
Problemy i poglądy

Jarosław Beldowski*
Dominik Prokop**

KONCEPCJA *RESOLUTION REGIME* W UNII EUROPEJSKIEJ I W POLSCE

WSTĘP

Ostatni kryzys finansowy na nowo ożywił dyskusję nad infrastrukturą regulacyjną i instrumentami sanacji instytucji kredytowych. Na świecie z coraz większym zainteresowaniem spotyka się kwestia tzw. *special resolution regimes* (dalej SRR)¹. Na potrzebę ich wprowadzenia wskazują międzynarodowe instytucje finan-

* Jarosław Beldowski jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego oraz asystentem w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie, a także pracownikiem Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego. Poglądy przedstawione w artykule są poglądami autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w których jest zatrudniony.

** Dominik Prokop jest pracownikiem Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego. Poglądy przedstawione w artykule są poglądami autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.

Autorzy pragną podziękować pani dr Sylwii Morawskiej (SGH), panu dr Mariuszowi Maciejewskiemu (INP PAN) oraz panom Adamowi Płocińskiemu, Zdzisławowi Osadzie i Damianowi Jaworskiemu za cenne uwagi w trakcie pisania artykułu.

¹ Pojęcie *special resolution regime* początkowo utożsamiano z pozasądowym trybem likwidacji (przekształceń) instytucji działającej na rynku finansowym w sytuacji zagrożenia wykonywania przez nią swojej działalności, zob. M. Cihak, E. Nier, *The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of European Union*, IMF Working Paper WP/09/200, Waszyngton, September 2009. W ostatnich miesiącach pojęcie to rozszerza się również na przepisy prawa, które „umożliwiają organom krajowym bezpośrednie interweniowanie w działalność instytucji finansowej przechodzącej poważne problemy za zgodą sądu lub bez takiej zgody”. Interwencja ta „ma za zadanie podtrzymanie stabilności finansowej i/lub odniesienie się do tych

sowe, w tym Międzynarodowy Fundusz Walutowy,² Bank Rozrachunków Międzynarodowych³, a także Komisja Europejska (dalej KE)⁴. Ta ostatnia na początku roku wydała istotny dokument konsultacyjny, w którym zostały nakreślone scenariusze działań zarówno na szczeblu państw członkowskich Unii Europejskiej (dalej UE), jak i wspólnotowym⁵. Obok inicjatyw ponadnarodowych wiele krajów europejskich już wprowadziło lub usprawniło własne instytucje prawne odnoszące się do tego rodzaju postępowań⁶, podczas gdy dyskusja w Polsce wciąż nie wychodzi poza ramy

poważnych problemów, które narażają na niebezpieczeństwo jej działalność z pomocą lub bez zaangażowania sektora prywatnego”, zob. *Resolution policies and frameworks – progress so far*, Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Bazylea, July 2011, s. 43. Do SRR przypisywane są także nadzorcze instrumenty dyscyplinujące. SRR w Polsce określane jest niekiedy jako „uporządkowana upadłość” lub „uporządkowana likwidacja”. Wydaje się, że w języku polskim istotę SRR najlepiej oddaje pojęcie „restrukturyzacji”. W dalszej treści artykułu używamy pojęć „uporządkowana likwidacja” i „restrukturyzacja” zamiennie. Zob. dalsze ustalenia terminologiczne, które czynimy w punkcie 2. artykułu.

² Zob. np. IMF Country Report No. 09/224, *Euro Area Policies: Selected Issues*, Waszyngton, July 2009 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2009/cr09224.pdf> [dostęp 31.07.2011 r.].

³ Zob. np. *Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*, Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Bazylea, March 2010.

⁴ Zob. uwagi w punkcie 3. niniejszego artykułu.

⁵ Zob. DG Internal Market and Services Working Document, *Technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/crisis_management/consultation_paper_en.pdf [dostęp 31.07.2011 r.]. Ustawodawca unijny wcześniej koncentrował się m.in. na sądowej upadłości oraz innych podobnych postępowaniach względem instytucji działających na rynkach finansowych państw członkowskich UE. Por. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/17 z dnia 9 marca 2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń, Dz.Urz. L 110/2001, s. 28 oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24 z dnia 4 kwietnia 2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych, Dz.Urz. L 125/2001, s. 15 (dalej Dyrektywa 2001/24). Omówienia wymienionych dyrektyw dokonuje T. Chilarski, *Upadłość transgraniczna w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 33–35. Do upadłości transgranicznej powyższych instytucji w UE znajdzie również zastosowanie Rozporządzenie Rady Nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, Dz. Urz. L 160/2000, s. 1. Szerzej na ten temat zob. F. Zedler (red.), *Europejskie prawa upadłościowe*, Warszawa 2011.

⁶ Stany Zjednoczone mają odrębny reżim restrukturyzacyjny, wykonywany przez dwie instytucje. Pierwsza z nich – *Federal Depositary Insurance Company* (FDIC) – obejmuje ubezpieczone instytucje gromadzące depozyty, a druga – *Orderly Liquidation Authority* (OLA) – rozciąga się na pozostałe instytucje kredytowe oraz wybrane firmy inwestycyjne, w tym holdingi skupiające takie podmioty. OLA został utworzony na podstawie *The Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, tzw. Ustawy Dodd–Franka, która weszła w życie 21 lipca 2011 r., poszerzając również kompetencje restrukturyzacyjne FDIC, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLA-W-111publ203/content-detail.html> [dostęp 31.07.2011 r.]. Ze względu jednak na poważne różnice w podejściu do likwidacji instytucji kredytowych w Stanach Zjednoczonych i w Europie reżim amerykański został pominięty. Szerzej o tych różnicach zob. F. O’Raghallaigh, M. Kennedy, *Banking Crises and Special Resolution Regimes*, Mazars 2011, <http://www.mazars.ie/Home/News/Our-Publications/Reports/Banking-Crisis-Special-Resolution-Regimes>, s. 20–27 [dostęp 31.07.2011 r.]. Przeglądu reżimów restrukturyzacyjnych w szerokim jego rozumieniu,

wstępne⁷. Celem tego artykułu jest sformułowanie postulatów *de lege ferenda* dla polskiego ustawodawcy na podstawie przeglądu stanu uporządkowanej likwidacji w wybranych krajach europejskich (w tym Polski) oraz propozycji KE. Artykuł rozpoczyna się od zarysu koncepcji SRR względem sądowych procedur upadłościowych. Następnie zostanie szczegółowo przedstawiona unijna propozycja nowego transgranicznego systemu restrukturyzacji, który uzupełniłby istniejące już sądowe unijne procedury upadłości (reorganizacji i likwidacji), a także koncepcja harmonizacji krajowych systemów prawnych państw członkowskich UE względem uporządkowanej likwidacji. Z kolei ta ostatnia porównana jest do istniejących krajowych systemów restrukturyzacji na przykładzie Wielkiej Brytanii, Niemiec i Danii⁸. Powyższe systemy zostały skonfrontowane ze stanem obecnym w Polsce. Całość artykułu wieńczy postulaty *de lege ferenda* skierowane do polskiego ustawodawcy.

1. SĄDOWE PROCEDURY UPADŁOŚCIOWE A KONCEPCJA UPORZĄDKOWANEJ LIKWIDACJI – UWAGI WPROWADZAJĄCE

We współczesnej literaturze zgodnie wskazuje się na konieczność wprowadzenia szczególnego reżimu restrukturyzacyjnego na rynkach finansowych⁹. Reżim ten

również w stosunku do krajów nie wchodzących w skład UE, dokonuje się w *Resolution policies...*, *op. cit.*, s. 7–31.

⁷ Zob. seminarium Bankowego Funduszu Gwarancyjnego z 17 września 2010 r. pt. „*Resolution Regime szansą na wzmocnienie stabilności polskiego sektora bankowego*”: http://www.bfg.pl/?a_id=963 [dostęp 31.07.2011 r.].

⁸ W niektórych publikacjach wskazuje się również na Irlandię, jako na kraj europejski mający odrębny reżim restrukturyzacyjny. Zob. np. *European bank credit ratings: resolution regimes driving downgrades*, <http://www.uk.daiwacm.com/blog-european-bank-credit-ratings-resolution-regimes-driving-downgrades.php>; *Bank Resolution Regimes: Potential Rating Implications As Sovereign Support Frameworks Evolve*, <http://www.standardandpoors.com/ratings/articles/en/us/?assetID=1245299921876> [dostęp 31.07.2011 r.]. Bliższa analiza *Credit Institutions (Stabilisation) Act* wskazuje jednak na fragmentaryczność i doraźność przyjętych rozwiązań, <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0036/index.html> [dostęp 31.07.2011 r.]. Zostało zresztą to dostrzeżone przez ustawodawcę, który 28 lutego 2011 r. opublikował projekt nowego aktu prawnego – *Central Bank and Credit Institutions (Resolution) Bill 2011*, <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=17649&&CatID=59> [dostęp 31.07.2011 r.]. Projekt został wniesiony ponownie (po wyborach parlamentarnych) 20 maja 2011 r. jako *Central Bank and Credit Institutions (Resolution) (No. 2) Bill 2011*, <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=18008&&CatID=59> [dostęp 31.07.2011 r.]. Do dnia 31 lipca 2011 r. projekt ten nie został jednak przyjęty i z tego też powodu jest pominięty w dalszych rozważaniach.

⁹ Dotyczy to zarówno poszczególnych systemów krajowych, jak i szczebla ponadnarodowego, uwzględniającego w szczególności instytucje działające na różnych rynkach finansowych. Zob. np. M. Cihak, E. Nier, *The Need...*, *op. cit.*; S. Claessens, R.J. Herring, D. Schoenmaker, *A Safer World Financial System: Improving the Resolution of Systematic Institutions*. Geneva Reports on the World Economy 12, International Center for Monetary and Banking Studies,

rozumiany jest w znaczeniu wąskim jako uzupełnienie sądowej upadłości dla instytucji finansowych i kredytowych¹⁰. Upadłość sądowa wiąże się bowiem z rozbudowanymi procedurami prawnymi, których rezultat jest z reguły nieprzewidywalny, co klóci się z koniecznością zdecydowanych i czytelnych działań w trakcie sytuacji kryzysowych. Taki proces określa się jako „niekontrolowaną” lub „nieuporządko-

Geneva, July 2010; G. Garcia, R. Lastra, M. Nieto, *Bankruptcy and Reorganization Procedures for Cross-Border Banks in EU*, „Journal of Financial Regulation and Compliance 2009”, Nr 3, s. 240–276; M. Marinc, R. Vlahu, *The Economic Perspective of Bank Bankruptcy Law*, http://www.clevelandfed.org/research/conferences/2011/4-14-2011/Marinc_Vlahu.pdf [dostęp 31.07.2011 r.].

¹⁰ Definicja instytucji finansowej w prawie polskim nie jest jednolita. Wedle art. 4 § 1 pkt 7. Ustawy Kodeks Spółek Handlowych z dnia 15 września 2000 r., Dz.U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1073 z późn. zmianami (dalej KSH) instytucją taką są banki, fundusze inwestycyjne, towarzystwa funduszy inwestycyjnych lub powierniczych, narodowe fundusze inwestycyjne, zakłady ubezpieczeń, zakłady reasekuracji, fundusze powiernicze, towarzystwa emerytalne, fundusze emerytalne, domy maklerskie mające siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie należącym do Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), Dz.U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1073 z późn. zmianami. Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 7 Ustawy Prawo Bankowe z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2002, Nr 72, poz. 665 z późn. zmianami (dalej Prawo bankowe) instytucją finansową jest podmiot nie będący bankiem, który łącznie co najmniej 75% przychodów uzyskuje z wykonywanej przez siebie działalności gospodarczej w zakresie: nabywania i zbywania udziałów lub akcji; udzielania pożyczek ze środków własnych; udostępniania składników majątkowych na podstawie umowy leasingu; świadczenia usług w zakresie nabywania i zbywania wierzytelności; świadczenia usług związanych z transferem środków pieniężnych; emitowania instrumentów płatniczych i administrowania nimi; udzielania gwarancji, poręczeń lub zaciągania innych zobowiązań nie ujmowanych w bilansie; prowadzenia na rachunek własny lub rachunek innej osoby fizycznej lub prawnej obrotu: w zakresie operacji terminowych, instrumentami rynku pieniężnego, zbywalnymi papierami wartościowymi; uczestniczenia w emisji akcji lub świadczenia usług związanych z taką emisją; świadczenia usług w zakresie zarządzania aktywami; świadczenia usług w zakresie doradztwa finansowego, w tym inwestycyjnego, świadczenia usług brokerskich na rynku pieniężnym. Pojęcie to więc jest szersze niż „instytucja kredytowa”, która różnie jest definiowana w aktach prawa unijnego, w tym w Dyrektywie 2006/48 Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, Dz.Urz. WE L 177 z 30 czerwca 2006 r. (dalej Dyrektywa 2006/48) oraz w polskim prawie bankowym. Wedle pierwszego aktu instytucja kredytowa to „przedsiębiorstwo, którego działalność polega na przyjmowaniu depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi od ludności oraz na przyznawaniu kredytów na swój własny rachunek; lub instytucja pieniądza elektronicznego w rozumieniu dyrektywy 2000/46/WE Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 18 września 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością”. Zgodnie natomiast z art. 4 pkt 17 Ustawy o prawie bankowym, Dz.U. z 29 sierpnia 1997 r., Nr 140 poz. 939 z późn. zmianami (dalej Prawo bankowe) jest to: „podmiot mający siedzibę za granicą Rzeczypospolitej Polskiej na terenie jednego z państw członkowskich UE, prowadzący we własnym imieniu i na własny rachunek, na podstawie zezwolenia właściwych władz nadzorczych, działalność polegającą na przyjmowaniu depozytów lub innych środków powierzonych pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym i udzielaniu kredytów lub na wydawaniu pieniądza elektronicznego”. Szerzej o różnicach pomiędzy definicją instytucji kredytowej w prawie unijnym i polskim zob. R. Kaszubski, A. Tupaj-Cholewa, *Prawo bankowe*, Warszawa 2010, s. 27. W dalszej części artykułu bierzemy pod uwagę SRR w odniesieniu do unijnego pojęcia instytucji kredytowej.

waną upadłość” (*disorderly bankruptcy*) i wiąże się z nim wiele negatywnych efektów zewnętrznych, np. kryzys płynnościowy, gwałtowną wyprzedaż aktywów czy też inne skutki na rynku międzybankowym¹¹. Spowolniony proces zmian w zagrożonej instytucji utrudnia w tym czasie działania stabilizacyjne podejmowane przez instytucje publiczne. Przykłady tego rodzaju łączą się chociażby z takimi zagrożonymi upadłością lub upadłymi instytucjami kredytowymi, jak np. Fortis, Northern Rock, Kaupthing, Lehman Brothers.¹²

Tymczasem zapewnienie bezpieczeństwa funkcjonowania rynków finansowych, w tym ograniczenie ryzyka „zarażenia” pozostałych podmiotów, wymaga wykorzystania metod umożliwiających szybkie zrestrukturyzowanie zagrożonej instytucji kredytowej, a tym samym uchronienie jej przed upadłością sądową. Tego rodzaju proces określany jest jako „uporządkowana upadłość” lub „uporządkowana likwidacja” (*orderly bankruptcy; orderly liquidation; orderly failure*), co wymaga wprowadzenia do systemu krajowego nowego reżimu restrukturyzacyjnego (*resolution regime*). Reżim ten wiąże się z ingerencją w prawa własności (akcjonariuszy), a także prawa obligacyjne (wierzycieli) w celu uchronienia innych uczestników rynku finansowego od kosztów związanych z nieuporządkowaną upadłością. W braku takiego reżimu po stronie instytucji kredytowej pojawia się pokusa nadużycia, polegająca na ukrywaniu rzeczywistej kondycji, przeciąganiu procesu zmian, a w efekcie wymuszeniu bezpośredniego zaangażowania pieniędzy podatników w działania ratunkowe. Ze względu jednak na często rozbudowany charakter instytucji kredytowych wychodzących poza granice państwowe, pojawia się również kwestia przeprowadzenia procesu restrukturyzacyjnego na płaszczyźnie transgranicznej¹³. Z powodu dużego zaangażowania kapitału zagranicznego w polski sektor bankowy, a także ograniczonego zakresu typowych instrumentów restrukturyzacyjnych, przewidzianych w prawie polskim, konstrukcja systemu uporządkowanej likwidacji w UE jest więc niezwykle ważna. Stanowić ona będzie uzupełnienie dotychczasowych działań postkryzysowych, których instytucjonalnym efektem jest przebudowa unijnych organów nadzorczych, w tym utworzenie Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority*, dalej EBA)¹⁴.

¹¹ Zob. M. Cihak, E. Nier, *The Economic...*, *op. cit.*, s. 4; S. Claessens, R.J. Herring, D. Schoemaker, *A Safer...*, *op. cit.*, s. 12.

