**

Tymczasem istnienie do elastycznego stosowania dwóch rodzajów hipotek, choć w przyszłości będzie być może zastąpione jednym nieakcesoryjnym (lub mniej akcesoryjnym) zabezpieczeniem – nie rodzi obecnie problemów na skalę wskazaną przez EBRD w profesjonalnym obrocie.

- **Dwa rodzaje zabezpieczeń: mniej i bardziej akcesoryjne to standard europejski; autorzy EBRD niesłusznie czynią z tego zarzut przeciw efektywności systemu**

Polska praktyka rynkowa szczególnie w obrocie profesjonalnym – hipoteki bankowe – nie nastęca już trudności w tym zakresie. Dokumentację i wnioski przygotowuje bank lub notariusz; owszem wymagana jest tu pewna doza profesjonalizmu i znajomości polskiego prawa, jednak nie stanowi to już istotnej przeszkody.

W szczególności istnieje orzecznictwo, potwierdzające bezpieczeństwo stosowania hipoteki kaucyjnej przy kredytach o zmiennym oprocentowaniu, obejmującej również wierzytelność lub tylko odsetki.

Jest to jakaś specyfika rynku polskiego, jednak przy zachowaniu staranności i wiedzy o przepisach – problem nie ma takiej wagi, jak widzą to eksperci EBRD.

Różne rodzaje hipotek występujące także w innych systemach europejskich są efektem uelastyczniania prawa zabezpieczeń. Konieczność takiej dywersyfikacji zniknie po wprowadzeniu prawa nie-akcesoryjnego. W Polsce trwają już przygotowania do wprowadzenia stosownej reformy (projekt ustawy o długu gruntowym, inne projekty modernizacji hipoteki).

Prostocie sprzyjają formularze wpisów – wystandardyzowane, z instrukcją wypełniania – zarówno do prowadzenia ksiąg tradycyjnych, jak i elektronicznych.

- **Odniesienie EBRD do Polski pomija tzw. „hipotekę bankową”, choć to typowa praktyka:**

Wysoko notowana przez autorów raportu jest możliwość efektywnego uzyskania tytułu sądowego potwierdzającego zaleganie ze spłatą przez kredytobiorcę oraz skrócenie przez to czasu egzekucji. Na liście pozytywnie odnotowanych tu krajów nie występuje Polska. Uszła zatem zapewne autorom raportu informacja, iż w Polsce banki mają przywilej wystawiania specjalnych, własnych tytułów egzekucyjnych (bankowy tytuł egzekucyjny, art. 96-98 Prawa bankowego). Uprawnienie to **upraszcza dochodzenie roszczeń, wyłącza bowiem fazę postępowania rozpoznawczego przed sądem**, pozwalając bankom uniknąć konieczności wytaczania powództwa przeciwko dłużnikom o zasądzenie dochodzonego roszczenia orzeczeniem sądu, stanowiącym tytuł egzekucyjny. Przywilej wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego **pozwala zatem zaoszczędzić na czasie**, a wszelkie opóźnienia niosą ze sobą ryzyko utraty lub zmniejszenia wartości zabezpieczeń wskutek bezprawnych działań dłużnika.

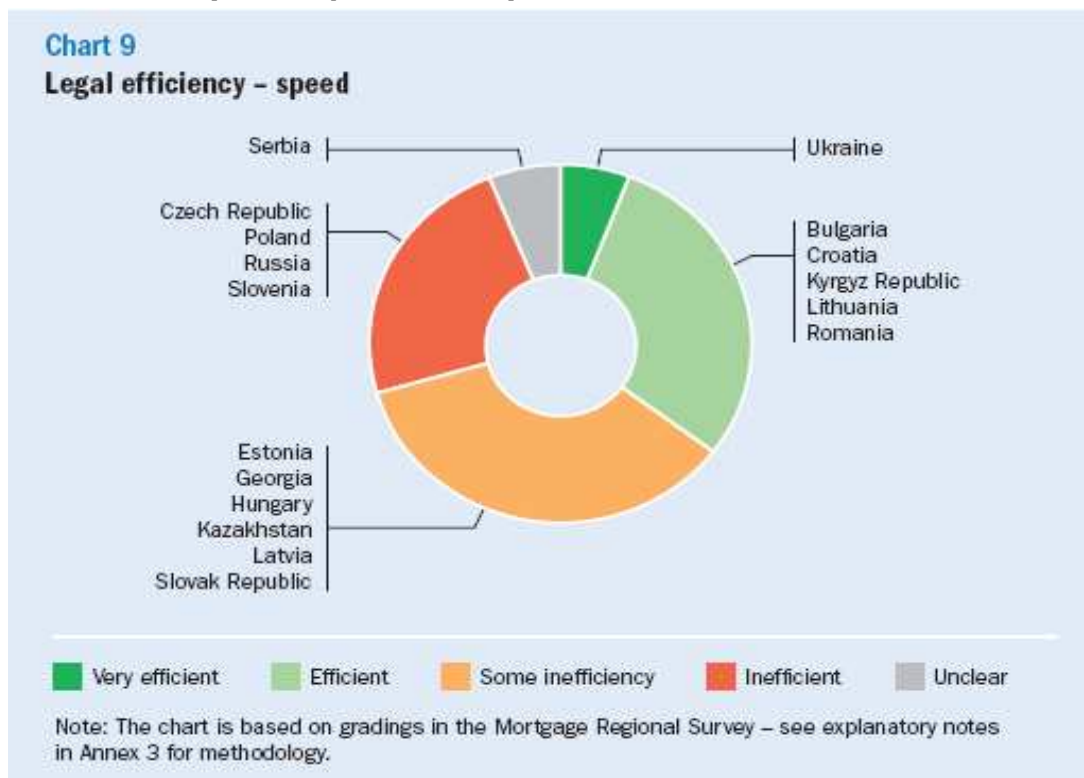
Podstawą dla wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego są księgi banku, którym ustawodawca nadał moc prawną dokumentów urzędowych.

Konieczne jest także nadanie mu przez sąd w terminie 3 dni klauzuli wykonalności (tak jak w przypadku tytułów pochodzących od wierzycieli nie-bankowych) oraz złożenie przez dłużnika banku oświadczenia o poddaniu się egzekucji w formie pisemnej.

Autorzy wskazują również na **negatywny przykład Francji**, jako zaprzeczenie prostoty wpisów. Problemy innych krajów: limit trwałości hipotek – 15 czy 30 lat

(spotykany w niektórych systemach) wydaje się nieść ze sobą dużo większy kaliber ryzyka dla istnienia zabezpieczenia niż fakt istnienia dwóch rodzajów hipotek do wyboru. (Autorzy EBRD proporcje adekwatnych ryzyk widzą inaczej)

c. **Wykres 9 dot. Efektywność prawna - szybkość:**



Mortgages in transition economies. EBRD, str. 36

Raport EBRD stawia zarzut nieefektywności referendarzy sądowych – *highly inefficient* – podobnie jak w Rosji i Gruzji. **Polska jest w gronie trzech najbardziej nieprofesjonalnych rynków spośród 17 krajów CEE.**

SPROSTOWANIE DO TABELI 9:

Polska została oceniona tu jako system nieefektywny, z czym nie można się zgodzić. Nota opiera się na dwóch pytaniach: „czy wpis jest szybki?” i „czy egzekucja jest szybka?”. Jednak z powodu braku jednolitej metodologii dane nie są porównywalne. Tak jak zaznaczono już wcześniej - wpisanie hipoteki w celu upublicznienia w Polsce trwa do 7 dni (jeżeli uwzględnić instytucję wzmianki), co powinno klasyfikować **Polskę w kategorii *efficient*** (por. pkt. V.c niniejszego opracowania).

