

Jacek Jastrzębski*
ORCID: 0000-0001-8219-5208
e-mail: Jacek.Jastrzebski@knf.gov.pl

Łukasz Machalski**
e-mail: Lukasz.Machalski@knf.gov.pl

Struktury transakcji w ramach przymusowej restrukturyzacji banków. Uwagi ogólne dotyczące strukturyzowania transakcji oraz wnioski z doświadczeń krajowych

Streszczenie

Artykuł dotyczy struktur transakcji w reżimie przymusowej restrukturyzacji, które miały miejsce na polskim rynku bankowym. Wskazano, jak cele przymusowej restrukturyzacji oraz oszacowania sporządzane na zlecenie Bankowego Funduszu Gwarancyjnego determinują strukturę transakcji realizowanych w ramach reżimu prawnego *resolution*. Oceniono także efektywność instrumentów ustanowionych w ramach reżimu prawnego przymusowej restrukturyzacji oraz omówiono, w jaki sposób orzecznictwo sądów administracyjnych identyfikuje rolę organu *resolution* oraz znaczenie celów i kryteriów tego procesu.

Słowa kluczowe: Przymusowa restrukturyzacja, zagrożenie upadłością, przejęcie przedsiębiorstwa, instytucja pomostowa, umorzenie lub konwersja zobowiązań, wydzielenie aktywów

JEL: K41

Structures of Transactions in Bank Resolution: Remarks on Transaction Structuring in Poland

Abstract

The article relates to structures of transactions conducted within the framework of resolution regime that took place within the Polish banking sector. The authors analyse how the objectives of resolution and the valuations made at the request of the Bank Guarantee Fund

* Jacek Jastrzębski – radca prawny, adwokat, przewodniczący KNF, profesor UW, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

** Łukasz Machalski – radca prawny, zastępca dyrektora Departamentu Prawnego UKNF.

determine the structure of transactions executed under the resolution regime. They also assess the effectiveness of the resolution instruments and discuss how the jurisprudence of administrative courts accurately identifies the role of the resolution authority and the importance of the objectives and criteria of resolution proceedings.

Key words: *Resolution, failing or likely to fail, sale of business, bridge institution, bail-in, asset separation*

Wstęp

W ostatnich latach znacznie wzrosła rola regulacji dotyczących zarządzania kryzysowego w sektorze bankowym. W odpowiedzi na znaczną pomoc publiczną udzieloną instytucjom finansowym w Europie w związku z globalnym kryzysem finansowym w latach 2007–2009 rozpoczęto prace nad regulacjami zmierzającymi do przeniesienia kosztów pokrywania strat banków zagrożonych upadłością na ich właścicieli (tj. akcjonariuszy) i wierzycieli (np. obligatariuszy). Miało to znacznie zmniejszyć konieczność zaangażowania środków publicznych w przypadku banków zagrożonych upadłością. Efektem tych prac na poziomie Unii Europejskiej było przyjęcie w 2014 r. dyrektywy BRRD (*Bank Recovery and Resolution*)¹, wprowadzającej możliwość stosowania wobec banków zagrożonych upadłością administracyjnej procedury *resolution*², która ma realizować powyższe założenia.

Dyrektywa ta została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (t.j. Dz.U. z 2022, poz. 793, dalej: Ustawa o BFG), która nadaje Bankowemu Funduszowi Gwarancyjnemu (dalej: BFG lub Fundusz) uprawnienia organu przymusowej restrukturyzacji. W konsekwencji BFG pełni obecnie zarówno funkcję gwarantowania depozytów, jak i organu przymusowej restrukturyzacji banków.

Celem artykułu jest charakterystyka możliwych struktur transakcji realizowanych w ramach procedury *resolution*. Chodzi w szczególności o ukazanie, jak cele przymusowej restrukturyzacji determinują strukturę transakcji realizowanych w ramach reżimu prawnego *resolution*.

Dokonano także oceny efektywności instrumentów ustanowionych w ramach reżimu prawnego przymusowej restrukturyzacji. W tym zakresie celem niniejszej publikacji jest wykazanie, na podstawie polskich doświadczeń z zastosowaniem instrumentów przymusowej restrukturyzacji, że przymusowa restrukturyzacja sta-

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 – dalej: BRRD.

² Polska wersja BRRD posługuje się pojęciem „restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja”, natomiast polski ustawodawca posługuje się pojęciem „przymusowa restrukturyzacja”.

nowi w praktyce skuteczną procedurę zapobiegającą upadłości banku oraz wypłacie środków gwarantowanych przez BFG. Warto także odnotować, że orzecznictwo sądów administracyjnych – a w szczególności Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (dalej: WSA) – trafnie i prawidłowo identyfikuje rolę organu *resolution* oraz znaczenie celów i kryteriów przymusowej restrukturyzacji.

Zarówno prawidłowe podejście BFG, jak i właściwe stanowisko sądów administracyjnych weryfikujących działania organu *resolution*, są kluczowe z punktu widzenia możliwości pełnienia przez organ *resolution* – we współpracy z innymi instytucjami sieci bezpieczeństwa finansowego – jego funkcji zmierzających do zabezpieczenia stabilności krajowego systemu finansowego.

1. Logika i cele reżimu prawnego przymusowej restrukturyzacji

1.1. Cele przymusowej restrukturyzacji w ujęciu BRRD i prawa polskiego

Działalność bankowa jest działalnością szczególną, przede wszystkim ze względu na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach bankowych, i dlatego w większości państw podlega ona szczególniemu nadzorowi.

Realizacji tego celu ma służyć reglamentacja działalności bankowej oraz wiele regulacji dotyczących odpowiedniego poziomu kapitałów banku, wymogów co do osób nim zarządzających oraz co do właścicieli. W przypadku, gdy organ nadzoru finansowego dostrzeże zagrożenie dla interesów posiadaczy rachunków bankowych, np. ze względu na niewłaściwe zarządzanie bankiem lub jego trudną sytuację kapitałową, może stosować środki nadzorcze wobec banku, osób zarządzających bankiem oraz jego właścicieli. Natomiast w przypadku, gdy powyższe działania okażą się nieskuteczne, bank może znaleźć się w sytuacji zagrożenia upadłością.

Należy zatem przyjąć, że konieczność zapewnienia stabilności finansowej³ oraz bezpieczeństwa depozytów⁴ – rozumiane jako możliwość zapobieżeniu upadłości banku – są głównymi powodami wprowadzenia rozwiązań z zakresu wczesnej interwencji oraz przymusowej restrukturyzacji banków. Tak rozumianą stabilność finansową w świetle BRRD powinien finansować sektor bankowy jako całość⁵. W tym celu dyrektywa BRRD wprowadza możliwość zastosowania wobec banków:

- (i) przez właściwy organ – tzw. środków wczesnej interwencji⁶;
- (ii) przez organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji – tzw. instrumentów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji⁷.

³ Motyw 3 BRRD.

⁴ Motyw 71 BRRD.

⁵ Motyw 103 BRRD *in fine*.

⁶ Motyw 40 BRRD w zw. z art. 27 BRRD. W polskim porządku prawnym rolę organu, uprawnionego do stosowania środków wczesnej interwencji pełni Komisja Nadzoru Finansowego (dalej: KNF).

⁷ Motyw 44 BRRD w zw. z art. 37 ust. 3 BRRD. W polskim porządku prawnym rolę organu ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji pełni BFG.

Dyrektywa ustanawia także konieczność wprowadzenia obowiązkowego mechanizmu finansowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji⁸ równoległe do systemu gwarancji depozytów⁹.

Instrumenty restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji można zastosować wobec banku dopiero wtedy gdy jest on na progu upadłości lub jest zagrożony upadłością¹⁰, oraz nie istnieje rozsądne prawdopodobieństwo, by jakiegokolwiek alternatywne środki sektora prywatnego, w tym środki w ramach systemów gwarancji depozytów lub instytucjonalnego systemu ochrony, lub środki organów nadzoru (w tym środki wczesnej interwencji), mogły w rozsądnym czasie zapobiec upadłości banku¹¹, oraz gdy jest to w tzw. interesie publicznym.

Zgodnie z BRRD fundamentalną zasadą postępowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji jest przyjęcie, że:

- (i) w pierwszej kolejności straty ponoszą akcjonariusze instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją¹²;
- (ii) po akcjonariuszach straty ponoszą wierzyciele instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją zgodnie z kolejnością zaspokajania roszczeń na mocy standardowego postępowania upadłościowego¹³;
- (iii) żaden z wierzycieli nie ponosi strat większych niż te, które poniósłby w sytuacji, gdyby dana instytucja została zlikwidowana w ramach standardowego postępowania upadłościowego¹⁴;
- (iv) depozyty gwarantowane są w pełni chronione¹⁵.