¹² O Fortisie piszą M. Marinc, R. Vlahu, *op. cit.*, s. 38–43. Natomiast przypadki *Kaupthing* i *Lehman Brothers International* zostały omówione w *Report and Recommendations...*, *op. cit.*, s. 12–15. Historię upadku *Northern Rock* obszernie przedstawiają F. Bruni, D. Llewelyn (red.), *The Failure of Northern Rock: A Multi-Dimensional Study*, SUERF – The European Money and Finance Forum, Vienna 2009.

¹³ Zob. *Report and Recommendations...*, *op. cit.*; *FSF Principles for Cross-border Cooperation on Crisis Management*, Bazylea, April 2009, http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904c.pdf [dostęp 31.07.2011 r.].

¹⁴ EBA został powołany na początku 2011 r. Szerzej na temat tego urzędu zob. A. Michór, *Nowa europejska architektura nadzoru nad rynkiem bankowym*, „Bezpieczny Bank” 2011, Nr 1(43), s. 71–90.

2. KONCEPCJE RESTRUKTURYZACJI PROBLEMOWYCH INSTYTUCJI KREDYTOWYCH W UE

Dyskusja na szczeblu unijnym dotycząca restrukturyzacji instytucji finansowych prowadzona jest w ramach „zarządzania kryzysowego w sektorze bankowym”, dla którego dokumentami wyjściowymi są dwa komunikaty KE¹⁵. Najistotniejszym jednak dokumentem, wydanym na początku 2011 r., są konsultacje w sprawie potencjalnych ram prawnych dla bankowego systemu naprawczego i restrukturyzacyjnego¹⁶. Przedstawiono w nim wstępne propozycje do przygotowania projektu legislacyjnego, mającego ujednoczyć działania z zakresu przeciwdziałania kryzysom oraz postępowań naprawczych i restrukturyzacji banków w UE. Ze względu na szeroki zakres dokumentu konsultacyjnego w artykule pominięte zostaną kwestie odnoszące się do nadzoru, prewencji i przygotowań. Natomiast szczegółowo omówimy pozostałe zagadnienia.

2.1. Przesłanki i cele restrukturyzacji

Komisja Europejska podeszła szeroko do definicji restrukturyzacji, poddając do rozważenia trzy opcje. Według pierwszej z nich instytucja kredytowa upada lub też jest prawdopodobne¹⁷, że upadnie, jeżeli jeden z poniższych warunków się ziści:

¹⁵ Komunikat Komisji z dnia 20 października 2009 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Banku Centralnego, *Unijne ramy transgraniczne zarządzania kryzysowego w sektorze bankowym*, COM(2009) 561 wersja ostateczna oraz Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee the Regions and the European Central Bank, *An EU framework for crisis management in the financial market*, COM(2010) 579 final.

¹⁶ Dokument ten został oparty na siedmiu zasadach: pierwszeństwie w planowaniu i prewencji, zapewnieniu odpowiednich metod restrukturyzacyjnych, umożliwieniu podjęcia szybkich i stanowczych działań, ograniczeniu pokusy nadużycia, umożliwieniu płynnej restrukturyzacji grup transgranicznych, zwiększeniu pewności prawa oraz ograniczeniu zaburzeń konkurencji. Zob. *Technical details...*, s. 7–8.

¹⁷ Warto zauważyć, że w dokumencie konsultacyjnym zaproponowano rozciągnięcie metod restrukturyzacyjnych nie tylko na instytucje kredytowe, lecz także na firmy inwestycyjne. Te ostatnie mogłyby obejmować dwie kategorie firm. Pierwsze można by wyróżnić na podstawie prowadzenia określonego rodzaju działalności (na własny rachunek lub na rachunek klientów) lub też ich wielkości, zaś drugie na podstawie szeroko rozumianej przynależności do grup bankowych. Ponadto uprawnienia organów restrukturyzacyjnych mogłyby być rozszerzone na unijne spółki-matki instytucji kredytowych (*EU parent credit institutions*) oraz unijne holdingi finansowe (*EU parent financial holding companies*). Innymi słowy chodzi tutaj o spółki posiadające udziały w innej instytucji kredytowej lub holdingu finansowym nie będące spółkami zależnymi od instytucji kredytowej lub holdingu finansowego.

- ❖ instytucja kredytowa naraziła się lub też jest prawdopodobne, że jest narażona na straty, które uszczuplą jej kapitał własny¹⁸,
- ❖ aktywa instytucji kredytowej są mniejsze lub jest prawdopodobne, że będą mniejsze niż jej zobowiązania, lub też
- ❖ instytucja kredytowa nie jest lub jest prawdopodobne, że nie będzie w stanie regulować swoich zobowiązań w ramach normalnie prowadzonej działalności gospodarczej.

Zgodnie z drugą zaproponowaną opcją instytucja kredytowa upada lub też jest prawdopodobne, że upadnie, jeżeli nie wypełnia, lub też jest prawdopodobne, iż nie będzie wypełniać, warunków zawartych w zezwoleniu.

Natomiast na podstawie trzeciej opcji instytucja kredytowa upada lub też jest prawdopodobne, że upadnie, jeżeli już nie posiada, lub też jest prawdopodobne, iż nie będzie posiadała, odpowiednich funduszy własnych wymaganych na podstawie Rozdziału 2. Dyrektywy 2006/49 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (dalej CRD III)¹⁹ w Dyrektywie 2006/48²⁰. W uzupełnieniu do powyższych opcji definicji restrukturyzacji zostały wprowadzone dwie uzupełniające przesłanki, tj. że nie ma innych sposobów, które zapobiegłyby upadkowi i przywróciłyby taką instytucję kredytową do działania w rozsądnym przedziale czasu, a także, iż tego rodzaju działanie jest konieczne ze względu na interes publiczny.

Wśród celów, które stawia się przed tak rozumianą restrukturyzacją, można m.in. wymienić: zapewnienie stabilności finansowej, w tym uniknięcie niekorzystnych skutków, powstrzymanie procesu „zakażania”, kontynuację kluczowych usług, ochronę środków publicznych oraz środków depozytariuszy²¹. Wszystkie one powinny być postrzegane jako równorzędne, choć to do poszczególnych organów restrukturyzacyjnych będzie należała ocena ich wagi w danych okolicznościach²².

¹⁸ Uszczuplenie kapitału własnego należy rozumieć jako uszczuplenie zagrażające bezpieczeństwu depozytów, nie zaś cykliczne zmiany, które dokonują się w ramach prowadzenia działalności bankowej.

¹⁹ Dz.Urz. L 177/201, s. 201.

²⁰ W szczególności art. 75 te same dyrektywy, odnoszący się do wymogów minimalnego poziomu funduszy własnych.

²¹ *Technical details...*, s. 47.

²² Organy restrukturyzacyjne w swojej działalności powinny kierować się m.in. następującymi zasadami: akcjonariusze jako pierwsi ponoszą odpowiedzialność za straty instytucji kredytowej; nieuprzywilejowani wierzyciele (*unsecured creditors*) ponoszą straty powstałe w wyniku wadliwej strategii zarządzania; kadra zarządzająca, która została wymieniona, ponosi zgodnie z obowiązującym prawem odpowiedzialność za wynikłe straty; wierzyciele z tej samej grupy zaspokojenia traktowani są uczciwie i na równych zasadach, w tym żaden z nich nie ponosi większych strat, niż te, które by poniósł w razie sądowej upadłości likwidacyjnej; ingerencja w prawa własności nie może naruszać Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w tym także konstytucji krajowych.

Komisja Europejska proponuje trzy modele zarządzania restrukturyzacyjnego:

- ❖ model zarządu komisarycznego (*receivership model*), wedle którego organ restrukturyzacyjny miałby prawo do przejęcia kontroli nad instytucją kredytową na podstawie wydanej decyzji, co wiązałoby się z dalszym zarządzaniem własnością, w tym wykonywaniem wszelkich praw akcjonariuszy²³,
- ❖ w drugim modelu organ restrukturyzacyjny powoływałby administratora instytucji poddanej restrukturyzacji z obowiązkiem ostatecznej jej likwidacji,
- ❖ w modelu trzecim osoba powołana przez organ restrukturyzacyjny wykonywałaby prawa przyjęte przez ten organ w drodze decyzji (*executive order*) lub innych aktów prawnych (*decree*) wedle krajowych procedur administracyjnych.

Restrukturyzacja może zaistnieć nie tylko na poziomie instytucji kredytowej działającej w danym państwie członkowskim UE, ale także na poziomie transgranicznej grupy bankowej. Tego rodzaju restrukturyzacja będzie miała miejsce, gdy zostaną spełnione warunki restrukturyzacji dla unijnych spółek-matek instytucji kredytowych lub unijnych holdingów finansowych oraz co najmniej jednej lub więcej ich spółek zależnych (*covered subsidiaries*)²⁴. Proponowany zakres, jak i struktura krajowej instytucji restrukturyzacyjnej w porównaniu z transgraniczną, jest odmienna (będzie omówiona osobno).

2.1.1. Zakres działalności instytucji odpowiedzialnej za restrukturyzację krajową

Komisja Europejska nie przesądza z góry, jaka instytucja ma pełnić funkcje restrukturyzacyjne w poszczególnych państwach członkowskich UE. Ogólnie dopuszcza się powierzenie tych czynności jednemu lub kilku organom administracji publicznej, w tym lokalnemu nadzorcy, pod warunkiem dokonania rozgraniczenia kompetencyjnego pomiędzy czynnościami nadzorczymi a restrukturyzacyjnymi²⁵. Podział taki powinien obejmować w szczególności kwestie wypełnienia przesłanek restrukturyzacji, zastosowania instrumentów restrukturyzacyjnych

²³ W dokumencie konsultacyjnym nie jest jasne, czy zarząd organu restrukturyzacyjnego stawałby się zarządem komisarycznym *ex lege*, czy też miałby jedynie uprawnienie do powołania takiego zarządu komisarycznego. Tak rozumianego pojęcia „zarządu komisarycznego” nie należy utożsamiać z polską instytucją zarządu komisarycznego powoływaną na podstawie art. 145 Prawa bankowego. Szerzej na ten temat punkt 8.2.2. niniejszego numeru.

²⁴ Spółka zależna definiowana jest w dokumencie konsultacyjnym jako „instytucja kredytowa lub firma inwestycyjna, na którą rozciąga się unijny reżim restrukturyzacyjny” *Technical details...*, s. 79.

²⁵ Zob. Komunikat KE z 20 października 2010 r., w którym podkreśla się, że w wielu systemach krajowych funkcje restrukturyzacyjne są oddzielone od nadzorczych, co przyczynia się do minimalizacji ryzyka zbyt pobłażliwych reakcji ze strony organu odpowiedzialnego jednocześnie za nadzór i restrukturyzację nad podmiotem zagrożonym restrukturyzacją.

oraz przeprowadzenia samego procesu restrukturyzacji. Wśród kompetencji organów restrukturyzacyjnych wymienia się:

- ❖ przejęcie kontroli nad restrukturyzowaną instytucją,
- ❖ przeniesienie udziałów i innych instrumentów,
- ❖ przeniesienie instrumentów dłużnych,
- ❖ przeniesienie do innego podmiotu lub osoby fizycznej określonych praw, aktywów i zobowiązań instytucji kredytowej poddanej restrukturyzacji,
- ❖ umorzenie instrumentów wydanych przez restrukturyzowaną instytucję,
- ❖ redukcję lub oddalenie roszczeń nieuprzywilejowanych wierzycieli wobec instytucji poddanej restrukturyzacji²⁶,
- ❖ przekształcenie określonych instrumentów dłużnych lub innych składników nie wchodzących w skład funduszy podstawowych, emitowanych przez instytucję poddaną restrukturyzacji lub jej oddział na udziały lub inne prawa własności w tej instytucji kredytowej lub unijnej spółce-matce instytucji kredytowych lub też unijnym holdingu finansowym,
- ❖ konwersję instrumentów dłużnych, które zawierają postanowienie umowne pozwalające na podstawie decyzji organu administracji publicznej na taką konwersję w razie chylenia się danej instytucji ku upadkowi i prawdopodobieństwa wystąpienia interwencji ze strony organu restrukturyzacyjnego,
- ❖ wymianę kadry zarządzającej, emisję nowych akcji.

2.1.1.1. *Uprawnienia organu restrukturyzacyjnego*

Przeprowadzenie powyższych czynności powinno być możliwe bez zgody wierzycieli lub też akcjonariuszy. Uprawnienia organu restrukturyzacyjnego powinny także obejmować:

- ❖ umożliwienie transferu udziałów lub aktywów wolnych od obciążeń i odpowiedzialności za zobowiązania z nimi związane (z zastrzeżeniem wypłaty odszkodowania),
- ❖ pozbawienie możliwości uzyskania dalszych akcji lub innych praw własnościowych,
- ❖ wycofanie instrumentów dopuszczonych do obrotu na regulowanym rynku lub zawieszenie obrotu transferowanymi instrumentami finansowymi,

²⁶ W dokumencie konsultacyjnym nie podano definicji uprzywilejowanego czy też nieuprzywilejowanego wierzyciela, ale z jego analizy wynika, że uprzywilejowanie pozycji wierzyciela oznacza, że w sytuacji poddania restrukturyzacji instytucji kredytowej jego roszczenie o zwrot środków będzie miało pierwszeństwo przed pozostałymi wierzycielami (nieuprzywilejowanymi). Proponuje się też, aby uprzywilejowanym wierzycielem była również instytucja kredytowa, np. unijna spółka-matka instytucji kredytowej, która udzieliła pomocy finansowej w ramach grupy, a także organ restrukturyzacyjny ponoszący określone koszty związane z procesem restrukturyzacji.

- ❖ zapewnienie traktowania podmiotu, na rzecz którego dokonano transferu udziałów czy aktywów, w taki sam sposób, jak zagrożonej instytucji kredytowej dla celów umów, porozumień czy innych czynności przez nią podejmowanych,
- ❖ żądanie od zagrożonej instytucji kredytowej i podmiotu, na którego rzecz dokonano transferu udziałów i aktywów, wszelkich niezbędnych informacji i pomocy w restrukturyzacji.

Elastyczność procesu restrukturyzacyjnego powinna wiązać się z ciągłością realizacji umów zawartych przed cesją tak, aby podmiot, na rzecz którego dokonano transferu udziałów i aktywów, wszedł we wszelkie prawa i obowiązki wynikające z umów zawartych przez restrukturyzowany podmiot, a także wstąpił we wszelkie postępowania sądowe i administracyjne dotyczące praw, odpowiedzialności czy też aktywów na niego przeniesionych. Celem zapewnienia stabilności działalności prowadzonej przez restrukturyzowaną instytucję kredytową należy również zapewnić, aby żadna ze stron umów będących przedmiotem cesji nie miała możliwości od nich odstąpienia. Organ restrukturyzacyjny powinien mieć również uprawnienia do wstrzymania jakiegokolwiek płatności lub też wykonania zobowiązania na podstawie umowy, której stroną jest instytucja kredytowa, z chwilą, gdy instytucja ta wchodzi w restrukturyzację, nie później jednak niż na 48 godzin po zawiadomieniu o tym, lub do godz. 17.00 w dniu roboczym po decyzji wprowadzającej instytucję na ścieżkę restrukturyzacji²⁷.

Ponadto organ restrukturyzacyjny powinien mieć prawo do wstrzymania wszelkich czynności przysługujących w razie likwidacji na podstawie umowy nettingowej, której stroną jest restrukturyzowana instytucja kredytowa, powstałych w związku z podjętymi lub planowanymi działaniami organu restrukturyzacyjnego. W przypadku wstrzymania czynności przez organ restrukturyzacyjny, o których mowa powyżej, powinny obowiązywać terminy analogiczne do przywołanych w razie wstrzymania przez organ restrukturyzacyjny płatności czy wykonania zobowiązań²⁸. Z chwilą upływu terminu wstrzymania, jeżeli prawa i wierzytelności objęte umową nettingową zostały przeniesione do innego podmiotu, osoba uprawniona z tego tytułu może w razie wystąpienia określonych warunków skorzystać z uprawnień w stosunku do podmiotu, na rzecz którego dokonano przeniesienia praw i wierzytelności. Jednakże przeniesienie praw i wierzytelności, jak i inne działanie organu restrukturyzacyjnego, nie może być traktowane jako zdarzenie powodujące ziszczenie się warunków wynikających z umowy nettingowej w stosunku do restrukturyzowanej instytucji kredytowej (każde takie postanowienie umowne powodujące ten skutek zostanie uznane za nieważne). Z kolei gdy

²⁷ Uprawnienie to nie rozciągałoby się jednak na wymagane depozyty.

²⁸ KE podkreśla, że w przyszłości należy precyzyjnie określić moment ich wstrzymania, np. przyjmując chwilę wydania decyzji inicjującej restrukturyzację.

prawa i wierzytelności objęte umową nettingową pozostaną po stronie instytucji kredytowej, osoba uprawniona może dochodzić wszelkich uprawnień wynikających z tejże umowy.