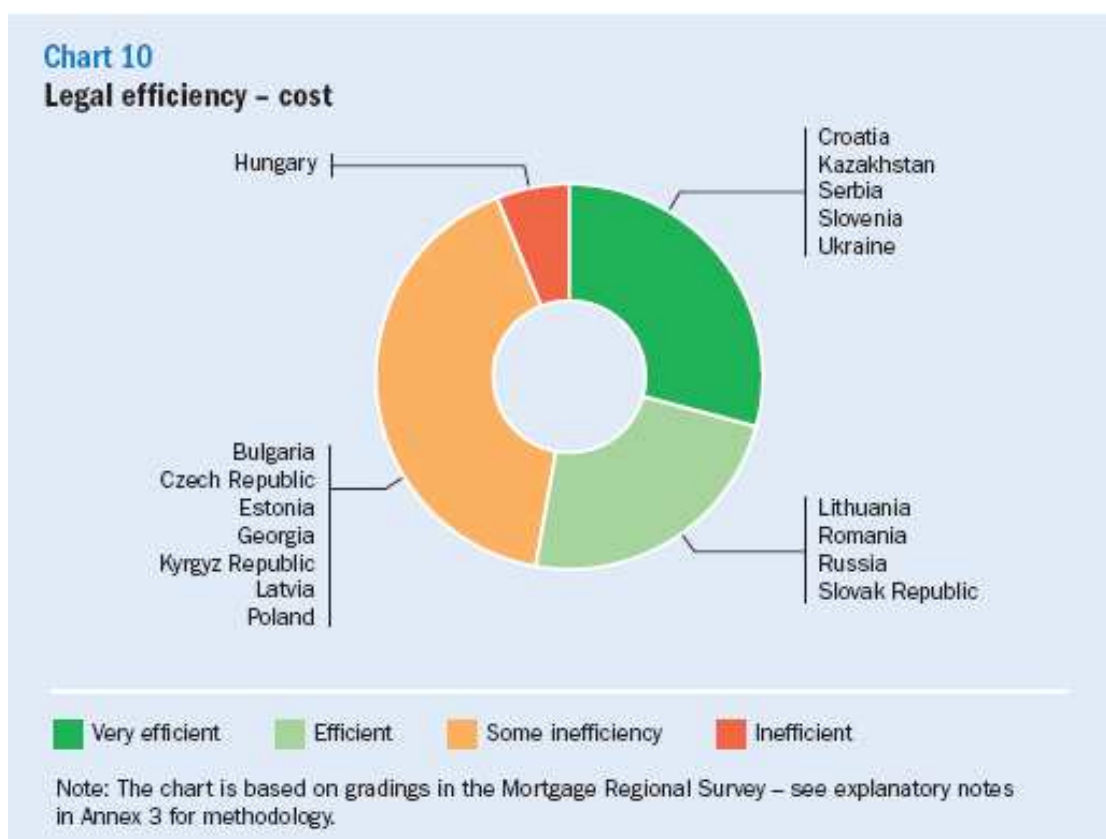
Co do zarzutu opieszałości działania komorników (rejestracja informacji o wszczęciu egzekucji) – **ta kwestia została dostrzeżona i już uregulowana.** Jednocześnie z wysłaniem dłużnikowi wezwania komornik przesyła do sądu właściwego do prowadzenia księgi wieczystej wnioski o dokonanie w księdze wieczystej wpisu o wszczęciu egzekucji lub o złożenie wniosku do zbioru dokumentów (art. 924 kpc).

Trzeba też zwrócić uwagę, iż skoro raport ocenia praktykę, to według polskiej praktyki egzekucję zastępuje sprzedaż umowna – efekt wygląda zupełnie inaczej

niż przy procedurze sądowej z ewentualnym problemem eksmisji. Działanie w porozumieniu z dłużnikiem daje w efekcie 100% odzyskiwalności długu.

Niezrozumiały jest też zarzut używania produktów ubezpieczenia pomostowego do czasu pełnego wpisu hipoteki. Jest to rozwiązanie pro-rynkowe – powstało w związku z zastrzonymi rygorami zabezpieczenia hipotecznego według ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych. Przy okazji warto jednak podkreślić, że niska szkodowość tych produktów świadczy raczej, że ryzyko oczekiwania na pełny wpis przy jednoczesnym stosowaniu wzmianki jest niewielkie. Ubezpieczenie to wygasa zresztą wraz z ujawnieniem hipoteki w księdze wieczystej jako produkt niecelowy.

d. **Wykres 10 dot. Efektywność prawna - koszty:**



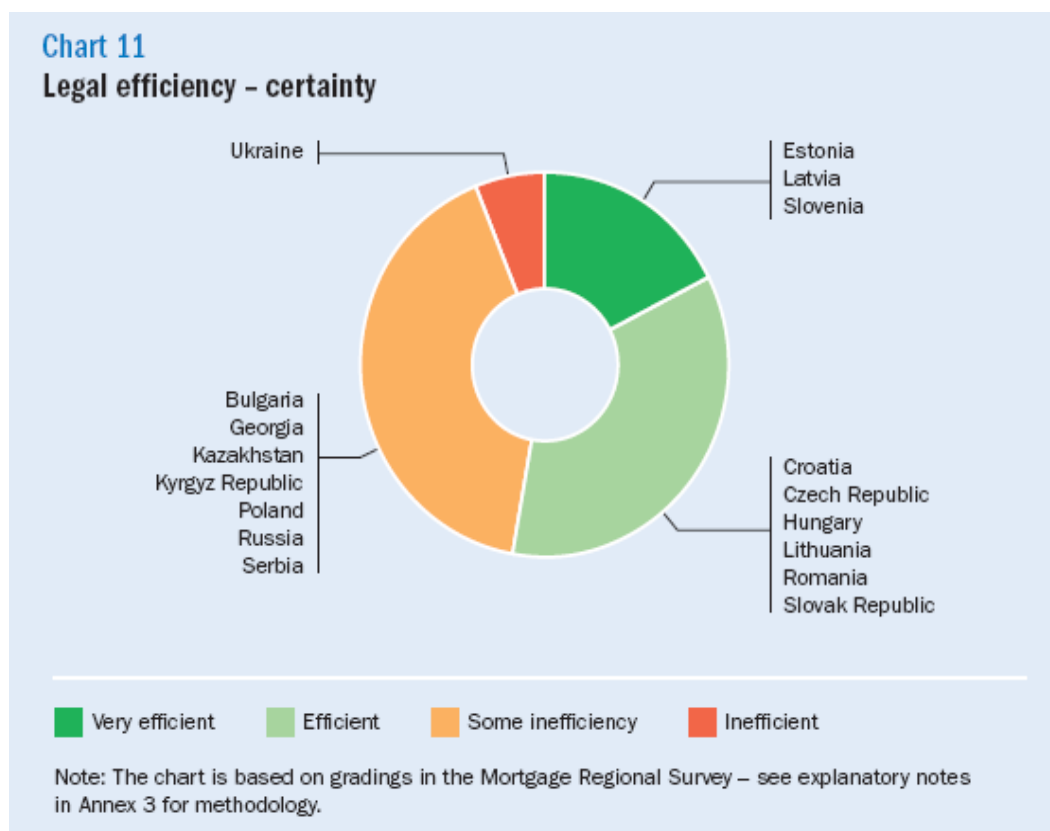
Mortgages in transition economies. EBRD str. 37

KOMENTARZ do tabeli 10:

Zaskakujące jest zakwalifikowanie Polski do kategorii *some inefficiency*, gdyż koszty ustanowienia hipoteki w Polsce są jednymi z najniższych w Europie. Przykładowo dla kredytu o wartości 50 tys. EUR koszty te wynoszą ok. 100 EUR, a więc 0,2% wartości kredytu, zaś w innych krajach wahają się od 350 EUR do 3.000 EUR (6% wartości kredytu!).¹⁰

¹⁰ Dane za: European Mortgage Federation, *Study on the Efficiency of the Mortgage Collateral in the EU*, 2007 str. 11.

e. **Wykres 11 Efektywność prawna dot. pewność:**



Mortgages in transition economies. EBRD str. 38

Pewność jest kategorią ocenianą przez EBRD według następujących pytań:

- czy istniejący tytuł prawny do nieruchomości może zostać ustanowiony z wystarczającą pewnością?
- czy wierzyciel hipoteczny jest chroniony przed roszczeniami, które mogłyby naruszyć jego hipotekę?
- czy osoba trzecia może stwierdzić, że nieruchomość jest obciążona hipoteką?
- czy wierzyciel hipoteczny jest chroniony przeciwko zarzutom dłużnika?
- czy fakt wszczęcia egzekucji z nieruchomości jest upubliczniany?
- czy nabywca nieruchomości w procesie egzekucji jest chroniony?

SPROSTOWANIE DO TABELI 11

W przypadku Polski odpowiedź na wszystkie te pytania – w odniesieniu zarówno do systemu prawa, jak i praktyki - jest zdaniem ekspertów Fundacji pozytywna.

