

Nr 2(87) 2022

eISSN 2544-7068

BEZPIECZNY BANK

BEZPIECZNY BANK jest czasopismem wydawanym przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny od 1997 roku, poświęconym zagadnieniom stabilności systemu finansowego, ze szczególnym uwzględnieniem systemu bankowego.

KOMITET REDAKCYJNY

prof. Jan Szambelańczyk – Redaktor Naczelny
prof. Małgorzata Iwanicz-Drozdowska
prof. Ryszard Kokoszcyński
prof. Monika Marcinkowska
prof. Ewa Miklaszewska
prof. Krzysztof Opolski
dr Ewa Kulińska-Sadłocha
Artur Radomski
Ewa Teleżyńska – sekretarz redakcji

RADA PROGRAMOWO-NAUKOWA

dr Marek Dietl – Przewodniczący
prof. Angel Berges Lobera
prof. Paola Bongini
prof. Santiago Carbo-Valverde
prof. Eugeniusz Gatnar
prof. Jacek Jastrzębski
prof. Marko Košak
dr Magdalena Koziańska
prof. Anzhela Kuznetsova
prof. Edgar Löw
dr Kamil Mrocza
prof. Leszek Pawłowicz
Krzysztof Pietraszkiewicz
prof. Sebastian Skuza
prof. Andrzej Sławiński
dr Olga Szczepańska

Artykuły publikowane w **BEZPIECZNYM BANKU** są recenzowane.
Czasopismo **BEZPIECZNY BANK** znajduje się w Wykazie czasopism naukowych i wydawnictw MNiSW i MEiN (40 punktów).
BEZPIECZNY BANK eISSN 2544-7068
Wcześniejsze wydania **BEZPIECZNEGO BANKU** miały numer ISSN 1429-2939

REDAKCJA TECHNICZNA

Krystyna Kawerska

WYDAWCA

Bankowy Fundusz Gwarancyjny
ul. Ks. Ignacego Jana Skorupki 4
00-546 Warszawa

SEKRETARIAT REDAKCJI

Ewa Teleżyńska
Telefon: 22 583 08 78
e-mail: redakcja@bfg.pl

Informacje dotyczące wymogów formalnych i edytorskich dla autorów publikacji znajdują się na stronie: **www.bfg.pl**



Opracowanie komputerowe:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel. 22 635 03 01, e-mail: elipsa@elipsa.pl,
www.elipsa.pl

W numerze

.....

Jacek Jastrzębski – <i>Od Redakcji</i>	5
--	---

Problemy i poglądy

Marcin Glicz, <i>Nowe regulacje w obszarze usług finansowych – uwagi na tle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1503 z dnia 7 października 2020 r. w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsięwzięć gospodarczych</i>	8
---	---

Kamil Liberadzki, Marcin Liberadzki, <i>Aspekty regulacyjne finansowania zrównoważonej działalności banku. Zielone instrumenty kapitałowe</i>	25
---	----

Bartosz Biderman, Kamil Mrocza, <i>Uwarunkowania prawne nadzoru nad cyberbezpieczeństwem rynku finansowego w Polsce</i>	47
---	----

Jan Szczygieł, <i>Klauzula generalna interesu publicznego jako przesłanka wszczęcia przymusowej restrukturyzacji</i>	72
--	----

Jacek Jastrzębski, Łukasz Machalski, <i>Struktury transakcji w ramach przymusowej restrukturyzacji banków. Uwagi ogólne dotyczące strukturyzowania transakcji oraz wnioski z doświadczeń krajowych</i>	88
--	----

Bartosz Trocha, <i>Wpływ przymusowej restrukturyzacji (resolution) na postępowanie cywilne</i>	110
--	-----

Małgorzata Gryber, <i>Charakter prawny kar pieniężnych nakładanych przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny</i>	140
--	-----

Emil Radziszewski, <i>Definicja legalna banku w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe</i>	155
--	-----

Adam Stopyra, <i>Zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa towarzystwa funduszy inwestycyjnych. Uwagi de lege lata i de lege ferenda</i>	178
--	-----

Miscellanea

Marcin Mrowiec, Leszek Pawłowicz, <i>Makroekonomiczne wyzwania i prognozy dla Polski – IX edycja – czerwiec 2022</i>	189
--	-----

Contents

.....

Jacek Jastrzębski – <i>A word from the Editor</i>	5
---	---

Problems and Opinions

Marcin Glicz, <i>New Regulations in the area of Financial Services – remarks in the light of the Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business</i>	8
Kamil Liberadzki, Marcin Liberadzki, <i>Regulatory aspects of financing banks' sustainable activities. Green capital instruments</i>	25
Bartosz Biderman, Kamil Mroczka, <i>Legal status of supervision over cybersecurity of the financial market in Poland</i>	47
Jan Szczygieł, <i>General Public Interest Clause as a premise for initiating resolution</i>	72
Jacek Jastrzębski, Łukasz Machalski, <i>Structures of Transactions in Bank Resolution: Remarks on Transaction Structuring in Poland</i>	88
Bartosz Trocha, <i>The impact of resolution on the civil procedure</i>	110
Małgorzata Gryber, <i>Legal nature of financial penalties imposed by the Bank Guarantee Fund</i>	140
Emil Radziszewski, <i>Legal definition of a bank in the Banking Act of 29 August 1997</i> ...	155
Adam Stopyra, <i>Sale of the organized part of the investment fund company enterprise. De lege lata and de lege ferenda remarks</i>	178

Miscellanea

Marcin Mrowiec, Leszek Pawłowicz, <i>Macroeconomic challenges and forecasts for Poland – IX Edition – June 2022</i>	189
---	-----



Od Redakcji

Szanowni Państwo.

Wspólnie z Redakcją czasopisma „Bezpieczny Bank” oddajemy w Państwa ręce wydanie specjalne poświęcone zagadnieniom sektora finansowego. Jego publikacja następuje w czasie szczególnym, także dla Polski, a tematyka artykułów wiąże się z wyzwaniem, jakie w ostatnim czasie pojawiały się i nadal pojawiają przed polskim rynkiem.

Sytuacja geopolityczna związana z agresją Federacji Rosyjskiej na Ukrainę kieruje uwagę uczestników rynku finansowego w stronę obszarów, które – jakkolwiek od dłuższego czasu są przedmiotem ich zainteresowania – teraz nabierają szczególnego, wręcz żywotnego znaczenia. Mam tu na myśli przede wszystkim kwestie związane z zapewnieniem odporności sektora finansowego na zagrożenia płynące ze sfery cyber oraz na inne zagrożenia mające wpływ na ciągłość działania instytucji finansowych. Temat cyberbezpieczeństwa, znajdujący się już w poprzedzających latach wysoko w agendzie nadzorca rynku, wzrasta w obecnych warunkach do rangi jednego z priorytetów.

Równolegle, związane z sytuacją geopolityczną warunki na rynkach m.in. paliw kopalnych, wymuszają nowe spojrzenie na finansowanie transformacji energetycznej i na zaangażowanie sektora finansowego w przejście do gospodarki zeroemisyjnej. Kwestie, które w ostatnich latach były rozpatrywane głównie z punktu widzenia polityki klimatycznej, obecnie muszą być postrzegane jako sprawa bezpieczeństwa energetycznego krajów Zachodu, w tym Polski. Ta zmiana percepcji nie tylko prowadzi do wniosku, że transformacja energetyczna powinna być w długim okresie kontynuowana, ale wręcz nakazuje spojrzeć na nią jak na sposób dywersyfikacji źródeł energii i postępującego uniezależnienia się od dostaw paliw kopalnych, a w efekcie – do uzyskania samodzielności energetycznej i bezpieczeństwa energetycznego.

Te wyzwania tworzą też szanse dla polskiego rynku finansowego, które – odpowiednio wcześniej zidentyfikowane i zaadresowane – mogą stać się źródłami jego przewagi konkurencyjnej, w dłuższym okresie przekładając się na sukces polskiej gospodarki.

Szczególną uwagę należy – moim zdaniem – zwrócić na kształtowanie kompetencji w obszarze cyberbezpieczeństwa. Polska ma w tym obszarze bardzo duży potencjał, którego wyrazem są choćby wysokie miejsca zajmowane przez naszych specjalistów w międzynarodowych ćwiczeniach z tego zakresu. Specjalizacja i dalszy rozwój tych kompetencji może nam pozwolić stać się jednym z globalnych liderów – nie tylko skutecznie zapewniającym cyberbezpieczeństwo własnemu rynkowi finansowemu, ale także świadczącym w tym zakresie specjalistyczne usługi na rzecz podmiotów z innych rynków, w tym działających globalnie.

Szansy upatruję także w zagadnieniach związanych z transformacją energetyczną. Połączenie kompetencji technologicznych z wiedzą prawniczą i finansową oraz podejściem ukierunkowanym na poszukiwanie dobrze rozumianych innowacji finansowych w obszarze tzw. zrównoważonych finansów, daje możliwość stworzenia instrumentów służących sfinansowaniu wielkich potrzeb inwestycyjnych związanych z transformacją energetyczną, ale także z inwestycjami infrastrukturalnymi niezbędnymi dla budowy samodzielności energetycznej i przemysłowej Polski i regionu. Rozwój i promocja naszych kompetencji w tym obszarze są kluczowe, aby nasz rynek finansowy mógł być tym rynkiem, na którym tego typu inwestycje są finansowane.

Z powyższych przyczyn zrozumiałe i zasługujące na pozytywne odnotowanie jest zainteresowanie aspektami prawnymi i regulacyjnymi dotyczącymi cyberbezpieczeństwa i zrównoważonych finansów. Artykuły dotyczące obu tych obszarów znajdują Państwo w bieżącym numerze „Bezpiecznego Banku”.

Istotne miejsce w tym wydaniu „Bezpiecznego Banku” zajmują też rozważania związane z transakcjami restrukturyzacyjnymi, w szczególności realizowanymi w ramach reżimu przymusowej restrukturyzacji (*resolution*). Działania restrukturyzacyjne, w tym także te związane z trudną sytuacją niektórych przedsiębiorców, są naturalnym elementem cyklu gospodarczego. Szczególny status podmiotów rynku finansowego, zwłaszcza banków, czyni jednak te kwestie przedmiotem szczególnego zainteresowania prawodawców, także prawodawcy unijnego. Polska, jako państwo członkowskie Unii Europejskiej, dokonała implementacji stosownych regulacji unijnych, dzięki czemu funkcjonujemy we wspólnej przestrzeni prawnej wyznaczającej ramy prowadzenia działań restrukturyzacyjnych podmiotów rynku finansowego. Polski rynek finansowy w ostatnim czasie był miejscem realizacji kilku takich transakcji, co pozwala na dokonanie pewnych podsumowań i na wyciągnięcie wniosków. Jest to ważne, gdyż zdolność krajowych instytucji do profesjonalnego, sprawnego i zgodnego z duchem unijnych regulacji prowadzenia tego rodzaju postępowań restrukturyzacyjnych stanowi czynnik bezpieczeństwa, stabilności i przewidywalności naszego rynku finansowego. Dlatego też słusznie tematyce tej poświęca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym, w tym także na łamach niniejszego numeru „Bezpiecznego Banku”. Prezentowane rozważania wskazują na efektywność procesów realizowanych w ramach przymusowej restrukturyzacji jako zapewniających stabilność krajowego rynku finansowego oraz ochronę deponentów, których zaufanie jest fundamentem funkcjonowania tego rynku.

Wszystkie powyższe zjawiska występują w warunkach dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości i pojawiających się wciąż kolejnych innowacji finansowych i nowych zjawisk rynkowych, które stanowią zarówno szanse rozwojowe rynku finansowego, jak i wyzwania regulacyjne lub nadzorcze. Można tu wspomnieć choćby o tzw. finansowaniu społecznościowym i transponowanych obecnie do polskiego porządku prawnego regulacjach unijnych w tym obszarze. Kwestie te są również tematem w jednym z przedstawianych tu artykułów. Kolejne obszary, w których należy spodziewać się finalizacji działań regulacyjnych prowadzonych na poziomie unijnym, są już wyraźnie widoczne – mowa tu choćby o planowanych regulacjach odnoszących się do rynków kryptoaktywów lub wymaganiach dotyczących odporności operacyjnej podmiotów sektora finansowego. Dyskusja dotycząca prawnych i regulacyjnych aspektów tych zjawisk będzie się toczyć w polskim piśmiennictwie. Towarzyszyć temu będzie zapewne refleksja nad tym, jak przemiany rynku finansowego wpływają na aktualność i adekwatność tradycyjnych pojęć podstawowych, a z drugiej strony – na ile owe podstawowe pojęcia odpowiadają potrzebom zmieniającego się rynku. Przyczynkiem do tego typu refleksji, a być może i szerszej dyskusji, stać się może zawarta w tym numerze analiza tak podstawowej kwestii, jak ustawowa definicja banku.

Autorami tekstów przedstawionych w niniejszym numerze specjalnym są przedstawiciele środowisk akademickich i praktycy prawa, czerpiący wiedzę i doświadczenie z wieloletniego stosowania przepisów, czy to z pozycji podmiotów komercyjnych sektora finansowego, czy też z perspektywy instytucji publicznych odpowiedzialnych za nadzór i dialog z tym sektorem.

Niniejsze wprowadzenie nie pretenduje do wyczerpującego przedstawienia całości opracowań, a – mam nadzieję – zachęci Czytelnika do bezpośredniego zapoznania się z nimi. Zapraszam Państwa do lektury niniejszego numeru „Bezpiecznego Banku” oraz do dyskusji na tematy w nim poruszone.