Organ restrukturyzacyjny powinien mieć także prawo do transferu własności znajdującej się poza granicami jego działania²⁹. Będzie się jednak musiał upewnić, czy, jeżeli przenosiny odnoszą się do aktywów w państwie innym niż te, nad którym rozciąga się zakres jego działalności, lub prawa te i zobowiązania poddane są jurysdykcji innego kraju, taki transfer jest ważny na podstawie tegoż prawa. Ponadto restrukturyzowana instytucja kredytowa, jak i podmiot na rzecz którego dokonano transferu, muszą podjąć wszelkie działania niezbędne dla skuteczności takiego transferu, przy czym restrukturyzowana instytucja kredytowa ma być w posiadaniu stosownych aktywów do czasu ich skutecznego przeniesienia na podmiot przejmujący, który uiszcza koszty z tym związane.

2.1.1.2. Obowiązki organu restrukturyzacyjnego

Komisja Europejska przewiduje, że organ restrukturyzacyjny będzie miał obowiązek dopilnowania wszelkich procedur odnoszących się do odpowiedniego ogłoszenia zastosowanej metody restrukturyzacyjnej. Tyczyć się to będzie zarówno instytucji kredytowej, wobec której zostaną one przyjęte, jak i też EBA oraz opinii publicznej. Ta ostatnia może być poinformowana w drodze ujawnienia podjętej decyzji lub też wydania komunikatu³⁰. Dalej idącym procedurom upublicznienia zostałyby poddane metody polegające na zamianie długu, a także wydzielenia aktywów. Natomiast publikacja listy instytucji krajowych odpowiedzialnych za restrukturyzację mogłaby zostać powierzona EBA. Temu urzędowi mogłaby być również powierzona koordynacja realizacji planów restrukturyzacyjnych³¹, a także rozwiązywanie sporów pomiędzy krajowymi urzędami ds. restrukturyzacji³².

²⁹ Akcjonariusze i wierzyciele nie powinni mieć uprawnień wstrzymujących powyższe działania organu restrukturyzacyjnego. Natomiast powinni mieć prawo do odszkodowania analogiczne do przysługującego akcjonariuszom i wierzycielom krajowym, co może wymagać zmiany Dyrektywy 2001/24.

³⁰ Decyzja lub komunikat w sprawie wydania decyzji miałby być opublikowany na stronie internetowej krajowego organu restrukturyzacyjnego lub EBA, albo też w dzienniku prasowym będącym w obiegu na terenie działalności instytucji kredytowej czy też jej oddziałów

³¹ W dokumencie konsultacyjnym przewiduje się obowiązek opracowywania planów restrukturyzacyjnych przez poszczególne instytucje kredytowe na szczeblu krajowym, jak i na poziomie grupy. Ponieważ tematyka ta wchodzi w zakres działań prewencyjnych, została pominięta w dalszych rozważaniach.

³² Zob. uwagi co do konieczności przyjęcia dodatkowych rozwiązań określających sposób procedowania w celu rozwiązywania takich sporów.

2.1.2. Zakres działalności instytucji odpowiedzialnej za restrukturyzację transgraniczną

W przypadku restrukturyzacji transgranicznych rozważa się wprowadzenie organów restrukturyzacyjnych na poziomie grupy (*group level resolution authority*). Funkcje takich organów mogłyby wykonywać kolegia restrukturyzacyjne dla grup transgranicznych na wzór istniejących już kolegiów nadzorczych³³. Zadaniem takich kolegiów m.in. byłyby:

- ❖ stworzenie planów restrukturyzacyjnych i określenie przeszkód w zakresie zastosowania metod restrukturyzacyjnych,
- ❖ rozwinięcie wspólnego podejścia do zastosowania metod restrukturyzacyjnych na poziomie krajowym i transgranicznym,
- ❖ zapewnienie ram porozumienia na podstawie grupowych planów restrukturyzacyjnych, oraz koordynacja decyzji i działań podejmowanych przez krajowe organy restrukturyzacyjne.

Proponuje się, aby podmiotem, który będzie decydował o kompozycji kolegium, był organ restrukturyzacyjny działający na poziomie grupy, tzn. tam, gdzie ma siedzibę unijna spółka-matka lub unijny holding finansowy. W skład kolegium powinny wejść organy restrukturyzacyjne odpowiedzialne za restrukturyzację spółek zależnych, należących do unijnej spółki-matki instytucji kredytowych lub też unijnego holdingu finansowego, a także podmioty wymienione w art. 131a ust. 2 Dyrektywy 2006/48 oraz właściwe urzędy krajów trzecich spoza obszaru UE, które wykonują podobne funkcje³⁴. W posiedzeniach kolegiów restrukturyzacyjnych powinien być również zapewniony udział przedstawicieli EBA oraz tych instytucji, których decyzje względem podmiotu poddanego restrukturyzacji mogą wpływać na sytuację na rynku finansowym. Ocena potrzeby funkcjonowania kolegiów restrukturyzacyj-

³³ Kolegia nadzorcze zostały powołane na podstawie art. 131a CRD II, tj. Dyrektywy 2009/111 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 września 2009 r. zmieniającej Dyrektywę 2006/48, 2006/49 i 2007/64 w odniesieniu do banków powiązanych z centralnymi instytucjami, niektórych pozycji funduszy własnych, dużych ekspozycji, uzgodnień w zakresie nadzoru oraz zarządzania w sytuacji kryzysowej, Dz.Urz. UE L 302, s. 97. Kolegia tworzone są przez EBA w celu poprawy jakości, skuteczności oraz koordynacji działań w ramach nadzoru skonsolidowanego nad instytucjami kredytowymi i spółkami holdingowymi. W kolegium zasiadają nadzorcy podmiotów wchodzących w skład danej grupy. Rolę wiodącą pełni nadzorca właściwy ze względu na siedzibę grupy.

³⁴ Wyjście poza granice UE dla wspólnotowego reżimu restrukturyzacyjnego będzie w przyszłości rodzić wiele trudności, w tym konieczność renegotjowania porozumień z krajami trzecimi w odniesieniu do koordynacji restrukturyzacji wobec: instytucji kredytowych należących do spółki-matki, których siedziby znajdują się w krajach trzecich; instytucji kredytowych, których siedziby znajdują się w krajach trzecich, a siedziba spółki-matki znajduje się w UE; oddziały instytucji kredytowych, których siedziby są poza UE; oddziały w krajach trzecich instytucji kredytowych, których siedziby są w państwach członkowskich UE. Dopuszcza się także zawieranie odrębnych porozumień przez poszczególne państwa członkowskie UE.

nych będzie pozostawiona im samym, z koniecznością uwzględnienia tego, czy cele restrukturyzacji będą lepiej osiągnięte w drodze restrukturyzacji grupowej czy też poprzez nieskoordynowane działania krajowe oraz, czy środki, które zostaną podjęte przez jeden lub więcej organów restrukturyzacyjnych, nie będą miały niekorzystnego wpływu na różne podmioty grupy, czego można byłoby uniknąć w drodze grupowej restrukturyzacji. Tego rodzaju ocena musi być podjęta niezwłocznie wraz ze wskazaniem, że nie ma ona istotnego wpływu na stabilność finansową w innych państwach członkowskich UE i jest spójna z zadaniami stawianymi przed restrukturyzacją. Brak jej podjęcia, np. w ciągu jednego dnia roboczego, umożliwi innym organom restrukturyzacyjnym wydanie własnych decyzji. Do czasu jednak wydania tej oceny organy krajowe nie powinny podejmować decyzji, aby uniknąć ich dublowania się. Po przeprowadzeniu pozytywnej oceny kolegium restrukturyzacyjne przygotowuje niezwłocznie plan restrukturyzacji, wskazując na skoordynowane metody działania. Krajowy organ restrukturyzacyjny może zdecydować się jednak na działanie niezgodne z takim planem i podjąć własne kroki, jeśli będzie uważał, że są one niezbędne do utrzymania stabilności finansowej w kraju. Tego rodzaju postępowanie powinno jednak brać pod uwagę wpływ na stabilność finansową w innych krajach, a także, o ile to możliwe, przed wdrożeniem zostać skonsultowane z innymi członkami kolegium restrukturyzacyjnego.

3. FUNDUSZ RESTRUKTURYZACYJNY A KRAJOWE SYSTEMY GWARANTOWANIA DEPOZYTÓW

Działalność organu restrukturyzacyjnego musi wiązać się z zabezpieczeniem odpowiednich środków służących spełnieniu ogólnych celów stawianych przed restrukturyzacją, w tym pokryciu kosztów użytych metod restrukturyzacyjnych. Nie oznacza to konieczności powołania odrębnego funduszu, lecz odpowiednie wykorzystanie krajowych systemów gwarantowania depozytów (dalej SGD). Co prawda instytucje te mogą mieć odmienne cele do realizacji (ubezpieczenie depozytariuszy *versus* prowadzenie restrukturyzacji mogącej przekraczać poziom ubezpieczenia), ale należy pamiętać, że SGD mogą również mieć szersze uprawnienia – w zależności od podejścia przyjętego w danym państwie członkowskim UE³⁵. W związku z tym postuluje się, aby krajowe SGD miały możliwość finansowania

³⁵ Podstawowym zadaniem SGD o wąskim zakresie jest zabezpieczanie depozytów i wypłacanie deponentom ich wkładów, natomiast SGD o szerszym zakresie monitoruje kondycję sektora bankowego oraz posiada instrumenty pomocowe i naprawcze. Zob. J. Beldowski, J. Kantorewicz, *Nowa propozycja harmonizacji systemu gwarancji depozytów Unii Europejskiej – uwagi na tle projektu dyrektywy z 12 lipca 2010 r.*, „Bezpieczny Bank” 2011, Nr 1 (43), s. 59–60. Zob. także A. Pawlikowski, *Zróżnicowanie systemów gwarantowania depozytów – analiza różnych wariantów rozwiązań*, „Bank i Kredyt” 2004, Nr 10, s. 4–16.

działań restrukturyzacyjnych poprzez odliczanie wpłacanych do nich środków na rzecz organu restrukturyzacyjnego lub też utrzymanie wyłącznie wpłat na rzecz SGD, z których część byłaby odprowadzana na fundusz restrukturyzacyjny. Ten ostatni powinien jednak mieć swoją docelową wielkość, którą należy definiować jako określony procent wszystkich wymaganych zobowiązań instytucji na niego się składających³⁶. Proponuje się, aby tę wysokość osiągnąć do 31 grudnia 2020 r., a w razie gdyby wpłaty instytucji uczestniczących w funduszu były niewystarczające, powinny one liczyć się z potrzebą uiszczenia dodatkowych środków. W ostateczności, gdyby nawet te wpłaty nie pokrywały docelowej wielkości funduszu, obowiązek zabezpieczenia alternatywnych źródeł finansowania funduszu restrukturyzacyjnego będzie leżał po stronie państw członkowskich UE.

4. METODY ZARZĄDZANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO

Obowiązek poinformowania właściwego organu nadzoru o stanie upadku lub też prawdopodobieństwa upadku instytucji kredytowej został nałożony na jej kadrę zarządzającą³⁷. Nadzorca ma także obowiązek poinformowania (na podstawie dostępnych mu innych instrumentów) organu restrukturyzacyjnego o naruszeniach, które powodują znaczące ryzyko wystąpienia warunków do restrukturyzacji. Z chwilą pozyskania tej informacji organ restrukturyzacyjny powinien dokonać oceny spełnienia warunków restrukturyzacji i podjąć odpowiednią decyzję. W wyborze adekwatnych metod organy restrukturyzacyjne powinny brać pod uwagę minimalizację całkowitych kosztów restrukturyzacji w drodze ostrożnej i realistycznej wyceny wartości instytucji kredytowej dokonanej przez niezależnego rzeczoznawcę³⁸. Wśród metod restrukturyzacyjnych wymienia się: sprzedaż, bank pomostowy, wydzielenie aktywów oraz zamianę długu. Poza pierwszym i ostatnim przypadkiem należy się również liczyć z koniecznością wypełnienia warunków wiążących się z uzyskaniem zgody od KE na udzielenie pomocy publicznej.

³⁶ Chodzi tu o zobowiązania wchodzące w skład funduszy podstawowych kapitału i objętych gwarancją depozytową zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 94/19 z dnia 30 maja 1994 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów, Dz. Urz. L 135, s. 5–14 z późn. zmianami, z wyłączeniem art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2006/48, odnoszących się do oddziałów ustanowionych przez instytucje kredytowe, których siedziba jest poza UE.

³⁷ Z zastrzeżeniem, że chodzi o upadek w znaczeniu przedstawionym w omawianym dokumencie konsultacyjnym.

³⁸ Dopuszcza się jednak, że kiedy takie powołanie nie będzie możliwe, organ restrukturyzacyjny przeprowadzi samodzielnie wycenę pod warunkiem, że będzie ona zweryfikowana przez niezależnego rzeczoznawcę.

4.1. Sprzedaż całości lub części instytucji restrukturyzowanej

Sprzedaż (*sale*) odnosi się do zbycia całej instytucji kredytowej lub też części jej aktywów i zobowiązań jednemu lub kilku podmiotom na zasadach rynkowych bez zgody akcjonariuszy lub też bez konieczności wypełniania procedur, które inaczej znalazłyby zastosowanie. Użycie tej metody musi jednak poprzedzać szacunek, że jest ona mniej kosztowna niż inne działania, np. częściowa lub całkowita likwidacja. Nienaruszone mają być również kompetencje nadzorcze z art. 19 Dyrektywy 2006/48, tj. zgoda nadzorcy pod warunkiem, że zostanie ona wydana w czasie, który nie opóźni zastosowania tejże metody.

4.2. Bank pomostowy

„Bank pomostowy” (*bridge bank*) został zdefiniowany jako „spółka lub inny podmiot prawny, który w całości jest we własności jednego lub kilku podmiotów publicznych, w tym organu restrukturyzacyjnego”, do którego została przeniesiona całość lub część restrukturyzowanej instytucji kredytowej. KE stoi na stanowisku, że całkowita wartość zobowiązań przeniesionych do banku pomostowego nie powinna przekraczać całkowitej wartości praw i aktywów do niego przeniesionych lub wniesionych z innych źródeł. Organ restrukturyzacyjny powinien mieć jednak możliwość przeniesienia praw, aktywów i zobowiązań z instytucji poddanej restrukturyzacji więcej niż tylko jeden raz, a także z powrotem do tzw. *residual bank*, o ile jest to niezbędne w ramach realizacji celów restrukturyzacji³⁹. Kwestią otwartą jest, czy bank pomostowy powinien otrzymać pozwolenie na prowadzenie swojej działalności oraz wszelkie inne zgody wymagane na podstawie prawa krajowego. KE uważa jednak, że działalność banku powinna zostać poddana nadzorowi, przy czym to organ restrukturyzacyjny będzie miał prawo do powołania zarządu takiego podmiotu, który powinien być zarządzany jak podmiot prywatny⁴⁰. Akcjonariusze i wierzyciele restrukturyzowanej instytucji kredytowej nie będą mogli rościć sobie żadnych praw do banku pomostowego lub jego własności, z wyłączeniem prawa do wartości rezydualnej, tj. wartości pozostałej po sprzedaży instytucji kredytowej, po uprzednim rozliczeniu wierzytelności i długów instytucji kredytowej powiększonych o koszty powstałe w związku z postępowaniem restrukturyzacyjnym. Czas działania banku pomosto-

³⁹ W efekcie zastosowania niektórych metod restrukturyzacyjnych zostanie wydzielona część aktywów i zobowiązań z restrukturyzowanej instytucji kredytowej, które zostaną przeniesione na nabywcę części restrukturyzowanej instytucji kredytowej, bank pomostowy lub spółkę zarządzającą wydzielonymi aktywami. Pozostałe aktywa i zobowiązania pozostaną w tzw. *residual bank* lub *residual failed institution*, który będzie pod kontrolą organu restrukturyzacyjnego. W dokumencie konsultacyjnym proponuje się, aby *residual bank* podlegał docelowo likwidacji.

⁴⁰ Chodzi tu raczej o podtrzymanie działalności, nie zaś o jej rozwijanie.

wego powinien być ograniczony do jednego roku, z możliwością przedłużenia nie więcej niż dwa razy o dodatkowe 6 miesięcy. Jeżeli w tym czasie, tj. maksymalnie w okresie dwóch lat, bank nie będzie sprzedany, powinien zostać zlikwidowany.

4.3. Zarządzanie wydzielonymi aktywami

„Wydzielenie aktywów” (*asset separation*) rozumiane jest jako uprawnienie organu restrukturyzacyjnego do przeniesienia określonych aktywów instytucji kredytowej poddanej restrukturyzacji do spółki zarządzającej aktywami (*asset management vehicle*), tj. instytucji, która w całości lub w części jest własnością instytucji publicznych, w tym organu restrukturyzacyjnego. W kompetencji tego ostatniego będzie powołanie kadry zarządzającej tegoż podmiotu w celu maksymalizacji wartości wniesionych aktywów w drodze ich dalszej sprzedaży. Ze względu na potencjalną pokusę nadużycia ze strony organu restrukturyzacyjnego, polegającą na „pozbyciu się” problematycznych aktywów poprzez ich wydzielenie, a następnie ich przeniesienie do spółki zarządzającej aktywami, metoda ta będzie mogła być stosowana tylko w połączeniu z innymi⁴¹. Podobnie jak w przypadku banku pomostowego, organ restrukturyzacyjny powinien mieć możliwość przeniesienia aktywów z instytucji kredytowej poddanej restrukturyzacji więcej niż tylko jeden raz, a także w odwrotną stronę, o ile jest to niezbędne do realizacji celów restrukturyzacji. Nie należy jednak zapominać, że cesja niektórych aktywów będzie musiała uwzględniać pewne warunki wynikające z ochrony wierzycieli restrukturyzowanej instytucji, co stanowi przedmiot rozważań w punkcie 5.3.