Dlatego duże zaskoczenie stanowi nadanie przez EBRD oceny – „trochę nieefektywny” (poziom trzeci w 4 stopniowej skali negatywności).

KOMENTARZ:

Taki efekt badania jako wypadkowa metodologii, pewnego zakresu informacji, filozofii raportu, treści rekomendacji – cokolwiek stanowi zaplecze tegoż badania – **podaje informację nieprawdziwą, i wbrew intencji autorów skutkuje dezinformacją inwestorów, analityków czy agencji ratingowych.**

O ile można mieć bowiem zastrzeżenia w przypadku polskiego systemu do czasu pełnego (ponad wymagany standard EBRD) wpisu do księgi wieczystej, to (co sami

autorzy podkreślają) właśnie efektem procedur sprawdzających wiarygodność tytułów prawnych przed wpisem, prowadzenie rejestru przez sądy i na odpowiedzialność państwowego sadownictwa, rękojmią wiary publicznej ksiąg, domniemania z tego wynikające itd. por pkt. VI.d. Tę jedną kwestię – pewność i wiarygodność wpisu stawiają w Polsce ponad wszelką wątpliwość.

Pewność istnienia mocnego prawa wierzyciela hipotecznego jest też kompleksowo zagwarantowana w postępowaniu egzekucyjnym i upadłości, kluczowe jest tu określenie rangi wierzyciela hipotecznego – wyprzedzają go jedynie roszczenia, które muszą wystąpić i nie odbiegają od pozytywnego standardu UE – tj. roszczenia alimentacyjne, za pracę ograniczone do kosztów postępowania. Są one możliwe do zidentyfikowania. Ważne, co osiągnięte zostało licznymi reformami polskiej hipoteki, iż nie występują już prawa tzw. „tajne”, obciążające bez wpisów – w praktyce największe znaczenie miały tu zobowiązania podatkowe (podatku dochodowego).

Zarówno informacja o istnieniu hipotek obciążających nieruchomości jak i wszczęcie postępowania do nieruchomości są w pełni publiczne, wierzyciele hipoteczni uzyskują informacje o wszczęciu postępowania egzekucyjnego z urzędu - procedury te są dokładnie uregulowane oraz wykonywane przez organy sądowe, również działania wspomagające komorników objęte są nadzorem sądowym.

Pewność i niepodważalność hipoteki (rękojmią ksiąg i domniemanie) jest w polskim systemie z pewnością jej najmocniejszą wartością - takie jest zresztą uzasadnienie do wydłużania czasu wpisu, związku z poprzedzającymi to formalnościami.

Szczególnie w tym punkcie autorzy raportu przyjmują gradację wagi kryteriów do określania pewności wpisu – w oderwaniu od rzeczywistości rynkowej i tych czynników, które rzeczywiście stanowią o ryzyku finansowania hipotecznego.

Dla przykładu:

Istotnym czynnikiem warunkującym pozytywną ocenę pewności przez EBRD jest badanie kwestii - jaka część rynku nieruchomości jest zarejestrowana w księgach, czy katastrze. **Podnosi się przy tym, iż jest to problem w Polsce i – co widać w efekcie tabelki – istotnie rzutuje na negatywną ocenę pewności hipoteki.**

Jednakże zauważyć należy, iż kwestia stopnia objęcia powierzchni kraju rejestrami **nijk się ma do pewności ustanowionej hipoteki** – nieruchomość nie ujęta w katastrze, do której prawa i identyfikacja formalna nie są ustalone - nie może być po prostu przedmiotem finansowania kredytem hipotecznym. Co najwyżej badane zagadnienie może rzutować na potencjał rozwoju rynku hipotecznego w danym kraju – ale nie na pewność hipoteki.

Nieścisłości metodologiczne

Pomijając błądność użytego przez EBRD powyżej wymienionego miernika pewności hipoteki – użyta w odniesieniu do Polski informacja nie jest prawdziwa. Relatywnie Polska charakteryzuje się bardzo wysokim stopniem ujęcia nieruchomości w rejestrach geodezyjnych. Można powiedzieć, iż w odniesieniu do zasobów nieruchomości, które są przedmiotem zainteresowania finansowaniem hipotecznym w szczególności finansowaniem mieszkaniowym i komercyjnym, do którego odnosi się raport - jest to 100%.

Podobnie kwestia skarg restytucyjnych – jako problem występuje, ale w **kontekście oceny pewności hipotek występuje o ile naruszałaby istnienie ustanowionego zabezpieczenia – tej kwestii raport nie bada**. Tak więc jedynie z ogólnego stwierdzenia czy skargi restytucyjne występują – jest miernikiem oceny pewności hipoteki.

Jest to o tyle nieadekwatne, że po pierwsze nawet zmiana właściciela w wyniku restytucji, nie narusza ustanowionej hipoteki – ponieważ jest to prawo rzeczowe, podąża za rzeczą i jest skuteczne niezależnie od przeniesienia własności nieruchomości (art. 65 ust. 1 ukwh). Po drugie, wyjątkowo tylko może dojść do fizycznego odzyskiwania nieruchomości – głównie jest to kwestia roszczeń odszkodowawczych pokrywanych przez skarb państwa.

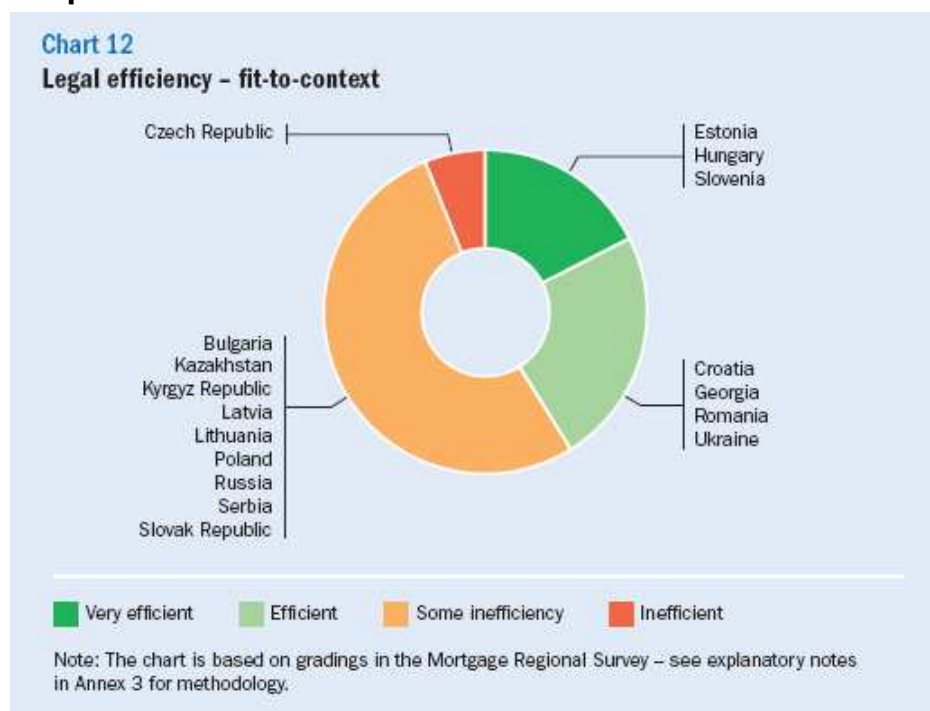
Reasumując, nie wydaje się stosowne uznanie kwestii restytucji w potocznym rozumieniu problemu za istotny miernik pewności ustanowienia hipoteki.

Z drugiej strony subiektywna gradacja i odmienne widzenie kalibru ryzyka w przypadku państw, co do których wykres stanowi o najwyższej pewności ustanawiania i realizacji hipotek, wskazują na mankamenty systemu bardzo wysokiego kalibru. Przykładem jest uzależnienie przeprowadzenia egzekucji i eksmisji od dodatkowych decyzji administracyjnych, które na to zezwalają lub nie w zależności od tego kto mieszkanie zamieszkuje (szeroki zakres ochrony ze względu na wiek, sytuację rodzinną).

Uzależnienie realizacji hipoteki od dodatkowej decyzji administracyjnej, podejmowanej na moment przystępowania do egzekucji wydaje się niezwykle istotnym czynnikiem kwestionującym pewności hipoteki w egzekucji – niemniej jednak wynik badania pokazuje, iż w metodologii EBRD skalibrowane ono zostało o jako nieznaczące.