Ponadto jednym z celów postępowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji jest ochrona finansów publicznych przez ograniczenie do minimum nadzwyczajnego publicznego wsparcia finansowego¹⁶ oraz ochrona deponentów¹⁷. Na gruncie BRRD ochrona finansów publicznych oraz deponentów jest nadrzędna w stosunku do interesu właścicieli i wierzycieli instytucji, wobec której zastosowano restrukturyzacją i uporządkowaną likwidację.

Zgodnie z art. 101 ust. 7 Ustawy o BFG, BFG, analizując zasadność wszczęcia procesu *resolution*, weryfikuje wystąpienie (i) przesłanki zagrożenia podmiotu upadłością, (ii) braku przesłanek wskazujących, że możliwe do podjęcia działania nadzorcze lub działania tego podmiotu pozwolą we właściwym czasie usunąć to zagrożenie, a także (iii) przesłanki tzw. interesu publicznego. W zakresie ustalania

⁸ Art. 100 ust. 1 i n. BRRD.

⁹ Art. 10 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/49/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów.

¹⁰ Art. 32 ust. 1 lit. a) BRRD.

¹¹ Motyw 23 BRRD w zw. z art. 32 ust. 1 lit. b) BRRD.

¹² Art. 34 ust. 1 lit. a) BRRD.

¹³ Art. 34 ust. 1 lit. b) BRRD.

¹⁴ Art. 34 ust. 1 lit. g) BRRD.

¹⁵ Art. 34 ust. 1 lit. h) BRRD.

¹⁶ Art. 31 ust. 2 lit. c) BRRD.

¹⁷ Art. 31 ust. 2 lit. d) BRRD.

dwóch pierwszych przesłanek BFG – jako organ *resolution* – współdziała z KNF – jako organem wczesnej interwencji, a art. 101 Ustawy o BFG określa możliwe formy interakcji i zasady współdziałania między tymi instytucjami (szczególnie art. 101 ust. 1 i art. 101 ust. 11 Ustawy o BFG).

Z kolei w odniesieniu do przesłanki dotyczącej interesu publicznego, art. 101 ust. 10 Ustawy o BFG wskazuje, że działania w ramach przymusowej restrukturyzacji są podejmowane w interesie publicznym, jeżeli są konieczne do zapewnienia realizacji co najmniej jednego z celów przymusowej restrukturyzacji, są proporcjonalne do tych celów, a ich osiągnięcie nie byłoby możliwe w takim samym stopniu w ramach postępowania upadłościowego¹⁸.

Cele przymusowej restrukturyzacji określone są dość ogólnie. W praktyce BFG przyjmuje dla każdego banku tzw. plan przymusowej restrukturyzacji¹⁹, w którym wskazuje, czy zakłada w ogóle wszczynanie wobec danego banku przymusowej restrukturyzacji. Jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca, oznacza to, że na etapie planowania przymusowej restrukturyzacji BFG identyfikuje wystąpienie interesu publicznego dla wszczęcia przymusowej restrukturyzacji wobec danego banku, co pociąga za sobą również pewne obowiązki informacyjne tego banku wobec BFG. Ostatecznie jednak przesądzenie przez BFG wystąpienia przesłanki interesu publicznego następuje w drodze decyzji o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji. Decyzja taka podejmowana jest przez BFG w reżimie ściśle określonym ustawą o BFG, która określa także sekwencje interakcji między BFG a nadzorem finansowym.

Przymusowa restrukturyzacja ma zapobiec upadłości banku, upadłość taka skutkuje bowiem automatycznie koniecznością wypłaty środków gwarantowanych przez BFG, a także zapobiec wystąpieniu tzw. ryzyka zarażenia. Wypłata środków gwarantowanych jest sytuacją bardzo niepożądaną, gdyż uszczupla fundusze BFG, a w konsekwencji powoduje wzrost składek na BFG uiszczanych przez inne banki. W praktyce oznacza to, że koszty wypłaty środków gwarantowanych przez BFG w przypadku upadłości danego banku ponoszą inne banki. Przymusowa restrukturyzacja, w odróżnieniu od tzw. zwykłej upadłości, ukierunkowana jest na ponoszenie strat przez właścicieli i wierzycieli banku zagrożonego upadłością. W konsekwencji przeprowadzanie przez BFG przymusowej restrukturyzacji powinno być optymalne kosztowo i tańsze niż wypłata środków gwarantowanych.

¹⁸ Zgodnie z art. 66 ustawy o BFG celami przymusowej restrukturyzacji są:

- 1) utrzymanie stabilności finansowej, w szczególności przez ochronę zaufania do sektora finansowego i zapewnienie dyscypliny rynkowej;
- 2) ograniczenie zaangażowania funduszy publicznych lub prawdopodobieństwa ich zaangażowania wobec sektora finansowego lub jego poszczególnych podmiotów;
- 3) zapewnienie kontynuacji realizowanych przez podmiot funkcji krytycznych;
- 4) ochrona deponentów i inwestorów objętych systemem rekompensat;
- 5) ochrona środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów.

¹⁹ Art. 73 i n. Ustawy o BFG w zw. z art. 2 pkt 39) Ustawy o BFG

Cele przymusowej restrukturyzacji determinują dokonywany przez organ *resolution* wybór środka przymusowej restrukturyzacji, a, co za tym idzie – także wybór struktury tej transakcji.

1.2. Cele przymusowej restrukturyzacji a struktura transakcji

Planowanie i strukturyzacja transakcji jest jednym z pierwszych i bardziej istotnych wyzwań związanych z transakcjami fuzji i przejęć (ang. *mergers and acquisitions*, M&A). W przypadku typowych, dokonywanych na rynku transakcji M&A ich struktura jest wypadkową uwarunkowań biznesowych, prawnych, regulacyjnych (np. w zakresie, w jakim podmioty biorące udział w transakcji są podmiotami podlegającymi nadzorowi, a ustawy sektorowe ograniczają możliwe konfiguracje procesów restrukturyzacyjnych²⁰), a często także podatkowych. Znaczenie mogą mieć także kwestie operacyjne, dotyczące choćby spraw związanych z systemami informatycznymi, na których opiera się funkcjonowanie podmiotów podlegających integracji lub restrukturyzacji. Ostatecznie są to jednak decyzje podmiotów komercyjnych, determinowane przede wszystkim czynnikami biznesowymi, mieszcząc się oczywiście w ramach wyznaczonych porządkiem prawnym i regulacyjnym.

Przedmiotem rozważań w artykule jest w szczególności kwestia planowania i strukturyzacji transakcji realizowanych w ramach reżimu przymusowej restrukturyzacji. Gospodarzem tego procesu jest organ *resolution*. Jego pozycja różni się zasadniczo od sytuacji podmiotu prywatnego. Strukturyzując transakcję realizowaną w ramach przymusowej restrukturyzacji, organ *resolution* ma obowiązek kierować się jej celami określonymi w BRRD i w prawie krajowym. Kluczowym składnikiem procesu wspierającym organ *resolution* przy wyborze optymalnej z tego punktu widzenia struktury transakcji jest tzw. Oszacowanie II, o którym będzie jeszcze mowa w dalszej części artykułu.

Przed przejściem do dalszych rozważań konieczne są także ustalenia pojęciowe. To, co prawnicy transakcyjni rozumieją pod pojęciem „strukturyzacji transakcji”, w reżimie prawnym *resolution* występuje pod nazwą wyboru instrumentu przymusowej restrukturyzacji. W literaturze krajowej występuje także pojęcie „środków przymusowej restrukturyzacji”²¹. Jednak brak w tym zakresie ścisłości terminologicznej. Prawodawca unijny posługuje się pojęciem „instrumentów restrukturyzacji i przymusowej likwidacji” (por. art. 37 BRRD). Podobnie czyni ustawodawca krajowy, stanowiąc w art. 110 Ustawy o BFG o „instrumentach przymusowej restrukturyzacji”. Taka konwencja terminologiczna nie jest jednak jednolicie stosowana w krajowym piśmiennictwie, gdzie pisze się o „środkach przymusowej restrukturyzacji”²².

²⁰ Por. np. art. 124 ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 2439), dalej: pr. bank.

²¹ Szczęśniak 2018, Rozdział I, § 5.

²² Szczęśniak 2018, w szczególności Rozdział I, § 4 i 5.