Dr hab. Jacek Jastrzębski, prof. UW
Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego

Problemy i poglądy



DOI: 10.26354/bb.1.2.87.2022

Marcin Glicz*
ORCID: 0000-0003-4128-0267
marcin.glicz@apsl.edu.pl

Nowe regulacje w obszarze usług finansowych – uwagi na tle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1503 z dnia 7 października 2020 r. w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsiębiorstw gospodarczych

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zarysu zagadnień związanych z nowym zuniifikowanym reżimem prawnym usług finansowania społecznościowego. Prawodawca unijny przyjmuje koncepcję regulacji polegającej na jednolitym określeniu wymogów uzyskania zezwolenia na świadczenie usług w charakterze dostawcy usług finansowania społecznościowego. Regulacja ta ma służyć eliminacji barier w dostępie do rynku oraz zapewnić jednolitość kwalifikacji modeli biznesowych. Rozporządzenie ECSP stanowi istotny krok w zakresie ujednoczenia poszczególnych aspektów sprawowania nadzoru. Nowe jednolite regulacje

* Dr hab. Marcin Glicz – profesor w Instytucie Prawa i Administracji, Akademia Pomorska w Słupsku.

prawne zwiększają dostępność zewnętrznych, alternatywnych wobec kredytów bankowych źródeł finansowania działalności małych i średnich przedsiębiorców.

Słowa kluczowe: finansowanie społecznościowe, rozporządzenie ECSP

JEL: K29, G23, G28

New Regulations in the area of Financial Services – remarks in the light of the Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business

Abstract

The aim of this paper is to present an outline of issues relating to the new unified legal regime of crowdfunding services. The EU legislator adopts the concept of the single set of authorisation requirements for crowdfunding services providers. The purpose of the new legal regime is to address the existing obstacles and to ensure the uniform qualification of business models. The ECSP Regulation constitutes an essential step towards the unification of supervision aspects. New uniform regulations increase the availability external sources of finance for small and medium-sized enterprises, alternative to bank credits.

Key words: Crowdfunding, Crowdlending, ECSP Regulation

Wstęp

Tematem niniejszego opracowania jest problematyka prawna usług finansowania społecznościowego w kontekście nowych unijnych regulacji prawnych wprowadzonych rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1503 z dnia 7 października 2020 r. w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsięwzięć gospodarczych (dalej: „rozporządzenie ECSP”). Struktura rozważań została podzielona tematycznie na zagadnienia obejmujące charakterystykę regulacji na tle procesów unifikacyjnych, opis podstawowych modeli finansowania społecznościowego oraz charakterystykę ich regulacji. Omówiono także zakres przedmiotowy reglamentacji działalności dotyczącej usług finansowania społecznościowego, status dostawcy usług finansowania społecznościowego oraz nadzór w tym zakresie. Analizę zamykają wnioski końcowe. Metodą badawczą wykorzystywaną w niniejszym artykule jest metoda dogmatycznoprawna. Główną tezą jest twierdzenie, że nowe zunifikowane regulacje prawne zwiększają dostępność zewnętrznych, alternatywnych wobec kredytów bankowych źródeł finansowania działalności małych i średnich przedsiębiorców.

1. Uwagi wprowadzające

Regulacje prawne dotyczące rynku finansowego Unii Europejskiej w ostatnim czasie podlegają intensywnym procesom harmonizacyjnym i unifikacyjnym. Jest to widoczne zwłaszcza w obszarach usług tzw. technologii finansowej (FinTech), czyli najogólniej rzecz ujmując powiązań usług finansowych z technologiami informatycznymi. Dynamika podejmowanych działań regulacyjnych oraz ich zakres mają zwiększyć innowacyjność i konkurencyjność rynku finansowego Unii Europejskiej. Zagadnienia regulacyjne FinTech charakteryzują się szczególną doniosłością dla procesów integracji unijnych rynków kapitałowych, na co przed kilku laty zwróciła uwagę Komisja Europejska w opublikowanym w dniu 8 marca 2018 r. *Planie działania w zakresie technologii finansowej: w kierunku bardziej konkurencyjnego i innowacyjnego europejskiego sektora finansowego*¹ (dalej: *Plan działania w zakresie FinTech*). Szerokie zastosowanie technologii informatycznych w stosunkach obrotu na rynku finansowym sprzyja kreacji nowych modeli biznesowych działalności w zakresie usług finansowych, a także pozwala na tworzenie nowych kategorii aktywów finansowych. Rozwój usług finansowych nie byłby jednak możliwy bez odpowiedniego otoczenia prawnego, zapewniającego nie tylko stosowne ramy dla prowadzenia działalności, ale również odpowiednie gwarancje dla ich użytkowników.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie nowych rozwiązań regulacyjnych z zakresu usług finansowania społecznościowego. Nowe regulacje prawne, które rozszerzają strukturę rynku o niebankowych dostawców usług finansowych, zwiększają dostępność zewnętrznych form finansowania działalności gospodarczej. Pojawienie się nowych kategorii dostawców usług finansowych oraz nowych sposobów zaspokajania potrzeb przedsiębiorców w zakresie finansowania działalności gospodarczej nie pozostaje bez wpływu na transformacyjną funkcję banków. Omawiane zjawisko zostało swojego czasu określone w doktrynie (Renner 2014, s. 261) jako tzw. bankowość bez banków (*banking without banks*)².

Finansowanie społecznościowe zaliczane jest tradycyjnie obok działalności bankowej, inwestycyjnej, płatniczej i ubezpieczeniowej do tej sfery aktywności gospodarczej, w której technologie cyfrowe znajdują szerokie zastosowanie. Technologie cyfrowe mogą również stanowić dla przedsiębiorcy przydatne narzędzie w zakresie organizacji prowadzenia działalności gospodarczej na rynku finansowym. Dotyczy to zwłaszcza sfery regulacyjnej działalności. Rozwiązania w tym zakresie określa się jako technologie regulacyjne (*RegTech* lub *digital regulation*). Pozwalają one przedsiębiorcom działającym na rynku finansowym wypełniać wymogi regulacyjne (Dybiński 2020, s. 794), w szczególności wymogi sprawozdawcze, kontrolne, nadzorcze, a także wymogi obejmujące identyfikacją ryzyka lub inne wymogi w zakresie procesów *compliance*. Pokreślenia wymaga również fakt, że technologie cyfrowe nie ograniczają się wyłącznie do zagadnień świadczenia usług finansowych

¹ COM 2018, 109, ost.

² <https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/02/28/banking-without-banks> (dostęp: 30.04.2022).

lub wypełniania wymogów regulacyjnych, ale wkraczają także w sferę problematyki sprawowania nadzoru nad dostawcami usług finansowych (*SupTech*). W tym znaczeniu mogą one być użytecznym instrumentem zarządzania zasobami danych pozyskiwanych od podmiotów nadzorowanych, a także analizy tych danych w związku z wykonywaniem funkcji nadzorczych³.

2. Unifikacja prawa w zakresie usług finansowych

Ewolucja regulacyjna w obszarze rynku finansowego jest wyrazem dążeń prawodawcy unijnego do urzeczywistnienia idei rynku wewnętrznego, na którym gwarantowany jest swobodny przepływ kapitałów i płatności (art. 63 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Swobodny przepływ kapitałów i płatności wymaga znoszenia barier i przeszkód pośrednich, które biorą się ze zróżnicowanych reżimów prawnych obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich. Usuwanie różnic wynikających z obowiązywania odmiennych regulacji prawnych następuje przez mechanizm zbliżania przepisów prawa za pomocą dyrektyw wyznaczających państwom członkowskim określony stan prawny, jaki mają osiągnąć na płaszczyźnie krajowej, pozostawiając im swobodę w zakresie doboru środków. W obszarze rynku usług finansowych swoboda państw członkowskich w implementacji dyrektyw może być jednak ograniczona w ten sposób, że prawodawca krajowy nie może przyjąć rozwiązań innych niż przewidziany przez dyrektywę całościowy standard regulacji określonych stosunków prawnych. Państwa członkowskie, dokonując transpozycji dyrektywy, zobowiązane są osiągnąć taki sposób regulacji stosunków prawnych, jakie przewiduje prawodawca unijny, bez możliwości regulacji tych stosunków w sposób korzystniejszy dla ich podmiotów. Ten rodzaj harmonizacji, określanej jako harmonizacja maksymalna lub harmonizacja pełna, prowadzi do ujednoczenia prawa krajowego, co, w zakresie skutków, upodabnia dyrektywę do rozporządzenia, które jest aktem unifikacji prawa (Machnikowski 2017, s. 6). Tytułem przykładu wypada powołać zharmonizowane regulacje w zakresie świadczenia usług płatniczych zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (PSD2). Zaletą takich form integracji jest eliminacja luk regulacyjnych oraz spójność ram prawnych w wymiarze unijnym.

Prawodawca unijny, poza ingerencją w prawo krajowe za pomocą środków harmonizacji maksymalnej, stosuje na rynku usług finansowych rozwiązania o charakterze zunifikowanym w postaci rozporządzeń. Oba instrumenty prawne, dyrektywa i rozporządzenie, tworzą zintegrowane ramy prawne dla świadczenia usług finansowych zarówno od strony funkcjonalnej, określając poszczególne kategorie usług, jak i od strony podmiotowej, regulując sytuację prawną ich użytkowników i dostawców usług finansowych. Zaletą takiej formy integracji jest niewątpliwie kompleksowość oraz znacznie wyższa efektywność w eliminacji barier, osiągnięcie stanu pewności

³ EBA analysis of RegTech in the EU financial sector, June 2021 EBA/Rep/2021/17, s. 9.

prawnej, a także uniknięcie arbitrażu regulacyjnego, który negatywnie wpływa na swobodę świadczenia usług na unijnym rynku finansowym. Spójne i skuteczne ramy prawne stanowią również niezbędny warunek przejrzystości, uczciwości i bezpieczeństwa obrotu. Jest to szczególnie widoczne w regulacjach ustanawiających obowiązki uczestników rynku finansowego, które mają zagwarantować prawidłowość funkcjonowania mechanizmów rynkowych oraz przeciwdziałać wykorzystywaniu asymetrii informacyjnych lub innego rodzaju uprzywilejowania pozycji podmiotów w obrocie, np. w zakresie możliwości stosowania opłat za świadczone usługi.

Proces integracji rynku usług finansowych obejmuje także płaszczyznę ustrojową, czego wyrazem jest istnienie Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego (dalej: ESNF), będącego siecią krajowych i unijnych organów nadzoru, w ramach której bieżący nadzór jest sprawowany na poziomie krajowym. Celem funkcjonowania ESNF jest zapewnienie prawidłowego wdrażania regulacji z zakresu sektora finansowego, w sposób gwarantujący odpowiednią ochronę uczestników rynku (Blicharz 2019, s. 1281). Zadania te są realizowane m.in. przez opracowywanie standardów technicznych, wskazówek interpretacyjnych oraz wymianę informacji (Skrzypek 2010, s. 105).

Kluczowe znaczenie w obszarze usług związanych z technologią finansową mają dwa akty prawne, z których jeden w dalszym ciągu znajduje się na zaawansowanej ścieżce legislacyjnej, drugi zaś jest już aktem obowiązującym. Pierwszy akt to projektowane rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE w sprawie rynków kryptoaktywów i zmieniające dyrektywę UE 2019/1937⁴. Akt ten jest niewątpliwie ważnym krokiem na drodze do ustanowienia ram prawnych dla kryptoaktywów i powiązanych z nimi usług finansowych, albowiem z założenia ma służyć wspieraniu innowacji i uczciwej konkurencji, przy jednoczesnym zapewnieniu wysokiego poziomu ochrony użytkowników i uczciwości na tym intensywnie rozwijającym się rynku. Doniosłość tego aktu ma również ważny wymiar teoretyczny, porządkuje on bowiem kwestie systemowe i pojęciowe, zwłaszcza z punktu widzenia zagadnień klasyfikacyjnych nowych aktywów finansowych (Zacharzewski 2021, s. 195).

Drugi akt prawny ma na celu ustanowienie jednolitych ram finansowania społecznościowego, które w założeniu mają przyczyniać się do zapewnienia małym i średnim przedsiębiorcom dostępu do kapitału oraz ułatwić świadczenie usług w wymiarze transgranicznym – mowa tu o rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/1503 z dnia 7 października 2020 r. w sprawie europejskich dostawców usług finansowania społecznościowego dla przedsięwzięć gospodarczych oraz zmieniającym rozporządzenie (UE) 2017/1129 i dyrektywę (UE) 2019/1937⁵. Akt ten stosowany jest od 10 listopada 2021 r., ale do 10 listopada 2022 r. obowiązuje w okresie przejściowym równoległe z reżimem krajowym. Okres przejściowy może zostać jednokrotnie przedłużony o kolejne 12 miesięcy.

⁴ Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rynku kryptoaktywów i zmieniającego dyrektywę (UE) 2019/1937, COM/2020/593 fin.

⁵ Dz. Urz. UE L 347 z 20.10.2020 r., s. 1 (dalej: rozporządzenie ECSP).

W obu przypadkach zakresem unifikacji zostały objęte kwestie reglamentacji podejmowania i wykonywania działalności w danym sektorze oraz kwestie sprawowania nadzoru na działalnością gospodarczą. Prawodawca unijny nie tylko zatem wyznacza określony standard regulacji czy ustanawia jednolite ramy prawne dotyczące świadczenia usług finansowych, ale unifikuje także sferę norm pośrednio określających sytuację adresatów, które przewidują obowiązek uzyskania zezwolenia na podjęcie i wykonywanie określonej działalności. Unifikacja ta polega na stworzeniu jednolitych, a zatem nie wymagających transpozycji, norm kompetencyjnych do wydania zezwolenia przez organ nadzoru państwa członkowskiego oraz na określeniu wymogów formalnych wniosku o wydanie takiego zezwolenia, a także na określeniu podstaw stosowania środków nadzorczych.