Przykład tego ryzyka i nieprzewidywalność treści tej decyzji administracyjnej stanowi jednak istotne systemowe ryzyko realizacji hipoteki.

f. **Wykres 12 dot. dopasowanie do kontekstu:**



Mortgages in transition economies. EBRD str.39

SPROSTOWANIE DO TABELI 12

Tutaj w przypadku Polski wynik, iż system jest trochę efektywny trudno w ogóle skomentować, ponieważ nie podano jasnej informacji jako podstawy takiej oceny.

KOMENTARZ:

Na wszystkie pytania, które autorzy przyjęli jako mierniki – odpowiedź w przypadku Polski jest pozytywna.

Uwaga generalna do metodologii: miejscami autorzy EBRD przywołują, iż wnioski raportu to wynik oceny respondentów. Przykład wyniki tabeli *fit to context* – zgodność z kontekstem.

Po pierwsze jednak respondenci nie identyfikują się wynikami w tabelach, ponieważ udzielając odpowiedzi nie znali kontekstu w jakim zostanie ona użyta i jak zestawiona.

Mankamentem tego założenia jest również brak porównywalności respondentów. Im bardziej doświadczenia respondenta odnoszą się do „wyrafinowanej” i skomplikowanej części rynku nieruchomości, odniesionej np. do finansowania konsorcjalnego, wysokiej złożoności transakcji - tym bardziej odpowiedź na przykład na takie pytanie – czy ustanowienie hipoteki jest proste, czy proces egzekucji jest szybki – będą nie satysfakcjonujące.

To samo pytanie zadane do typowej i prostej transakcji np. na typowym rynku mieszkaniowym – uzyska inną z pewnością bardziej optymistyczną odpowiedź.

Tego autorzy raportu niestety nie różnicują, a wydaje się, że dla ambitnego zadania wartościowania oceny jakości i pewności systemów ma to zasadnicze znaczenie.

Podobnie rzecz ma się z niejednorodnym doбором kategorii respondentów. Przy jednych krajach o ocenę procedur pytane są ministerstwa, które te procedury ustanawiają i stosują, a więc doskonale znają, zaś przy innych państwach pytani są praktycy rynku, którzy z natury procedury oceniają bardziej krytycznie.

Por. też uwagi – pkt I.7. oraz fakt, że przy niektórych rynkach zapytano tylko 3 respondentów (Polska), przy innych np. 15 osób (lista respondentów str. 2 raportu EBRD).

Annex 2: Mortgage Regional Survey –

The survey is best understood if read in conjunction with the EBRD Core Principles for a Mortgage Law (see Annex 1), which specify the basic criteria for modern mortgage law, and the explanatory notes (see Annex 3), which describe the methodological approach to the survey.

	Bulgaria	Croatia	Czech Republic	Estonia	Georgia	Hungary
1 Creation of the mortgage						
1.1 Can existing title to property be established with sufficient certainty?	xx +	✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
1.2 Is the manner of creation of mortgage clearly established?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
1.3 Is creation of mortgage simple?	xx +	xx +	✓✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓ +
1.4 Is creation of mortgage rapid?	✓✓	✓✓	xx +	xx +	✓✓	xx +
1.5 Is creation of mortgage inexpensive?	✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓	✓✓	xx +
2 Commercial effectiveness						
2.1 Can a mortgage be granted by any person?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
2.2 Can any person take a mortgage?	✓✓✓	✓✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
2.3 Can the mortgage secure any type of debt?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
2.4 Can the secured debt be in any form?	xx +	✓✓ +	xx +	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓
2.5 Can the mortgage cover all types of immovable asset?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
2.6 Does the mortgaged property include subsequent constructions and additions?	✓✓ +	✓✓✓	xx +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
2.7 Are subsequent mortgages permitted over same property?	✓✓✓	✓✓✓ +	✓✓✓ +	✓✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓
3 Effect of the security right on third parties						
3.1 Is the mortgage creditor protected from subsequent claims which may adversely affect the mortgagor's title to the property?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
3.2 Does mortgage give priority in mortgaged property?	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓ +
3.3 Does the mortgage creditor have priority in bankruptcy?	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓ +	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓
3.4 Can a third party determine whether property is mortgaged?	✓✓ +	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
4 Enforcement of the mortgage						
4.1 Is the manner of enforcement of mortgage clearly established?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
4.2 Is enforcement of mortgage rapid?	✓✓	✓✓	xx	✓✓✓	xxx	✓✓✓
4.3 Is enforcement of mortgage inexpensive?	xx	✓✓✓	xx	xx	xxx	xx
4.4 Is realisation likely to be at market value?	xx	xx	✓✓	✓✓	xx	xx
4.5 Is enforcement procedure simple?	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	xx +	✓✓ +
4.6 Can the mortgage creditor decide on the way the sale will be conducted?	xxx	xxx	✓✓ +	xxx	xxx	✓✓✓
4.7 Can the mortgage creditor exercise control over the realisation process?	xx +	xxx	✓✓ +	xxx	xxx	✓✓✓
4.8 Is the mortgage creditor protected against mortgagor obstruction?	✓✓ +	✓✓ +	✓✓ +	✓✓✓	xxx +	✓✓ +
4.9 Does commencement of enforcement have to be publicised?	xxx	✓✓✓	xx +	xxx	xxx	xx +
4.10 Is purchaser in enforcement procedure protected?	✓✓✓	✓✓✓	✓✓ +	✓✓✓	✓✓✓	✓✓ +

composite table

✓✓✓ Yes **✓✓** Yes, but with some reservations
✘✘ Indicates that response is negative, but there are some mitigating factors in law or practice
✘✘✘ Categorical no **?** Uncertain **†** Indicates there is an accompanying note. Please see pages 60-62.

Kazakhstan	Kyrgyz Republic	Latvia	Lithuania	Poland	Romania	Russia	Serbia	Slovak Republic	Slovenia	Ukraine
✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓†	✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓†	✘✘†	✓✓✓†	✘✘†	✓✓†	✓✓✓†	✓✓✓	✓✓✓
✘✘†	✓✓	✘✘	✓✓	✘✘✘†	✓✓†	✘✘✘	✘✘†	✘✘†	✘✘†	✓✓✓
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓†	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓†	✓✓†	✘✘†	✘✘†	✘✘†	✓✓†	✘✘†	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓†	✓✓✓
✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†
✘✘†	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓†	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓
✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓†	✓✓†	✓✓†	✓✓✓†	✓✓✓	✓✓✓†	✓✓†
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†
✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†
✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✘✘✘	✓✓	✘✘	?†	✓✓✓	✘✘	✓✓✓
✓✓✓	✘✘	✘✘	✓✓	✘✘✘	✓✓	✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓✓	✓✓†	✓✓	✓✓✓	✘✘	✘✘	✘✘	?†	✓✓✓	✓✓	✓✓✓†
✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✘✘†	✓✓†	✘✘†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓
✓✓†	✓✓†	✘✘✘	✘✘✘	✘✘✘	✘✘✘	✘✘✘	✓✓✓	✓✓✓	✘✘✘	✓✓✓
✓✓†	✓✓†	✘✘✘	✘✘✘	✘✘✘	✓✓†	✘✘✘	✓✓✓	✓✓✓	✘✘✘	✓✓✓
✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✓✓✓	✘✘✘	✓✓†	✘✘†	✓✓†	✓✓†	✓✓✓	✘✘†
✓✓✓	✓✓✓	✘✘✘	✓✓✓	✓✓†	✓✓✓	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓	✘✘†	✘✘✘
✘✘†	✘✘†	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✓✓✓	✘✘†

VIII. Annex 2: Mortgage Regional Survey (str. 58 raportu EBRD) - sprostowania

Uwagi ogólne:

Niniejsze zestawienie porównawcze jest najistotniejszym przesłaniem raportu EBRD co do oceny jakości hipoteki w poszczególnych państwach. Zestawienie jest plakatywne, nawiązuje do systemu ratingowania i dlatego też posiada doniosłą wagę dla skutków biznesowych i ewentualnej alokacji kapitałów międzynarodowych (por. uwagi w pkt II. niniejszego opracowania). Po analizie podstaw oceny rynku polskiego stwierdzić należy, iż zestawienie *Mortgage Regional Survey* obarczone jest następującymi wadami:

1. Odpowiedzi na postawione pytania dokonywane są przez szczegółowe, poboczne komentarze, czasem do praktyki, a czasem do przepisów prawa, bez odniesienia się do zasad podstawowych systemu prawnego czy praktyki rynku.
2. Nie dokonano systematycznego badania danego zagadnienia według tych samych kryteriów i z uwzględnieniem adekwatnych transakcji na poszczególnych rynkach.
3. Odpowiedzi mają – co zresztą podkreślają sami autorzy raportu – charakter impresji, odczucia, a więc jedynie charakter subiektywny.
4. Biorąc pod uwagę zróżnicowanie kategorii respondentów (w Polsce 3 respondentów, w innych krajach do 15-stu) i fakt subiektywizmu, wyniki badania, które są jednocześnie miernikiem systemu, wydają się być do siebie zupełnie nieadekwatne.