Warto w tym kontekście podkreślić, że wybór instrumentu przymusowej restrukturyzacji oznacza w istocie strukturyzację transakcji realizowanej w ramach reżimu *resolution*. Organ przymusowej restrukturyzacji nie korzysta jednak w tym zakresie ze swobody, jaka w typowej transakcji M&A przysługuje jej uczestnikom – podmiotom prywatnym. Jest bowiem związany celami i zasadami przymusowej restrukturyzacji, które determinują wybór optymalnego w danych okolicznościach instrumentu, a co za tym idzie – także wybór określonej struktury transakcji. Na plan pierwszy wysuwają się cele określone w art. 66 ustawy o BFG oraz zasada *no creditor worse off* (NCWO), stanowiąca, że w wyniku transakcji *resolution* żaden wierzyciel banku nie powinien znaleźć się w sytuacji gorszej od tej, w jakiej znalazłby się w razie upadłości tego banku²³. Wsparciu organu *resolution* w wyborze właściwego instrumentu przymusowej restrukturyzacji – a co za tym idzie: odpowiedniej struktury transakcji – służy Oszacowanie II. Oznacza to także, że decyzja organu *resolution* w tym przedmiocie powinna podlegać ocenie tylko z punktu widzenia celów i warunków przymusowej restrukturyzacji, które z kolei są standardem oceny miarodajnym na potrzeby Oszacowania II.

Prowadzi to do istotnego wniosku. Transakcja realizowana w ramach przymusowej restrukturyzacji podlega specyficznym kryteriom. Są one właściwe dla reżimu prawnego *resolution*, realizującego szczególne cele związane z ochroną stabilności systemu finansowego, minimalizacją zaangażowania środków publicznych, ale przede wszystkim – z ochroną deponentów, których zaufanie jest fundamentem funkcjonowania wysoko rozwiniętych rynków bankowych.

Z powyższego wynikają dalsze istotne wnioski. Decyzje organu *resolution* – dotyczące w szczególności wyboru instrumentu przymusowej restrukturyzacji – powinny podlegać ocenie wyłącznie z punktu widzenia zgodności z prawem oraz realizacji przez nie celów przymusowej restrukturyzacji, tak jak zostały one ujęte w odpowiednich przepisach normujących procesy *resolution*.

Spostrzeżenia te są, naszym zdaniem, istotne jako wyznaczające kontekst dla dalszych rozważań na temat wyboru instrumentu przymusowej restrukturyzacji, a więc strukturyzowania transakcji realizowanych w ramach tego reżimu prawnego. Decyzje organu *resolution* w tym zakresie, wspierane wynikami Oszacowania II, powinny podlegać ocenie tylko i wyłącznie z punktu widzenia realizacji celów przymusowej restrukturyzacji, określonych w BRRD oraz stanowiących jej implementację w przepisach prawa krajowego. Jeżeli zatem transakcja dokonywana w ramach reżimu *resolution* realizuje cele przymusowej restrukturyzacji i spełnia kryteria przewidziane dla tego typu procesów transakcyjnych (szczególnie kryterium NCWO), za niedopuszczalne należy uznać jej kwestionowanie lub podważanie z jakiegokolwiek innego punktu widzenia.

²³ Szerzej na temat zagadnień praktycznych związanych ze stosowaniem tej zasady por. np. stanowiska EBA zawarte np. w https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2015_2181

2. Instrumenty przymusowej restrukturyzacji

2.1. Pojęcie instrumentów przymusowej restrukturyzacji

Preambuła BRRD wyraźnie wskazuje na genezę wprowadzenia instrumentów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji. Zgodnie z motywem 1) BRRD: „kryzys finansowy pokazał, że występuje znaczący niedobór odpowiednich instrumentów na szczeblu unijnym, umożliwiających skuteczne działanie względem instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (instytucje) mających problemy finansowe lub będących na progu upadłości. Instrumenty te są niezbędne w szczególności po to, aby zapobiec niewypłacalności lub – gdy już dojdzie do stanu niewypłacalności – zminimalizować negatywne skutki poprzez utrzymanie ważnych funkcji systemowych danej instytucji”.

Unijny prawodawca wyjaśnia szerzej intencję wprowadzenia wymienionych instrumentów również w motywie 5) BRRD. Stwierdzono tam, że: „[p]otrzebny jest [...] system zapewniający organom wiarygodny zestaw instrumentów umożliwiający wystarczająco wczesną i szybką interwencję w stosunku do instytucji mających problemy finansowe lub będących na progu upadłości, aby zapewnić ciągłość krytycznych funkcji finansowych i gospodarczych danej instytucji, zmniejszając jednocześnie do minimum wpływ upadłości tej instytucji na sektor gospodarczy i finansowy. System ten powinien zapewniać, by akcjonariusze ponosili straty w pierwszej kolejności, a wierzyciele ponosili straty po akcjonariuszach pod warunkiem, że żaden z wierzycieli nie poniesie strat większych niż te, które poniósłby w sytuacji, gdyby dana instytucja została zlikwidowana w ramach standardowego postępowania upadłościowego zgodnie z zasadą „niepogarszania sytuacji wierzycieli” określoną w niniejszej dyrektywie. **Nowe uprawnienia powinny umożliwić organom na przykład utrzymanie nieprzerwanego dostępu do depozytów i transakcji płatniczych, sprzedaż – w stosownych przypadkach – rentownych części instytucji oraz podział strat w sposób sprawiedliwy i przewidywalny. Cele te powinny pomóc uniknąć destabilizacji rynków finansowych oraz zminimalizować koszty ponoszone przez podatników”.**

2.2. Katalog instrumentów przymusowej restrukturyzacji w ujęciu BRRD

Katalog instrumentów przymusowej restrukturyzacji jest doprecyzowany w motywie 59) BRRD, zgodnie z którym: „instrumenty restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji powinny obejmować zbycie wyodrębnionej części przedsiębiorstwa lub udziałów instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją, ustanowienie instytucji pomostowej, oddzielenie rentownych aktywów instytucji będącej na progu upadłości od jej aktywów zagrożonych lub aktywów o obniżonej jakości oraz umorzenie lub konwersję długu akcjonariuszy i wierzycieli instytucji będącej na progu upadłości”.

Unijny prawodawca ustanawia wprost katalog instrumentów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w art. 37 ust. 3 BRRD, wskazując na :

- 1) instrument zbycia działalności (*the sale of business tool*);
- 2) instrument instytucji pomostowej (*the bridge institution tool*);
- 3) instrument wydzielenia aktywów (*the asset separation tool*);
- 4) instrument umorzenia lub konwersji długu (*the bail-in tool*).

Instrument zbycia działalności oznacza mechanizm służący do przeniesienia przez organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji akcji lub innych instrumentów właścicielskich wyemitowanych przez instytucję objętą restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją, bądź aktywów, praw lub zobowiązań instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją na rzecz nabywcy, który nie jest instytucją pomostową²⁴.

Instrument zbycia działalności powinien umożliwiać organom dokonanie sprzedaży instytucji lub części jej działalności jednemu nabywcy lub większej liczbie nabywców bez zgody akcjonariuszy. Stosując instrument zbycia działalności, organy powinny poczynić przygotowania na potrzeby wystąpienia z ofertą sprzedaży instytucji lub części jej działalności w ramach otwartej, przejrzystej i niedyskryminującej procedury, mając na uwadze osiągnięcie jak najwyższej ceny sprzedaży. Jeżeli z uwagi na pilny charakter sprawy taka procedura jest niemożliwa, organy powinny podjąć działania w celu zaradzenia szkodliwym skutkom dla konkurencji i na rynku wewnętrznym²⁵.

Instrument instytucji pomostowej oznacza mechanizm służący do przeniesienia akcji lub innych instrumentów właścicielskich wyemitowanych przez instytucję objętą restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją lub aktywów, praw lub zobowiązań instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją na rzecz instytucji pomostowej²⁶.

Głównym celem instytucji pomostowej, jako instytucji całkowicie lub częściowo należącej do co najmniej jednego organu publicznego lub kontrolowanej przez organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, jest zapewnienie ciągłości świadczenia podstawowych usług finansowych na rzecz klientów instytucji będącej na progu upadłości oraz ciągłości prowadzenia podstawowej działalności finansowej. Instytucja pomostowa powinna być zarządzana tak, jak rentowne przedsiębiorstwo przy założeniu kontynuowania działalności i powinna ponownie zacząć prowadzić działalność na normalnych zasadach rynkowych lub też, w przypadku gdy nie jest rentowna, powinna zostać poddana likwidacji²⁷.