4.4. Zamiana długu

„Zamiana długu” (*debt conversion*) to instrument, dzięki któremu możliwe jest całkowite lub częściowe zmniejszenie długu względem nieuprzewilejowanych wierzycieli lub też dokonanie konwersji długu na akcje⁴². W odniesieniu do redukcji długu proponowane są dwa podejścia: całościowe (*comprehensive approach*) i celowe (*targeted*

⁴¹ Chodzi tu o aktywa wysokiego ryzyka lub też trudne w oszacowaniu ich wartości.

⁴² Zastosowanie tego instrumentu może być szczególnie pożądanym działaniem względem tzw. instytucji finansowych ważnych systemowo (*systematically important financial institutions, SIFIs*), lub gdy jest mało prawdopodobne, aby istniała zbyt duża liczba wierzycieli lub też w sytuacji wydzielenia banku pomostowego, biorąc pod uwagę wielkość i złożoność aktywów takiej instytucji lub też jej ksiąg handlowych, a także zależności wewnątrz i na zewnątrz. Użycie takiego instrumentu będzie wymagać koordynacji i konsultacji w sytuacji działalności transgranicznej, w tym w krajach trzecich w ramach kolegium restrukturyzacyjnego. Szerzej na ten temat *FSF Principles...*, *op. cit.*, s. 1 i n.

ted approach). W ramach pierwszego organ restrukturyzacyjny byłby uprawniony do redukcji długu (z określonym maksymalnym odpisem) wobec wierzycieli lub też jego konwersji na akcje. Odnosiłoby się to jednak do emisji nowych papierów lub też istniejących, które odnowiono lub zrolowano po wszczęciu procedury restrukturyzacyjnej. Swoboda organu restrukturyzacyjnego polegałaby na wyborze grupy wierzycieli wedle listy wierzytelności, wobec których zadłużenie zostałoby zmniejszone o określoną wielkość, np. sumę konieczną do przywrócenia zaufania na rynku. Pierwszeństwo nadane byłoby redukcji wierzytelności przed poniesieniem strat przez wierzycieli uprzywilejowanych. Swoboda ta podlegałaby jednak pewnym ograniczeniom⁴³.

Przy podejściu celowym organ restrukturyzacyjny mógłby zażądać od instytucji kredytowej emisji określonej liczby instrumentów zawierających postanowienia uprawniające do odpisu wierzytelności i/albo redukcji podporządkowanych wierzytelności albo konwersji ich w roszczenie o wydanie instrumentu, np. na podstawie zaistnienia przesłanek ustawowych, w tym restrukturyzacji. Wysokość tego odpisu byłaby zapisana wprost w instrumencie lub też pozostawiona organowi restrukturyzacyjnemu z zastrzeżeniem, że wierzyciele nie otrzymaliby mniej, niż gdyby przeprowadzono sądowe postępowanie upadłościowe. Rozwiązania takie mogłyby zawierać minimalne kryteria dla wszystkich instytucji, np. procent wszystkich zobowiązań, oraz uprawnienie odpowiednich organów, aby ten procent zwiększyć w przypadku, gdy w planach restrukturyzacji zostaną zidentyfikowane nieprawidłowości⁴⁴.

5. OCHRONA AKCJONARIUSZY I WIERZYCIELI RESTRUKTURYZOWANEJ INSTYTUCJI KREDYTOWEJ

Przedstawione w dokumencie konsultacyjnym rozwiązania, tj. metody restrukturyzacyjne oraz uprawnienia organu restrukturyzacyjnego, w sposób istotny ograniczają uprawnienia właścicielskie akcjonariuszy i uprawnienia obligacyjne wierzycieli w stosunku do restrukturyzowanej instytucji kredytowej. Z tego też powodu w dokumencie konsultacyjnym KE przewidziano wiele środków zapewniających ochronę praw własności i obligacyjnych, w tym prawo odwołania się do sądu, uprzednie podejmowanie nadzwyczajnych środków w trakcie kryzysu przez akcjonariuszy i ograniczeń niektórych uprawnień restrukturyzacyjnych wobec wierzycieli, a także możliwość występowania z roszczeniami odszkodowawczymi.

⁴³ KE rozważa następujące wyjątki: transakcje terminowe typu swap, repo oraz co do stron umów dotyczących instrumentów pochodnych; zadłużenie krótkoterminowe określone poprzez wskazanie maksymalnych terminów zapadalności; depozyty detaliczne i dla przedsiębiorstw oraz wierzytelności zabezpieczone. Wydaje się też, że swoboda taka byłaby również ograniczona roszczeniami wynikającymi z nettingowych umów ramowych, w tym umów, do których nie ustanowiono zabezpieczeń. Uznanie powyższych instrumentów za wyłączone musi się jednak wiązać z ograniczeniem możliwości odstąpienia od nich w takiej sytuacji.

⁴⁴ Zakres emisji takich instrumentów mógłby być ograniczony wyłącznie w odniesieniu do SIFIs.

5.1. Prawo odwołania się do sądu

W związku z zastosowanymi uprawnieniami restrukturyzacyjnymi wszystkie zainteresowane podmioty powinny mieć prawo do zbadania tych kwestii przez sąd. KE nie przesądza, czy powinien być to sąd powszechny czy też administracyjny, pozostawiając to państwu członkowskim UE. Zakres badania sądowego powinien być jednak ograniczony wyłącznie do badania legalności decyzji restrukturyzacyjnej. Innymi słowy, sąd nie powinien mieć możliwości unieważnienia zaskarżonej decyzji lub też przywrócenia stanu sprzed jej wydania na podstawie kryterium innego niż legalność działań i decyzja organu restrukturyzacyjnego. Poza zakresem sądowej kontroli powinny pozostać aspekty odnoszące się do sfery swobodnego uznania podmiotu restrukturyzacyjnego, w tym dotyczące kryteriów oceny stanu finansowego instytucji kredytowej zagrożonej restrukturyzacją, czy też ryzyka wystąpienia sytuacji powodującej podjęcie działań restrukturyzacyjnych. Odpowiedzialność organu restrukturyzacyjnego powinna ograniczać się do odszkodowania za szkodę wynikłą z podjętej decyzji lub też działania do wysokości oszacowanej dla grupy podmiotów dotkniętych taką decyzją lub działaniem. W przypadku wystąpienia do sądu z wnioskiem o upadłość instytucji, względem której podjęty już został proces restrukturyzacji, organ go prowadzący powinien mieć prawo ubiegania się o zawieszenie takiego postępowania na okres 90 dni. Podobne uprawnienie organu restrukturyzacyjnego powinno odnosić się do sytuacji, kiedy wniosek o ogłoszenie upadłości został złożony przed podjęciem decyzji restrukturyzacyjnej.

5.2. Upoważnienie akcjonariuszy do podejmowania nadzwyczajnych środków w trakcie kryzysu

W celu ochrony akcjonariuszy i wierzycieli, których brak działania mógłby opóźniać działania organu restrukturyzacyjnego, przewiduje się podjęcie wcześniejszych decyzji pozwalających na ich realizację. Oznacza to konieczność zmiany wielu przepisów prawa unijnego, w zależności od przyjęcia jednej z zaproponowanych opcji⁴⁵. Wedle pierwszej z nich zgromadzenie akcjonariuszy *ex ante* podejmo-

⁴⁵ W dokumencie wyróżnia się m.in. następujące zmiany: art. 17 ust. 1, 25, 29 ust. 1 i 3–4, art. 30 i art. 40 Dyrektywy 77/91 Rady z 13 grudnia 1976 r. w sprawie koordynacji gwarancji w celu uzyskania ich równoważności, dla ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej, jak również utrzymania i zmian jej kapitału, Dz.Urz. L 26, s. 1 z późn. zmianami (dalej Dyrektywa 77/91); Dyrektywa 78/855 Rady z dnia 9 października 1978 r. w sprawie łączenia się spółek akcyjnych, Dz.Urz. L 295, s. 36 z późn. zmianami; Dyrektywa 82/891 Rady z dnia 17 grudnia 1982 r. w sprawie podziału spółek akcyjnych, Dz.Urz. L 378, s. 47 z późn. zmianami; art. 4 Dyrektywy 2004/25 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia, Dz.Urz. L 142, s. 12; Dyrektywa

wałoby decyzję o skróceniu terminu na zwołanie zgromadzenia, które zdecydowałoby o zwiększeniu kapitału w sytuacji kryzysowej⁴⁶. Zgodnie z drugą opcją zgromadzenie akcjonariuszy upoważniałoby zarząd instytucji kredytowej do zwiększenia kapitału w sytuacji kryzysowej⁴⁷.

5.3. Ograniczenia niektórych uprawnień restrukturyzacyjnych wobec wierzycieli

Komisja Europejska przewiduje wiele ograniczeń w stosunku do wybranych uprawnień restrukturyzacyjnych, szczególnie w odniesieniu do cesji niektórych aktywów instytucji poddanej restrukturyzacji lub odstąpienia czy też zmiany niektórych postanowień umownych, względem których instytucja ta jest stroną lub też zastępuje jako stronę podmiot na rzecz którego dokonano cesji⁴⁸. Zabezpieczenia powinny znajdować zastosowanie w szczególności względem: umowy o zabezpieczenie (*security arrangements*)⁴⁹, umowy ustanawiającej zabezpieczenia finansowe (*title transfer financial collateral arrangements*), potrąceń, umowy nettingowej⁵⁰ oraz umowy finansowania strukturalnego (*structured finance*

2007/36 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. w sprawie wykonywania niektórych praw akcjonariuszy notowanych na rynku regulowanym, Dz.Urz. L 184/17, s. 17 (dalej Dyrektywa 2007/36).

⁴⁶ Oznacza to konieczność zmiany Dyrektywy 2007/36.

⁴⁷ Oznacza to konieczność zmiany Dyrektywy 77/91.

⁴⁸ W przypadku ochrony transakcji oraz systemu rozliczeń i rozrachunków znajdzie zastosowanie Dyrektywa 98/26 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie zamknięcia rozliczeń w systemach płatności i rozrachunku papierów wartościowych, Dz.Urz. L 166, s. 45.

⁴⁹ W odniesieniu do umów o zabezpieczenie powinno się wstrzymać od: przenoszenia aktywów, z których wierzytelności są zabezpieczone, chyba że zarówno wierzytelność, jak i korzyść (*benefit*) wynikająca z zabezpieczenia, są również przenoszone; przenoszenia zabezpieczonej wierzytelności, chyba że korzyść wynikająca z zabezpieczenia jest przenoszona; przenoszenia zysku (*benefit*), chyba że zabezpieczona wierzytelność jest także przenoszona; oraz zmiany i odstępowania od umów o zabezpieczenie w drodze wykorzystywania dodatkowych uprawnień, jeżeli wskutek tego wierzytelność nie jest zabezpieczona.

⁵⁰ Dla umów o zabezpieczenia finansowe, potrąceń oraz umów nettingowych powinny być ograniczone cesje niektórych, ale nie wszystkich praw i zobowiązań, które są chronione wedle tychże umów pomiędzy instytucją kredytową a inną stroną. Przykładowo, umowa nettingowa zawiera postanowienia związane z niezabezpieczonymi prawami lub wierzytelnościami, ochrona znajdzie zastosowanie do tych umów, jeśli zawierają one postanowienia nie wykluczające takiej ochrony. Ograniczona zostanie również modyfikacja lub odstąpienie od praw i zobowiązań, które są chronione na tej samej podstawie. Z tego rodzaju ochrony, zdaniem KE, powinny być jednak wyłączone: prawa i wierzytelności konsumenckie (tj. prawa i wierzytelności związane z deponentami oraz wierzytelności przysługujące restrukturyzowanej instytucji kredytowej od deponentów); prawa i zobowiązania odnoszące się do umów zawartych przez instytucję kredytową w restrukturyzacji innych niż te zawarte w związku z prowadzeniem działalności bankowej; praw i wierzytelności, które przysługują stronie umowy pożyczki podporządkowanej

arrangements), bez względu na to, w jaki sposób powstały i jakiemu prawu właściwemu podlegają.⁵¹

5.4. Roszczenie odszkodowawcze

Wielokrotnie już sygnalizowano, że zastosowanie metod restrukturyzacyjnych wiąże się z ingerencją w prawa własności akcjonariuszy instytucji poddanej takiemu procesowi, a także prawa obligacyjne wierzycieli, co musi być generalnie uzasadnione szczególnymi okolicznościami. Tego rodzaju działanie nie oznacza jednak wyłączenia odpowiedniego odszkodowania przysługującego z tego tytułu (*adequate compensation*), którego wysokość powinna zostać oszacowana przez niezależnego rzeczoznawcę. Na organie restrukturyzacyjnym będzie spoczywał obowiązek zapewnienia odpowiednich podstaw prawnych do takiego szacunku, w szczególności: metody szacowania odszkodowania, wskazania określonych terminów i okresów, na podstawie których będzie on dokonywany, wzięcia pod uwagę możliwości wypełniania warunków w pozwoleniu na prowadzenie określonej działalności gospodarczej oraz innych ważnych kwestii. Ogólnie jednak wierzyciele nie powinni być gorzej traktowani z powodu zastosowanej metody restrukturyzacyjnej, aniżeli gdyby przeprowadzono procedurę upadłości sądowej. W szczególności, jeżeli roszczenie wierzyciela odnosi się do instytucji kredytowej, której aktywa, prawa lub zobowiązania zostały przeniesione do innego podmiotu następnie zlikwidowanego, wierzyciel ma prawo do odszkodowania, jeżeli kwota uzyskana z likwidacji tej instytucji jest niższa niż gdyby wierzyciel uzyskał ją w ramach upadłości sądowej, gdyby cesja nie została dokonana. Odszkodowanie takie, o ile będzie przysługiwać, powinno być wypłacone przez organ restrukturyzacyjny z chwilą sprzedaży banku lub dokonania cesji.

oraz prawa i wiarygodności, które wynikają z roszczeń przeciwko restrukturyzowanej instytucji kredytowej (włączając przyznane odszkodowania lub roszczenie odszkodowawcze) powstałych w związku z prowadzeniem podstawowej działalności bankowej przez tę instytucję.

⁵¹ Rozciąga się to również na zbywalne papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego w znaczeniu art. 4 ust. 18 i 19 Dyrektywy 2004/39 w sprawie rynków instrumentów finansowych, Dz.Urz. L 145, s. 1 (dalej Dyrektywa 2004/39) oraz następujące grupy instrumentów: pożyczki lub inne instrumenty kreujące lub uznające dług; jednostki uczestnictwa w instytucjach zbiorowego inwestowania, opcje, transakcje terminowe typu future, forward lub swap, kontrakty na różnice kursowe czy inne instrumenty pochodne, w tym wszystkie instrumenty wymienione w ust. 4–10 Sekcji C Aneksu do Dyrektywy 2004/39; oraz każda umowa sprzedaży, zakupu lub dostawy zbywalnych papierów wartościowych, walut towarów, jak i każde połączenie tych instrumentów.

6. SYSTEMY RESTRUKTURYZACYJNE WYBRANYCH PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE

6.1. Informacje o powoływaniu krajowych systemów restrukturyzacyjnych

Światowy kryzys finansowy, który zaczął się w 2007 r., spowodował konieczność przetestowania przez państwa członkowskie UE procedur zarządzania kryzysowego w sektorze finansowym. Na terenie UE w przeważającej części sprowadzały się one do udzielenia pomocy publicznej instytucjom kredytowym zagrożonym upadłością⁵². Pomoc ta była udzielona pod pewnymi warunkami, których wykonanie zostało uzależnione od wielu czynników, szczególnie od współpracy z akcjonariuszami⁵³. Trudności w realizacji określonych strategii wychodzenia z sytuacji kryzysowej doprowadziły do dyskusji na temat kształtu reżimu restrukturyzacyjnego. W Wielkiej Brytanii chodziło w dużym stopniu o wprowadzenie nowych procedur, mogących zaradzić zaistniałej sytuacji kryzysowej w sektorze bankowym. W Niemczech i Danii dążono natomiast do wprowadzenia nowego systemu, który z jednej strony poszerzałby możliwości działania organów administracji publicznej w umocowaniu ich do przeprowadzenia uporządkowanej likwidacji, a z drugiej przeciwdziałałby pokusie nadużycia przez instytucje kredytowe, polegającego na wymuszaniu pomocy publicznej bez względu na jej koszty społeczne. Prekursorem zmian instytucjonalnych w sektorze bankowym w zakresie restrukturyzacji była Wielka Brytania, która na początku 2009 r. przyjęła nowelizację Ustawy Bankowej (*UK Banking Act 2009*)⁵⁴; Dania znowelizowała w 2010 r. Ustawę Stabilizującą Rynek Finansowy (*Lov om Finansiels Stabilitet*)⁵⁵, a następnie Niemcy, pod koniec 2010 r. przyjęły nowy reżim restrukturyzacyjny w ramach tzw. Ustawy Restrukturyzacyjnej (*Restrukturierungsgesetz*).⁵⁶

⁵² Pomoc ta realizowana była w różny sposób: od przejęcia większościowego pakietu akcji w zagrożonej instytucji, poprzez udzielanie jej pożyczek podporządkowanych, nabywanie od niej wierzytelności lub niskiej jakości aktywów, skończywszy na przejęciu zobowiązań. Co do zasady udzielenie takiej pomocy wiązało się jednak z uzyskaniem stosownej zgody ze strony Komisji Europejskiej.