Wybór przez prawodawcę unijnego formy regulacji, jaką jest rozporządzenie, wynika także z dążenia prawodawcy unijnego do wyłączenia wymogów uzyskania zezwolenia na działalność platform finansowania społecznościowego spod przepisów krajowych i zagwarantowania pełnej jednolitości regulacji prawnych. Usługi finansowe związane z technologiami cyfrowymi mogą być świadczone transgranicznie, co oznacza, że nie są związane z terytorium tylko jednego państwa członkowskiego. W sferze normatywnej stosunków obrotu związanych z usługami finansowania społecznościowego może dochodzić do kolizji porządków prawnych wynikających z umiejscowienia podmiotów stosunków prawnych w różnych państwach członkowskich. Co więcej, wykorzystywanie rozwiązań technologicznych powoduje niejednokrotnie powstawanie problemów w zakresie powiązania usług z konkretnym porządkiem prawnym. Dotyczy to w szczególności siedziby dostawcy usług finansowania społecznościowego, umiejscowienia platformy oraz miejsca zamieszkania lub pobytu inwestora, zróżnicowanych kwalifikacji modeli działalności oraz reguł jej wykonywania. Właśnie to zróżnicowanie porządków prawnych w zakresie usług finansowania społecznościowego było przyczyną podjęcia przez prawodawcę unijnego działań zmierzających do unifikacji tej problematyki. Obowiązywanie zróżnicowanych reżimów reglamentacyjnych stanowiłoby barierę w dostępie do usług finansowania społecznościowego w wymiarze transgranicznym, negatywnie oddziałując na funkcjonowanie wewnętrznego rynku takich usług, na co zwraca uwagę prawodawca unijny w motywie 6 rozporządzenia ECSP. Dotyczy to także braku jednolitości kwalifikacji prawnej niektórych postaci finansowania społecznościowego w poszczególnych państwach, braku objęcia regulacją prawną, całkowitego wykluczenia niektórych form działalności (Kleiner 2021, s. 53) lub braku jednolitego podejścia nadzorczego (Renner 2014, s. 272).

3. Podstawowe modele usług finansowania społecznościowego

Finansowanie społecznościowe obejmuje grupę zagadnień o dużej złożoności zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym. Złożoność ta wynika z daleko idącego zróżnicowania modeli finansowania społecznościowego, jakie występują w obrocie, oraz odmiennej ich kwalifikacji w systemach prawnych poszczególnych państw.

Finansowanie społecznościowe nie stanowi jednolitej kategorii terminologicznej. Wielości występujących w praktyce obrotu modeli finansowania społecznościowego towarzyszy rozbudowana siatka pojęciowa oraz licznie podejmowane próby definiowania zjawiska głównie w naukach ekonomicznych (Hossain i Oparaocha 2017, s. 20150045; Kleiner 2021, s. 52). W doktrynie prawa dominują poglądy co do przynależności terminologicznej finansowania społecznościowego do ogólnej kategorii pojęcia *crowdsourcingu*, zakładającego istnienie zbiorowości przekazującej środki na realizację określonego celu (Bagińska 2018, s. 110; Klöhn i Hornuff 2012, s. 239; Kleiner 2021, s. 52). Cechą finansowania opartego na zbiorowości jest zatem istnienie dużej liczby podmiotów (*crowd*), które przez niewielki udział majątkowy finansują bezpośrednio realizację przez inny podmiot określonego celu gospodarczego lub niegospodarczego (społecznego, kulturalnego, charytatywnego). Zasada finansowania przez zbiorowość jest wspólna dla wszystkich rodzajów finansowania społecznościowego. Różnice zaznaczają się natomiast na płaszczyźnie korzyści, jakie uzyskuje inwestor w zamian za przekazanie środków właścicielowi projektu.

Jako jedną z głównych postaci *crowdsourcingu* wskazuje się *crowdfunding*, w ramach którego wyróżnia się dwa modele: model donacyjny (*donation model*) oraz model opierający się na nagrodzie (*reward model*) (Klöhn i Hornuff 2012, s. 239; Kędzierska-Szczepaniak 2020, s. 90; Kleiner 2021, s. 59). Za kryterium dyferencjacji tych modeli przyjmuje się cel przysporzenia oraz uprawnienia uczestnika takiego finansowania. W przypadku modelu donacyjnego dochodzi do nieodpłatnego przysporzenia na z góry określony cel pożytku publicznego lub cel dobroczynny (Schäfer i Eckhold 2020, nb. 1). Ta kategoria finansowania społecznościowego najczęściej kwalifikowana jest jako umowa darowizny (Bagińska 2018, s. 115). Model finansowania społecznościowego oparty na korzyściach może występować w postaci tzw. *pre-purchase crowdfunding* albo *reward-based crowdfunding*. W pierwszym przypadku finansowanie społecznościowe wykorzystywane jest do pozyskania środków od dużej liczby uczestników w celu wytworzenia i nabycia oznaczonej rzeczy, a zatem z punktu widzenia kwalifikacji cywilnoprawnej w rachubę wchodzi umowa sprzedaży rzeczy przyszłej lub umowy przedwstępnej (Bagińska 2018, s. 116; Schäfer i Eckhold 2020, nb. 1), natomiast w drugim przypadku uczestnik takiego finansowania otrzymuje nieekwiwalentne świadczenie wzajemne w postaci rzeczy lub innych korzyści majątkowych lub osobistych związanych z podaniem do wiadomości faktu jego udziału w przedsięwzięciu (Schäfer i Eckhold 2020, nb. 1). Wspólnym elementem tych postaci *crowdfundingu* jest cel gospodarczy inwestora, który przekazuje środki z zamiarem osiągnięcia w przyszłości określonych korzyści. Finansowanie społecznościowe służy zatem nie tylko wspieraniu przedsięwzięć gospodarczych, ale może pełnić również funkcję lokacyjną. W doktrynie ten rodzaj finansowania określa się jako *financial-return crowdfunding* (Schäfer i Eckhold 2020, nb. 2; Macchiavello 2017, s. 665), przy czym wyróżnia się jego dwie podkategorie obejmujące finansowanie społecznościowe pożyczkowe (*crowdlending*) oraz finansowanie społecznościowe inwestycyjne (*crowdinvesting*). W przypadku finansowania pożyczkowego, w porządkach prawnych państw ustanawiających restryktywne reżimy udzielania pożyczek tylko przez podmioty kwalifikowane

w postaci instytucji kredytowych, spotyka się również model finansowania społecznościowego pośredniego (Kleiner 2021, s. 63). Podstawą konstrukcyjną tego modelu jest przelew wierzytelności z kredytu lub pożyczki udzielonej przez bank, instytucję kredytową (tzw. *fronting bank*) mające stosowne zezwolenie właściwego organu nadzoru. Wierzytelności z tytułu udzielonej przez bank pożyczki lub kredytu są przenoszone na podmiot pośredniczący, który na dalszym etapie dokonuje ich przeniesienia na inwestorów najczęściej w określonych częściach (Woesch 2022, s. 201). W finansowaniu opartym na zbiorowości zastosowanie znajdować mogą również rozwiązania oparte na technologiach rozproszonego rejestru. Metoda ta zakłada emisję tokenów w zamian za przekazanie środków.

W aktualnym stanie prawnym zostały jednolicie uregulowane dwa modele finansowania społecznego. *Crowdfunding* pożyczkowy oraz *crowdfunding* inwestycyjny, który stanowi z kolei sposób uczestnictwa w zyskach przedsiębiorcy z tytułu przedsięwzięcia sfinansowanego za pomocą środków pozyskanych przez finansowanie społecznościowe.

4. Charakter regulacji usług finansowania społecznościowego

Z perspektywy opisanych powyżej modeli finansowania społecznościowego nie trudno zauważyć, że istota tej formy finansowania polega na umożliwieniu przekazania środków na realizację cudzego przedsięwzięcia (Bagińska 2018, s. 111). Finansowanie społecznościowe jest zatem pewną kategorią funkcjonalną pozwalającą na alokację środków inwestycyjnych od znacznej liczby podmiotów dysponujących takimi środkami do podmiotów, które zgłaszają na nie zapotrzebowanie. Warunkiem efektywnej alokacji i szybkiej zamiany jest istnienie infrastruktury technicznej wymiany, zapewniającej dodatkowo bezpieczeństwo cyfrowe i prawidłowość przebiegu transakcji. Złożoność celów regulacji wymaga posłużenia się przez prawodawcę różnicowanymi metodami regulacji. Dominującą metodą jest metoda administracyjnoprawna, która opiera się na zastosowaniu rozwiązań ograniczających wolność gospodarczą w postaci konieczności uzyskania zezwolenia na podjęcie i prowadzenie działalności w tym zakresie. Dla uzyskania stanu zupełności regulacji zagadnień związanych z usługami finansowania społecznościowego niezbędne jest również wprowadzenie regulacji cywilnoprawnych i karnoprawnych.

Przekazanie środków na realizację cudzego przedsięwzięcia jest możliwe przy założeniu uczciwości właściciela projektu oraz zaufaniu do podmiotu pośredniczącego, jakim jest dostawca usługi finansowania społecznościowego. W tradycyjnym modelu funkcja ta była realizowana przez banki jako podmioty kwalifikowane w ramach ich funkcji depozytowej. Bank przyjmował wolne środki pieniężne i przechowywał je przez czas określony w umowie. Z perspektywy właściciela projektu bank udostępniał środki w ramach funkcji kredytowej. Bank, przyjmując depozyty i udzielając kredytów, pełnił funkcję transformacyjną doprowadzając do zrównoważenia różniących się struktur podaży i popytu na kapitał. W przypadku usług finansowa-

nia społecznościowego funkcja transformacyjna banku zostaje zastąpiona funkcją bezpośredniego kojarzenia strony popytowej i podażowej przez wyspecjalizowany podmiot.

Podstawowym celem regulacji prawnych jest tu reglamentacja podejmowania i wykonywania działalności w zakresie świadczenia usług finansowania społecznościowego. Rozporządzenie ECSP tworzy w tym zakresie tzw. model dopuszczeniowy. Model ten charakteryzuje się tym, że tylko podmioty spełniające określone przez prawo wymogi organizacyjne, ostrożnościowe i operacyjne prowadzenia działalności, mogą zostać dopuszczone do aktywności w sektorze usług rynku finansowego. Dopuszczenie wymaga indywidualnego rozstrzygnięcia organu administracji, który uchylając – wobec konkretnie indywidualnego podmiotu – zakaz, przyznaje uprawnienie do prowadzenia działalności. Model dopuszczeniowy ma zatem charakter prewencyjny, ponieważ zamyka dostęp do rynku usług finansowania społecznościowego podmiotom nie spełniającym przewidzianych przez prawo wymogów, a przez to stwarzającym ryzyko dla inwestorów i bezpieczeństwa obrotu.

W dalszej kolejności regulacje prawne nakładają na dostawcę usług finansowania społecznościowego określone obowiązki informacyjne wobec użytkowników. W takim przypadku można mówić o modelu informacyjnym reglamentacji. Wspólną cechą przyjętych modeli regulacji w zakresie reglamentacji podejmowania i wykonywania działalności w charakterze dostawcy usług finansowania społecznościowego jest w warstwie aksjologicznej konieczność zapewnienia ochrony inwestorów przed skutkami ryzyka, jakie towarzyszy powierzeniu środków innym podmiotom (Bagińska 2018, s. 118).

Cele rozporządzenia realizowane są przede wszystkim za pomocą rozwiązań administracyjnoprawnych, jednak materia związana ze świadczeniem usług finansowania społecznościowego wymaga również zastosowania odpowiednich rozwiązań w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkodę spowodowaną naruszeniem obowiązków informacyjnych w arkuszu kluczowych informacji, o którym mowa w art. 23 rozporządzenia ECSP. Rozwiązania te mają na celu ochronę inwestora przed ryzykiem związanym z niezyskaniem informacji niezbędnych do podjęcia decyzji w zakresie udzielenia pożyczki lub nabycia zbywalnych papierów wartościowych lub innych instrumentów na potrzeby finansowania społecznościowego. Stosownie do art. 23 ust. 9 rozporządzenia ECSP państwa członkowskie zapewniają odpowiedzialność co najmniej właściciela projektu lub jego organów zarządzających lub nadzorczych za informacje podane w arkuszu kluczowych informacji inwestycyjnych. Właścicielem projektu jest każda osoba fizyczna lub prawna, która ubiega się o finansowanie za pośrednictwem platformy finansowania społecznościowego (art. 2 lit. h rozporządzenia ECSP). Analogiczny wymóg wprowadzenia regulacji ustanawiających odpowiedzialność dostawcy usług finansowania społecznościowego został przewidziany w art. 24 ust. 4 rozporządzenia ECSP. Uzupelnieniem rozwiązań w zakresie reguł odpowiedzialności cywilnej mają być sankcje karne i inne środki administracyjne za naruszenia przepisów, które państwa członkowskie wprowadzą na podstawie art. 39 rozporządzenia ECSP. Sankcje te mają być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające.