Instrument wydzielenia aktywów oznacza mechanizm służący do przenoszenia przez organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji aktywów, praw lub zobowiązań instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją do podmiotu zarządzającego aktywami²⁸. Instrument wydzielenia aktywów powinien

²⁴ Art. 2 pkt 58) BRRD.

²⁵ Motyw 61 BRRD.

²⁶ Art. 2 pkt 60) BRRD.

²⁷ Motyw 65 BRRD.

²⁸ Art. 2 pkt 55) BRRD.

umożliwiać organom przeniesienie aktywów, praw lub zobowiązań instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją do odrębnego podmiotu. Instrument ten powinien być stosowany jedynie równocześnie z innymi instrumentami, aby zapobiec uzyskaniu przez instytucję będącą na progu upadłości nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej²⁹.

Oznacza to, że instytucja pomostowa pełni funkcję tzw. dobrego banku, a podmiot, do którego przeniesiono aktywa w ramach instrumentu wydzielenia aktywów tzw. złego banku.

Instrument umorzenia lub konwersji długu oznacza mechanizm służący do wykonania przez organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji uprawnień do umorzenia i konwersji w odniesieniu do zobowiązań instytucji objętej restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją³⁰. Instrument ten ma zapewnić poniesienie przez akcjonariuszy i wierzycieli instytucji będącej na progu upadłości odpowiedniej części strat (z zastrzeżeniem odpowiednich wyłączeń) oraz zachęcać ich do właściwego monitorowania sytuacji tej instytucji³¹. Z zakresu zastosowania instrumentu umorzenia i konwersji długu zostały wyłączone m.in. zobowiązania wynikające z depozytów gwarantowanych oraz wobec organów podatkowych³².

2.3. Instrumenty przymusowej restrukturyzacji w ujęciu prawa polskiego

W prawie duże znaczenie mają kwestie terminologiczne. Dokonując transpozycji języka BRRD na język stosowany przez polskiego ustawodawcę, trzeba zaznaczyć, że polski ustawodawca określa instrumenty restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji jako instrumenty przymusowej restrukturyzacji, a bank wobec którego wszczęto przymusową restrukturyzację – mianem podmiotu w restrukturyzacji³³ lub banku w restrukturyzacji. Ta terminologia będzie także stosowana w dalszych rozważaniach.

Możliwość zastosowania przez BFG instrumentów przymusowej restrukturyzacji wynika z Ustawy o BFG. Wyboru instrumentu, który można zastosować w danych okolicznościach, dokonuje BFG, uwzględniając m.in. zasady pokrywania strat podmiotu w restrukturyzacji w pierwszej kolejności przez właścicieli praw udziałowych oraz obowiązek ochrony środków gwarantowanych³⁴. Nawiązujemy tu więc do myśli przewodniej artykułu, zgodnie z którą jedynym właściwym kryterium oceny decyzji o wyborze zastosowanego instrumentu przymusowej restrukturyzacji są kryteria wyczerpująco określone w ustawie o BFG. Stanowią one podstawowe wytyczne dla krajowego organu *resolution*, który w ich wdrożeniu wspierany jest wnioskami z Oszacowania II.

²⁹ Motyw 66 BRRD.

³⁰ Art. 2 pkt 57 BRRD.

³¹ Motyw 67 BRRD.

³² Art. 44 ust. 2 lit. a) i g) (iii) BRRD.

³³ Art. 2 pkt 2) i art. 2 pkt 44) Ustawy o BFG.

³⁴ Art. 110 ust. 3 pkt 3) i 5) Ustawy o BFG.

2.3.1. Przejęcie przedsiębiorstwa

Instrumentowi zbycia działalności w Ustawie o BFG odpowiada instrument przejęcia przedsiębiorstwa³⁵. Zgodnie z art. 174 ust. 1 Ustawy o BFG Fundusz może wydać decyzję o przejęciu przez podmiot przejmujący, bez konieczności uzyskania zgody właścicieli, dłużników lub wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji:

- 1) przedsiębiorstwa podmiotu w restrukturyzacji;
- 2) wybranych albo wszystkich praw majątkowych lub wybranych albo wszystkich zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji;
- 3) praw udziałowych podmiotu w restrukturyzacji.

Podmiotem przejmującym może być więcej niż jeden podmiot. Fundusz może podjąć decyzję o przejęciu w zakresie określonym w pkt 1) lub 2), czyli w ramach tzw. *asset deal*, pod warunkiem posiadania lub uzyskania przez podmiot przejmujący uprawnienia do prowadzenia działalności niezbędnej do kontynuowania przejmowanej działalności³⁶. Podmiot przejmujący jest zobowiązany zapłacić wynagrodzenie za przejmowane przedsiębiorstwo, prawa majątkowe lub prawa udziałowe. Zapłata może nastąpić w szczególności przez przejęcie zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji odpowiadających wartości przejmowanych: przedsiębiorstwa, praw majątkowych, praw udziałowych lub przez rozliczenie pieniężne³⁷. W praktyce, zapłata za przejmowane przedsiębiorstwo bankowe następuje poprzez przejęcie zobowiązań m.in. z tytułu środków gwarantowanych³⁸.

W przypadku wydania przez Fundusz decyzji o przejęciu praw udziałowych, czyli – w języku prawników transakcyjnych – o realizacji transakcji w strukturze tzw. *share deal*, wymagane jest wydanie przez KNF decyzji o stwierdzeniu braku podstaw do zgłoszenia sprzeciwu co do nabycia praw udziałowych banku w restrukturyzacji.

Powyższe rodzaje przejęcia, tj. *asset deal* oraz *share deal*, wymagają zatem odrębnych, różnych zgód regulacyjnych. W przypadku transakcji obejmującej przedsiębiorstwo lub prawa majątkowe wchodzące w skład takiego przedsiębiorstwa nie jest wymagana odrębna zgoda KNF, na podstawie art. 124a pr. bank., gdyż przepis ten na mocy art. 121 pkt 2) nie ma zastosowania. Wynika to z faktu, że podmiotem przejmującym w ramach *asset deal* może być tylko podmiot mający zezwolenie na prowadzenie działalności bankowej, a możliwość jego uczestnictwa w procesie takiego przejęcia wynika z oceny dokonywanej przez BFG i KNF na podstawie art. 178 ust. 2 Ustawy o BFG.

Podmiotem przejmującym w ramach w transakcji na prawach udziałowych (*share deal*) może być podmiot nieprowadzący bezpośrednio działalności bankowej, a zatem powinien podlegać ocenie co do rękojmi ostrożnego i stabilnego zarządzania bankiem na podstawie art. 25h ust. 2 pr. bank. Podmiot zamierzający nabyć prawa

³⁵ Art. 110 ust. 1 pkt 1) Ustawy o BFG w zw. 2 pkt 49) Ustawy o BFG.

³⁶ Art. 174 ust. 2 Ustawy o BFG.

³⁷ Art. 174 ust. 5 Ustawy o BFG.

³⁸ Art. 178 ust. 3 pkt 2) Ustawy o BFG oraz art. 178 ust. 4 pkt 2) Ustawy o BFG.

udziałowe banku w restrukturyzacji powinien złożyć KNF zawiadomienie o zamiarze nabycia akcji banku na podstawie art. 25 ust. 1 pr. bank.

W przypadku przejęcia wybranych albo wszystkich praw majątkowych lub wybranych albo wszystkich zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji, podmiot przejmujący wstępuje w miejsce podmiotu w restrukturyzacji w zakresie przejętych praw majątkowych i zobowiązań, również w postępowaniach sądowych i administracyjnych³⁹. Podmiot przejmujący nie odpowiada za zobowiązania podatkowe podmiotu w restrukturyzacji, także powstałe po wszczęciu przymusowej restrukturyzacji⁴⁰. Właścicielom, dłużnikom i wierzycielom podmiotu w restrukturyzacji, których prawa majątkowe lub zobowiązania nie zostały przejęte w wyniku decyzji, o której mowa w art. 174 ust. 1, nie przysługują roszczenia do podmiotu przejmującego, jego składników majątkowych i członków jego organów⁴¹.

Poszukiwanie podmiotu przejmującego jest zadaniem BFG⁴². Kryteria wyboru podmiotu przejmującego określa art. 178 ust. 1 Ustawy o BFG, który odpowiada art. 39 ust. 2 BRRD. Podstawowym kryterium jest oczywiście zapewnienie wyboru podmiotu oferującego najkorzystniejsze z punktu widzenia celów przymusowej restrukturyzacji warunki przejęcia. Proces wyboru podmiotu przejmującego powinien być otwarty, transparentny oraz zapewniać równe traktowanie potencjalnych podmiotów przejmujących.