⁵³ Zob. np. trudności, które napotkano w restrukturyzacji grupy Fortis – M. Cihak, E. Nier, *The Need...*, *op. cit.*, s. 23–24.

⁵⁴ Ustawa dostępna jest pod adresem internetowym: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/pdfs/ukpga_20090001_en.pdf [dostęp 31.07.2011 r.]. Obecnie prowadzone są prace nowelizacyjne, które nie zostały jednak zakończone na 31 lipca 2011 r. Zob. najważniejsze proponowane zmiany <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/introduction> [dostęp 31.07.2011 r.].

⁵⁵ Nowelizacja weszła w życie 1 października 2010 r. Nieoficjalny przekład tekstu ujednoliconego ustawy na język angielski dostępny jest pod adresem internetowym: <http://www.finansielsstabilitet.dk/Images/PDFer/Engelsk/Finansiels%20Stabilitet/Tender%20appendix%201.pdf> [dostęp 31.07.2011 r.].

⁵⁶ Ustawa, której pełna nazwa to *Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung*, weszła w życie 1 stycznia

6.2. Charakterystyka wybranych kwestii dotyczących krajowych systemów restrukturyzacyjnych państw członkowskich UE

Opierając się na dokonanej częściowej analizie komparatystycznej szczególnych reżimów restrukturyzacyjnych na świecie, zestawiono najistotniejsze cechy tych systemów przyjętych w Wielkiej Brytanii, Niemczech i Danii w porównaniu z propozycją UE⁵⁷ (zob. tabela 1). W brytyjskiej uporządkowanej likwidacji pojawia się nowa metoda – czasowe przejęcie własności (czasowa nacjonalizacja), która polega na bezpośrednim przejęciu własności restrukturyzowanej instytucji przez Ministerstwo Skarbu do czasu jej dalszego odsprzedania lub likwidacji. Tego rodzaju metoda przypomina instrument rekaptalizacji obowiązujący obecnie w Polsce.⁵⁸ Warto też zasygnalizować, że przy bliższej analizie krajowych systemów restrukturyzacyjnych okazuje się, że nie wyłączają one całkowicie współuczestnictwa sądu w ich realizacji. W systemie anglosaskim zarządzanie tzw. *residual bank*, tj. bankiem, który pozostał po sprzedaży części aktywów podmiotowi prywatnemu lub po przeniesieniu ich do banku pomostowego, prowadzone jest przez zarządcę bankowego (*bank administrator*) powoływanego przez właściwy sąd na wniosek Banku Anglii⁵⁹.

W systemie niemieckim Ustawa Restrukturyzacyjna nie reguluje wyłącznie kompetencji niemieckiej Komisji Nadzoru Finansowego do wydania decyzji o transferze całości lub części aktywów zagrożonej instytucji kredytowej (*Übertragungsanordnung*), lecz wprowadza także procedurę sanacyjną (*Sanierungsverfahren*) oraz procedurę reorganizacyjną (*Reorganisationsverfahren*), które prowadzone są pod nadzorem właściwego sądu. W tych przypadkach można więc twierdzić, że chodzi o wprowadzenie nowych trybów postępowania w ramach istniejącego sądowego reżimu upadłościowego i naprawczego. Nie zmienia to jednak faktu, że zarówno w systemie anglosaskim (np. czasowe przejęcie własności), jak i niemieckim (transfer całości lub części aktywów), to w wyniku decyzji organu administracji publicznej lub rządowej, nie zaś sądowego, następują przekształcenie własnościowe banku⁶⁰. Ze względu na ograniczenia tekstu poniższe zestawienie koncentruje się wyłącznie na pozasądowych procedurach uporządkowanej likwidacji.

2011 r., <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP17/R/RestrukturierungsG.html> [dostęp 31.07.2011 r.].

⁵⁷ *Bank Resolution Regimes. Comparative Analysis*, Clifford Chance, May 2011. Dokument został opublikowany pod adresem internetowym: http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/05/bank_resolution_regimes-comparativeanalysis.html [dostęp 31.07.2011 r.]. Względem tego dokumentu pominięty został system amerykański, na miejsce którego wprowadzono rozwiązania duńskie. Ponadto autorzy dokonali zmian w cytowanym zestawieniu, usuwając te, które nie miały oparcia w omawianych systemach krajowych lub propozycji unijnej.

⁵⁸ Zob. poniżej punkt 8.3.3. niniejszego artykułu.

⁵⁹ Zob. art. 136 UK Banking Act 2009.

⁶⁰ Nie wyklucza to kontroli sądowej podjętej w ten sposób decyzji, ale badanie takie ogranicza się co do zasady do kwestii legalności tejże decyzji, nie zaś jej podstaw merytorycznych.

Tabela 1. Podstawowe cechy porządkowych systemów restrukturyzacyjnych w wybranych państwach członkowskich UE w porównaniu z propozycją Komisji Europejskiej

Instytucje ob- jęte reżimem działania za re- strukturyzacji	Wielka Brytania	Niemcy	Dania	Komisja Europejska
Instytucje ob- jęte reżimem działania za re- strukturyzacji	Banki oraz holdingi bankowe (do tych ostatnich stosuje się tylko instrument w postaci czasowego przejęcia własności nad holdingiem).	Instytucje kredytowe.	Banki i hipoteczne instytucje kredytowe.	Instytucje kredytowe i niektóre firmy inwestycyjne wraz z ich holdingami.
Instytucja pu- bliczna odpow- iedzialna za re- strukturyzacji	Bank Anglii (<i>Bank of England</i> , dalej BoE) – sprzedaż banku/aktywów, bank pomostowy; Minister Skarbu (<i>Her Majesty's Treasury</i> , HMT) – czasowe przejęcie własności nad bankiem lub holdingiem bankowym.	Komisja Nadzoru Finansowego (<i>Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i> , dalej BaFin) w konsultacji z Niemieckim Bankiem Centralnym (<i>Deutsche Bundesbank</i> , dalej Bundesbank).	Agencja Stabilności Finansowej (<i>Finanstiel Stabilitet</i> , dalej FS) powołana jako spółka przez Ministra Finansów, której wyłącznym właścicielem jest Skarb Państwa.	Organy restrukturyzacyjne w państwach członkowskich.
Przesłanki restrukturyzacji	Komisja Nadzoru Finansowego (<i>Financial Supervisory Authority</i> , dalej FSA)* stwierdza niewypłacalność lub też prawdopodobieństwo nie spełnienia wymagań niezbędnych do prowadzenia działalności bankowej i istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że żadne działania nie spowodują w najbliższym czasie spełnienia przez bank warunków niezbędnych do prowadzenia działalności bankowej. Ponadto: BoE, decyduje po zasięgnięciu opinii HMT, czy użycie metod restrukturyzacyjnych (sprzedaży banku/bank pomostowy) jest zgodne z interesem publicznym, zapewnieniem stabilności finansowej, zaufania publicznego oraz ochroną deponentów. HMT decyduje po zasięgnięciu opinii FSA i BoE, że użycie instrumentu czasowego przejęcia zarządu nad bankiem jest uzasadnione poważnym zagrożeniem dla stabilności finansowej (wyjście ostateczne).	BaFin po zasięgnięciu opinii Bundesbanku stwierdza, że funkcjonowanie banku jest zagrożone, w szczególności, gdy fundusze własne banku lub jego płynność spadły poniżej 90% wielkości wymaganych przepisami prawa na bazie jedynostawnych lub skonsolidowanego sprawozdania oraz, że może to zagrozić stabilności finansowej.	Niespełnianie wymogów adekwatności kapitałowej określonych w ustawie o działalności finansowej po uprzednim wyznaczeniu bankowi przez Urząd Nadzoru Finansowego (<i>Finanstilsynet</i>) terminu do przywrócenia odpowiedniej wysokości kapitałów.	Proponowane są trzy opcje: <i>Pierwsza opcja</i> (ziszczanie się jednego z warunków) – instytucja kredytowa naraziła się lub też jest prawdopodobne, że jest narażona na straty, które uszczuplą jej kapitał własny, – aktywa instytucji kredytowej są mniejsze lub jest prawdopodobne, że będą mniejsze, niż jej zobowiązania, lub – instytucja kredytowa nie jest lub jest prawdopodobne, że nie będzie w stanie regulować swoich zobowiązań w ramach normalnie prowadzonej działalności bankowej. <i>Druga opcja</i> – instytucja kredytowa upada lub też jest prawdopodobne, że upadnie, jeżeli nie wypłania, lub też jest prawdopodobne, iż nie będzie wypłacać, warunków zawartych w zezwoleniu na prowadzenie działalności bankowej.

	Wielka Brytania	Niemcy	Dania	Komisja Europejska
Przesłanki restrukturyzacji	W razie gdy HMT udziela pomocy, by przeciwdziałać zagrożeniom, kierując się interesem publicznym, podejmując decyzję, co do zastosowania poszczególnych metod.			<p><i>Trzecia opcja</i></p> <p>– instytucja kredytowa upada lub też jest prawdopodobnie, że upadnie, jeżeli już nie posiada, lub też jest prawdopodobne, iż nie będzie posiadała odpowiednich funduszy własnych.</p> <p>W uzupełnieniu do powyższych opcji zostały wprowadzone dwie dodatkowe przesłanki, tj. że nie ma innych sposobów, które zapobiegłyby upadkowi i przywróciłyby taką instytucję kredytową do działania w rozsądnym przedziale czasu, a także, iż tego rodzaju działanie jest konieczne ze względu na interes publiczny.</p>
Źródła finansowania funduszu restrukturyzacyjnego	System Gwarantowania Środków Finansowych (<i>Financial Services Compensation Scheme, FSCS</i>) zasilany składkami pochodzącymi od podmiotów nadzorowanych. Kryteria podziału w zależności od rodzaju działalności w objętej systemem gwarantowania. Dodatkowym źródłem mogą być środki budżetowe.	Fundusz Restrukturyzacyjny (<i>Finanzmarktstabilisierungsfonds</i>) zarządzany przez Agencję Stabilizacji Rynku Finansowego (<i>Finanzmarktstabilisierungsanstalt</i>) zasilany z nałożonego podatku bankowego.	Prywatny Fundusz Rezerwowy (<i>Det Private Beredskab</i>) wraz z Funduszem Gwarancyjnym dla Deponentów i Inwestorów zasilany ze składek ubezpieczonych instytucji. Wydatki przekraczające wysokość kwoty, do której odpowiada Prywatny Fundusz Rezerwowy, ponoszone są ze środków publicznych.	Funduze restrukturyzacyjne w państwach członkowskich zasilane składkami od podmiotów nadzorowanych z możliwością wezwania ich do uiszczenia dodatkowych środków.
Modele zarządzania instytucją restrukturyzowaną	Brak zarządu komisarycznego. Działania restrukturyzacyjne podejmowane są na podstawie indywidualnej decyzji organu restrukturyzacyjnego. BoE może powoływać lub odwoływać kierownika banku w razie przeniesienia aktywów. <i>Residual bank</i> , który pozostanie po sprzedaży aktywów lub przeniesieniu ich części do banku pomostowego, może być zarządzany przez specjalnego zarządcę lub poddany innemu sądowym procedurom upadłościowym.	Brak zarządu komisarycznego. Działania restrukturyzacyjne stosowane są na podstawie indywidualnej decyzji organu restrukturyzacyjnego. BaFin ma do podjęcia ogólnie uprawnienie do powoływania przedstawicieli do restrukturyzowanej instytucji w celu jej nadzorowania lub zastąpienia zarządu lub do podejmowania określonych czynności związanych z przekształceniem. <i>Residual bank</i> może zostać poddany sądowym procedurom upadłościowym.	Brak zarządu komisarycznego. W przypadku instrumentu sprzedaży zarząd instytucji restrukturyzowanej nie ulega rozwiązaniu. Po dokonaniu sprzedaży zarząd majątkiem restrukturyzowanego banku przejmują nabywca. W razie zastosowania instrumentu sprzedaży wydziałonych aktywów FS powołuje spółkę, która przejmuje zarządzanie nad wydziałonym obszarem.	Proponowane są trzy modele: 1) <i>zarząd komisaryczny</i> – powołany przez organ restrukturyzacyjny, który przejmuje kontrolę nad restrukturyzowaną instytucją i przeprowadza postępowanie restrukturyzacyjne, 2) <i>administrator</i> – powołany przez organ restrukturyzacyjny przeprowadza postępowanie restrukturyzacyjne pod jego nadzorem, 3) <i>administrator</i> – powołany przez organ restrukturyzacyjny przeprowadza postępowanie restrukturyzacyjne na podstawie decyzji (<i>executive order</i>) lub innych aktów prawnych (<i>decree</i>) zgodne z krajowymi procedurami administracyjnymi.

	Wielka Brytania	Niemcy	Dania	Komisja Europejska
Metody restrukturyzacyjne				
<i>Czasowe przejęcie własności</i>	TAK. Uprawnienie państwa do nabywania akcji restrukturyzowanej instytucji.	Brak	Brak	Brak
<i>Sprzedaz</i>	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części własności akcji, udziałów restrukturyzowanej instytucji na nabywcę z sektora prywatnego.	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części własności akcji, udziałów restrukturyzowanej instytucji na nabywcę z sektora prywatnego.	TAK. Po upływie terminu do podniesienia przez bank kapitałów do poziomu wymaganego przepisami prawa bank samo podejmuje kroki do jego przejęcia w całości lub części przez inny podmiot. Proces przejęcia jest także inicjowany na podstawie umowy pomiędzy FS a bankiem. Decyzję, czy bank zostaje przejęty w całości lub w części, podejmuje FS.	TAK. Prawo do sprzedaży całości lub części instytucji restrukturyzowanej. Powinno to być jednak mniej kosztowne niż inne metody restrukturyzacyjne.
<i>Bank pomostowy</i>	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części instytucji restrukturyzowanej do banku pomostowego będącego własnością BoE.	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części instytucji restrukturyzowanej do banku pomostowego, w którym udziały może posiadać Fundusz Restrukturyzacyjny.	TAK. FS powołuje i wyposaża w kapitał bank pomostowy, który przejmie aktywa zagrożonego banku. Podmiot ten, spełnia wszystkie wymagania określone przez przepisy prawa do kontynuowania działalności bankowej.	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części instytucji restrukturyzowanej na bank pomostowy.
<i>Zarządanie/ sprzedaż aktywów wydziałnych</i>	TAK. Jednakże istnieje możliwość, aby bank pomostowy nabył aktywa bez potrzeby nabywania depozytów, tj. bez przejmowania całej działalności restrukturyzowanej instytucji.	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części działalności (także nie będącego bankiem) w którym Fundusz Restrukturyzacyjny ma udziały.	Istnieje możliwość wydzielenia i sprzedaży aktywów na podstawie decyzji FS.	TAK. Prawo do przeniesienia całości lub części aktywów instytucji restrukturyzowanej do spółki zarządzającej aktywami.
<i>Zamiana długu</i>	Brak. Możliwa jednak konwersja długu na akcje przy zastosowaniu innych instrumentów restrukturyzacyjnych	Brak. Bank może jednak w swoim planie restrukturyzacji** wyrazić zgodę na redukcję wartości lub konwersję długów, ale plan taki musi przewidywać wyrażenie zgody większości wierzycieli w ramach ich grupy wierzycielności.	Brak. Duńska ustawa o stabilności finansowej nie przewiduje mechanizmów zamiany długu czy też jego redukcji.	Możliwa redukcja wartości wierzycielności lub konwersja na akcje przez organ restrukturyzacyjny.