5. Zakres reglamentacji usług finansowania społecznościowego

Rozporządzenie ECSP reguluje zarówno kwestie dotyczące *crowdfundingu* pożyczkowego, jak i *crowdfundingu* inwestycyjnego. Głównym kryterium wyznaczającym zakres zastosowania rozporządzenia ECSP jest pojęcie usługi finansowania społecznościowego, która zakłada kojarzenie inwestorów zainteresowanych finansowaniem przedsięwzięć gospodarczych z właścicielami projektów. Działanie to może polegać na ułatwianiu udzielania pożyczek (art. 2 ust. 1 lit. a ppkt i). Pożyczka w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. b rozporządzenia ECSP oznacza umowę, na podstawie której inwestor udostępnia właścicielowi projektu uzgodnioną kwotę pieniędzy na uzgodniony okres i, na podstawie której właściciel projektu przyjmuje bezwarunkowy obowiązek spłaty tej kwoty inwestorowi, wraz z naliczonymi odsetkami, zgodnie z harmonogramem płatności ratalnej. Kluczowe dla istoty finansowania społecznościowego jest zatem bezpośrednie udzielanie pożyczki przez inwestora właścicielowi projektu. Prawodawca unijny nie wyklucza istnienia na gruncie krajowym szczególnych modeli pośrednictwa w udzielaniu pożyczek również z udziałem instytucji kredytowej, ale wyłącza je spod zakresu finansowania społecznościowego w rozumieniu przepisów rozporządzenia ECSP. Zgodnie z motywem 11 rozporządzenia ECSP finansowanie społecznościowe pożyczkowe obejmuje różne modele biznesowe umożliwiające zawarcie umowy pożyczki między co najmniej jednym inwestorem a co najmniej jednym właścicielem projektu za pośrednictwem platformy finansowania społecznościowego.

W przypadku *crowdfundingu* inwestycyjnego kojarzenie inwestorów zainteresowanych finansowaniem z właścicielami projektów obejmuje, zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a ppkt ii rozporządzenia ECSP, subemisję bez gwarancji przyjęcia emisji oraz przyjmowanie i przekazywanie zleceń klientów. Czynności te dotyczą zbywalnych papierów wartościowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 44 dyrektywy w sprawie rynków instrumentów finansowych (MIFiD II)⁶ oraz instrumentów dopuszczonych na potrzeby finansowania społecznościowego. Nie obejmują natomiast innych czynności, np. związanych z zarządzaniem portfelem inwestycyjnym. Warto podkreślić, że pojęcie instrumentów dopuszczonych na potrzeby finansowania społecznościowego jest szerokie i może obejmować również udziały w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, co może mieć istotne znaczenie dla atrakcyjności tej kategorii *crowdfundingu*. Decyzja o dopuszczeniu udziałów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako instrumentów finansowania społecznościowego pozostawiona została uznaniu państw członkowskich, o czym stanowi art. 2 ust. 2 rozporządzenia ECSP. Kryterium dopuszczenia udziałów, które wskazuje rozporządzenie ECSP w art. 2 ust. 1 lit. n, jest wymóg, aby udziały nie były ograniczone w zbywalności. Celem rozporządzenia ECSP jest bowiem ułatwienie inwestycji bezpośrednich i uniknięcie arbitrażu regulacyjnego dla instytucji pośrednictwa finansowego regulowa-

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz. Urz. UE L 173 z 12.6.2014, p. 349).

nych na podstawie innych aktów prawnych, w szczególności regulujących podmioty zarządzające aktywami (motyw 22 rozporządzenia ECSP).

Przepisy rozporządzenia ECSP przewidują natomiast wyraźne wyłączenia w stosunku do niektórych postaci finansowania społecznościowego. W pierwszej kolejności wyłączenie ma charakter podmiotowy, albowiem nie stosuje się go do finansowania społecznościowego, w którym właścicielami projektów są konsumenci. Przepis art. 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia ECSP odsyła w tym zakresie do definicji zawartej w art. 3 lit. a dyrektywy 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki⁷, zgodnie z którym konsumentem jest osoba fizyczna, która w transakcjach działa w celach niezwiązanych ze swoją działalnością handlową, gospodarczą lub zawodową. Oznacza to, że przypadki takiego finansowania będą podlegać przepisom prawa krajowego. Należy jednak odnotować, że aktualnie trwające prace harmonizacyjne na płaszczyźnie regulacji kredytu konsumenckiego zmieniają podejście regulacyjne do finansowania społecznościowego dla konsumentów. Projektowana dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE w sprawie kredytów konsumenckich⁸ dopuszcza możliwość świadczenia przez platformy finansowania społecznościowego usług w celu ułatwienia udzielenia pożyczki konsumentowi. Ponadto o wyłączeniu stosowania przepisów rozporządzenia decydują również kryteria ilościowe. Stosownie do art. 1 ust. 2 lit. c rozporządzenia ECSP, nie znajdzie ono zastosowania do ofert finansowania społecznościowego o wartości przekraczającej 5 mln EUR, obliczanej w ciągu dwunastu miesięcy na podstawie szczegółowych wartości ofert wskazanych w tym przepisie.

6. Dostawca usług finansowania społecznościowego

Charakterystyczną cechą modeli finansowania społecznościowego jest wykorzystywanie technologii informatycznych. W doktrynie wyodrębnia się nawet kategorię pojęciową *online crowdfundingu* (Bagińska 2018, s. 110). Funkcjonalność technologii informatycznych pozwala na skojarzenie inwestora z właścicielem projektu za pomocą dwustronnych platform internetowych, czyli połączenia strony zgłaszającej popyt na kapitał ze stroną podażową (Lissowska 2021, s. 3; Kleiner 2021, s. 52). W istocie metoda pozyskiwania funduszy w tym trybie opiera się na istnieniu trzech podmiotów: organizatora kampanii, platformy i inwestorów (Mäntysaari 2022, s. 737). Inicjatorem usługi finansowania społecznościowego jest podmiot poszukujący finansowania, znajdujący się najczęściej we wczesnej fazie prowadzenia działalności (*start-up*) lub przedsiębiorca z grupy małych i średnich przedsiębiorców. Inwestorem może być w zasadzie każdy pomiot. Niezbędnym elementem finansowania jest istnienie podmiotu pośredniczącego, który wykorzystując rozwiązania technologii cyfrowych publikuje odpowiednio opisaną ofertę na swojej platformie

⁷ Dz. Urz. UE L 133 z 22.5.2008 r., s. 66.

⁸ Wniosek Komisji Europejskiej z dnia 30.06.2021 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kredytów konsumenckich COM(2021) 347, ost.

internetowej w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią wielu potencjalnych inwestorów (*crowd*), a nawet doprowadza do zawarcia umowy. Prawodawca unijny przyjmuje zasadę, że usługi finansowania społecznościowego mogą być świadczone wyłącznie przez osoby prawne, które mają siedzibę w UE i które uzyskały stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w tym charakterze. Właściwym miejscowo organem do wydania zezwolenia jest organ państwa siedziby wnioskodawcy.

Usługi finansowania społecznościowego są świadczone przez ich dostawcę za pomocą platformy finansowania społecznego. Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. d rozporządzenia ECSP platforma finansowania społecznościowego oznacza publicznie dostępny internetowy system informacyjny obsługiwany lub zarządzany przez dostawcę usług finansowania społecznościowego. Wymóg internetowego systemu o cechach publicznej dostępności jest uzasadniony istotą finansowania, które polega na oferowaniu szerokiej grupie osób możliwości udzielenia wsparcia finansowego dla przedsięwzięć gospodarczych. Kwalifikacji dostępności platformy nie zmienia np. wymóg dokonania wcześniejszej rejestracji na stronie internetowej. Prywatne oferty finansowania (*private placement*) nie są objęte zakresem normowania.

Rozporządzenie ECSP zawiera wiele przepisów nakładających na dostawcę usług finansowania społecznościowego bezpośrednie obowiązki, w szczególności obowiązki o charakterze organizacyjnym i operacyjnym. Przepis art. 3 ust. 2 rozporządzenia ECSP wymaga od dostawcy usług finansowania społecznościowego uczciwego, rzetelnego i profesjonalnego działania, z uwzględnieniem interesu klientów. Regulacje rozporządzenia ECSP ustanawiają również szczegółowe wymogi dotyczące skutecznego i ostrożnego zarządzania działalnością (art. 4 rozporządzenia ECSP), wymogi należytej staranności, jaką dostawcy mają zachować wobec właścicieli projektów (art. 5 rozporządzenia ECSP), a także obowiązek unikania konfliktów interesów w związku z ofertą finansowania społecznościowego. Wymogi o charakterze organizacyjnym dotyczą również systemów i mechanizmów kontroli (art. 4 ust. 2 rozporządzenia ECSP) oraz posiadania skutecznych i przejrzystych procedur szybkiego, rzetelnego i spójnego rozpatrywania skarg otrzymywanych od klientów (art. 7 rozporządzenia ECSP). Dostawcy usług finansowania społecznościowego, którzy zlecają wykonywanie funkcji operacyjnych osobie trzeciej, zostali zobowiązani do podejmowania stosownych działań w celu unikania ryzyka z tym związanego (art. 9 rozporządzenia ECSP).

W typologii przepisów rozporządzenia ECSP, poza regulacjami odnoszącymi się do zezwolenia na podjęcie i wykonywanie działalności, nadzoru, wymogów organizacyjnych i operacyjnych, wyróżnia się także grupę przepisów w zakresie relacji z inwestorami (Serdaris 2021, s. 442). Z jednej strony regulacje rozporządzenia ECSP wprowadzają nową kategorię inwestora niedoświadczonego, uczestniczącego w projektach opartych na finansowaniu społecznościowym, wobec którego należy stosować szczególne instrumenty znoszenia asymetrii informacyjnych (art. 19 ust. 3 rozporządzenia ECSP). Z drugiej strony nakłada się na dostawców usług finansowania społecznościowego generalny obowiązek w zakresie przekazywania klientom rzetelnych, jasnych i nie wprowadzających w błąd informacji (art. 19 ust. 1

rozporządzenia ECSP). Transparentności świadczenia usług finansowania społecznego ma natomiast służyć publiczny i aktualny rejestr wszystkich dostawców usług finansowania społecznościowego mających zezwolenie (art. 14 rozporządzenia ECSP). Rozwiązania te nie są w regulacji usług finansowych zagadnieniem nowym. Obowiązki i wymogi organizacyjne, operacyjne i informacyjne są wzorowane na rozwiązaniach, jakie prawodawca unijny poddał regulacji chociażby w dyrektywie dotyczącej firm inwestycyjnych (MiFID II)⁹.

7. Nadzór nad działalnością w zakresie usług finansowania społecznościowego

Działalność w zakresie świadczenia usług finansowania społecznościowego podlega nadzorowi administracyjnemu. Obowiązek sprawowania nadzoru wynika z konieczności ochrony interesów publicznych, którym potencjalnie może zagrażać działalność w zakresie finansowania społecznościowego. Interes publiczny jest zatem nadrzędną wartością, która, ze względu na swoją wagę, podlega ochronie oraz w dostateczny sposób tę ochronę uzasadnia. Ryzyko towarzyszące działalności w zakresie usług finansowania społecznościowego wiąże się przede wszystkim z możliwością utraty przez inwestora powierzonego właścicielowi projektu kapitału lub nieuzyskania informacji w zakresie niezbędnym do podjęcia decyzji o dokonaniu inwestycji. Ochrona interesów inwestora w wymiarze indywidualnym składa się z kolei na ogólnie pojętą ochronę stabilności całego rynku usług finansowania społecznościowego. Stabilność finansowa w wymiarze teoretycznym jest uznawana za szczególne dobro publiczne, a jej warunkiem jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji finansowych, wywiązywanie się przez nie ze zobowiązań, a także możliwość dokonywania transakcji przy odpowiednim poziomie zaufania (Jurkowska-Zeidler 2008, s. 169).

Nadzór nad działalnością w zakresie finansowania społecznościowego ma charakter reglamentacyjny i jest realizowany na podstawie norm kompetencyjnych prawa materialnego. Działania nadzorcze mogą mieć postać decyzji nadającej uprawnienia (zezwolenie na świadczenie usług finansowania społecznościowego) lub odmawiające jej wydania. Nadzór jest wyposażony w kompetencje do podjęcia działań korygujących działalność dostawcy usług finansowania społecznościowego, nałożenia kary pieniężnej, jak również ma możliwość cofnięcia przyznaných uprzednio uprawnień.

Komisja Europejska w *Planie działania w zakresie FinTech*¹⁰ podkreśliła, że warunkiem sprawowania skutecznego nadzoru nad działalnością w charakterze dostawcy usług finansowania społecznościowego jest obowiązywanie jednolitych reguł ustanawiających wymogi uzyskania zezwolenia, tzw. jednolity paszport. W opinii Komisji Europejskiej jednolite zezwolenie stanowi decydujące kryterium dla swobod-

⁹ Zob. przyp. 6.

¹⁰ Zob. przyp. 1.

nej możliwości świadczenia usług na rynku wewnętrznym. Jednolity paszport ma, z złożenia, umożliwić przedsiębiorcom sektora usług finansowych świadczenie usług w pozostałych państwach członkowskich oraz ekspansję na całym jednolitym rynku Unii Europejskiej. Oznacza to, że dostawca usług finansowania społecznościowego nie będzie narażony na skutki odmiennego stosowania prawa w poszczególnych państwach członkowskich.