2.3.2. Instytucja pomostowa

Zgodnie z Ustawą o BFG instytucja pomostowa to podmiot, którego jedynym akcjonariuszem lub podmiotem dominującym jest Fundusz, utworzony w celu przeniesienia na ten podmiot praw udziałowych podmiotu w restrukturyzacji, jego przedsiębiorstwa albo praw majątkowych lub zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji w celu kontynuowania w całości lub części działalności prowadzonej przez podmiot w restrukturyzacji⁴³.

Instytucję pomostową tworzy BFG, jeżeli nie jest możliwe szybkie zastosowanie instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa. Jeżeli instytucja pomostowa jest tworzona w celu przejęcia przedsiębiorstwa bankowego, ma ona formalnie status banku, funkcjonującego z modyfikacjami wynikającymi z Ustawy o BFG⁴⁴. Utworzenie instytucji pomostowej wymaga zezwolenia KNF⁴⁵, a rozpoczęcie jej działalności następuje z chwilą przeniesienia na podstawie decyzji Funduszu do instytucji pomostowej: praw udziałowych w podmiocie w restrukturyzacji, przedsiębiorstwa podmiotu

³⁹ Art. 176 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁴⁰ Art. 176 ust. 3 Ustawy o BFG.

⁴¹ Art. 180 Ustawy o BFG.

⁴² Art. 96 ust. 4 pkt 3) Ustawy o BFG.

⁴³ Art. 2 pkt 26) Ustawy o BFG.

⁴⁴ Art. 181 ust. 6 Ustawy o BFG.

⁴⁵ Art. 185 ust. 1 Ustawy o BFG.

w restrukturyzacji, wybranych praw majątkowych podmiotu w restrukturyzacji⁴⁶. Przeniesienie nie wymaga uzyskania zgody właścicieli, dłużników ani wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji⁴⁷. Właścicielom, dłużnikom i wierzycielom podmiotu w restrukturyzacji, których prawa lub zobowiązania nie zostały przeniesione do instytucji pomostowej, nie przysługują roszczenia do instytucji pomostowej, jej majątku ani członków jej organów⁴⁸. Instytucja pomostowa nie odpowiada za zobowiązania podatkowe podmiotu w przymusowej restrukturyzacji, także te powstałe po jej wszczęciu⁴⁹. Z dniem określonym w decyzji o przeniesieniu instytucja pomostowa wstępuje w miejsce podmiotu w restrukturyzacji w zakresie przejętych praw majątkowych i zobowiązań, w tym do postępowań sądowych⁵⁰.

Fundusz zbywa swoje prawa udziałowe w instytucji pomostowej na zasadach określonych w art. 178 Ustawy o BFG, czyli w sposób analogiczny do poszukiwania podmiotu przejmującego w celu zastosowania instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa⁵¹. Podobnie instytucja pomostowa zbywa swoje przedsiębiorstwo, wybrane albo wszystkie prawa majątkowe lub wybrane albo wszystkie zobowiązania⁵². Zbycie takie nie wymaga zgody wierzycieli ani dłużników instytucji pomostowej⁵³.

Z dniem zbycia przedsiębiorstwa instytucji pomostowej lub wszystkich praw majątkowych związanych z prowadzeniem działalności i przejęciem przez osobę trzecią wszystkich zobowiązań innych niż zobowiązania wobec Funduszu – następuje zakończenie działalności instytucji pomostowej⁵⁴. Jeżeli takie zbycie nie nastąpi, zakończenie działalności instytucji pomostowej następuje z dniem otwarcia jej likwidacji⁵⁵. Przedsiębiorstwo instytucji pomostowej, jej akcje albo udziały powinny być zbyte w ciągu 2 lat od dnia rozpoczęcia działalności. Fundusz może przedłużyć ten termin o rok⁵⁶.

2.3.3. Umorzenie lub konwersja zobowiązań

Instrument umorzenia lub konwersji zobowiązań w Ustawie o BFG odpowiada instrumentowi umorzenia lub konwersji długu w rozumieniu BRRD. Zgodnie z Ustawą o BFG jest to instrument przymusowej restrukturyzacji polegający na umorzeniu zobowiązań w celu pokrycia strat lub zamianie zobowiązań na instrumenty kapitałowe⁵⁷.

⁴⁶ Art. 188 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁴⁷ Art. 192 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁴⁸ Art. 192 ust. 2 Ustawy o BFG.

⁴⁹ Art. 191 ust. 2 Ustawy o BFG.

⁵⁰ Art. 192 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁵¹ Art. 193 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁵² Art. 193 ust. 2 Ustawy o BFG.

⁵³ Art. 193 ust. 3 Ustawy o BFG.

⁵⁴ Art. 195 pkt 2) Ustawy o BFG.

⁵⁵ Art. 195 pkt 1 Ustawy o BFG w zw. z art. 196 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁵⁶ Art. 181 ust. 3 Ustawy o BFG.

⁵⁷ Art. 2 pkt 71) Ustawy o BFG.

Ustawa o BFG wyraźnie rozróżnia umorzenie instrumentów kapitałowych i zobowiązań kwalifikowalnych od umorzenia pozostałych zobowiązań oraz nakazuje rozpoczęcie pokrywania strat podmiotu w restrukturyzacji od umorzenia i konwersji instrumentów kapitałowych oraz zobowiązań kwalifikowalnych⁵⁸.

Zgodnie z art. 203 Ustawy o BFG Fundusz dokonuje umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych lub zobowiązań kwalifikowalnych zgodnie z art. 72 przed lub równocześnie z dokonaniem umorzenia lub konwersji zobowiązań. Natomiast przepis art. 72 ust. 1 pkt 1) Ustawy o BFG stanowi, że instrumenty w kapitale podstawowym Tier I (czyli np. akcje w kapitale zakładowym) umarza się do wysokości strat podmiotu w restrukturyzacji. Natomiast instrumenty dodatkowe Tier I, instrumenty w Tier II oraz zobowiązania kwalifikowalne⁵⁹ podlegają konwersji na instrumenty w kapitale Tier I⁶⁰. Umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych lub zobowiązań kwalifikowalnych dokonuje się w kolejności odwrotnej do kolejności zaspokajania należności, o której mowa w art. 440 ust. 2 ustawy – Prawo upadłościowe.

Po dokonaniu umorzenia lub konwersji zgodnie z art. 72 Ustawy o BFG (w zw. z art. 203 Ustawy o BFG), zgodnie z art. 201 ust. 1 Ustawy o BFG, Fundusz może, bez zgody właścicieli oraz wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji, dokonać:

- 1) umorzenia lub konwersji zobowiązań w celu dokapitalizowania podmiotu w restrukturyzacji;
- 2) umorzenia lub konwersji zobowiązań przenoszonych do instytucji pomostowej w celu wyposażenia jej w fundusze własne;
- 3) umorzenia lub konwersji zobowiązań przenoszonych w ramach instrumentu wydzielenia praw majątkowych;
- 4) umorzenia lub konwersji zobowiązań w ramach instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa.

Umorzenie lub konwersja zobowiązań w celu dokapitalizowania podmiotu w restrukturyzacji jest dopuszczalna w przypadku, gdy w jej wyniku podmiot w restrukturyzacji spełni określone odrębnymi przepisami warunki prowadzenia działalności oraz istnieją uzasadnione przesłanki, że w wyniku restrukturyzacji osiągnie długoterminową stabilność finansową⁶¹.

Z zakresu zastosowania instrumentu umorzenia lub konwersji na mocy Ustawy o BFG wyłączone są⁶² niektóre z zobowiązań. Wyłączenie to dotyczy m.in. zobowiązań⁶³:

⁵⁸ Art. 110 ust. 6 Ustawy o BFG.

⁵⁹ Zobowiązania kwalifikowalne – zgodnie z art. 2 pkt 90a) Ustawy o BFG zobowiązania mogące podlegać umorzeniu lub konwersji, które spełniają warunki określone w art. 97a-97g lub art. 98 ust. 21 pkt 1, oraz instrumenty w Tier II, o których mowa w art. 72a ust. 1 lit. b rozporządzenia nr 575/2013 – czyli zaliczane do wskaźnika MREL

⁶⁰ Art. 72 ust. 4 Ustawy o BFG w zw. z art. 72 ust. 1 pkt 2)-4) Ustawy o BFG.

⁶¹ Art. 201 ust. 2 Ustawy o BFG.