	Wielka Brytania	Niemcy	Dania	Komisja Europejska
<p>Ochrona akcjonariuszy/ nieuprzywilejowanych wierzycieli</p>	<p>W przypadku: – sprzedaży akcji/udziałów – odszkodowanie, – sprzedaży częściowej – odszkodowanie w stopniu nie mniejszym, niż suma jaka zostałaby uzyskana w razie upadłości, – inna ingerencja w prawa własności – odszkodowanie. Przy szacowaniu wysokości odszkodowania należy uwzględnić możliwość ogłoszenia upadłości tej instytucji. Odszkodowanie powinno uprzednio uwzględnić zbycie instytucji lub części jej działalności.</p>	<p>W przypadku: – sprzedaży instytucji kredytowej, banku pomostowego, podmiot dokonujący transferu pozostaje odpowiedzialny za przenieszone wierzytelności do wysokości sumy, którą by uzyskano w razie upadłości, ale tylko do wysokości, jakiej nie odzyskano od banku pomostowego, – odszkodowanie należne w przypadku gdy bilans przeniesionych aktywów w stosunku do zobowiązań jest dodatni (istnieje również możliwość uzyskania odszkodowania przez instytucję przejmującą także gdy bilans przeniesienia jest ujemny). Odszkodowanie może być wypłacone w akcjach banku pomostowego lub w środkach pieniężnych. Brak dodatkowego odszkodowania nawet w razie możliwości uzyskania przez wierzycieli większych sum w przypadku przeprowadzenia sądowej upadłości banku.</p>	<p>Duńska ustawa o stabilności finansowej nie przewiduje specjalnych zasad ochrony akcjonariuszy/nieuprzywilejowanych wierzycieli podmiotu restrukturyzowanego, co może oznaczać, że zostaną oni zaspokojeni w niższej możliwej wysokości uzyskanej z restrukturyzacji.</p>	<p>W przypadku: – sprzedaży banku pomostowego – <i>residual bank</i> otrzymuje wartość uzyskaną z takiej sprzedaży, która pozostaje po zaspokojeniu wszystkich wierzycieli. – sprzedaży częściowej – odszkodowanie w stopniu nie mniejszym niż suma jaka zostałaby uzyskana w razie upadłości. – inna ingerencja w prawa własności – odszkodowanie w stopniu nie mniejszym niż suma jaka zostałaby uzyskana w razie upadłości.</p>

* Do końca 2011 r. FSA zostanie rozwiązana, a część jej funkcji będzie przekazana do Banku Anglii.

** Plan restrukturyzacji to plan przygotowany przez instytucję kredytową na wypadek postępowania restrukturyzacyjnego.

Źródło: *Bank Resolution Regimes...*, *op. cit.*, oraz opracowanie własne.

7. SYSTEM RESTRUKTURYZACYJNY (*RESOLUTION REGIME*) W POLSCE

7.1. Uwagi wstępne

W polskim systemie prawnym nie występuje SRR w kształcie przyjętym przez Wielką Brytanię, Niemcy czy Danię, ani też proponowanym przez KE. Należy jednak pamiętać, że reżim restrukturyzacji rozciągany jest nie tylko na stan różnie pojmowanej niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalności⁶¹, ale także na działania prewencyjne organów publicznych w stosunku instytucji nią zagrożonych. W tym obszarze Polska ma rozbudowane instrumenty, których stosowanie względem banków rozdzielone jest na kilka podmiotów wchodzących w skład sieci bezpieczeństwa finansowego⁶², tj. Komisję Nadzoru Finansowego (dalej KNF), Bankowy Fundusz Gwarancyjny (dalej BFG), Narodowy Bank Polski (dalej NBP) oraz Ministra Finansów (dalej MF)⁶³. Rozwiązania stosowane w przypadku wystąpienia w banku ryzyka niewypłacalności można zasadniczo podzielić na dwie grupy⁶⁴. W pierwszym przypadku są to rozwiązania sanacyjne charakteryzujące się tym, że zarówno inicjatywa, jak i główny punkt ciężkości prowadzenia postępowania mającego wyprowadzić bank z trudności finansowych spoczywa na nim samym (*postępowanie naprawcze*)⁶⁵. W ramach tych postępowań po stronie banku nie zachodzą żadne zmiany podmiotowe. Natomiast w drugim przypadku są to rozwiązania, gdzie w wyniku decyzji organu publicznego następuje przekształcenie własności banku (przejęcie banku przez inny bank lub Skarb Państwa) lub też zakończenie jego bytu (likwidacja lub upadłość sądowa). Poniżej szerzej została przedstawiona druga grupa instrumentów, najbardziej odpowiadająca rozwiązaniom przyjmowanym w SRR.

⁶¹ Zob. przesłanki restrukturyzacji powyżej.

⁶² Zgodnie z art. 2 Prawa bankowego bankiem jest osoba prawna utworzona „zgodnie z przepisami ustaw, działająca na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”.

⁶³ Celem sieci bezpieczeństwa jest zapewnienie stabilności rynku finansowego, co bezpośrednio przekłada się na bezpieczeństwo ekonomiczne państwa. Szerzej na ten temat A. Jurkowska-Zaidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 166–171.

⁶⁴ W literaturze polskiej wskazuje się następujące cechy niewypłacalności: niewystarczalność aktywów ma charakter obiektywny (niezależny od banku), niewystarczalność ma charakter trwały, istnieje możliwość niewykonania zobowiązań, niewypłacalność może być całkowita lub częściowa – M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe*, Warszawa 2007, s. 789; zob. także: M. Bączyk, „Stan zagrożenia” wypłacalności i stan „niewypłacalności”. *Ekwiwalentność czy odmiennność formuł prawnych*, „Bezpieczny Bank” 2000, Nr 1/2, s. 66–68.

⁶⁵ Zob. monografię m.in. temu poświęconą K. Kohutek, *Sanacja banku w bankowych procedurach naprawczych i w postępowaniu upadłościowym*, Kraków 2005.

7.2. Rola i działania restrukturyzacyjne podejmowane przez Komisję Nadzoru Finansowego

7.2.1. Sanacja banku na podstawie art. 142 Prawa bankowego

Przesłanką zastosowania w banku procedury sanacyjnej jest powstanie straty bilansowej, bądź groźba jej nastąpienia albo powstania niebezpieczeństwa niewypłacalności lub utraty płynności⁶⁶. W razie wystąpienia powyższych okoliczności zarząd banku powiadamia o tym fakcie KNF, przedstawiając program postępowania naprawczego wraz ze wskazaniem środków jego realizacji. KNF akceptuje taki program, bądź też zleca jego uzupełnienie lub ponowne opracowanie. W przypadku nieprzedstawienia programu postępowania naprawczego przez bank KNF może wyznaczyć bankowi termin na jego opracowanie. W razie gdy bank nie przedstawi programu postępowania naprawczego we wskazanym terminie, KNF może zobowiązać bank do złożenia go lub też przejść do procedury powołania zarządu komisyjnego⁶⁷.

⁶⁶ Art. 142 ust. 1 Prawo bankowe. Ocena wystąpienia przesłanek „groźby wystąpienia straty” lub „niebezpieczeństwa wypłacalności” w pierwszej kolejności należy do banku, który inicjuje postępowanie naprawcze. Ocena taka nie może być zupełnie swobodna, ale opiera się na obiektywnych kryteriach, jak np. pogarszająca się jakość portfela, oczekiwane zdarzenie lub okoliczność, która z pewnością spowoduje istotną stratę. Różnica co do oceny występowania tych przesłanek pomiędzy KNF a bankiem rozpatrywania jest właściwie dopiero na etapie powołania przez KNF zarządu komisyjnego w związku z nieprzedstawieniem przez bank programu postępowania naprawczego. Szerzej na ten temat: B. Smykła, *Prawo bankowe Komentarz*, Warszawa 2005, s. 484–485.

⁶⁷ Art. 142 ust. 3 Prawo bankowe. Instrumentami dyscyplinującymi bank w razie nienależytej realizacji programu naprawczego są: zakazanie lub ograniczenie udzielania kredytów i pożyczek pieniężnych akcjonariuszom banku oraz członkom zarządu, rady nadzorczej i pracownikom, a także wystąpienie do zarządu banku z żądaniem zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia w celu rozpatrzenia sytuacji banku, powzięcia decyzji o pokryciu straty bilansowej, w tym zwiększenia funduszy własnych, w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy (art. 143 Prawo bankowe). Zakazy i nakazy te stanowią odpowiednie uzupełnienie ogólnych środków nadzorczych przewidzianych w art. 138 Prawa bankowego i można je określać jako środki nadzorcze szczególne, bowiem nie wykluczają możliwości zastosowania środków ogólnych. Zob. M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 737–738. Dodatkowym instrumentem mającym zapewnić należytą realizację programu postępowania naprawczego jest powołanie przez KNF kuratora go nadzorującego, któremu przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu wobec uchwał i decyzji zarządu i rady nadzorczej banku, jak również prawo do zaskarżania uchwał. Kurator może być powołany na każdym etapie programu postępowania naprawczego, w tym także na samym początku jego wprowadzenia (art. 144 Prawo bankowe). Szerzej na ten temat: B. Smykła, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 491.

7.2.2. Zarząd komisaryczny na podstawie art. 145 Prawa bankowego

W razie pasywnej postawy banku w związku z wystąpieniem przesłanek wszczęcia postępowania naprawczego, tj. gdy bank nie przekaze programu postępowania naprawczego lub gdy jego realizacja nie jest skuteczna, KNF może podjąć decyzję o ustanowieniu w banku zarządu komisarycznego na czas realizacji programu postępowania naprawczego⁶⁸. Zarząd komisaryczny opracowuje i uzgadnia z KNF program postępowania naprawczego, a także kieruje jego realizacją, podejmuje uchwały i decyzje we wszystkich sprawach zastrzeżonych w Prawie bankowym oraz statucie dla właściwych organów banku⁶⁹. Decyzja o ustanowieniu zarządu komisarycznego podlega kontroli sądowej⁷⁰.

7.2.3. Likwidacja lub przejęcie banku na podstawie art. 147 Prawa bankowego

Procedura likwidacji lub przejęcia banku jest wszczynana w dwóch przypadkach. W pierwszej kolejności jest ona następstwem braku poprawy sytuacji finansowej banku w wyniku zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia, które w związku z realizacją programu postępowania naprawczego było zobowiązane do rozpatrzenia sytuacji banku i ewentualnie powzięcia decyzji o pokryciu straty bilansowej, w tym zwiększeniu funduszy własnych⁷¹. W takim przypadku, jeżeli po upływie 6 miesięcy od daty zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia strata banku będzie przekraczać połowę funduszy własnych, KNF może podjąć decyzję o przejęciu banku przez inny bank, za zgodą banku przejmującego, lub o uchyleniu zezwolenia na utworzenie banku i o jego likwidacji⁷². KNF związana jest

⁶⁸ KNF nie ma możliwości jednostronnie narzucić bankowi programu postępowania naprawczego. Zob. K. Kohutek [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Kraków 2005, t. II, s. 569.

⁶⁹ Na czas sprawowania zarządu komisarycznego zgodnie z art. 145 ust. 2 ustawy Prawo bankowe rada nadzorcza zostaje zawieszona, członkowie zarządu odwołani są z mocy prawa, a zarząd komisaryczny przejmuje kompetencje organów statutowych, co w literaturze nazywa się „substytucją podmiotową i przedmiotową” M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 753.

⁷⁰ Decyzja ta może być zaskarżona do sądu administracyjnego w terminie 7 dni od daty doręczenia decyzji, przy czym wniesienie skargi nie wstrzymuje wykonania decyzji. Szerzej B. Smykla, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 494–497.

⁷¹ Art. 147 ust. 1 Prawo bankowe.

⁷² Instytucja przejęcia banku nie może być utożsamiana z postaciami łączenia się osób prawnych o określonym statusie organizacyjno-prawnym, ponieważ bank przejmowany i przejmujący mogą należeć do różnych kategorii osób prawnych M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 760.

powyższymi przesłankami, które muszą wystąpić łącznie, tj. upływ terminu 6 miesięcy oraz wysokość straty. Jednakże KNF może podjąć decyzję o przejęciu banku lub o jego likwidacji przed upływem 6 miesięcy, jeżeli wystąpiły okoliczności grożące niewypłacalnością banku lub obniżeniem sumy funduszy własnych w takim stopniu, że nie byłyby spełnione wymagania obowiązujące przy tworzeniu banku⁷³. KNF w razie działania z własnej inicjatywy związana jest obowiązkiem odbycia się walnego zgromadzenia, a zatem decyzja o przejęciu banku lub jego likwidacji może zostać podjęta zaraz po jego odbyciu, w tym bez przeprowadzenia postępowania naprawczego. Wybór środka w postaci przejęcia banku albo jego likwidacji dokonywany jest przez KNF. Biorąc jednak pod uwagę cele i zadania KNF, w szczególności zapewnienie bezpieczeństwa deponentów oraz całego systemu finansowego, w pierwszej kolejności powinno być rozpatrywane przejęcie banku jako instrument, który umożliwia kontynuację działalności. Przed podjęciem decyzji o przejęciu banku przez inny bank, KNF dokonuje analizy podmiotów sektora bankowego pod kątem możliwości nabycia przez nie przejmowanego banku, a następnie przedkłada ofertę odpowiedniemu podmiotowi, z którym dokonuje szczegółowych uzgodnień co do kształtu i warunków przejęcia⁷⁴. Z dniem określonym w decyzji o przejęciu banku zarząd banku lub zarząd komisaryczny przejmowanego banku ulegają rozwiązaniu⁷⁵, a kompetencje rady nadzorczej, za wyjątkiem prawa do zaskarżenia decyzji KNF⁷⁶, zostają zawieszane, a bank przejmujący obejmuje zarząd majątkiem banku przejętego⁷⁷. W wyniku przejęcia na bank przejmujący przechodzi majątek

⁷³ Wysokość funduszy własnych determinuje rozmiary działalności banku i poziom stabilności, a tym samym ochrony deponentów. Ich wysokość powinna być dostosowana do rodzaju czynności bankowych, przewidzianych do wykonywania i rozmiaru prowadzonej działalności, i nie jest tożsama z minimalną wysokością kapitału założycielskiego. Zob. B. Smykla, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 126–127.

⁷⁴ Wybór banku przejmującego należy do KNF. Choć przejęcie ma charakter przymusowy i następuje w formie decyzji, jest poprzedzone „negocjacjami” z bankiem przejmującym co do warunków przejęcia. KNF nie ma bowiem możliwości jednostronnego narzucenia bankowi przejmującemu obowiązku nabycia banku. Zob. M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziol, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 763.

⁷⁵ Przepisy wyraźne wskazują, że nie musi być zbieżności pomiędzy datą wydania decyzji o przejęciu a faktycznym terminem przejęcia, z którym bank przejmujący wchodzi w prawa i zobowiązania banku przejętego. Zob. K. Kohutek, *Sanacja banku...*, *op. cit.*, s. 621.

⁷⁶ Art. 147 ust. 3 Prawo bankowe. Wniesienie skargi do sądu administracyjnego nie wstrzymuje wykonania decyzji organu nadzoru, choć akcjonariusze banku chronieni są poprzez zawieszenie możliwości upłynnienia majątku w ramach likwidacji czy też przejęcia banku przez bank przejmujący do czasu rozpatrzenia skargi przez sąd. Ma to zabezpieczyć akcjonariuszy banku przejmowanego przed czynnościami i zdarzeniami, które wywołają nieodwracalne skutki. Zob. B. Smykla, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 501.

⁷⁷ Objęcie zarządu majątku banku przejętego przez bank przejmujący oznacza możliwość prowadzenia wszystkich spraw przejętego. W zakresie czynności prawnych bank przejmujący uzyskuje *ex lege* status prawny przedstawiciela ustawowego banku przejętego. W doktrynie uznaje się, że przejęcie banku następuje w drodze sukcesji uniwersalnej. Zob. Z. Osada, *Prak-*

banku przejętego, a akcjonariusze banku przejmowanego stają się akcjonariuszami banku przejmującego⁷⁸. W przypadku jednak likwidacji powołany przez KNF likwidator wykonuje czynności przygotowawcze do likwidacji banku⁷⁹, tj. sporządza bilans otwarcia likwidacji oraz program likwidacji wraz z przedstawieniem szacunkowego rachunku prowadzonej likwidacji.

7.2.4. Upadłość banku lub przejęcie banku na podstawie art. 158 Prawa bankowego

Upadłość lub przejęcie banku za zgodą banku przejmującego mogą powodować dwie okoliczności:

- ❖ gdy aktywa banku według bilansu sporządzonego na koniec okresu sprawozdawczego nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań⁸⁰, oraz

*tyczny komentarz. Ustawa o Narodowym Banku Polskim, Warszawa 1998, s. 180. W przypadku przejęcia bądź likwidacji banku ustawodawca przewidział ochronę wierzycieli poprzez nałożenie na bank przejmujący obowiązku dwukrotnego ogłoszenia w pismach o zasięgu ogólnopolskim oraz w Monitorze Sądowym i Gospodarczym decyzji o przejęciu banku oraz wezwania wierzycieli tego banku do zgłoszenia roszczeń w terminie miesiąca od daty ostatniego ogłoszenia. Nie dotyczy to wierzytelności z tytułu rachunków bankowych, które przechodzą na bank przejmujący bez obowiązku ich zgłoszenia. Zob. M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 764. Bank przejmujący może jednak żądać zmiany treści zobowiązania zaciągniętego przez czynność prawną banku przejętego w okresie roku przed przejęciem, jeżeli w wyniku tej czynności druga strona uzyskała wierzytelność na warunkach korzystniejszych od stosowanych wówczas przez bank przejęty. Przepis ten ma uchronić bank przejmujący przed niekorzystnymi czynnościami kierownictwa banków lub ich pracowników, które obciążałyby lub utrudniały proces połączenia. Szerzej B. Smykla, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 504.*

⁷⁸ Przejęcie banku jest możliwe tylko przez inny bank, ale nie jest konieczne, aby był to bank o tej samej formie organizacyjno-prawnej, a zatem istnieje możliwość przejęcia banku spółdzielczego przez bank w formie spółki akcyjnej. Zob. A. Skoczylas, *Przejęcie banku – zagadnienia publicznoprawne*, „Prawo Bankowe” 2001, Nr 7–8, s. 96.