Na ocenę systemu Polski wpłynęły przedstawione poniżej konkluzje (pytanie/ odpowiedź)

1.1 Can existing title to property be established with sufficient certainty?

„Czy istniejące prawo własności może być ustanowione z wystarczającą pewnością?”

Odpowiedź EBRD:

“There is still a significant amount of land for which checking title may be difficult.”

„Nadal istnieje znaczna liczba nieruchomości, których sprawdzenie prawa własności jest utrudnione.”

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

W Polsce ustalenie własności nieruchomości relatywnie nie jest problemem, który podnosi praktyka. Wręcz przeciwnie, system prawny zapewnia możliwość ustalenia prawa własności do nieruchomości szczególnie, jeżeli weźmiemy pod uwagę rynek będący przedmiotem obrotu gospodarczego. Fakt, że do części nieruchomości nie są założone księgi wieczyste, co raport komentuje negatywnie, w polskim systemie nie wyklucza możliwości ustalenia faktu własności nieruchomości, gdyż podstawą ustalenia jest dokument potwierdzający nabycie własności (akt notarialny, postanowienie sądowe o nabyciu spadku). Do przeniesienia własności nieruchomości wpis do księgi nie jest konieczny.

Dodatkowe zapewnienie pewności obrotu następuje poprzez rękojmię wiary publicznej ksiąg wieczystych co do ujawnionego właściciela (jeżeli jest odpis z księgi wieczystej, zmniejsza to konieczność posługiwania się źródłowymi tytułami przeniesienia własności).

1.3. Is creation of mortgage simple?

„Czy ustanowienie hipoteki jest nieskomplikowane?”

Odpowiedź EBRD:

“Registration procedures are formalistic (although they have been simplified for banks’ mortgages) and practice is not consistent. It is often necessary to create more than one mortgage because of technical distinctions between different debts.”

„Procedury rejestracji są formalistyczne (choć zostały uproszczone dla hipotek bankowych) i ich praktyka nie jest logiczna. Często istnieje konieczność ustanowienia więcej niż jednej hipoteki, ze względu na techniczne różnice między poszczególnymi wierzytelnościami.”

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

Ustanowienie hipoteki w Polsce **jest proste**, szczególnie jeśli chodzi o transakcje w obrocie profesjonalnym, a także typowe transakcje rynku, zwłaszcza mieszkaniowego. Istnienie dwóch rodzajów hipotek – co spotkało się z zarzutem ze strony autorów raportu – jest faktem pozytywnym, gdyż zwiększa elastyczność stosowania rodzaju zabezpieczenia do właściwości danej transakcji¹¹.

1.4. Is creation of mortgage rapid?

„Czy ustanowienie hipoteki jest szybkie?”

Odpowiedź EBRD:

“Banks commonly disburse loans before registration is completed, based on confirmed registration application and/or additional collateral.”

„Banki zazwyczaj wypłacają kredyt przed zakończeniem rejestracji, opierając się o potwierdzony wniosek o rejestrację oraz/ lub dodatkowe zabezpieczenie.”

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

To pozytywne rozwiązanie praktyki użyte zostało przez EBRD jako negatywny miernik oceny systemu, z czym się nie zgadzamy. Ponadto – jak zostało to już zaznaczone w pkt. VI.d) niniejszego opracowania - odpowiedź na pytanie o szybkość ustanowienia hipoteki w Polsce jest zdecydowanie pozytywna, gdy uwzględnimy instytucję wzmianki (rejestracja - kilka dni, a w praktyce „od ręki”).

2.4 Can the secured debt be in any form?

„Czy zabezpieczana wierzytelność może być w każdej formie?”

Odpowiedź EBRD:

“A generally defined debt or a fluctuating pool cannot be secured. A future debt can only be secured if defined specifically. There is a complex distinction between “capped” and fixed amount” mortgages.”

¹¹ Docelowym postulatem Fundacji jest wprowadzenie do polskiego prawa w pełni elastycznej hipoteki czy długu gruntowego. Nie zmienia to jednak faktu, że również na bazie dzisiejszych przepisów hipoteka funkcjonuje jako dobrej jakości zabezpieczenie.

„Wierzytelność zdefiniowania/ określona ogólnie lub zmienny pool nie mogą być zabezpieczone. Wierzytelność przyszła może być zabezpieczona tylko przy dokładnej specyfikacji. Istnieją kompleksowe różnice pomiędzy hipoteką zwykłą a kaucyjną.”

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

Odpowiedź powinna brzmieć TAK – warunkiem jest, że jest to wierzytelność pieniężna, a pytanie zakłada istnienie wierzytelności. W Polsce wystarczy fakt zidentyfikowania stosunku prawnego, aby można było zabezpieczyć wynikające z niego wierzytelności.

Udzielanie odpowiedzi przez pryzmat bardzo wysublimowanego zagadnienia *poolu* wierzytelności nie jest porównywalnym miernikiem oceny, ponieważ kryterium to nie zostało zastosowane do innych państw. W Polsce zresztą w praktyce rynkowej takich doświadczeń jeszcze nie ma.

2.7 Are subsequent mortgages permitted over same property?

„Czy dozwolone są kolejne hipoteki na tej samej nieruchomości?”

Odpowiedź EBRD:

“A clause prohibiting further mortgages is void.”

„Nie ma klauzuli zabraniającej ustanawianie kolejnych hipotek.”

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

Odpowiedź nie jest rozbieżna z konkluzją EBRD i również brzmi TAK.

3.1 Is the mortgage creditor protected from subsequent claims which may adversely affect the mortgagor's title to the property?

„Czy kredytodawca hipoteczny jest zabezpieczony przed kolejnymi roszczeniami, które mogą niekorzystnie wpłynąć na tytuł prawny wierzyciela do nieruchomości.”

Odpowiedź EBRD:

“There is still some limited risk of a restitution claim.”

“Nadal istnieje ograniczone ryzyko roszczeń restytucyjnych”.

Sprostowanie Fundacji:

Podstawowa odpowiedź dla Polski powinna brzmieć TAK. Wierzyciel hipoteczny jest zabezpieczony. Wynika to z ogólnej zasady skuteczności ograniczonych praw rzeczowych, w tym hipoteki *erga omnes*. Są także liczne przepisy chroniące wierzycieli hipotecznych według kolejności wpisu. Kwestia roszczeń restytucyjnych jest zagadnieniem pobocznym w potocznej praktyce i nie ma dużego znaczenia dla wierzyciela, ponieważ i w tym przypadku posiada on środki ochrony.

Ponownie – na postawione pytanie autorzy raportu EBRD udzielają odpowiedzi poprzez określenie odstępstwa od zasady, a nie w pierwszej kolejności – samej zasady.

3.2 Does mortgage give priority in mortgaged property?

„Czy hipoteka daje pierwszeństwo na obciążonej nieruchomości?”

Odpowiedź EBRD:

“Some claims (alimony, last three months’ employee wages and invalidity pensions) take priority over the mortgage creditors’ claim.”

“Niektóre roszczenia (alimenty, należności z pracą za ostatnie 3 miesiące i renty) mają pierwszeństwo przed należnościami wierzycieli hipotecznych.”

Sprostowanie Fundacji:

Tak, w Polsce hipoteka daje pierwszeństwo na poziomie standardów europejskich. Po reformie hipotekę wyprzedzają jedynie kategorie, które są możliwe do zidentyfikowania; nie stanowią one o nieskuteczności zabezpieczenia, jest to pakiet ogólnie uznawany w większości państw europejskich. Przytoczona odpowiedź nie powinna więc być przesłanką negatywną. Wręcz przeciwnie - ze względu na ograniczoność tych kategorii plasuje Polskę na wysokim poziomie pewności pozycji wierzyciela hipotecznego.