⁶² Art. 206 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁶³ Pełny zakres ustawowego wyłączenia zastosowania instrumentu umorzenia lub konwersji zawiera art. 206 ust. 1 Ustawy o BFG.

- z tytułu środków gwarantowanych;
- zabezpieczonych, w tym zobowiązań z tytułu listów zastawnych oraz zobowiązań w postaci instrumentów finansowych, które stanowią integralną część puli zabezpieczonej zgodnie z prawem właściwym w sposób podobny do listów zastawnych;
- wobec banków krajowych, banków zagranicznych, innych instytucji kredytowych oraz firm inwestycyjnych, o pierwotnym terminie wymagalności krótszym niż 7 dni, z wyjątkiem zobowiązań pomiędzy podmiotami należącymi do tej samej grupy;
- wobec organów podatkowych i zobowiązań z tytułu ubezpieczeń społecznych;
- z tytułu składek na rzecz Funduszu oraz innych oficjalnie uznanych systemów gwarantowania.

Ponadto, zgodnie z art. 206 ust. 3 Ustawy o BFG, Fundusz może fakultatywnie wyłączyć z zakresu przedmiotowego instrumentu umorzenia lub konwersji zobowiązania, których:

- 1) umorzenie lub konwersja nie są możliwe w terminie niezbędnym z punktu widzenia realizacji celów przymusowej restrukturyzacji;
- 2) wyłączenie jest niezbędne w celu uzyskania ciągłości funkcji krytycznych i głównych linii biznesowych w sposób pozwalający zachować zdolność podmiotu w restrukturyzacji do kontynuowania kluczowych operacji, usług i transakcji;
- 3) wyłączenie jest niezbędne i proporcjonalne w celu uniknięcia szerokiego rozprzestrzeniania się ryzyka zarażania, zwłaszcza przez przenoszenie strat z jednej instytucji na drugą, ze względu na istniejące powiązania, w szczególności zagrażającego wypłacie środków objętych ochroną gwarancyjną należących do osób fizycznych, mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, które mogłyby istotnie zagrozić funkcjonowaniu rynku finansowego, w tym jego infrastruktury, w sposób, który może poważnie zakłócić funkcjonowanie gospodarki;
- 4) umorzenie lub konwersja prowadziłyby do strat pozostałych wierzycieli w stopniu większym, niż gdyby zostały one wyłączone z umorzenia lub konwersji.

Zastosowanie powyższych, jeżeli wiąże się koniecznością wykorzystania funduszu przymusowej restrukturyzacji BFG, wymaga zgody Komisji Europejskiej, która powinna być wydana, co do zasady, w ciągu 24 godzin od otrzymania przez Komisję Europejską zawiadomienia o zamiarze zastosowania ww. wyłączeń⁶⁴.

2.3.4. Wydzielenie praw majątkowych

Fundusz może utworzyć w formie spółki kapitałowej podmiot zarządzający aktywami, których przedmiotem działalności jest zarządzanie przeniesionymi do niego prawami majątkowymi podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej, w tym również ich zbycie⁶⁵. Utworzenie podmiotu zarządzającego aktywami nie wymaga zezwolenia KNF, co wyraźnie odróżnia taki podmiot od instytucji pomo-

⁶⁴ Art. 206 ust. 4 i 5 Ustawy o BFG.

⁶⁵ Art. 224 ust. 1 i ust. 2 Ustawy o BFG.

stowej. Wydzielenie praw majątkowych, tj. przeniesienie ich na mocy decyzji Funduszu do podmiotu zarządzającego aktywami⁶⁶, jest możliwe w przypadku, gdy⁶⁷:

- 1) likwidacja praw majątkowych mogłaby mieć istotny niekorzystny wpływ na sytuację na rynku, w szczególności na ceny takich praw majątkowych;
- 2) przeniesienie praw majątkowych do podmiotu zarządzającego aktywami jest konieczne dla kontynuowania działalności podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej lub
- 3) przeniesienie praw majątkowych do podmiotu zarządzającego aktywami zwiększy przychody z tych praw.

Z chwilą przeniesienia podmiot zarządzający aktywami wstępuje w prawa i obowiązki podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej w zakresie nabytych praw majątkowych i związanych z nimi zobowiązań⁶⁸. Przeniesienie nie wymaga uzyskania zgody właścicieli, dłużników oraz wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji albo instytucji pomostowej⁶⁹. Właścicielom, dłużnikom i wierzycielom podmiotu w restrukturyzacji nie przysługują roszczenia do podmiotu zarządzającego aktywami, jego majątku i członków jego organów w związku z dokonaniem przeniesieniem praw majątkowych lub zarządzaniem aktywami⁷⁰.

W praktyce do podmiotu zarządzającego aktywami będą przenoszone aktywa, które nie zostały przeniesione na podmiot przejmujący w ramach przejęcia przedsiębiorstwa ani do instytucji pomostowej. Instrument wydzielenia aktywów może być stosowany łącznie tylko z innym instrumentem przymusowej restrukturyzacji⁷¹. Instrument ten nie został dotychczas zastosowany przez BFG.

2.3.5. Znaczenie oszacowania przy wyborze instrumentu przymusowej restrukturyzacji

Wcześniej kilkakrotnie wskazywaliśmy na znaczenie oszacowania jako narzędzia wspierającego organ *resolution* w optymalnym wyborze instrumentu przymusowej restrukturyzacji, przy czym kluczowe znaczenie przypada Oszacowaniu II. Zrozumienie jego roli wymaga jednak przybliżenia znaczenia także pozostałych oszacowań oraz ich umiejscowienia na osi czasu procesu mogącego prowadzić do przymusowej restrukturyzacji.

Zgodnie z art. 137 ust. 1 Ustawy o BFG Fundusz przed podjęciem decyzji o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji, zapewnia przeprowadzenie oszacowania wartości aktywów i pasywów podmiotu. W praktyce, zgodnie z art. 138 ust. 1 i art. 241 Ustawy o BFG, Fundusz zapewnia przeprowadzenie trzech oszacowań.

⁶⁶ Art. 225 ust. 1 Ustawy o BFG.

⁶⁷ Art. 223 Ustawy o BFG.

⁶⁸ Art. 225 ust. 4 Ustawy o BFG..

⁶⁹ Art. 229 ust. 1 Ustawy o BFG

⁷⁰ Art. 229 ust. 2 Ustawy o BFG.

⁷¹ Art. 110 ust. 2 Ustawy o BFG.

Zgodnie z art. 138 ust. 1 pkt 1) i 2) Ustawy o BFG oszacowanie pierwsze (Oszacowanie I) jest dokonywane w celu weryfikacji przesłanki zagrożenia upadłością, w szczególności wypełnienia warunków prowadzenia działalności objętej zezwoleniem KNF oraz ustalenia strat podmiotu, utraty wartości praw majątkowych oraz zobowiązań podmiotu.

Zgodnie z art. 138 ust. 1 pkt 3)–6) Ustawy o BFG oszacowanie drugie (Oszacowanie II) jest dokonywane w celu:

- wyboru instrumentu, który zapewni najpełniejsze osiągnięcie celów przymusowej restrukturyzacji;
- ustalenia wielkości strat do pokrycia i kwoty, o jaką powinny wzrosnąć fundusze własne podmiotu w restrukturyzacji, aby spełnić warunki określone w art. 201 ust. 2, lub kwotę niezbędną do zapewnienia funduszy własnych instytucji pomostowej lub podmiotu zarządzającego aktywami;
- określenia zakresu przejmowanych praw majątkowych lub zobowiązań w przypadku zastosowania instrumentu instytucji pomostowej lub wydzielenia praw majątkowych oraz wynagrodzenia z tytułu przejęcia;
- określenia przejmowanych praw majątkowych lub zobowiązań w przypadku zastosowania instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa oraz oceny warunków oferowanych przez podmioty zainteresowane przejęciem.

Oszacowanie II ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia zagadnień omawianych w niniejszym artykule, gdyż to ono wspiera organ *resolution* w wyborze optymalnego instrumentu przymusowej restrukturyzacji. Oszacowanie II jest oszacowaniem „transakcyjnym”, w istocie determinującym wybór takiego instrumentu przymusowej restrukturyzacji, który będzie najwłaściwszy z punktu widzenia realizacji celów *resolution*.

Oszacowanie trzecie (Oszacowanie III) dokonywane jest zgodnie z art. 241 Ustawy o BFG w celu ustalenia, czy wierzyciele oraz właściciele zostali zaspokojeni w wyniku przymusowej restrukturyzacji w stopniu niższym niż zostaliby zaspokojeni w postępowaniu upadłościowym prowadzonym w przypadku, gdyby na dzień decyzji o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji sąd wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości dłużnika. Innymi słowy, chodzi o weryfikację kryterium NCWO, o którym wspomniano we wcześniejszych fragmentach artykułu.