Właściwym miejscowo organem nadzoru nad działalnością polegającą na świadczeniu usług w charakterze dostawcy usług finansowania społecznościowego jest organ państwa członkowskiego, który udzielił zezwolenia (art. 15 rozporządzenia ECSP). Sprawowaniu nadzoru mają służyć nałożone na dostawców obowiązki sprawozdawcze (art. 16 rozporządzenia ECSP). Regulacje rozporządzenia ECSP (art. 17) przewidują także możliwość cofnięcia zezwolenia w przypadkach m.in. nierozpoczęcia przez dostawcę usług finansowania społecznościowego działalności w ciągu 18 miesięcy od dnia wydania zezwolenia, zrzeczenia się zezwolenia, niespełniania warunków uzyskania zezwolenia albo naruszenia przepisów rozporządzenia. Jednocześnie o cofnięciu zezwolenia właściwy organ państwa członkowskiego niezwłocznie powiadamia Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA) oraz właściwe organy innych państw członkowskich, w których dany dostawca usług finansowania społecznościowego świadczy usługi finansowania społecznościowego transgranicznie oraz wprowadza informację dotyczącą cofnięcia zezwolenia do rejestru dostawców usług finansowania społecznościowego.

Obowiązywanie rozporządzenia ECSP wymaga od prawodawców poszczególnych państw członkowskich wydania przepisów zapewniających jego stosowanie na płaszczyźnie krajowej. W RP regulacje te będą zawarte w projektowanej ustawie o finansowaniu społecznościowym dla przedsięwzięć gospodarczych¹¹. Przepisy projektowanej ustawy wskazują Komisję Nadzoru Finansowego, jako organ właściwy do nadzoru nad dostawcami usług finansowania społecznościowego. Dodatkowo określają sankcje administracyjne i karne za nieprzestrzeganie przepisów rozporządzenia ECSP lub projektowanej ustawy oraz wprowadzają regulacje w zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej za poprawność i prawdziwość informacji podawanych w dokumentach informacyjnych sporządzanych w związku z ofertą finansowania społecznościowego, a także przepisy dotyczące tajemnicy zawodowej i zasad przechowywania dokumentacji związanej ze świadczeniem usług finansowania społecznościowego. Należy odnotować, że projektowana ustawa o finansowaniu społecznościowym dla przedsięwzięć gospodarczych przewiduje dodatkowo możliwość wygaśnięcia zezwolenia. Przesłanki wygaśnięcia związane są z sytuacją przedsiębiorcy, która ma jednak pośredni wpływ na świadczenie usług. Sytuacje te dotyczą ogłoszenia upadłości dostawcy usług finansowania społecznościowego, otwarcia jego likwidacji lub śmierci osoby fizycznej będącej jedynym współnikiem lub akcjonariuszem.

¹¹ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12346354> (dostęp: 30.04.2022).

Podsumowanie

Rozporządzenie ECSP jest niewątpliwie ważnym krokiem w budowaniu jednolitego rynku usług finansowania społecznościowego. Usuwa ono bariery w zróżnicowanym dostępie do świadczenia tego rodzaju usług oraz pozwala na jednolitą kwalifikację modeli biznesowych finansowania społecznościowego. Rozporządzenie ECSP jest również istotnym krokiem w ujednoczeniu wymogów nadzorczych. Dodatkowo, nowe regulacje mają na celu ułatwienie świadczenia usług w wymiarze transgranicznym, rozszerzając dostępność usług, przy jednoczesnej minimalizacji ryzyka towarzyszącego świadczeniu cyfrowych usług finansowych. Warto jednak podkreślić, że nowe regulacje prawne nie tworzą ponadnarodowego otoczenia normatywnego do prowadzenia działalności w zakresie finansowania społecznościowego. Działalność ta jest umiejscowiona w granicach jednego państwa, któremu podlega dostawca usług finansowania społecznościowego, mimo że sama usługa przekracza granicę dwóch lub więcej systemów prawnych.

Zaangażowanie prawodawcy unijnego w proces ujednoczenia dostępu do rynku usług finansowania społecznościowego pozwala w pełniejszym stopniu urzeczywistnić ideę rynku wewnętrznego wyrażoną w art. 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Nowe ramy prawne w zakresie finansowania społecznościowego zwiększają także dostępność alternatywnych wobec działalności kredytowej banków sposobów finansowania działalności gospodarczej przez małych i średnich przedsiębiorców. Stworzenie nowej kategorii dostawców usług finansowych stanowi kolejny etap procesu dezintermediacji banków. Proces ten polega na dopuszczaniu obok banków podmiotów konkurencyjnych w mobilizowaniu oszczędności i alokowaniu inwestycji w ramach tzw. otwartych rynków finansowych (Jackowicz 2007, s. 10). Jedną z głównych przyczyn takiego stanu rzeczy są właśnie rozwiązania cyfrowe i zastosowanie technik informatycznych (Marszałek 2016, s. 261), za pomocą których możliwe jest nawiązanie bezpośrednich stosunków prawnych umożliwiających przepływ kapitału pomiędzy podmiotami nadwyżkowymi i podmiotami deficytowymi. Przeniesienie funkcji transformacyjnej banków na wyspecjalizowane podmioty pośredniczące wykorzystujące rozwiązania w zakresie technologii finansowych, które umożliwiają bezpośrednią aktywność na rynku usług finansowych, wymaga zastosowania skutecznych instrumentów minimalizacji ryzyka. Z pewnością rozporządzenie ECSP wpisuje się w proces intensywnego rozwoju nie tylko samego obszaru technologii usług finansowych, ale również stosunków prawnych obrotu finansowego, które muszą zostać poddane adekwatnej regulacji prawnej zarówno od strony podmiotowej, jak i od strony organizacyjnej i operacyjnej.

Bibliografia

- Bagińska E., *Crowdfunding (finansowanie społecznościowe) – aspekty cywilnoprawne*, Gdańskie Studia Prawnicze, t. XXXIX, 2018.
- Blicharz R., Lichosik A. [w:] M. Wierzbowski, P. Wajda, L. Sobolewski (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2019.
- Dybiński J. [w:] M. Stec (red.), *System prawa handlowego*, t. 5c, *Prawo umów handlowych*, wyd. 1, Warszawa 2020.
- Hossain M., Oparaocha G.O., *Crowdfunding: Motives, Definitions*, Typology and Ethical Challenges Entrepreneurship Research Journal 2017, vol. 7, nr 2.
- <https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/02/28/banking-without-banks>
- Jackowicz K., *Dyscyplina rynkowa na integrujących się rynkach finansowych UE*, „Bank i Kredyt” 2007, nr 10.
- Jurkowska-Zeidler A., *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Kleiner C., *General Report: The Legal Regulation of Crowdfunding*, [w:] C. Kleiner (red.), *Legal Aspects of Crowdfunding*, Springer 2021.
- Klöhn L., Hornuf L., *Crowdinvesting in Deutschland: Markt, Rechtslage und Regulierungsperspektiven*, „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” 2012, vol. 24, nr 4.
- Kędzierska-Szczepaniak A., *Reward-Based Crowdfunding on The Polish Market*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Research Papers of Wrocław University of Economics And Business 2020, t. 64, nr 1.
- Lissowska M., *Crowdfunding – the Interplay between Evolving Organization and Embedding Institutions*, Accounting, Economics, and Law: A Convivium 2021, vol. 11, nr 3.
- Macchiavello E., *Financial-return Crowdfunding and Regulatory Approaches in the Shadow Banking*, FinTech and Collaborative Finance Era European Company and Financial Law Review 2017, vol. 14, nr 4.
- Machnikowski P., *Harmonizacja maksymalna jako metoda zbliżania prawa zobowiązań w UE na przykładzie odpowiedzialności za produkt*, Studia Prawa Prywatnego 2017, t. 1.
- Marszałek P., *Disintermediation of Banks – Causes and Consequences*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Research Papers of Wrocław University of Economics 2016, nr 451.
- Mäntysaari P., *Stocks for All: People’s Capitalism in the Twenty-First Century*, De Gruyter 2022.
- Serdaris K., *Behavioural Economic Influences on Primary Market Disclosure – The Case of the EU Regulation on European Crowdfunding Service Providers*, European Company and Financial Law Review 2021, vol. 18, nr 3.
- Renner M., *„Banking Without Banks”? Rechtliche Rahmenbedingungen des Peer-to-Peer Lending*, „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” 2014, vol. 26, nr 5.

Schäfer F., Eckhold T., *Crowdfunding, Crowdlending, Crowdinvesting, Kryptowährungen und Initial Coin Offerings*, [w:] H.-D. Assmann, R. Schütze, P. Buck-Heeb (red.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, wyd. 5, München 2020.

Skrzypek A., *Nowy europejski system nadzoru finansowego – propozycje i plany*, „Przegląd Europejski” 2010, nr 1(20).

Woesch Ph., *Fronting-Bank-Modelle im Lichte der ECSP-VO*, BKR – Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2022.

Zacharzewski K., *Digital asset capital market law – a new discipline of private law*, „Krytyka Prawa” 2021, nr 13.

Kamil Liberadzki*

ORCID 0000-0001-7674-0724

kliber@sgh.waw.pl

Marcin Liberadzki**

ORCID 0000-0001-8236-004X

m.liber@sgh.waw.pl

Aspekty regulacyjne finansowania zrównoważonej działalności banku. Zielone instrumenty kapitałowe

Streszczenie

W związku z rosnącymi emisjami zielonych instrumentów kapitałowych banków, takich jak obligacje Tier 2 i AT1 CoCo, powstaje pytanie o ocenę adekwatności aktywów banku, które stoją za tymi instrumentami. Brak powszechnego standardu ujawnień i metryk stanowi przeszkodę w dokonaniu przez inwestorów miarodajnych porównań między bankami, które deklarują określone stopnie zieloności. Z uwagi na rozwój rynku zielonych emisji i rosnącą liczbę jego uczestników, wypracowanie i wdrożenie racjonalnych, spójnych i solidnych standardów ujawnień w zakresie ESG stanowi klucz do rozwoju zrównoważonych finansów, a tym samym do osiągnięcia celów zrównoważonego rozwoju gospodarczego. Osiągnięciu tego celu służą wytyczne i regulacje dla sektora bankowego wchodzące w życie w najbliższych latach.

Słowa kluczowe: zielone instrumenty kapitałowe, AT1, Tier 2, obligacje zielone, ESG, ujawnienia

JEL: G21, G28, Q01

* Kamil Liberadzki – dr hab., prof. SGH, Kolegium Zarządzania i Finansów, Szkoła Główna Handlowa.

** Marcin Liberadzki – dr hab., prof. SGH, Kolegium Zarządzania i Finansów, Szkoła Główna Handlowa.

Regulatory aspects of financing banks' sustainable activities. Green capital instruments

Abstract

The growing issuance of green capital instruments such as subordinated Tier 2 and AT1 CoCo bonds raises the question: how green are the underlying assets? A careful examination of allocation reports and analysis of credit risk with the greening of the loan portfolio is thus required. So far, the existing taxonomies of banks' loan portfolios are not designed to present ESG exposures. Thus the investors lack comparable data on banks' loan books to assess their greenness. This is going to change in the years to come with the adoption of new EU rules and regulations on sustainability-related disclosures.

Keywords: green capital instruments, AT1, Tier 2, green bonds, ESG, disclosure

Wstęp

ESG (ang. *Environmental, Social and Governance*) to skrót oznaczający czynniki środowiskowe, społeczne i ładu korporacyjnego, na podstawie których tworzone są ratingi i oceny pozafinansowe przedsiębiorstw, innych organizacji, a nawet państw, i których głównym celem jest poinformowanie potencjalnych inwestorów o możliwości porównania na jednej płaszczyźnie alternatywnych kierunków inwestowania.

Chcąc osiągnąć wyznaczone cele polityczne i środowiskowe zielonej gospodarki i zrównoważonego rozwoju, Unia Europejska podejmuje działania na rzecz zmian regulacyjnych, w jakich działa sektor finansowy. Jednym z kluczowych aspektów rozwoju zrównoważonego finansowania (ang. *sustainable finance*) ma być jednolite uwzględnianie czynników ESG w procesie inwestycyjnym i doradczym we wszystkich sektorach. W polityce UE zrównoważone finansowanie jest rozumiane jako wspierające wzrost gospodarczy, przy jednoczesnym zmniejszeniu zagrożeń środowiskowych, uwzględnieniu aspektów społecznych oraz zarządzania. Zrównoważone finansowanie obejmuje również przejrzystość ryzyka związanego z czynnikami ESG, które mogą mieć wpływ na system finansowy, oraz ograniczanie tego ryzyka poprzez odpowiednie zarządzanie podmiotami finansowymi i niefinansowymi. Celem *sustainable finance* jest również wspieranie tzw. zrównoważonego rozwoju.

Rozwój koncepcji zrównoważonego finansowania wynika m.in. z faktu, że sektor finansowy odgrywa kluczową rolę w stymulowaniu rozwoju społeczno-gospodarczego. Włączenie się tego sektora w proces zmian będzie decydujące dla realizacji zobowiązań wynikających z Porozumienia Paryskiego¹, unijnych celów wskazanych w ramach polityki klimatyczno-energetycznej do 2030 r. oraz strategii do 2050 r.

¹ Porozumienie będące zwieńczeniem 21 Konferencji ONZ ws. zmian klimatu (tzw. COP21), którego sygnatariusze zobowiązali się do przedstawienia długoterminowych scenariuszy ograniczenia emisji gazów cieplarnianych.

Rozwój zrównoważonego finansowania ma umożliwić przepływ kapitału, wspomóc innowacyjne rozwiązania oraz wspierać przemiany gospodarcze w kierunku nisko- i zeroemisyjnej gospodarki.