Por. informacje o polskim systemie w pkt VII. A) niniejszego opracowania.

3.4 Can a third party determine whether property is mortgaged?

„Czy osoba trzecia może ustalić, czy nieruchomość jest obciążona hipotecznie?”

Odpowiedź EBRD:

“Obtaining excerpt may be limited to interested persons.”

„Uzyskanie odpisu może być ograniczone do osób zainteresowanych.”

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

Odpowiedź powinna brzmieć TAK, każdy, nawet niezainteresowany może ustalić, czy nieruchomość jest obciążona hipotecznie. (Kwestia odpisu nie była przedmiotem pytania)

4.5 Is enforcement procedure simple?

Czy procedura egzekucyjna jest prosta?

Odpowiedź EBRD:

“The procedures are formalistic and the operation of the bailiff system is reported to be inefficient.”

“Procedury są formalistyczne I działanie systemu komorniczego jest uznawane za nieefektywne.”

Sprostowanie Fundacji:

Udzielona odpowiedź jest byt ogólna – formalizm występuje i jest wymagany zawsze, gdy chcemy zapewnić skuteczność zabezpieczenia wobec osób trzecich. Ponadto nie uwzględniono, że działania komornika zostały wzmocnione systemowo poprzez niedawną reformę (2007 r.) – por. informacje o polskim systemie, pkt VII.c).

4.9 Does commencement of enforcement have to be publicised?

„Czy informacja o wszczęciu egzekucji musi być upubliczniona?”

Odpowiedź EBRD:

“The bailiff is required to register commencement of enforcement in the land register, but in practice there may be delay before registration is completed.”

“Komornik jest zobowiązany do zarejestrowania w księdze wieczystej informacji, lecz w praktyce może być opóźnienie zanim rejestracja zostanie zakończona”.

Raport EBRD, str. 61

Sprostowanie Fundacji:

Obowiązek komornika wynika z ustawy – zgodnie z art. 924 kpc **jednocześnie** z wysłaniem dłużnikowi wezwania komornik przesyła do sądu właściwego do prowadzenia księgi wieczystej wnioski o dokonanie w księdze wieczystej wpisu o wszczęciu egzekucji lub o złożenie wniosku do zbioru dokumentów. Zasada wyrażona w polskim prawie stwarza więc systemowy bodziec dla sprawności działania komorników.

Warszawa, 1 lipca 2008 r.

IX. ZAŁĄCZNIKI:

1. Stanowisko Okrągłego stołu vdp do Raportu EBRD:

Verband deutscher Pfandbriefbanken e.V., Postfach 64 01 36, 10047 Berlin

Dr. Thomas Mirow
President
European Bank for Reconstruction
and Development (EBRD)
One Exchange Square
London EC2A 2JN
GROSSBRITANNIEN

Berlin, 21. Oktober 2008
Az.: 11.116/Dr.St/RH
Tel. 030 20915-211

European Bank for Reconstruction and Development (EBWE/EBRD)

- EBRD-publication "Mortgages in Transition Economies"

Dear Dr. Mirow,

in January 2008, EBRD published a survey "Mortgages in Transition Economies - The legal framework for mortgages and mortgage securities".

The subject of this paper meets our own interests and fields of research; this is why we have been meeting with the researchers when they started their work and tried to help with information. What is new on this report is that information is not given country by country but in cross-sections through all countries by several general issues such as creation of the mortgage, enforcement, cost etc. This approach is innovative and deserving.

With the Basel II regime, banks using the advanced approach have to analyse and rate their loan collateral in other countries and have to decide on the comfort their collateral enjoys by the respective national jurisdictions. Comparative information on that is urgently desired but almost unavailable. The demand for such information is crucial also for other investors than banks. EBRD's survey is one of the first attempts that could have been helpful. Even if it concentrates on countries not in the focus of international real estate finance, it could have been crucial for the grading of the legal risk of mortgages in these countries for which even less information is available than for the jurisdictions of the US or Western Europe.

Unfortunately, and probably almost unavoidable for such a first attempt, the survey suffers from methodological deficiencies that make it improper for any such use. It does neither use the same benchmarks nor the same group of information providers for all countries and often raises questions to which there are no measurable answers. Furthermore not all information used is up-to-date. We have summarized the main deficiencies in a short comment paper (see **encl.**).

A deeper analysis - as conducted by the Polish Foundation for Mortgage Credit - shows that these deficiencies are leading to extensive errors in the content and wrong conclusions.

In our view these deficiencies must be taken into regard when reading or even using the report. This is not so much as we are mentioned as interview partners in the report and this could give the impression that we would support the findings, but because the kind of information the survey seems to offer is so expressly needed.

The questions addressed by the report need further research. We ourselves are undergoing the project of the "Round Table Flexibility, Security and Efficiency of Mortgages on Real Property in Europe", where we are hosting regularly academic researchers, lawyers, bank experts and other scholars from a growing number of European countries, finding comparative answers to the questions of real property law throughout Europe. The third volume of the results with a complete overview will be published later this year.

On its meeting in Berlin in early September the Round Table adopted the enclosed resolution on the EBRD report.

The experts agreed that the EBRD report fails to provide a comparative evaluation because it lacks common benchmarks. While focusing primarily on speed and costs of first ranking long term residential real estate financing, the report does not consider important issues such as legal certainty, safeguards for second ranking mortgage lenders, consumer interests or non-accessoriness as a prerequisite for flexibility and efficiency of mortgage collateral. Furthermore, the report frequently relies on wrong, misleading, incomplete or out-of-date information. Most important, the report lacks an approach as to law as an integrated system. It disregards that mortgage law is completely embedded in credit law, land law, enforcement law and insolvency law and that a reasonable assessment of a country's legal system is possible only when these issues are taken into account. Eventually, with regard to the current subprime crisis, recommendations to renounce on legal checks and legal advice upon establishment and registration of a mortgage are obviously problematic. As the recent development shows, house owners and other debtors are not necessarily aware of their legal position and the legal and economic impact of the liabilities they assume.

We believe that future EBRD reports should follow a more-balanced approach and try to analyse law more as a system, evaluating not only single aspects and doctrines but the responses of the legal system to the different interests of the parties as a whole.

When banks are assessing their security rights in other countries, they must be able to base their assumptions on correct information. This is the more important in a situation as we have it at the moment. We therefore welcome EBRD's efforts for research in this field but strongly recommend intensifying it and overhauling the existing report.

We would be glad to give further explanations in a personal meeting.

Kind regards



Dr. Otmar Stöcker
Managing Director
Verband deutscher Pfandbriefbanken



Dr. Jens Bormann, LL.M. (Harvard)
Director General
Bundesnotarkammer

The EBRD's comparative report on mortgage law in transition economies – an innovative but failed attempt to compare real estate collateral in different jurisdictions

In January 2008, the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) published a survey “Mortgages in transition economies. The legal framework for mortgages and mortgage securities”.

The report analyses mortgages as loan security of 17 countries of Central and Eastern Europe, Central Asia and the Caucasus region, where the EBRD is operating. More precisely, information is provided for all countries on a cross-section basis, covering the creation of the mortgage, enforcement, costs etc. The research concludes with a comparative evaluation of the mortgage law systems in the different jurisdictions by four big items: creation of the mortgage, commercial effectiveness, effect of the security on third parties and enforcement of the mortgage. This approach is used by the EBRD to finally derive a general grading of the mortgage collateral system in each jurisdiction covered by the report.

Unfortunately, and probably almost unavoidable for such a first attempt, the survey suffers from methodological deficiencies that make it improper for such conclusions. This is all the more regrettable, as under the Basel II regime, banks using the advanced approach have to analyse and rate their loan securities in other countries and have to decide on the comfort their collateral enjoys by the respective national jurisdictions. Comparative information on collateral systems is urgently desired but almost unavailable.

No common benchmark

As a general principle of research, any analysis of different markets or countries is only valuable if it is done for each topic – market, country – with the same benchmarks, at the same point in time, posing questions to comparable target groups, which have a similar degree of representativeness.

Unfortunately, much to our regret, the EBRD report does not meet these requirements. The research for the report has been mainly conducted through interviews with experts in the different countries. They had to give answers to different questions, some of them rather specific (e.g. “Can a mortgage be granted by any person?”), but others – and those most important for assessment – rather in the form of general assumptions (e.g. “Is creation of the mortgage simple?”; “Is creation of the mortgage rapid?”). For such assumptions where the answers can strongly depend on personal estimate, of course a broad and representative selection of interview partners would be a prerequisite to give the answers any assessable value.