Zgodnie z art. 137 ust. 2 Ustawy o BFG oszacowania dokonuje na zlecenie Funduszu podmiot niezależny od organów publicznych, Funduszu, podmiotu, którego aktywa i pasywa podlegają oszacowaniu, oraz podmiotu dominującego wobec tego podmiotu, którego aktywa i pasywa podlegają oszacowaniu, lub innych podmiotów grupy, w skład której wchodzi podmiot, którego aktywa i pasywa podlegają oszacowaniu.

Z punktu widzenia procesu przymusowej restrukturyzacji kluczowe znaczenie ma Oszacowanie II, gdyż służy ono w praktyce strukturyzowaniu transakcji z udziałem BFG. Oszacowania I i II mogą zostać zaskarżone tylko w skardze na decyzję o zastosowaniu instrumentu przymusowej restrukturyzacji.

3. Doświadczenia ze strukturami transakcji w procesach *resolution* na rynku polskim

3.1. Wprowadzenie

W ostatnim okresie na polskim rynku mieliśmy unikalną okazję prześledzenia przebiegu procesów *resolution* realizowanych z wykorzystaniem różnych instrumentów⁷². BFG stosował w ramach procedury *resolution* restrukturyzację z wykorzystaniem zarówno instytucji pomostowej, jak i przejęcia przedsiębiorstwa. Jak podkreślono, decyzja organu *resolution* o wyborze instrumentu przymusowej restrukturyzacji powinna być oceniana wyłącznie przez pryzmat kryteriów, które odpowiadają celom przymusowej restrukturyzacji. Trzeba odnotować, że takie podejście zostało również potwierdzone w orzeczeniach sądów administracyjnych, które weryfikowały decyzje BFG – jako krajowego organu *resolution* – w związku ze skargami, jakie były kierowane w następstwie decyzji podejmowanych przez BFG.

3.2. Przejęcie przedsiębiorstwa – przymusowa restrukturyzacja Idea Bank

BFG 31 grudnia 2020 r. wszczął przymusową restrukturyzację Idea Bank S.A.

Zgodnie z art. 72 ust. 1 Ustawy o BFG, Fundusz na pokrycie strat Idea Banku umorzył jego akcje oraz wyemitowane przez ten bank obligacje podporządkowane⁷³.

Fundusz zastosował wobec Idea Bank instrument przejęcia przedsiębiorstwa oraz wybranych zobowiązań, zgodnie z art. 174 ust. 1 pkt 1) i 2) Ustawy o BFG⁷⁴. Bank Pekao jako podmiot przejmujący przejął, na mocy decyzji BFG, przedsiębiorstwo Idea Bank obejmujące ogół jego praw majątkowych (z pewnymi wyłączeniami), według stanu na koniec 31 grudnia 2020 r. oraz wybrane zobowiązania Idea Bank.

Do Banku Pekao nie zostały przeniesione na mocy decyzji BFG roszczenia związane z dystrybucją przez Idea Bank obligacji GetBack, certyfikatów inwestycyjnych emitowanych przez Trigon ani ubezpieczeniami na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym⁷⁵. Zapłata za przejmowane przedsiębiorstwo Idea Bank nastąpiła poprzez przejęcie zobowiązań Idea Bank, a różnica pomiędzy wartością

⁷² Na temat doświadczeń z rynków zagranicznych por. Kowalski 2018, s. 1107 i n. W naszych rozważaniach koncentrujemy się na transakcjach przeprowadzonych na rynku polskim oraz na ich weryfikacji w trybie sądowo-administracyjnym.

⁷³ Informacja o przyczynach i skutkach wszczęcia przymusowej restrukturyzacji Idea Bank opublikowana na stronie internetowej BFG pod adresem: <https://www.bfg.pl/wp-content/uploads/informacja-o-przyczynach-i-skutkach-wszczęcia-przymusowej-restrukturyzacji-idea-bank-s.a..pdf> (dalej: „Informacja BFG o przymusowej restrukturyzacji Idea Bank”).

⁷⁴ Informacja BFG o przymusowej restrukturyzacji Idea Bank, s. 1.

⁷⁵ Informacja BFG o przymusowej restrukturyzacji Idea Bank, s. 1.

przejmowanych praw majątkowych i wartością przejmowanych zobowiązań została pokryta przez BFG dotacją⁷⁶.

Prawa majątkowe i zobowiązania, których Bank Pekao nie przejął, pozostały w tzw. podmiocie w restrukturyzacji, który obecnie zarządzany jest przez administratora ustanowionego przez BFG, do czasu ogłoszenia przez sąd upadłości tego podmiotu.

Powyższa decyzja BFG była przedmiotem skargi do sądu administracyjnego. Decyzja ta została zaskarżona m.in. przez wierzycieli z tytułu zobowiązań, które nie zostały przejęte przez Bank Pekao. Skargi te zostały przez sąd oddalone⁷⁷. Z uzasadnienia wyroku wynika, że wierzyciele zarzucili BFG błędny wybór instrumentów przymusowej restrukturyzacji, niewłaściwych z punktu widzenia osiągnięcia celów przymusowej restrukturyzacji, poprzez decyzję, zgodnie z którą Bank Pekao wstępuje w miejsce podmiotu w restrukturyzacji jedynie w zakresie wybranych praw majątkowych i wybranych, związanych z nimi zobowiązań. Zarzucono, że BFG zbagatelizował okoliczności istnienia roszczeń wierzycieli z tytułu nabycia produktów wysokiego ryzyka, oferowanych przez pracowników Idea Bank i w rezultacie niezapewnieniu wystarczającego majątku pozostawionego w podmiocie w restrukturyzacji, umożliwiającego zaspokojenie ich roszczeń, pomimo zawiązania stosownej rezerwy na ten cel w podmiocie w restrukturyzacji⁷⁸.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie odniósł się do tych zarzutów w części XI uzasadnienia, wskazując, że są one bezpodstawne. WSA wskazał na cytowany już motyw 5) preambuły BRRD, z którego – także w ocenie WSA – wynika, że podstawowym celem, który ma być realizowany przez organ przymusowej restrukturyzacji, jest interes publiczny, a konkretnie stabilność finansowa. Zdaniem WSA koresponduje z tym obowiązkiem wynikająca z motywu 5) BRRD powinność minimalizacji wpływu regularnej upadłości banku na sektor gospodarczy i finansowy. Zatem nie mogło stać na przeszkodzie realizacji tego interesu istnienie licznych, nawet i słusznie należnych zobowiązań wobec kontrahentów Idea Bank, bo okoliczność ta nie niweczyła interesu publicznego, który przemawiał za wydaniem zaskarżonej decyzji.

WSA w Warszawie wskazał, że nawet w sytuacji, w której BFG znalazł tylko jeden podmiot przejmujący, to i tak w porównaniu do alternatywy jaką było zastosowanie w ramach przymusowej restrukturyzacji instrumentu instytucji pomostowej, właściwym było rozwiązanie polegające na przejęciu przedsiębiorstwa, co wynika wprost z motywu 5) BRRD. Zatem ani art. 110 ust. 3 Ustawy o BFG, ani art. 174 ust. 1 pkt 1)–3) Ustawy o BFG nie zostały naruszone.

Ponadto, zdaniem WSA, zaspokojenie wierzycieli w regularnym postępowaniu upadłościowym byłoby – z uwagi na stan finansowy Idea Bank – nierealne. Zdaniem sądu skoro wykazano, że Idea Bank znajdował się w stanie zagrożenia upadłością, to rozsądnie przewidując dalszy bieg zdarzeń gospodarczych, trudno było oczekiwać, że jego wierzyciele, choćby dysponujący prawomocnie zasądzonymi roszcze-

⁷⁶ Punkt 5. sentencji decyzji załączonej do Informacji BFG o przymusowej restrukturyzacji Idea Bank.

⁷⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2021 r. VI SA/WA 201/21.

⁷⁸ *Ibidem*.

niami, uzyskają z majątku tego banku zaspokojenie. W konsekwencji nie doszło do naruszenia zasady nie pogarszania sytuacji wierzycieli w stosunku do postępowania upadłościowego, innymi słowy: nie naruszono kryterium NCWO.