W marcu 2018 r. Komisja Europejska opublikowała Plan działania w sprawie finansowania zrównoważonego wzrostu gospodarczego². Głównymi celami tego planu były: (i) reorientacja przepływów kapitału w kierunku zrównoważonych inwestycji w celu osiągnięcia zrównoważonego wzrostu sprzyjającego włączeniu społecznemu; (ii) zarządzanie ryzykiem finansowym wynikającym ze zmian klimatycznych, degradacji środowiska i kwestii społecznych; oraz (iii) wspieranie przejrzystości i długofalowej perspektywy w działalności finansowej lub gospodarczej. Plan działania Komisji dotyczący zrównoważonych finansów zapoczątkował inicjatywy ustawodawcze w zakresie ESG w Unii Europejskiej. Unijne propozycje instrumentów promujących zrównoważone finansowanie, zawarte w Planie z marca 2018 roku, można przyporządkować do pięciu głównych obszarów działania, które w sposób kompleksowy mają objąć wszystkich uczestników rynku (por. Ziolo 2021):

- 1) Publiczne zachęty,
- 2) Standaryzacja,
- 3) Ujawnienia,
- 4) Ład korporacyjny i zarządzanie strategiczne,
- 5) Regulacje finansowe.

Przyjmując Rozporządzenie o Taksonomii³ wdrożono wspólny system klasyfikacji na poziomie UE, który definiuje działalność gospodarczą zrównoważoną pod kątem środowiskowym, pomaga inwestorom i firmom świadomie podejmować decyzje inwestycyjne oraz przyczynia się do zapobiegania zjawisku *greenwashingu*⁴. Ponadto zwiększa przejrzystość działania rynku i porównywalność notowanych na rynku zielonych obligacji. Unijny standard zielonych obligacji (ang. *EU Green Bond Standard*, EuGBS) ma zapewnić emitentom obligacji wyjaśnienia co do procedury, jaką należy przeprowadzić w celu ich emisji. Dyrektywa NFRD oraz zmieniająca ją dyrektywa CSRD⁵ formułują wymogi sprawozdawcze dotyczące uwzględniania środowiskowych i społecznych oddziaływań. Wprowadzono też do praktyki rynku finansowego UE wskaźniki niskoemisyjności: *EU Climate Transition Benchmark* – unijny wskaźnik referencyjny transformacji klimatycznej, oraz *EU Paris-aligned Benchmark* – unijny wskaźnik referencyjny dostosowany do porozumienia paryskiego.

² EUR-Lex – 52018DC0097 – EN – EUR-Lex (europa.eu)

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje, zmieniające rozporządzenie (UE) 2019/2088.

⁴ *Greenwashing* to proces przekazywania fałszywego wrażenia lub dostarczania wprowadzających w błąd informacji o tym, w jaki sposób produkty firmy są bardziej przyjazne dla środowiska. Greenwashing jest uważany za promowanie informacji mających na celu oszukanie inwestorów i konsumentów, aby uwierzyli, że produkty firmy są przyjazne dla środowiska.

⁵ W dalszej części tekstu nastąpi nawiązanie do dyspozycji zawartych w dyrektywie NFRD oraz CSRD.

Instytucje kredytowe wdrażają Wytyczne Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego w sprawie udzielania i monitorowania kredytów, które weszły w życie od czerwca 2021 r. Wytyczne te mają na celu m.in. ustanowienie wymogów dla instytucji kredytowych uwzględniania czynników związanych z ochroną środowiska, kredytów zrównoważonych środowiskowo i współwystępujących z nimi zagrożeń w ich polityce, procedurach kredytowych, jak też zapewnienie, że instytucje te wprowadzą zasady i procedury dotyczące ESG w zarządzaniu ryzykiem i udzielaniu kredytów.

Niezależnie od inicjatyw regulacyjnych, na rynku wykształcił się nowy typ obligacji, tzw. zielonych obligacji (ang. *green bonds*), z których wpływy muszą całkowicie finansować lub refinansować projekty korzystne środowiskowo. Ogólnym celem emisji zielonych instrumentów finansowych, głównie tzw. zielonych obligacji, jest promowanie i wzmacnianie roli, jaką mogą odegrać podmioty finansowe w rozwiązywaniu problemów środowiskowych i przekształcaniu gospodarki na niskoemisyjną. Pierwszej emisji zielonych obligacji dokonał Bank Światowy w 2007 roku (Yeow 2021), ale właściwy początek datuje się po przyjęciu Porozumień Paryskich w 2015 roku (Cioli i in. 2021). Instytucje kredytowe również zaliczają się do emitentów obligacji etykietowanych jako „zielone”.

Instytucje kredytowe emitują obecnie zielone obligacje zaliczone do wszystkich klas zobowiązań: zarówno do długu nadrzędnego, jak i do klasy *preferred senior, non-preferred/HoldCo senior*, i podporządkowane: Tier 2 i AT1 (te dwie ostatnie kategorie są zaliczane do funduszy własnych banków). Specyfiką sektora bankowego, w porównaniu do pozostałych emitentów zielonych obligacji, jest pojawienie się obligacji zielonych o charakterze kapitałowym. Przy czym istotą obligacji zielonych jest wykorzystanie środków pochodzących z emisji tych papierów na finansowanie odpowiednich projektów. Tymczasem istotą instrumentów kapitałowych banków jest swoiste „podparcie” dla aktywów banku, a środki pozyskane z emisji instrumentów kapitałowych nie służą wprost finansowaniu projektów, lecz umożliwiają wypełnienie wymogu kapitałowego, koniecznego do kontynuacji działalności bankowej.

Celem artykułu jest analiza problemu pojawienia się w ostatnich latach nowej klasy zielonych obligacji kapitałowych banków, które nie mają powszechnego standardu ujawnień i metryk, co stanowi przeszkodę w dokonaniu przez inwestorów miarodajnych porównań między bankami deklarującymi określone stopnie zieloności. Na problem ten wskazuje w swoim raporcie Europejski Urząd Nadzoru Bankowego; pojawiają się także inne opracowania i raporty wskazujące ten mankament metodyki przyznawania „zielonej” etykiety dłużnym papierom wartościowym zaliczanym do funduszy własnych banków. Tymczasem jednym z ważniejszych zagrożeń dla rozwoju zrównoważonego finansowania gospodarki, szczególnie w obszarze ochrony środowiska i neutralności klimatycznej, jest *greenwashing*. Brak dopasowania regulacji w zakresie ujawnień oraz standardów zielonych obligacji do pojawiających się na rynku nowych typów instrumentów może doprowadzić do wyemitowania zielonych instrumentów kapitałowych do finansowania przedsięwzięć niezgodnych z kryteriami zrównoważonymi. Tym bardziej, że pokusa nadużycia dla emitenta jest znaczna, gdyż w cytowanych badaniach potwierdzono istnienie tzw. *greenium*, czyli

premier osiąganą przez emitentów dzięki „zazielenieniu” ich długu. Dlatego w artykule rozważa się m.in. wyzwania o charakterze regulacyjno-nadzorczym w związku z pojawieniem się na rynku zielonych obligacji kapitałowych banków. A w konsekwencji chodzi o podjęcie badań na temat dostosowania ujawnień w zakresie zrównoważonych finansów oraz standardów zielonych obligacji do charakterystyk obligacji zaliczanych do funduszy własnych banków.

W artykule dokonano analizy istniejących regulacji finansowych w zakresie ESG, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii ujawnień i roli nadzoru finansowego, zarysowano problematykę standardu zielonych obligacji, a także zaprezentowano przykłady emisji zielonych obligacji zaliczanych do funduszy własnych banków.

1. Czynniki ESG w działalności bankowej

Na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2088 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem w sektorze usług finansowych (ang. *Sustainable Finance Disclosure Regulation* – SFDR), „ryzyko dla zrównoważonego rozwoju” oznacza sytuację lub warunki środowiskowe, społeczne lub związane z ładem korporacyjnym, które w przypadku wystąpienia mogłyby mieć rzeczywisty lub potencjalnie negatywny wpływ na wartość inwestycji⁶. Natomiast „czynniki zrównoważonego rozwoju” oznaczają kwestie środowiskowe, społeczne i pracownicze dotyczące poszanowania praw człowieka oraz przeciwdziałania korupcji i przekupstwu⁷. Ryzyko ESG oznacza, według definicji Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (EUNB)⁸, ryzyko negatywnego finansowego wpływu na instytucję, wynikające z bieżącego lub przyszłego wpływu czynników ESG na jej kontrahentów i finansowanych aktywów⁹. Ryzyko powiązane z czynnikami ESG ma naturę długoterminową, wiąże się z nim niepewność co do wyceny, w związku z tym tradycyjny sposób zarządzania ryzykiem (zazwyczaj obejmujący krótkoterminową perspektywę) może nie być odpowiednio skalibrowany.

W przypadku banków w krajach UE w ocenie ryzyka kredytowego litera „E” jest najmniej istotnym czynnikiem, choć najbardziej ekspozycywnym. Dotychczas istotniejsze z punktu widzenia działalności instytucji kredytowych były czynniki z komponentu „S” (czynniki społeczne) i „G” (sprawne zarządzanie i ład korporacyjny). Jednak można założyć, że rola czynnika środowiskowego w ocenie instytucji będzie rosła.

⁶ Art. 2 pkt 22 Rozporządzenia (UE) 2019/2088.

⁷ Art. 2 pkt 24 Rozporządzenia (UE) 2019/2088.

⁸ EUNB, Raport w sprawie zarządzania i nadzoru nad ryzykiem ESG w instytucjach kredytowych i firmach inwestycyjnych (EBA/REP/2021/18), 23 czerwca 2021 r. https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1015656/EBA%20Report%20on%20ESG%20risks%20management%20and%20supervision.pdf

⁹ Oryg.: „ESG risks are the risks of any negative financial impact on the institution stemming from the current or prospective impacts of ESG factors on its counterparties or invested assets”.

Najważniejszym komponentem ratingów ESG banków jest „Governance”¹⁰. Choć banki deklarują dbałość o swoich interesariuszy, rozumianych przede wszystkim jako klienci, pracownicy i społeczności lokalne, to znane są przypadki *missellingu* – występowania niedozwolonych klauzul umownych we wzorach umów bankowych, czy też zamykania oddziałów i redukcji zatrudnienia. Z punktu widzenia wyłącznie banku takie działania niekoniecznie muszą zwiększać ryzyko kredytowe, a w krótkiej perspektywie nawet poprawiają wynik finansowy. Z drugiej strony nieprzestrzeganie właściwych praktyk rodzi ryzyko prawne, np. w postaci pozwów skierowanych przeciwko bankom czy kar nakładanych za pranie pieniędzy. Europejski Bank Centralny (EBC) wskazuje w swoim blogu nadzorczym na fakt, że większy udział kobiet na stanowiskach kierowniczych (ang. *senior managers*) prowadzi do poprawy ładu korporacyjnego i podkreśla, że tylko 8% stanowisk CEO w europejskich instytucjach kredytowych lub inwestycyjnych zajmują kobiety¹¹. Nieprzestrzeganie zasad ładu korporacyjnego znajduje odzwierciedlenie w wymogu obowiązkowego filara 2 (ang. *the Pillar 2 Requirement, P2R*), który jest wykazywany jako procent ekspozycji na ryzyko (RWAs), wypełniany w odpowiednich proporcjach przez instrumenty kategorii CET1 (ang. *Common Equity Tier 1*), AT1 (ang. *Additional Tier 1*) i *Tier 2*. Wymóg P2R jest wyznaczany przez nadzorcę indywidualnie dla poszczególnych banków i adresuje zarządzanie ładem korporacyjnym i ryzykiem w banku, pokrycie możliwych strat z tytułu ekspozycji w związku z pozycjami pozabilansowymi oraz koncentracją sekurytyzacji i ryzyka. Nadzorcy od czasu do czasu narzucają okresowe domiary (tzw. *add-on*) w celu pokrycia ryzyk specyficznych, w tym w obszarze „G”. Na przykład duński organ nadzoru nałożył domiar drugofilarowy na Danske Bank w wysokości 10 mld koron duńskich na pokrycie potencjalnych kar za pranie pieniędzy, a jego szwajcarski odpowiednik FINMA nałożył analogiczny domiar w wysokości 1,7 mld franków szwajcarskich na Credit Suisse w związku z zaangażowaniem w fundusze Archegos Capital i Greensill Capital (Walker 2021).

Jak przyznaje Komisja Europejska w swoim raporcie z 27 sierpnia 2021 r.¹², integracja ESG w zakresie zarządzania ryzykiem banków i ich strategii biznesowych znajduje się na wczesnym etapie, a tempo implementacji musi zostać przyspieszone, w celu uzyskania zarówno efektywnej integracji ESG, jak również sprawowania skutecznego nadzoru ostrożnościowego. Pierwszym krokiem w kierunku uwzględniania czynników ESG i powiązanych ryzyk w politykach zarządzania ryzykiem banków, w tym ryzykiem kredytowym i odpowiednich procedurach udzielania kredytów, są Wytyczne EUNB w sprawie udzielania i monitorowania kredytów (ang. *EBA Guidelines on loan origination and monitoring*)¹³. W myśl wytycznych:

¹⁰ Por. Raport Fitch Ratings z 14 marca 2022, dostępny na stronie <https://www.fitchratings.com/research/banks/where-esg-matters-for-bank-ratings-14-03-2022>

¹¹ <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/blog/2021/html/ssm.blog210615~31020cb68d.en.html>

¹² European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, Development of tools and mechanisms for the integration of ESG factors into the EU banking prudential framework and into banks' business strategies and investment policies: final study, Publications Office, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2874/220248>

¹³ EBA/GL/2020/06

- 1) czynniki ESG powinny być brane pod uwagę przy ocenie zdolności kredytowej klienta (w tym ryzyko fizyczne i ryzyko przejścia);
- 2) instytucje powinny ustalać:
 - a) polityki ESG uwzględniające działania uznawane za „pożyczanie zrównoważone środowiskowo”,
 - b) proces monitorowania wykorzystania środków na cele zrównoważonego rozwoju,
 - c) kryteria ilościowe i jakościowe dla działalności kredytowej, która ma spełniać zasady „przyjazności dla środowiska”;
- 3) instytucje powinny ocenić narażenie klienta na ryzyko ESG, a w przypadku wysokiego narażenia oczekuje się szczegółowej analizy emisji gazów cieplarnianych lub rynku, na którym działa klient, oraz
- 4) w stosownych przypadkach należy ocenić wpływ ESG na wartość zabezpieczenia (jeżeli jest nim nieruchomość, to przy jej wycenie należy wziąć pod uwagę efektywność energetyczną budynków).