Missing homogeneity of information providers

Furthermore, the number of interview partners differs greatly between the countries: In some countries, more than 15 interview partners were approached. In other countries, it goes down to three and in one case even to only one interview partner.

Moreover, the composition of interview partners differs strongly between the countries assessed: Sometimes, many of them are from ministries or public authorities, in other countries it is only solicitors and bank experts. Sometimes, emphasis is on real estate developers. A government official that has participated in the legal reforms may have a different opinion of the efficiency of the law he contributed to draft than a bank lawyer or a solicitor who are dealing with it and experiencing its down-sides. It is not consistent to approach e.g. ministries in country A and solicitors in country B. This makes answers incomparable.

Assumptions based conclusions

Many of the questions were only about general assumptions: “Is creation of the mortgage simple?”; “Is enforcement procedure simple?”; “Is the manner of creation/enforcement of mortgage clearly established?”. To answer those questions, an interview partner would need a benchmark to know what is considered simple or clearly established. But such criteria were not provided. At the end, interview partners could only express their personal assessment, which was not based on a comparative scale but on a scale of their general experience. As a consequence of the lack of benchmarks, personal attitudes and coincidental experiences heavily influenced the answers, challenging the report’s conclusions at that respect.

Missing and misleading country specific information

Furthermore, country-specific information appears repeatedly wrong, misleading or incomplete. While the report is addressing, for some countries, very recent legal changes, the present legal situation of other countries is ignored. For example, the conclusions for Poland do not reflect the legal changes introduced over the last four years (see expert opinion of the Polish Mortgage Foundation to the EBRD report).

Thus, responses appear to have been collected at different points in time.

Unbalance of interests

It is one of the most important functions of law to reconcile and balance the different interests involved in such a way that all sides and parties may feel fairly treated and will submit to the law. This principle also applies to mortgage law, which has to balance the interests of the different parties involved: the bank or another mortgage creditor, the owner and debtor, but also third parties that could have an interest in the property or could want to acquire it.

The EBRD report primarily focuses on a first ranking long term residential real estate financing bank and on speed of processes. Of course, mortgage law must provide the mortgage creditor with an efficient instrument allowing him to enforce his claims, but the report even gives recommendations that all other interests should be less respected in legislation. For instance, it is recommended that with registration of a mortgage, no legal checks should be done (p. 21). This would only be time consuming and the mortgage debtor himself would know his position anyway. This opinion does not take into consideration the interest of third parties, who could also be interested to acquire a right on the property at a later point in time and who shall have the advantage of legal certainty.

Consumer/owner protection unconsidered

As another consequence of the above, the EBRD report does not appreciate the interests of the mortgage debtor / property owner who needs protection during enforcement procedures. Therefore, the EBRD report subordinates consumer protection to rapidness of processes. Such approach represents a considerable gap of the research report as it particularly ignores the latest policy initiatives of the European Union which are included in the White Paper on Mortgage Credit. The recent financial crisis demonstrates the importance of consumer protection mechanisms in favour of owner occupiers/mortgage debtors.

Lack of analysing the full impact of legal processes

To only emphasise on the time needed to register a mortgage appears inappropriate if the effects of the registration for the mortgage creditor’s legal position are ignored. A comparison of the French and German law makes this obvious: In France, a mortgage comes into existence with the contract already – but only between the contracting parties; towards third parties including insolvency of the owner of

the mortgaged real estate, the mortgage achieves effect only with the accomplishment of the registration. In Germany, the real estate collateral needs to be registered in order to exist; but the rank including the insolvency protection are safeguarded from the moment, when the application for registration is arriving at the land register in civil court. So, the question should be, how fast it is possible to achieve legal protection of the mortgage collateral.

Non-accessoriness undervalued

It is surprising that the aspect of accessoriness of mortgages was undervalued, although its complexity needs a differentiating approach. Obviously, the EBRD report is emphasising on the rapidness of a mortgage constitution/registration, while the legal certainty of the transaction is not sufficiently taken into account. If this intention prevails, accessoriness of the mortgage might appear as irrelevant. However, it is difficult to conceive that research on efficiency of mortgage collateral systems ignores the challenges at stake linked to the accessoriness of mortgage securities. Any dogmatically consistent approach would require a certain number of exceptions from the principle of accessoriness of mortgage securities in order to ensure flexibility and efficiency of this instrument. A contractual solution could offer an appropriate compromise to merge all interests involved.

Subordinated mortgages ignored

The EBRD report does not take into consideration the interests of the owner to use free parts of his property, of third parties to take security and of the economic importance to have as much collateral disposable as possible. The EBRD survey does only regard the perspective of the first ranking mortgage (p. 17).

Legal certainty of the transfer of repossessed properties disregarded

As another example, enforcement of the mortgage is seen only under the aspect of rapidness. Consequently, legal certainty of the transfer in enforcement is not even considered. However, for a purchaser in enforcement it is most important to know that the purchase is valid and free from disputes by the former owner – something that in enforcement procedures is not unlikely to happen. Such uncertainty may of course lead to lower bids. Without this interest in mind, the survey favours particularly any kind of out-of-court or privately driven enforcement procedure, not regarding that many jurisdictions in enforcement law stress the legal certainty of the transfer (pp. 25, 28, 29).

Missing approach to law as an integrated system

When comparing legal systems, efficiency can only be compared by the effects of the solutions but not by the path used to achieve the solutions. In most cases, different jurisdictions come to the same results, but they may have gone rather different ways through different fields of law and used different instruments to achieve it. The EBRD survey stresses that practical effects should be the benchmark (p. 9), but then often legal issues are compared without taking into consideration that the law may offer other solutions.

The report concludes that the registration of a mortgage should be as easy as possible and without legal checks by the register office (p. 22). However, it does not take into account that many countries have a kind of two-tier system where the ranking of a mortgage can be secured by a kind of pre-entry, and the final registration is done later on after legal examination by the register office. These systems are different and of different reliability, but they can not be ignored.

Although being aware of the cross-linking of different legal areas, the report disregards that mortgage law is completely embedded in credit law, land law, enforcement law and insolvency law. Generally, any future survey should try to analyse laws more as a system, evaluating not only single aspects and

doctrines but the responses of the legal system to the different interests of the parties: In text passages of the report, this is aspired (e.g. pp. 26 – 28) but not reflected in the regional survey.

2. Projekt Rekomendacji KE odnośnie procedur wyceny, egzekucji i rejestrowania gruntów w krajach UE i uwagi Fundacji

Referring to: *Preliminary EMF Position on the European Commission's White Paper on the Integration of Mortgage Credit in the EU (draft 18/03/2008) – especially: "Access to land registers, foreclosure and valuation"*

The Polish Mortgage Credit Foundation welcomes the opportunity to express its opinion about the *Preliminary EMF Position on the European Commission's White Paper on the Integration of Mortgage Credit in the EU, sent by an email on the 18/03/2008*.

Generally, the Polish Mortgage Credit Foundation supports the majority of views expressed by the European Mortgage Federation in reference to the White Paper on the Integration of Mortgage Credit in the EU. Especially we agree on opinions and argumentation expressed about:

- ✓ Doubts regarding the White Paper's evidence base
- ✓ Duty to explain / advice
- ✓ APRC
- ✓ Early repayment
- ✓ Product diversity

On the other hand, we still have a **few reservations about the basic assumptions and goals** of integration presented in the White Paper¹².

According to the European Commission's declaration – the idea of the mortgage market integration is to improve efficiency and cohesion and bring benefits to all Member States participating in the common market¹³. We consider that declaration very important in the context that Polish market is still on the stage of rapid development and our position to the White Paper takes into account that specificity.

The presented remarks refer to the EMF paper "*Preliminary EMF Position on the European Commission's White Paper on the Integration of Mortgage Credit in the EU*" dated 18/03/2008 – Executive Summary. We do not aim at replacing the position already expressed by the EMF but we ask adding some points to the preliminary position to be considered by the EMF.

I. Referring to the following point of EMF Draft Position:

Orientation of the policy mix:

Orientation of the policy mix: The supply-drive to integration means that the policy mix should focus on measures abolishing obstacles to cross-border mortgage supply, and on integrating funding markets.