⁷⁹ Na likwidatora przechodzą uprawnienia zastrzeżone w Prawie bankowym i statucie dla organów banku. Likwidator reprezentuje bank w likwidacji w sądzie i poza sądem. Z dniem powołania likwidatora zarząd banku ulega rozwiązaniu, a kompetencje rady nadzorczej ulegają zawieszeniu z wyjątkiem uprawnienia do zaskarżenia decyzji o likwidacji banku. Likwidacja banku jest prowadzona zgodnie z zasadami obowiązującymi przy likwidacji spółek handlowych w przypadku banków działających w formie spółek akcyjnych bądź spółdzielni w przypadku banków spółdzielczych.

⁸⁰ Art. 158 ust. 1 Prawo bankowe. Chodzi tu o tzw. niewypłacalność bilansową księgową sporządzoną według sprawozdania finansowego, co nie jest tożsame z faktyczną niewypłacalnością wynikającą z aktualnej sytuacji banku. Zob. K. Kohutek, *Sanacja Banku...*, *op. cit.*, s. 671. Bank bowiem może być faktycznie niewypłacalny (w sensie ekonomicznym), podczas gdy jego bilans może wskazywać sytuację przeciwną.

- ❖ gdy bank z powodów związanych bezpośrednio z sytuacją finansową nie reguluje swoich zobowiązań w zakresie wypłaty środków gwarantowanych w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy o BFG⁸¹.

W ostatnim przypadku KNF podejmuje decyzję w ciągu 5 dni roboczych od dnia stwierdzenia tej okoliczności⁸². W razie stwierdzenia jednej z okoliczności inicjującej upadłość lub przejście banku, zarząd banku, zarząd komisaryczny lub likwidator powiadamiają o tym niezwłocznie KNF, która podejmuje decyzję o zawieszeniu działalności banku i o ustanowieniu zarządu komisarycznego⁸³, jeśli nie został on ustanowiony wcześniej, oraz jednocześnie podejmuje decyzję o jego przejściu przez inny bank, za zgodą banku przejmującego, albo występuje do właściwego sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości⁸⁴. KNF może także – po zbadaniu przesłanek inicjujących – podjąć z własnej inicjatywy procedurę przejścia banku czy jego upadłości⁸⁵. W razie przejścia banku w związku z jego niewypłacalnością przepisy o przejściu banku stosuje się odpowiednio. W pierwszej kolejności fundusze własne przeznaczają się wówczas na pokrycie strat bilansowych, a po zaspokojeniu lub zabezpieczeniu wierzycieli bank przejmujący dokonuje rozliczenia z akcjonariuszami przejętego banku⁸⁶.

⁸¹ Ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, Dz.U. z 2009 r., Nr 84, poz. 711 z późn. zm.

⁸² Zgodnie z art. 426 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 z późn. zm. tylko KNF jest uprawniona do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Z wnioskiem takim nie może więc wystąpić sam bank. Zob. M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 790. Przesłanką do podjęcia przez KNF decyzji tak dalece kształtujących byt banku powinny być, zdaniem autorów, jedynie takie problemy, które uniemożliwiają regulowanie wypłat środków gwarantowanych, co ma bezpośrednie źródło w sytuacji finansowej banku. Nie będą to zatem problemy wynikające z kłopotów operacyjnych, jak np. fizyczny problem z dostępnością do oddziałów wskutek klęsk żywiołowych, awarii zasilania lub systemów informatycznych.

⁸³ W okresie zawieszenia bank nie reguluje swoich zobowiązań, z wyjątkiem związanych z ponoszeniem uzasadnionych kosztów bieżącej działalności, i nie prowadzi działalności bankowej poza windykacją należności oraz realizacją poleceń przelewu na rachunki organów podatkowych. Chodzi o ograniczenie do niezbędnego minimum wpływu środków z banku. Zob. B. Smykła, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 517.

⁸⁴ Art. 158 ust. 1 i 2 Prawo bankowe. Brak możliwości zaskarżenia takiej decyzji faktycznie odnosi się do decyzji o zawieszeniu działalności banku oraz ustanowieniu zarządu komisarycznego, bowiem w przypadku skierowania przez KNF wniosku o ogłoszenie upadłości banku jest on rozpatrywany przez właściwy sąd, a zatem zapewniona jest *de facto* sądowa kontrola decyzji. Szerzej M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 790.

⁸⁵ Art. 158 ust. 4 Prawo bankowe. Choć ustawodawca posłużył się określeniem „może”, nie wydaje się, aby organ nadzoru nie podjął stosownych działań w związku z niewypłacalnością banku, jeżeli mają one pokrycie w bilansie banku. Zob. K. Kohutek, *Sanacja banku...*, *op. cit.*, s. 674–675.

⁸⁶ W praktyce sytuacja, w której akcjonariusze banku przejętego w związku z jego niewypłacalnością uzyskują w drodze rozliczenia na podstawie art. 151 Prawa bankowego środki pieniężne lub

7.3. Rola i działania restrukturyzacyjne podejmowane przez Ministerstwo Finansów

7.3.1. Ustanowienie zabezpieczeń

Podmiotem udzielającym wsparcia określonego w ustawie o wsparciu jest MF. Przewidziane w tejże ustawie instrumenty stanowią wyłącznie instrumenty płynnościowe⁸⁷. W wyniku ich zastosowania nie dochodzi w banku do żadnych zmian o charakterze podmiotowym⁸⁸. MF zapewnia ustanowienie zabezpieczeń, które gwarantują zwrot pełnych kwot udzielonego wsparcia⁸⁹. Wsparcie udzielane przez MF dokonuje się w drodze umowy po zasięgnięciu opinii KNF oraz Prezesa NBP, a gdy wnioskującym jest bank – także BFG⁹⁰.

akcje/udziały przejmującego banku, nie wydaje się możliwa. Wynik bowiem rozliczenia będzie z założenia ujemny, zważywszy na przesłanki określone w art. 158 ust. 1 Prawa bankowego. Inaczej będzie jednak wyglądać sytuacja przejścia banku lub ogłoszenia jego upadłości w związku z nierealizowaniem przez ten bank wypłat, o których mowa w art. 158 ust. 2 Prawa bankowego. W takim przypadku, gdy nie musi mieć miejsca niewypłacalność zarówno w przypadku przejścia banku, jak i postępowania upadłościowego, akcjonariusze mogą liczyć na rekompensatę. Bank przejmujący może również w rozliczeniu z akcjonariuszami banku przejętego wydać im akcje własne. Zob. M. Bączyk, L. Góral, M. Fojcik-Mastalska, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe...*, *op. cit.*, s. 772–774.

⁸⁷ Są to: gwarancje Skarbu Państwa, sprzedaż skarbowych papierów wartościowych z odroczone terminem płatności, sprzedaż skarbowych papierów wartościowych z rozłożeniem płatności na raty, pożyczka skarbowych papierów wartościowych. Gwarancje Skarbu Państwa, o których mowa powyżej, mogą przybrać postać gwarancji spłaty kredytu refinansowego w rozumieniu art. 42 ust. 1 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o NBP, Dz.U. z 2005 r., Nr 1, poz. 2 z późn. zm., jak i gwarancji spłaty kredytów oraz linii kredytowych przyznanych przez bank krajowy, bank zagraniczny lub instytucję kredytową innemu bankowi krajowemu, w celu utrzymania przez ten bank odpowiednich wymogów wynikających z norm płynności płatniczej określonych w przepisach Prawa bankowego.

⁸⁸ Beneficjentami takiej pomocy poza bankami mogą być również: spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa, dom maklerski, fundusz inwestycyjny, krajowy zakład ubezpieczeń oraz fundusz emerytalny.

⁸⁹ Zgodnie art. 3 ust. 4 ustawy o wsparciu zabezpieczenie może być ustanowione w formach przewidzianych w Ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.; Ustawie z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe, Dz.U. z 1936 r., Nr 37, poz. 282 z późn. zm.; Ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, Dz.U. z 1996 r., Nr 149, poz. 703 z późn. zm.; Ustawie z dnia 2 kwietnia 2004 r. o niektórych zabezpieczeniach finansowych oraz zwyczajami przyjętymi w obrocie krajowym i zagranicznym, Dz.U. z 2004 r., Nr 39, poz. 308.

⁹⁰ W umowie o udzielenie wsparcia należy określić także zasady wykorzystywania udzielonej pomocy, w tym dyscypliny finansowej w instytucji wnioskującej. Dotyczyć to będzie zwłaszcza braku możliwości wypłaty dywidendy w okresie korzystania z pomocy Skarbu Państwa czy też zastrzeżeń co do polityki wynagrodzeń i kontraktów menedżerskich. W uzasadnieniu do ustawy o wsparciu wskazano jeszcze na potrzebę uregulowania w umowie o wsparcie zastrzeżenia o zakazie finansowania przez podmiot, któremu udzielono wsparcia płynności, zagranicznych

7.3.2. Rekapitalizacja – gwarancja

Pojęcie „rekapitalizacja” definiowane jest ustawowo poprzez wskazanie na jej dwa przykłady⁹¹, tj. na udzielanie przez Skarb Państwa (MF) gwarancji zwiększenia funduszy własnych instytucji finansowych (dalej gwarancja) oraz możliwość przejęcia przez Skarb Państwa (MF) instytucji finansowych (dalej przejęcie)⁹². W przypadku gwarancji mamy do czynienia z instrumentem, który polega w głównej mierze na wsparciu przez Skarb Państwa płynności banku. Ustawa warunkuje udzielenie gwarancji od akceptacji programu postępowania naprawczego przez KNF⁹³. Ponadto MF udziela gwarancji po zasięgnięciu opinii KNF i Prezesa NBP, a w przypadku banków – także BFG⁹⁴. Wykonanie umowy następuje,

spółek–matek wspieranej instytucji. Zob. <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/1327> [dostęp 31.07.2011 r.].

⁹¹ Określenie „rekapitalizacja” jest pojęciem nowym w polskiej terminologii prawniczej. Można jednak przyjąć, że jest to rodzaj zmiany w strukturze kapitałowej przedsiębiorstwa, która powoduje lub może powodować zmiany o charakterze własnościowym.

⁹² Instytucją finansową w rozumieniu ustawy o wsparciu jest bank krajowy, o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo bankowe; fundusz inwestycyjny w rozumieniu Ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych, Dz. U. Nr 146, poz. 1546, z późn. zm.; dom maklerski, o którym mowa w art. 95 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz. U. Nr 183, poz. 1538, z późn. zm.; krajowy zakład ubezpieczeń, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, Dz. U. Nr 124, poz. 1151, z późn. zm.; fundusz emerytalny, o którym mowa w ustawie z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, Dz. U. z 2004 r. Nr 159, poz. 1667 z późn. zm.

⁹³ Choć nie jest to wskazane wprost, chodzi tu o konieczność zwiększenia funduszy własnych oraz o akceptację programu postępowania naprawczego, o których mowa w art. 142 Prawa bankowego.

⁹⁴ Umowa o udzielenie gwarancji przewiduje warunki i wysokość gwarancji; zapewnia ministrowi właściwemu do spraw instytucji finansowych odpowiedni wpływ na politykę finansową instytucji finansowej, w tym udział wyznaczonych przez niego przedstawicieli w organach banku; określa sposób obliczenia ceny obejmowanych akcji, warunki emisji obligacji instytucji finansowej lub bankowych papierów wartościowych, w tym termin ich zapadalności, cenę emisyjną i oprocentowanie; wskazuje cele wykorzystania środków pochodzących z emisji akcji, obligacji instytucji finansowej lub bankowych papierów wartościowych; określa ograniczenia w zakresie wypłaty dywidendy bądź nadwyżki bilansowej; określa ograniczenia w zakresie polityki płacowej wobec członków organów instytucji finansowej i kadry kierowniczej; wskazuje obowiązek niezwłocznego dostosowania przepisów statutu i regulacji wewnętrznych instytucji finansowej, w celu uwzględnienia emisji akcji, obligacji instytucji finansowej lub bankowych papierów wartościowych oraz postanowień umowy gwarancji; określa sposób rozliczenia straty instytucji finansowej za okresy ubiegłe. Zgodnie z ustawą o dekapitalizacji, miesięczne wynagrodzenie członka organu nie może przekraczać dwunastokrotności przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, a wszelkie dodatkowe składniki wynagrodzenia nie mogą przekraczać w skali roku trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia danego członka organu instytucji finansowej.

gdy emisja akcji, obligacji lub bankowych papierów wartościowych w całości lub w części nie znajdzie nabywców między dotychczasowymi akcjonariuszami, bądź udziałowcami lub podmiotami trzecimi, co oznacza, że emisję w całości lub w części obejmuje Skarb Państwa, na co musi wyrazić zgodę walne zgromadzenia banku⁹⁵. W przypadku wykonania umowy gwarancji MF może wystąpić do KNF z wnioskiem o ustanowienie kuratora nadzorującego wykonanie programu naprawczego⁹⁶. W razie gdy bank nie wywiązuje się z warunków umowy gwarancji, MF ma prawo do złożenia wniosku do KNF o ustanowienie zarządu komisarycznego, przedłożenia posiadanych akcji do umorzenia, a także posiadanych obligacji instytucji finansowej lub bankowych papierów wartościowych do przedterminowego wykupu.⁹⁷ Rażące naruszenie warunków umowy gwarancji umożliwi MF wszczęcie procedury przejęcia banku.

7.3.3. Rekapitalizacja – przejęcie banku

Przesłanką do wszczęcia procedury przejęcia banku przez Skarb Państwa jest wystąpienie okoliczności grożących utratą wypłacalności banku, a także rażące naruszanie przez bank warunków umowy gwarancji. W razie zaistnienia powyższych przesłanek Rada Ministrów na wniosek MF, kierując się koniecznością zapewnienia stabilności krajowego systemu finansowego, może, po zasięgnięciu opinii Prezesa NBP i Przewodniczącego KNF, a w przypadku banków – również BFG, w drodze decyzji dokonać, w imieniu Skarbu Państwa, przejęcia takiej instytucji⁹⁸. Przejęcie następuje przez przymusowy wykup akcji od dotychczasowych akcjonariuszy banku przez Skarb Państwa. Dotychczasowi akcjonariusze powinni w terminie dwóch tygodni od daty wydania decyzji złożyć w spółce dokumenty akcji lub dowody ich złożenia. W razie nie złożenia akcji w powyższym terminie zarząd unieważnia te akcje w trybie art. 358 KSH⁹⁹, a nabywca, którym jest Skarb Państwa reprezentowany przez MF, wydaje nowy dokument akcji pod tym samym numerem emisyjnym¹⁰⁰. Po uiszczeniu ceny wykupu, obejmującej również akcje, o których

⁹⁵ Emisja taka może być objęta gwarancją, jeżeli spełnia warunki zobowiązania podporządkowanego albo pożyczki podporządkowanej określonych w art. 127 ust. 3 pkt 2 lit. b) Prawo bankowe.

⁹⁶ W tym miejscu należy wskazać, że w związku z prowadzonym postępowaniem naprawczym kuratora może powołać samoistnie KNF lub na wniosek BFG w razie udzielenia przez BFG pomocy, o której mowa w art. 4 ust. 2 pkt 1 i 1a. ustawy o BFG.

⁹⁷ Art. 9 ustawy o rekapitalizacji.

⁹⁸ Zgodnie z art. 14 ustawy o rekapitalizacji przejęciu instytucji finansowej na podstawie ustawy o rekapitalizacji ustawodawca postanowił nadać rygor natychmiastowej wykonalności.

⁹⁹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

¹⁰⁰ Art. 9 ust. 4 ustawy o rekapitalizacji.

mowa powyżej, zarząd powinien niezwłocznie przenieść wykupione akcje na Skarb Państwa¹⁰¹. Prawa z akcji banku, których akcje zostały nabyte w trybie przymusowego wykupu, wykonuje MF. MF może wystąpić do KNF z wnioskiem o ustanowienie w przejętym banku zarządu komisarycznego¹⁰². Na czas trwania zarządu komisarycznego kompetencje innych organów instytucji finansowej zostają zawieszane¹⁰³. Aby instrument w postaci przejęcia banku przez Skarb Państwa nie miał cech nacjonalizacji, przewidziano rozwiązanie, w którym Skarb Państwa reprezentowany przez MF ma obowiązek zbyć akcje przejętego banku po ustaniu okoliczności grozących utratą wypłacalności banku, jednak nie później niż w terminie trzech lat od dnia objęcia ostatniej akcji, w ramach trybu publicznego, o którym mowa w art. 33 ust. 1 pkt 1–4 i 6 Ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. W ostatnim roku przed upływem zastrzeżonego terminu dopuszczalne jest jego przedłużenie przez Radę Ministrów o kolejny rok, które może być ponowione tylko jednokrotnie.