3.3. Instytucja pomostowa – przymusowa restrukturyzacja Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku

W dniu 17 stycznia 2020 r. wszczęto wobec Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku (dalej: PBS w Sanoku)⁷⁹ przymusową restrukturyzację. Fundusz zastosował instrument przymusowej restrukturyzacji w postaci instytucji pomostowej Banku Nowego BFG. Do Banku Nowego BFG zostały przeniesione wybrane aktywa i zobowiązania PBS w Sanoku. BFG uznał, że w przypadku PBS w Sanoku występuje przesłanka interesu publicznego dla wszczęcia przymusowej restrukturyzacji w postaci funkcji krytycznej jaką jest obsługa rachunków bankowych jednostek samorządu terytorialnego (dalej: JST). Depozyty JST nie są objęte gwarancjami BFG, w związku z czym, w przypadku upadłości PBS w Sanoku, depozyty te zostałyby całkowicie utracone przez jednostki samorządu terytorialnego⁸⁰. Jednakże część depozytów JST nie została przeniesiona do Banku Nowego BFG, gdyż musiała być pozostawiona w PBS w Sanoku w restrukturyzacji w celu pokrycia strat⁸¹.

Powyższa decyzja była przedmiotem skarg JST na decyzję BFG do WSA w Warszawie, który wyrokiem z dnia 4 grudnia 2020 r. VI SA/WA 317/20 oddalił te skargi. Z uzasadnienia wyroku wynika, że BFG zdecydował się na zastosowanie instrumentu instytucji pomostowej, gdyż, mimo poszukiwania przez BFG, nie znaleziono podmiotu, który wyraziłby zgodę na przejęcie PBS w Sanoku z zastosowaniem instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa.

Z uzasadnienia wyroku VI SA/WA 317/20 wynika, że decyzji BFG skarżący zarzucił m.in. naruszenie art. 110 ust. 3 Ustawy o BFG w zakresie wyboru instrumentu przymusowej restrukturyzacji oraz art. 206 ust. 3 pkt 3) Ustawy o BFG poprzez uznanie, iż pozostawienie części zobowiązań z tytułu depozytów JST jest równoznaczne z umorzeniem ich na pokrycie strat, a następnie nieskorzystanie przez BFG z możliwości wyłączenia ww. środków z zakresu przedmiotowego instrumentu umorzenia lub konwersji zobowiązań na podstawie art. 206 ust. 3 pkt 2) i 3) Ustawy o BFG.

WSA w Warszawie wskazał jednak, że w odróżnieniu od postępowania upadłościowego, uruchomienie przymusowej restrukturyzacji służyć ma, jak już wskazano, zapewnieniu funkcji krytycznych, kojarzonych w tym przypadku z obsługą JST. Wydając zaskarżoną decyzję, organ *resolution* wykazał, że gdyby do przymusowej restruk-

⁷⁹ Informacja BFG o przyczynach i skutkach przymusowej restrukturyzacji PBS w Sanoku dostępna na stronie internetowej BFG pod adresem: <https://www.bfg.pl/wp-content/uploads/informacja-o-przyczynach-i-skutkach-przymusowej-restrukturyzacji-pbs-final.pdf> (dalej: „Informacja BFG o przymusowej restrukturyzacji PBS w Sanoku”).

⁸⁰ Informacja BFG o przymusowej restrukturyzacji PBS w Sanoku.

⁸¹ *Ibidem*.

turyzacji nie doszło, wskazanych funkcji krytycznych w drodze postępowania upadłościowego nie udałoby się zachować. Dlatego, pomimo uszczupień budżetowych u poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego, nie można uznać, że doszło do naruszenia podniesionych przez skarżących przepisów. Ponadto WSA w Warszawie podzielił argumentację BFG, że zastosowanie wyłączeń z art. 206 ust. 3 w stosunku do zobowiązań z tytułu depozytów JST prowadziłyby, w tym konkretnym przypadku, do ziszczenia się przeszkody do zastosowania przesłanki z art. 206 ust. 3 pkt 4) Ustawy o BFG, czyli *a contrario*, wyłączenie z zakresu umorzenia prowadziłyby do większych strat pozostałych wierzycieli, w szczególności depozyty osób fizycznych i mikroprzedsiębiorców przekraczających w części kwotę objętą gwarancjami BFG.

Bank Nowy BFG został nabyty (nabycie 72% akcji Banku Nowego BFG od BFG) przez Wielkopolski Bank Spółdzielczy, funkcjonujący pod nazwą NeoBank⁸², co również wymagało pozytywnej decyzji KNF, wydawanej w takim samym reżimie prawnym jak dla każdego innego przejęcia na rynku bankowym

Podsumowanie

Doświadczenia związane ze stosowaniem przez BFG instrumentów przymusowej restrukturyzacji potwierdzają tezę, że przymusowa restrukturyzacja stanowi w praktyce skuteczną procedurę zapobiegającą upadłości banku oraz wypłacie środków gwarantowanych.

Należy także z uznaniem podkreślić, że WSA w Warszawie prawidłowo rekonstruuje standard, według którego powinny być oceniane decyzje organu *resolution* w przedmiocie wyboru i zastosowania instrumentów przymusowej restrukturyzacji.

Decyzja w przedmiocie wszczęcia przymusowej restrukturyzacji, a także w sprawie wyboru instrumentu – a co za tym idzie: struktury transakcji *resolution* – jest decyzją organu *resolution*, która opiera się na przesłankach wskazanych w Ustawie o BFG. Wybór instrumentu przymusowej restrukturyzacji – oraz wybór właściwej struktury transakcji – dyktowany jest dążeniem do realizacji ustawowych celów przymusowej restrukturyzacji, a wsparciu tej decyzji organu *resolution* służy Oszacowanie II. Wybrana struktura transakcji służyć ma przede wszystkim realizacji celów przymusowej restrukturyzacji określonych w ustawie o BFG. W naszej ocenie na plan pierwszy powinno wysuwać się dążenie do ochrony deponentów, których wierzytelności podlegają szczególnej ochronie w systemie regulacji rynku finansowego. Opiera się to na założeniu, że ochrona zaufania deponentów jest wartością stanowiącą szczególny fundament rynku bankowego. W kolizji z uprawnieniami innych wierzycieli banku, wierzytelności deponentów muszą być więc honorowane w sposób szczególny.

Przesłanki wynikające z Ustawy o BFG, i odpowiadające im kryteria, powinny stanowić wyłączne kryteria dla oceny decyzji podjętej przez BFG. Dotyczy to głównie

⁸² Informacja na stronie internetowej BFG pod adresem: <https://www.bfg.pl/bfg-sprzedal-bank-nowy-bfg-s-a-pakiet-kontrolny-objal-neobank/>

oceny dokonywanej w toku sądowo-administracyjnej kontroli tej decyzji, która powinna sprowadzać się do oceny prawidłowości zastosowania przez organ *resolution* zasad wynikających z Ustawy o BFG. Pozytywnie oceniamy więc stanowisko WSA w Warszawie, który właściwie ocenił działania i decyzje słusznie podejmowane w tym zakresie przez BFG jako krajowy organ *resolution*.

Bibliografia

BFG: Informacja BFG o przyczynach i skutkach przymusowej restrukturyzacji PBS w Sanoku (styczeń 2020), dostępna na stronie internetowej BFG pod adresem: <https://www.bfg.pl/wp-content/uploads/informacja-o-przyczynach-i-skutkach-przymusowej-restrukturyzacji-pbs-final.pdf> (dostęp: 12.06.2022).

BFG: Informacja o przyczynach i skutkach wszczęcia przymusowej restrukturyzacji Idea Bank (grudzień 2020) opublikowana na stronie internetowej BFG pod adresem:

<https://www.bfg.pl/wp-content/uploads/informacja-o-przyczynach-i-skutkach-wszczecia-przymusowej-restrukturyzacji-idea-bank-s.a.pdf> (dostęp: 12.06.2022).

BFG Informacja na stronie internetowej BFG o sprzedaży Banku Nowego BFG (październik 2021) dostępna pod adresem: <https://www.bfg.pl/bfg-sprzedal-bank-nowy-bfg-s-a-pakiet-kontrolny-objal-neobank/> (dostęp: 12.06.2022).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012.

European Banking Authority answer for question ID 2015_2181 https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2015_2181 (dostęp: 12.06.2022).

Kowalski A., *Przymusowa restrukturyzacja banku (resolution) w praktyce – przypadki Banco Popular Español, Monte dei Paschi di Siena oraz Banco Popolare di Vicenza i Veneto Banca*, Monitor Prawniczy 2018.

Szczeńsiak P., *Środki przymusowej restrukturyzacji banku*, Legalis, Warszawa 2018.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 2439).

Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (t.j. Dz. U z 2022 r. poz. 793).