More attention and priority should be put to ensure the highest possible efficiency of the every single local market (as the priority step to cross-border mortgage supply)

¹² We have mentioned them also in our previous position – to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU, sent previously to the EMF.

¹³ See: Preamble to the Green Paper on Mortgage Paper.

*integration) and balanced benefits to be achieved by all countries from the mortgage market integration.*¹⁴

More attention and priority should be put to ensure the equal efficiency of the every single local market. Mortgage markets are still locally driven (esp. in the CEE) and upgrading the efficiency gives the **proper floor for competition** on the EU market and for creating smooth infrastructure for cross border mortgage and funding activities.

Sharing the view of the priority issue – that is increasing the local efficiency as the first step to further integration – we express a slightly different view to the following points:

- 1) Definition of integration
- 2) Planned simplified scoreboards on mortgage efficiency
- 3) Code of Conduct on Home loans – planned revision (especially including FX risk and information).

A. Definition of integration in the Green Paper

We are glad to see that the EC has abandoned the initial definition of integration, which was: „*We define mortgage integration to imply the ideal case that the same mortgage products are available in all EU countries at the same prices.*” – as we considered it unrealistic.

B. Definition of integration in the White Paper

Nowadays, the Commission claims that **market integration should focus on measures abolishing obstacles to cross-border mortgage supply as well as cross border funding.**

We think that this attitude is far more realistic than the previous one. However, from the point of view of a developing, dynamic market (like the Polish one) it would be more desirable to concentrate not only on the capital flows but – as a priority - **on the market efficiency**. Once again we'd like to stress that in Poland, the dynamics of mortgage market development is a consequence of economic growth and not of the integration activity.

It was also noticed already in 2005, in a study prepared by Mercer Oliver Wyman - *Risk and Funding in European Residential Mortgages* (quoted also in the Green Paper on Mortgage Credit), that:

“There is potential growth in the Eastern European countries, but given their current market characteristics, this is likely to be at lower levels than in Western Europe. *These countries currently have very small mortgage markets that are set to grow but are likely to remain small in absolute terms in the medium term by comparison with Western Europe. The pace of growth will depend on such factors as economic stability, interest rate levels and the timing of entry into the Euro.*^{15”}

It's an issue of crucial importance for the developing countries wishing to benefit from the integration in the same way like more developed markets. However this point is **fully ignored in the White Paper**, whereas at the same time the European Commission declares that the aim of integration is: the integration should bring benefits to all Member States (preamble of the Green Paper on Mortgage Credit). Even more surprising

¹⁴ Extracted from the Preliminary EMF Position; *in italics – complementary proposal of the Polish delegation.*

¹⁵ Mercer Oliver Wyman, *Risk and Funding in European Residential Mortgages*, 2005, p. 30.

is that according to the Impact Assessment accompanying the White Paper, the new MS will be profiting more from the integration – what we do not agree with¹⁶.

Therefore **we suggest to add the question of the priority** of the local mortgage market efficiency improvement, as well as related issue of balanced benefits for the developing countries (new EU markets) from the integration to the definition/aim of integration¹⁷ what should result in encouraging the Commission to conduct **additional researches** in that area.

II. Referring to the following point of EMF Draft Position: Access to land registers, foreclosure and valuation

Progress on land registers is needed as quickly as possible, particularly on EULIS, and hidden charges should be phased out¹⁸.

However we consider that simplified scoreboards are not a proper tool for the Commission action to increase the efficiency of mortgage registration and mortgage foreclosure. It can be harmful for the rating assessment as well as disturbing the competition fairness. Furthermore the efficiency of mortgage registration and foreclosure should be issue of more complex analysis – to which the methodology requires the common consensus.

We don't support Commission's plan of publication of simplified quantity scoreboards on the cost and duration of land registration and foreclosure procedures ("*Publication of scoreboards on the cost and duration of land registration and foreclosure procedures*"). We claim that this way of presentation of particular legal and practical aspects of mortgage market is too simplified to be credible. The scoreboards don't take into account the fact that the mentioned procedures are diversified in terms of duration and their legal effects. Therefore we think that apart from researching the quantitative aspects of the mentioned procedures (costs, duration, etc.), also qualitative aspects should be taken into account.

Naming and shaming only the time of mortgage registration and duration of foreclosure (issued and justified by commission) will have a direct impact on local ratings and investors decisions. Therefore it is not responsible to take out from the scope of factors proving the mortgage surety and efficiency only the time aspect.

At least mortgage registration time – one day being just formal registration, without surety (positive faith or state guarantee for the existence of the mortgage and legal status of real estate) will give positive outlook against e.g. 3 weeks registration time to the register in another country – with the public responsibility.

On the scoreboard of the foreclosure time – there are **two main concerns**:

¹⁶ Wide argumentation claiming that the profits foreseen as a result of integration for the new Member States are overestimated can be found in the Foundation's Position to the Green Paper on Mortgage Credit.

¹⁷ Foundation suggests definition/aim of mortgage market integration should say: a state ensuring maximum efficiency of every single national market and achieving on those markets such economic and legal solutions, which are typical for the most efficient market – more explanations in Foundation's Position to the Green Paper on Mortgage Credit.

¹⁸ Extracted from the Preliminary EMF Position; *in italics – complementary proposal of the Polish delegation.*

- it is very difficult or just impossible to agree on a fair comparison methodology, that would be at the same time simple as the scoreboard assumes. In many international studies observed, the scoreboard results are wrong because of using different sources of information about the foreclosure time (depending on which sources of information are used: official courts or bailiffs statistics, or banking business statistics or independent foreclosure companies);
- the methodology should very precisely settle the question whether the duration of foreclosure is measured up to the moment of receiving a writ of execution or it's necessary to take into account the question of eviction. Usually it's an crucial obstacle in achieving the foreclosure efficiency. **It's important to draw the Commission's attention to that problem and maybe encourage an additional research on the question on the protection of the evicted person.**

Summarizing:

Simplified scoreboards are not a proper tool for the Commission action to increase the efficiency of mortgage registration and mortgage foreclosure. It can be harmful for the rating assessment as well as disturbing the competition fairness and should be rather an issue of more complex analysis – to which the methodology requires the common consensus.

III. Referring to the following point of EMF Draft Position: Pre-contractual information/ Code on Home Loans:

Pre-contractual information/ Code on Home Loans: Self-regulation is the key tool to achieve consumer information. The Home Loans Code is a solid standard, subject to some updates, and should therefore be revised. Consumer testing of the revised ESIS is very much appreciated, as well as initiatives on financial literacy. The regulatory underpinning by way of the UCP Directive makes the Code a strong and efficient instrument¹⁹.

However the assessment of the mortgage consumer protection rights should take into account the complex scope of the relevant law/ system solutions, including COC or equivalent rules. Essential point is to look at the coverage the realistic consumer risks, which may be different on particular markets.

In Poland for example the main consumer risk relates to foreign exchange loans. This is already covered by legally insured strict credit availability criteria and board information about the foreign currency risk including comprising simulations.

We doubt whether it's necessary to add the question of FX risk to the nowadays structure of the Code of Conduct (COC). It could result in creation of a double regime in certain Member States, and – on the other hand – a simplified information on FX risk, provided by the COC could lower the level of the consumer protection within the EU. For example, in Poland this issue is regulated by the Recommendation S, which obliges the bank to assess the potential FX borrower's creditability in relation to 120% of the loan amount and according to the rates typical for the zlotys loan. The borrower should be also presented with an simulation describing the monthly installments according to the

¹⁹ Extracted from the Preliminary EMF Position; *in italics – complementary proposal of the Polish delegation.*

different market scenarios. Double regime (of CoC and overlapping national regulation) means not justified costs for a borrower and no transparency for the consumer.

We claim that this level of protection is sufficient and changing it could result in harming the clients. **We suggest that the question of precontractual information referring FX risk should stay within the competence of national regulations.**

Summarizing:

The assessment of the mortgage consumer protection rights should take into account the complex scope of the relevant law/ system solutions, including COC or equivalent rules. Essential point is to look at the coverage the realistic consumer risks, which may be different on particular markets.

In Poland for example the main consumer risk relates to foreign exchange loans. This is already covered by legally insured strict credit availability criteria and board information about the foreign currency risk including comprising simulations.

*Warsaw, 21/03/2008
Prepared by the Polish Mortgage Credit Foundation
Based on the conclusions worked out by the Polish
Mortgage Credit Foundation's members and Working
Groups.*