7.4. Rola i działania restrukturyzacyjne podejmowane przez BFG

Poza zadaniami z zakresu gwarantowania depozytów BFG udziela, w przypadkach powstania niebezpieczeństwa niewypłacalności, pomocy podmiotom objętym obowiązkowym systemem gwarantowania środków pieniężnych do wysokości środków gwarantowanych¹⁰⁴. Realizując cel pomocowy poprzez wspomaganie banków, w których wystąpiło niebezpieczeństwo niewypłacalności, BFG wykonuje także swój podstawowy cel, jakim jest ochrona środków deponentów¹⁰⁵. Pomoc realizo-

¹⁰¹ Do dnia uiszczenia całej sumy wykupu akcjonariusze zachowują wszystkie uprawnienia z akcji. Do wyceny przymusowo wykupywanych akcji w zakresie ustalenia ceny akcji w ramach prywatyzacji pośredniej stosuje się odpowiednio przepisy Ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Dz.U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397, z późn. zm.

¹⁰² Z dniem ustanowienia zarządu komisarycznego rada nadzorcza zostaje zawieszona, członkowie zarządu instytucji finansowej odwołani z mocy prawa, a ustanowione wcześniej prokury i pełnomocnictwa wygasają.

¹⁰³ W razie braku wniosku o powołanie zarządu komisarycznego po dokonaniu przejęcia banku Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez MF przysługiwają będą uprawnienia właścicielskie, w tym te związane z powoływaniem organów przejętego banku w okresie posiadania przez niego akcji przejętego banku. Zarząd komisaryczny zostaje powołany nie na dłużej niż na okres posiadania akcji przez Skarb Państwa lub do czasu wniosku MF o jego odwołanie.

¹⁰⁴ Przyczyną wprowadzenia systemu ochrony deponentów jest specyfika działalności bankowej, gdzie fundusze własne banków są znacząco mniejsze niż wysokość zobowiązań wynikających z wykonywanych czynności bankowych, w szczególności przyjętych depozytów (płatnych na żądanie). Większość zasobów finansowych ma charakter zdematerializowany w obrocie bankowym poprzez zapisy na kontach banku – P. Zawadzka, *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 36.

¹⁰⁵ Działalność pomocowa BFG nie jest skierowana wyłącznie na wspieranie banków zagrożonych niewypłacalnością. Adresatami tej pomocy mogą być także banki o stabilnej pozycji finansowej

wana jest ze specjalnie utworzonego funduszu, zasilanego z obowiązkowych opłat rocznych wnoszonych przez banki, dochodów z oprocentowania pożyczek udzielanych przez BFG i z oprocentowania papierów wartościowych emitowanych, poręczonych lub gwarantowanych przez Skarb Państwa lub NBP, a także jednostek uczestnictwa funduszy rynku pieniężnego, środków uzyskanych w ramach bezwrotnej pomocy zagranicznej, czy też innych dochodów¹⁰⁶. Cele pomocowe wykonywane są przez:

- ❖ udzielanie zwrotnej pomocy finansowej bankom, w których wystąpiło niebezpieczeństwo niewypłacalności,
- ❖ udzielanie zwrotnej pomocy finansowej na nabycie akcji lub udziałów banków, np. w związku z decyzją KNF w sprawie przejęcia banku przez bank przejmujący,
- ❖ nabywanie wierzytelności banków, w których powstało niebezpieczeństwo niewypłacalności,
- ❖ udzielanie gwarancji lub poręczeń¹⁰⁷.

BFG jest niezwłocznie informowany przez KNF o wystąpieniu konieczności wszczęcia przez zarząd banku postępowania naprawczego. W razie udzielenia przez BFG pomocy bankowi w ramach postępowania naprawczego poprzez przyznanie zwrotnej pomocy finansowej czy nabycie wierzytelności banków, w których powstało niebezpieczeństwo niewypłacalności, KNF na wniosek BFG ustanawia go kuratorem¹⁰⁸. BFG jest również wyposażony w instrumenty, dzięki którym może uczestniczyć w bankowych procesach sanacyjnych zarówno tych prowadzonych na podstawie Prawa bankowego i Ustawy o BFG, jak również w związku z udzieleniem pomocy na podstawie ustawy o wsparciu i ustawy o rekapitalizacji¹⁰⁹.

nabywające/przejmujące akcje banków, którym groziła likwidacja czy upadłość. W takim przypadku BFG realizuje funkcję stabilizacyjną w sektorze bankowym. Celem BFG nie jest jednak udzielanie preferencyjnego wsparcia podmiotom znajdującym się w dobrej sytuacji finansowej na realizację innych celów gospodarczych. Wsparcie ze strony BFG musi być więc powiązane z jego funkcją stabilizacyjną.

¹⁰⁶ Na koniec 2010 r. zebrane środki w funduszu pomocowym wynosiły 4 476 287 059,52 zł, z czego 43 500 000,00 zł zostało wykorzystanych. W 2009 r. na fundusz pomocowy wpłacono 308 159,9 tys. zł z tytułu opłaty rocznej oraz 271 403,4 tys. zł z tytułu podziału nadwyżki bilansowej. Szerzej zob.: Raport Roczny 2009 r. Bankowy Fundusz Gwarancyjny http://www.bfg.pl/doc_media/wezel_799/Raport_Roczny_2009.pdf [dostęp 31.07.2011 r.].

¹⁰⁷ Instrumenty wsparcia, o których mowa powyżej, są udzielane na warunkach korzystniejszych od ogólnie stosowanych przez banki.

¹⁰⁸ Art. 20a ust. 2 Ustawy o BFG.

¹⁰⁹ BFG jest jednym z ogniw w procesach wsparcia płynności instytucji finansowych oraz rekapitalizacji. W przypadku stosownego wniosku banku o udzielenie wsparcia w jednej z form przewidzianych w ustawie o wsparciu, BFG jest zobowiązany do przedstawienia opinii przed zastosowaniem określonego instrumentu. Przepisy nie wskazują szczegółowo, co jest przedmiotem takiej opinii, ale można przyjąć, że powinna ona zawierać wszystkie informacje w zakresie właściwości BFG (dotyczy to także KNF i NBP), które mogą być przydatne dla MF przy stosowaniu przysługujących mu środków. W przypadku BFG mogą to być informacje o prowadzo-

8. POSTULATY *DE LEGE FERENDA* DO POLSKIEGO USTAWODAWCY

Dokonując analizy porównawczej między europejskimi rozwiązaniami dotyczącymi restrukturyzacji banków zagrożonych różnie pojmowaną niewypłacalnością, z łatwością można zauważyć, że *resolution regimes* tam obowiązujące znacznie różnią się między sobą. Różnice te widoczne są chociażby w podejściu do źródeł finansowania funduszy restrukturyzacyjnych czy też przesłanek samej restrukturyzacji. Wynika to z tego, że w braku międzynarodowego wzorca krajowe rozwiązania uwzględniają specyfikę miejscowych systemów i rozwiązań prawnych dotychczas funkcjonujących. Warto także zauważyć, że rola sądu w analizowanych systemach krajowych nie ogranicza się wyłącznie do badania legalności wszczęcia procesu restrukturyzacyjnego, co nie stanowiło jednak głównego tematu tego artykułu. Celem nadrzędnym artykułu było bowiem sformułowanie dla polskiego ustawodawcy postulatów *de lege ferenda* na podstawie analizy komparatystycznej istniejących systemów restrukturyzacyjnych w wybranych krajach UE oraz propozycji ich kształtu zgłoszonej przez KE. Analiza ta obejmowała również prześledzenie procedur i instrumentów pozostających w gestii polskich instytucji publicznych, które można uznać za zbliżone do rozwiązań przyjętych w SRR. Przykładami takich instrumentów jest przejęcie banku na podstawie art. 147 i 158 Prawa bankowego oraz rekapitalizacja wedle stosownej ustawy, co nie powinno jednak prowadzić do wniosku, że w istocie w Polsce posiadamy system uporządkowanej likwidacji w jego wąskim rozumieniu. Instrumenty te bowiem są niewystarczające i niekomplementarne względem wyzwań, z jakimi być może trzeba będzie się zmierzyć w przypadku kolejnego kryzysu finansowego. Drogą na skróty mogłoby być oczywiście wykorzystanie rozwiązań przyjętych w innych krajach europejskich. Trudno jednak wskazać wśród analizowanych systemów krajowych optymalny, tzn. taki, który w najlepszy sposób zapewni stabilność polskiego rynku finansowego.

Badania prowadzone w ramach teorii „przeszczepów prawnych” (*legal transplant theory*) wskazują, że przenoszenie obcych instytucji może powodować ich odrzucenie lub dysfunkcjonalność¹¹⁰. Tym bardziej to podejście jest niebezpieczne dla systemu polskiego, ponieważ SRR w jego wąskim rozumieniu będzie wykorzystywany jedynie w sytuacjach wyjątkowych. Konstrukcja własnego systemu uporządkowanej likwidacji powinna więc brać pod uwagę rodzime instytucje i rozwiązania, które można

nych w banku postępowaniach naprawczych, wsparciu udzielonym przez BFG bądź jego braku (w przypadku odrzucenia przez BFG takiego wniosku) wraz z uzasadnieniem podjętych działań. Może to być również opinia co do zastosowania przez MF określonego instrumentu, przy czym nie będzie ona miała charakteru wiążącego.

¹¹⁰ Szerzej o tym m.in.: W. Ewald, *The Logic of Legal Transplants*, „American Journal of Comparative Law” 1995, Nr 4, s. 489–510.

dostosować do celów stawianych przed restrukturyzacją, w szczególności zapewnić stabilność finansową.

Biorąc powyższe pod uwagę, ustawodawca polski powinien w szczególności rozważyć następujące zmiany instytucjonalne:

- **Wybór instytucji odpowiedzialnej za restrukturyzację.** Dopuszczalne są dwa rozwiązania. W pierwszym instytucją odpowiedzialną za wszczęcie i przeprowadzenie postępowania restrukturyzacyjnego byłaby Komisja Nadzoru Finansowego, a w drugim nastąpiłoby rozdzielenie tych czynności i przekazanie drugiej z nich Bankowemu Funduszowi Gwarancyjnemu. Pierwsze rozwiązanie oznaczałoby przekazanie dodatkowej – dotychczas tam nie realizowanej – kompetencji KNF. Alternatywnie przekazanie obu kompetencji BFG wiązałoby się z koniecznością wyposażenia go w niektóre kompetencje nadzorcze, które nakładałyby się z już istniejącymi w KNF. Wydaje się więc, że najlepszym rozwiązaniem byłoby pozostawienie decyzji co do wszczęcia restrukturyzacji KNF, z jednoczesnym umocowaniem współudziału w nim innych instytucji, w szczególności BFG, np. w formie opinii. Trudno sobie również wyobrazić brak współuczestnictwa w tym procesie Ministra Finansów i Narodowego Banku Polskiego, tj. instytucji będących członkami Komitetu Stabilności Finansowej¹¹¹.
- **Poszerzenie katalogu przesłanek uprawniających do podjęcia działań restrukturyzacyjnych.** Może to nastąpić np. poprzez badanie stanu niewypłacalności lub zagrożenia jego wystąpieniem na podstawie bieżącej sprawozdawczości banków czy wyników kontroli KNF, a nie – jak obecnie – na podstawie bilansu banku zgodnie z art. 158 Prawa bankowego. Mając na uwadze dużą dynamikę zdarzeń na rynku bankowym, KNF powinna dysponować instrumentami umożliwiającymi szybkie podjęcie stosownych decyzji. Nie zawsze bowiem niewypłacalność, czy też groźba jej wystąpienia, poprzedzona będzie postępowaniem naprawczym i dotyczącymi go zdarzeniami. Zasadne jest więc także wyposażenie KNF w bardziej elastyczne mechanizmy zlecenia biegłemu rewidentowi przeprowadzenia badania prawidłowości i rzetelności sprawozdań finansowych sporządzanych przez bank, kontroli ksiąg rachunkowych czy analizy portfeli banku, a także kontroli prawidłowości i rzetelności sprawozdawczości okresowej banków. Aktualne rozwiązania przewidziane w art. 135 Prawa bankowego są niewystarczające.
- **Stworzenie funduszu restrukturyzacyjnego.** Fundusz taki mógłby zostać umiejscowiony w strukturze BFG i być opłacany przez podmioty w nim uczestniczące. Dokonując analizy wielkości funduszu pomocowego, jakim obecnie dysponuje BFG, i odnosząc to do ewentualnych interwencji na rynku bankowym, środki te są niewystarczające. Niezbędne jest więc dodatkowe wsparcie finan-

¹¹¹ Ustawa z dnia 7 listopada 2008 r. o Komitecie Stabilności Finansowej, Dz.U. z 2008 r., Nr 209, poz. 1317.

sowe dla BFG, które może pochodzić zarówno z większych opłat wnoszonych przez banki, jak i też opłat dodatkowych, np. tzw. podatku bankowego.

- W razie powzięcia decyzji o wprowadzeniu reżimu restrukturyzacyjnego, w tym wyboru instytucji odpowiedzialnej za przeprowadzenie restrukturyzacji banku, **organ restrukturyzacyjny należy uposażyć w odpowiednie instrumenty**, np. możliwość utworzenia banku pomostowego. Korzystanie z tych instrumentów powinno wiązać się z uzyskaniem opinii lub zgody innych instytucji wchodzących w sieć bezpieczeństwa finansowego, np. Komisji Nadzoru Finansowego, co do sprzedaży części lub całości banku, z zastrzeżeniem wydania ich bez zbędnej zwłoki.
- Kluczowym elementem reżimu restrukturyzacyjnego jest sprawa wszczęcia i przeprowadzenia zmian własnościowych w instytucji poddanej restrukturyzacji, np. przeniesienia całości lub części aktywów instytucji restrukturyzowanej do banku pomostowego. W związku z tym **ważne jest ściśle określenie ram czasowych, np. 48 godzin, w których możliwe będzie zawieszenie niektórych praw wierzycieli**. Wiąże się to z nieuchronną interwencją legislacyjną wprowadzającą takie uprawnienie dla organu przeprowadzającego restrukturyzację.
- Wprowadzenie reżimu restrukturyzacyjnego powinno wiązać się z **zapewnieniem odpowiedniej ochrony praw akcjonariuszy i wierzycieli instytucji, względem której wszczęto takie postępowanie**. Wydaje się, że ze względu na dobro w postaci stabilności finansowej kraju, podjęcie decyzji o wszczęciu restrukturyzacji przez organ administracji publicznej w ściśle określonych warunkach nie powinno naruszać przepisów Konstytucji RP, z zawarowaniem kontroli legalności tej decyzji przez sąd (powszechny lub administracyjny). Dalsza szczegółowa ochrona powinna się jednak wiązać z ograniczeniami wskazywanymi np. przez Komisję Europejską.
- W razie uznania, że umocowanie organu administracji publicznej do wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego jest nieodpowiednie, należy rozważyć konieczność zmiany obowiązujących przepisów dotyczących upadłości bankowej. Można wówczas wziąć pod uwagę możliwość instytucjonalnego umocowania Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, jako likwidatora masy upadłej banku pod nadzorem sędziego-komisarza, z zastrzeżeniem wydania opinii i zgód przez instytucje należące do sieci krajowej bezpieczeństwa finansowego co do niektórych podejmowanych czynności likwidacyjnych.

Bez względu jednak na przyszłe decyzje instytucjonalne odnoszące się do kształtu postępowania restrukturyzacyjnego, należy na poziomie podmiotów wykonujących zadania z zakresu stabilności finansowej podjąć działania informacyjne o zagrożeniach wszczęcia postępowań restrukturyzacyjnych. Odpowiednim forum do tego rodzaju cyklicznych spotkań wydaje się Komitet Stabilności Finansowej.

Dotychczas nie zastosowano w Polsce żadnego instrumentu przewidzianego w ustawie o rekapitalizacji, a ostatnia poważna upadłość bankowa nastąpiła ponad dekadę temu. Nie należy jednak odczytywać tego jako sygnał, że w Polsce istnieją odpowiednie podstawy prawne do efektywnego przeprowadzenia postępowań restrukturyzacyjnych. Ostatni kryzys finansowy wskazał na słabości procedur prawnych w innych krajach, co przełożyło się tam na interwencję legislacyjną w postaci wprowadzenia nowych szczególnych reżimów restrukturyzacyjnych – *special resolution regimes*. Czas, aby do tej grupy państw dołączyła także Polska.