Wytyczne obowiązują od 30.06.2021 r. i Komisja Nadzoru Finansowego (KNF) zadeklarowała ich pełne przestrzeganie. Z uwagi na fakt, że najnowsza aktualizacja metodyki przeglądu i oceny nadzorczej (SREP, BION w języku polskim) miała miejsce przed wejściem w życie wytycznych, ich wymagania nie są jeszcze uwzględnione w obecnej metodyce. Planuje się, że zostaną dodane w nadchodzącej aktualizacji. KNF monitorowała jednak wdrażanie wytycznych w formularzu samooceny w ramach procesu BION. Zapytano instytucje kredytowe o stopień zaawansowania wdrażania wytycznych. Z raportów kwartalnych dużych polskich banków wynika, że instytucje wdrożyły wytyczne EUNB w zakresie udzielania i monitorowania kredytów¹⁴.

EUNB zajął się również kwestiami włączenia ryzyka ESG do trzech filarów systemu bankowych regulacji ostrożnościowych, publikując 23 czerwca 2021 r. Raport w sprawie zarządzania i nadzoru nad ryzykiem ESG w instytucjach kredytowych i firmach inwestycyjnych¹⁵. Raport odnosi się do tego, jak ryzyko ESG może być włączone do P2R, definiuje ryzyko ESG, opisuje metody szacowania i zarządzania ryzykiem ESG przez instytucje, jak też czynniki i ryzyko ESG w nadzorze¹⁶. W następnej kolejności EUNB planuje wydać wytyczne dotyczące włączenia ryzyka ESG w proces SREP (*Supervisory Review and Evaluation Process*). EUNB ma także zapre-

¹⁴ Por. str. 12 Prezentacji wyników PKO BP za III kwartał 2021 r. https://www.pkobp.pl/media_files/74b38ca1-42e0-4776-9ad6-21d488f06adf.pdf

¹⁵ EBA/REP/2021/18. EUNB działa tu na podstawie mandatu z Art. 98(8) CRDV i Art.35 Dyrektywy IFD – Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2034 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie nadzoru ostrożnościowego nad firmami inwestycyjnymi oraz zmieniająca dyrektywy 2002/87/WE, 2009/65/WE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE i 2014/65/UE https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1015656/EBA%20Report%20on%20ESG%20risks%20management%20and%20supervision.pdf

¹⁶ Art. 98(8) CRDV oraz art. 35 IFD przyznają EUNB mandat do przygotowania raportu dotyczącego wprowadzenia kryteriów technicznych związanych z ekspozycjami związanymi z celami ESG w procesie przeglądu i oceny nadzorczej, zawierającego definicję ryzyka ESG.

zentować raport na temat wymogów dotyczących ujawnień ryzyka ESG w ramach trzeciego filara, ryzyka przejścia i ryzyka fizycznego.

Komisja Europejska 27 października 2021 r. przedstawiła trzy propozycje zmian Rozporządzenia CRR oraz dyrektyw CRD i BRRD w ramach Pakietu Bankowego 2021, które miałyby obowiązywać od 1 stycznia 2025 roku. Propozycje zawierają włączenie ryzyka ESG w regulacje ostrożnościowe oraz włączenie do CRR definicji ryzyka ESG z raportu EUNB. Ujawnianie ryzyka ESG stałoby się wymagalne dla wszystkich instytucji podlegających pod wymogi rozporządzenia CRR z odpowiednio zmniejszoną częstotliwością dostosowaną do mniejszych i prostych organizacyjnie instytucji. Na podstawie art. 449a oraz 434 CRR EUNB ma uzyskać mandat, aby opracować wykonawcze standardy techniczne w zakresie ujawnień ESG dla filara trzeciego. Projektowany art. 501c CRR ma zawierać mandat dla EUNB do oceny potencjalnych skutków specjalnego traktowania ostrożnościowego ekspozycji związanych z aktywami i działalnością w znaczącym stopniu powiązanymi z celami ochrony środowiska lub celami społecznymi. Propozycje zmiany CRD idą w kierunku identyfikacji i zarządzania ryzykiem ESG w ramach zarządzania i wewnętrznego ładu korporacyjnego. Umożliwią nadzorcom i samym instytucjom regularne wykonywanie stress-testów klimatycznych w odniesieniu do ich długoterminowej odporności na negatywne oddziaływanie czynników ESG (mówi się nawet o perspektywie dziesięcioletniej). Władze nadzorcze będą również mogły włączyć ESG do procesu SREP na zasadach określonych w wytycznych EUNB. Dostosowanie wymogów kapitałowych do zielonych albo brązowych aktywów ciągle jest dyskutowane. EUNB bada, czy i w jaki sposób jest możliwe zróżnicowanie wymogów kapitałowych ze względu na oddziaływanie środowiskowe i społeczne aktywów instytucji. Rezultaty analizy są spodziewane w 2023 roku.

2. Ujawnianie ESG

Pomiar ryzyk klimatycznych instytucji przez zewnętrznych analityków jest szczególnie trudny, gdyż wymaga dostępu do informacji, która niekoniecznie jest upubliczniana. Banki są podatne na ryzyko zmian klimatycznych podobnie jak inne podmioty, szczególnie jeżeli chodzi o zużycie energii i gospodarowanie posiadanymi nieruchomościami. Jednak to ryzyko dla banków ma głównie charakter pośredni, i związane jest z kredytowaniem klientów, których działalność powoduje szkody środowiskowe lub które same są wrażliwe na zmiany klimatu. Dla banków zaangażowanie może być negatywne (np. finansowanie podmiotów związanych z wytwarzaniem paliw kopalnych czy wylesianiem), jak też pozytywne (finansowanie spółek zaangażowanych w zielone lub zrównoważone projekty). Jednakże niemożliwe jest uzyskanie porównywalnych danych, ponieważ banki nie klasyfikują swoich portfeli kredytów w sposób to umożliwiający. Europejskie banki publikują wprawdzie coraz obszerniejsze tzw. *Sustainability reports* – lub przynajmniej sekcje poświęcone ESG – w ich sprawozdaniach rocznych. Działając pod ogólną presją, banki wydają się serio traktować zagrożenia związane ze zmianą klimatu, i na przykład zobowiązują się do redukcji kredytowania kopalni węgla czy też stawiają sobie cele w związku z finansowaniem

projektów zielonych. Większość z instytucji kredytowych przystąpiła do gremiów związanych z kwestiami ekologii, jak *Financial Stability Board* (FSB), *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), *Principles for Responsible Banking* czy też *Network for Greening the Financial System*. W 2015 r. Rada Stabilności Finansowej (ang. *Financial Stability Board* – FSB)¹⁷ powołała grupę zadaniową ds. ujawniania informacji finansowych związanych z klimatem (ang. *Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, TCFD), której celem było wypracowanie dobrowolnych ram ujawniania informacji w zakresie ryzyka finansowego związanego z klimatem, które mogłyby być wykorzystywane przez podmioty gospodarcze przy udzielaniu informacji inwestorom, pożyczkodawcom, ubezpieczycielom oraz pozostałym uczestnikom rynku. Rekomendacje grupy zostały przedstawione w czerwcu 2017 r. i obejmują ujawnienia w trzech obszarach (por. tabela 1)¹⁸.

Kolejny przykład stosowanych w świecie standardów do raportowania czynników zrównoważonego rozwoju stanowią *Global Reporting Initiative Standards* (GRI)¹⁹.

Jednak ten rodzaj raportowania to działanie w większym stopniu marketingowe, czy też nacelowane na pozyskanie większej przychylności ze strony działaczy środowiskowych, bo polega bardziej na wyliczaniu, co banki robią dla wspierania zielonych i zrównoważonych projektów niż na dokładnej analizie pożyczek w księgach banku pod kątem identyfikacji kredytobiorców – emitentów dwutlenku węgla. Ta sytuacja w ciągu kilku najbliższych lat ulegnie zmianie, gdyż już następuje dostosowanie pożyczek w księgach banków tak, aby wykazywały ekspozycje na ESG. Kierunek zmian nadaje EUNB rekomendujący bankom sposób wyznaczania i publikowania wskaźnika zielonych aktywów (ang. *green asset ratio*). – Chodzi o procentowy udział zielonej ekspozycji kredytowej do całkowitej ekspozycji kredytowej. W swoim raporcie z maja 2021 r. pt. *Mapping climate risk: Main findings from the EU-wide pilot exercise*²⁰. EUNB oszacował średni poziom wskaźnika zielonych aktywów na 7,1%, przy czym sam przyznaje, że: „biorąc po uwagę brak wspólnej i spójnej metodyki stosowanej przez banki, sporządzone przez nie oszacowania powinny być traktowane

¹⁷ Rada Stabilności Finansowej (FSB), założona w 2009 r., jest międzynarodowym organem monitorującym globalny system finansowy i zgłaszającym zalecenia na jego temat. Jej działania polegają na koordynacji działań krajowych władz finansowych i międzynarodowych organów ustanawiających normy w procesie opracowywania solidnych zasad regulacyjnych, nadzorczych i innych w odniesieniu do sektora finansowego. Promuje ona wyrównanie szans dzięki wspieraniu spójnego wdrożenia zasad we wszystkich sektorach i obszarach. Rada Stabilności Finansowej stara się, poprzez działania stowarzyszonych w niej podmiotów, wzmocnić systemy finansowe oraz zwiększyć stabilność międzynarodowych rynków finansowych. Zasady opracowane w celu realizacji tych celów są wdrażane przez władze krajowe w podległych im jurysdykcjach. Karta FSB została zatwierdzona przez głowy państw i rządów zrzeszonych w Grupie G20.

¹⁸ Na przykład, Grupa BNP Paribas prezentuje na swojej stronie internetowej interaktywny raport TCFD będący częścią raportu rocznego z 2020 r.: <https://raportroczny.bnpparibas.pl/tabela-tcfd/>

¹⁹ Standardem tym posługuje się między innymi bank PKO BP: patrz Raport roczny 2020 r., https://www.pkobp.pl/media_files/c451be9f-6770-4a54-baf3-3d0c7b4a16c4.xhtml#_Toc70545289

²⁰ EBA/Rep/2021/11, https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1001589/Mapping%20Climate%20Risk%20-%20Main%20findings%20from%20the%20EU-wide%20pilot%20exercise%20on%20climate%20risk.pdf (dostęp: 28.02.2022).

Tabela 1. Rekomendacje TCFD w obszarze ładu korporacyjnego, strategii i zarządzania ryzykiem

Ład organizacyjny	Strategia	Zarządzanie ryzykiem	Wskaźniki i cele
<p>a) Identyfikacja i wyznaczenie kluczowych ról zarządczych odpowiedzialnych za ocenę oraz zarządzanie zagrożeniami i szansami związanymi z klimatem.</p> <p>b) Opis roli członków zarządu organizacji w procesie zarządzania ryzykiem, z uwzględnieniem aspektów zmiany klimatu.</p>	<p>a) Opis szans i zagrożeń wynikających ze zmiany klimatu zidentyfikowanych w krótkim, średnim i długim okresie.</p> <p>b) Wpływ zidentyfikowanych szans i zagrożeń na strategię oraz planowane wyniki finansowe.</p> <p>c) Analizy scenariuszowe, testy warunków skrajnych w przypadku wzrostu temperatury o 2°C oraz opis ich wpływu na organizację.</p>	<p>a) Opis procesu identyfikacji i oceny ryzyka, z uwzględnieniem aspektów zmiany klimatu.</p> <p>b) Opis procesu zarządzania ryzykiem, z uwzględnieniem nowych kategorii ryzyka.</p> <p>c) Informacja, w jaki sposób proces identyfikacji, oceny i zarządzania ryzykiem związanym z klimatem są zintegrowane z ogólnym systemem zarządzania ryzykiem w organizacji.</p>	<p>a) Identyfikacja kluczowych danych, wskaźników wykorzystywanych do oceny ryzyka i szans związanych ze zmianą klimatu zgodnie z przyjętą strategią oraz procesem zarządzania ryzykiem.</p> <p>b) Dane dotyczące emisji gazów cieplarnianych w zakresie Zakres 1, Zakres 2 oraz Zakres 3.</p> <p>c) Wskazanie kluczowych celów wyznaczonych w przyjętej strategii oraz wyników ich realizacji.</p>

Źródło: opracowanie własne na podstawie raportu *Task Force on Climate-related Financial Disclosures*.

z ostrożnością, gdyż nie są w pełni porównywalne²¹. Co może najważniejsze, zostało przyjęte unijne rozporządzenie, tzw. „Taksonomia”²², na podstawie którego od 1 stycznia 2022 r. banki muszą ujawniać informacje na temat proporcji ekspozycji na zaangażowania klasyfikowane jako zrównoważone środowiskowo i pozostałe. Jednakże obowiązujący instytucje finansowe wymóg ujawnień zgodnych z Taksonomią został przełożony na 2024 rok. Rozporządzenie o Taksonomii, będące aktem poziomu 1, zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 22 czerwca 2020 r. Następnie przyjęto akty wykonawcze poziomu 2. Rozporządzenie delegowane Komisji do Taksonomii precyzujące ujawnienia działalności zrównoważonej środowi-

²¹ Oryg.: „Considering the best effort nature of this exercise and the absence of a common and consistent methodology applied by banks, the bank estimates should be treated with caution and are not fully comparable.” Por. str. 43 pkt 94 zd. 2 Raportu.

²² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje, zmieniające rozporządzenie (UE) 2019/2088 (Dz. Urz. UE z 22.6.2020, L 198, s. 13).

skowo²³ koncentruje się na wskaźniku zielonych aktywów, który będzie dostosowany do nowej Taksonomii, jakkolwiek ta ostatnia nie jest jeszcze kompletna i nie obejmuje pewnych branż czy też rodzajów działalności.

Taksonomia ma zastosowanie do podmiotów, które oferują produkty finansowe na przedsięwzięcia podlegające dyrektywie 2014/95/EU (*the Non-Financial Reporting Directive* – NFRD)²⁴, jak też do państw członkowskich i UE w kontekście wprowadzania krajowych i unijnych wymogów w odniesieniu do uczestników rynku finansowego czy emitentów dla celów klasyfikacji produktów finansowych lub obligacji korporacyjnych oferowanych jako środowiskowo zrównoważone.

Dyrektywa NFRD, która weszła w życie 1 stycznia 2017 r., wprowadziła zasady ujawnień niefinansowych i w zakresie różnorodności razem z informacjami ESG przez duże podmioty, włączając w to instytucje kredytowe zatrudniające ponad 500 pracowników, o sumie bilansowej przekraczającej 20 mln euro lub o obrotach netto 40 mln euro. W 2017 roku Komisja Europejska wprowadziła niewiążące wytyczne na temat raportowania niefinansowego²⁵. W 2019 r. Komisja wprowadziła suplement do „*Guidelines on reporting climate-related information, with an annex for banks, proposing disclosures and key performance indicators (KPIs) on climate change*”²⁶. Ponadto KE zainicjowała konsultacje publiczne w sprawie przeglądu NFRD, w celu uzyskania większej ilości i jakości informacji od podmiotów dotyczących ich społecznych i środowiskowych oddziaływań. Następnie Komisja przyjęła propozycję dyrektywy CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), która zmieni obowiązujące w NFRD wymogi sprawozdawcze i rozszerzy obowiązywanie na wszystkie duże podmioty, które spełniają przynajmniej dwa z następujących kryteriów: średnioroczna liczba pracowników powyżej 250, suma bilansowa 20 mln euro, obroty netto 40 mln euro, jak również wszystkie spółki notowane na rynkach regulowanych (z wyjątkiem notowanych mikroprzedsiębiorstw). Ujawnienia na podstawie NFRD nie są przedmiotem weryfikacji przez zewnętrznego audytora, ale audytorzy są zobowiązani sprawdzić poprawność publikowanych danych z księgami. W Polsce NFRD została implementowana w ustawie z 29.09.1994 r. o rachunkowości.

Rozporządzenie SFDR razem z odpowiednimi RTS ma na celu zwiększenie ochrony inwestorów końcowych oraz klientów poprzez stworzenie spójnych ram dotyczących ujawniania informacji w zakresie uwzględniania ryzyka dotyczącego czynników

²³ Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) 2021/2178 z dnia 6 lipca 2021 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 przez sprecyzowanie treści i prezentacji informacji dotyczących zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej, które mają być ujawniane przez przedsiębiorstwa podlegające art. 19a lub 29a dyrektywy 2013/34/UE, oraz określenie metody spełnienia tego obowiązku ujawniania informacji.

²⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2089 z dnia 27 listopada 2019 r. w odniesieniu do unijnych wskaźników referencyjnych transformacji klimatycznej oraz unijnych wskaźników referencyjnych dostosowanych do porozumienia paryskiego, a także ujawniania informacji dotyczących wskaźników referencyjnych w związku z kwestiami dotyczącymi zrównoważonego rozwoju.

²⁵ https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en

²⁶ https://ec.europa.eu/finance/docs/policy/190618-climate-related-information-reporting-guidelines_en.pdf

ESG przez podmioty zarządzające aktywami oraz doradców finansowych. Celem jest zwiększenie transparentności rynkowej i skierowanie kapitału w kierunku bardziej zrównoważonych przedsięwzięć. SDFR obowiązuje od 1 stycznia 2022 r., określone wymogi weszły w życie 10 marca 2021 r. Połączony Komitet Europejskich Urzędów Nadzoru (ang. *Joint Committee of ESAs*) opublikował 22 października 2021 r. raport końcowy RTS SFDR (*Final Report on draft Regulatory Technical Standards*) w odniesieniu do zawartości i prezentacji ujawnień na podstawie art. 8(4), 9(6) i 11(5) Rozporządzenia 2019/2088²⁷. Planowany termin stosowania 1 stycznia 2022 r. nie został dochowany (razem z RTS SFDR opublikowanym 2 lutego 2021 r. odnoszącym się do zawartości, metodologii i prezentacji ujawnień zgodnie z art. 2a(3), 4(6) i (7), art. 8(3), art. 9(5), art. 10(2) i art. 11(4) rozporządzenia (EU) 2019/2088.

W tzw. rozporządzeniu w sprawie benchmarków²⁸ ustanowiono jednolite zasady dotyczące wskaźników referencyjnych w UE i wprowadzono wskaźnik referencyjny transformacji klimatycznej oraz unijny wskaźnik referencyjny dostosowany do porozumienia paryskiego. Rozporządzenie dotyczy minimalnych standardów i wspólnej metody wyznaczania wskaźników. Podmioty, które będą chciały wprowadzić do obrotu wskaźniki z oznaczeniem „unijny wskaźnik referencyjny transformacji klimatycznej” lub „unijny wskaźnik referencyjny dostosowany do porozumienia paryskiego”, będą zobowiązane do zastosowania w ramach stosowanych wyliczeń standardów określonych w Rozporządzeniu, a także ujawniania informacji dotyczących wskaźników referencyjnych w związku z kwestiami dotyczącymi zrównoważonego rozwoju²⁹.

W lipcu 2021 r. FSB opublikowała mapę drogową³⁰, która koncentruje się na wysiłkach w celu oszacowania i zaadresowania ryzyk finansowych związanych ze zmianą klimatu. Obejmuje ona cztery wzajemnie powiązane ze sobą obszary: (i) ujawnienia na poziomie przedsiębiorstwa, (ii) dane wykorzystujące spójne metryki i ujawnienia, (iii) analizy wrażliwości oraz (iv) praktyki i narzędzia regulacyjne i nadzorcze. Nadzorcy finansowi coraz częściej wymagają od podmiotów nadzorowanych wykazywania się odpornością na ryzyko klimatyczne, inicjując stress-testy klimatyczne dla banków. Ćwiczenia te ukończono w Holandii i Francji, były również przeprowadzane w pozostałych krajach strefy euro i Wielkiej Brytanii (Baudino, Svoronos 2021). Na razie ćwiczenia nie pociągają za sobą odpowiednich wymogów co do dostosowań poziomu kapitału, mają raczej charakter wstępny i bardziej analizy scenariuszy niż stress-testu.

²⁷ JC 2021 50, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc_2021_50_-_final_report_on_taxonomy-related_product_disclosure_rts.pdf

²⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2089 z dnia 27 listopada 2019 r. w odniesieniu do unijnych wskaźników referencyjnych transformacji klimatycznej oraz unijnych wskaźników referencyjnych dostosowanych do porozumienia paryskiego, a także ujawniania informacji dotyczących wskaźników referencyjnych w związku z kwestiami dotyczącymi zrównoważonego rozwoju.

²⁹ Komunikat KNF w tej sprawie: https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stosowanie_oraz_opracowywanie_wskaznikow_referencyjnych_po_1_stycznia_2020_68779.pdf

³⁰ FSB Roadmap for Addressing Climate-Related Financial Risks, <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P070721-2.pdf>

3. Zielone obligacje emitentów bankowych

3.1. Standardy zielonych obligacji

Niezależnie od wyżej zarysowanych regulacji dotyczących ujawnień ESG przez instytucje, emisji obligacji zielonych musi towarzyszyć osobny system, według którego dokona się oceny „zieloności” obligacji. Najbardziej stosowanym standardem emisji zielonych obligacji jest ICMA *Green Bond Principles*. Unia Europejska finalizuje prace nad Europejskim standardem zielonych obligacji (ang. *the European green bond standard*, EuGBS). Oczekuje się, że EuGBS stanie się podstawą nowych emisji w ciągu najbliższych kilku lat. Już dziś wiadomo, że oparcie emisji na EuGBS nie będzie mieć wpływu na fundusze własne i wymogi płynnościowe ani nie zwolni instytucji kredytowych z pełnego przestrzegania wymogów CRR. Nie będzie również możliwe podwójne zaliczanie kredytów, na podstawie których liczy się wskaźniki zielonych aktywów, jeśli bankowy emitent EuGB wejdzie w posiadanie obligacji przez podmiot zależny albo inną jednostkę w grupie.

3.2. Specyfika emitentów bankowych

Zielone obligacje emitentów bankowych występują w każdej z klas zobowiązań: *preferred senior, non-preferred/*HoldCo senior i podporządkowane: Tier 2 oraz AT1. W przypadku tych ostatnich mowa tu o emisji zielonych papierów AT1 przez BBVA w 2020 roku (por. tabela 2).

Z uwagi na to, że głównym ryzykiem banku jest ryzyko kredytowe, zielone obligacje oferują taką samą ochronę ich posiadaczom co posiadaczom obligacji niezielonych. Obligacje zielone i niezielone mają bowiem ten sam stopień podporządkowania w ramach tych samych klas zobowiązań, a zatem będą jednakowo traktowane w procesie *resolution* (w tym *bail-in*) i likwidacji. Dodatkowo, dług bankowy – jako taki – jest wykluczony z programów skupu aktywów CSPP / PEPP Europejskiego Banku Centralnego. Odpada zatem kryterium racjonalności z punktu widzenia emitentów korporacyjnych – przede wszystkim z sektorów wysokoemisyjnych, którym zielone emisje gwarantują dostęp ich długu do takich programów.

Powyższe daje słabsze uzasadnienie do premii za zieloność (ang. *greenium*) dla obligacji bankowych niż w przypadku obligacji emitentów korporacyjnych. Istnieją opracowania poświęcone zagadnieniu korzyści wynikających z emisji obligacji zielonych w kategoriach premii rynkowej (w postaci redukcji spreadu kredytowego) (zob. Ehlers, Packer 2017; Zerbib 2017; Zerbib 2019; Liberadzki i in. 2021).

W zasadzie inwestorzy powinni skupić się bardziej na tym, jak zielony jest emitent bankowy w ogólności, i wówczas wybrać najtańszą obligację, niezależnie od tego, czy jest zielona czy nie, zamiast kierować się wyłącznie etykietą samej emisji. Tym bardziej, że nie występuje odseparowanie aktywów – tak jak w przypadku obligacji zabezpieczonych (ang. *covered bonds*). Nie tyle fakt emisji zielonych obligacji jest

wyrazem przywiązania banku do realizacji celów środowiskowych, ile dokładny pomiar po stronie aktywów wskazujący, jak bank jest zaangażowany w tym obszarze. W takim ujęciu uzasadnieniem dla *greenium* jest przede wszystkim przewaga popytu ze strony zarządzających aktywami nad podażą papierów, prowadząca do nieznacznie węższych spreadów. Z drugiej strony inwestorzy będą zapewne unikali banków, które są postrzegane jako eksponowane na wysokie ryzyko środowiskowe, czy też wykazujące się mniejszym zainteresowaniem zielonymi finansami.

3.3. Zielony dług podporządkowany – zielone instrumenty kapitałowe

Ta specyfika jest szczególnie widoczna dla bankowego długu podporządkowanego, gdzie „zieloność” obligacji nie daje inwestorom żadnej dodatkowej ochrony w porównaniu do obligacji niezielonych. Takie czynniki, jak ryzyko niewykupienia papieru w pierwszym możliwym terminie, ryzyko anulowania płatności kuponowej i ryzyko *bail-in* powinny być głównymi składnikami wyceny. Co więcej, uwaga regulatora jest skoncentrowana na pożyczkach w księgach banków i ekspozycjach na działalności emisyjne, co oznacza, że zielone uwierzytelnienie się powinno być dokonane raczej na poziomie instytucji niż danej emisji. Zapewne, im bardziej „zielony” bank, tym mniejszą premią muszą wykazywać się jego zielone obligacje w stosunku do obligacji niezielonych i *vice versa*. Przypomnieć warto, że na podstawie Rozporządzenia o Taksonomii banki są zobowiązane do ujawnień od 1 stycznia 2022 r. w zakresie proporcji ekspozycji w zakresie kwalifikowalnych i niekwalifikowalnych działalności, z tym że dokładne informacje nie będą wymagane do 2024 roku.

Zasadą leżącą u podstaw zielonych obligacji jest to, że wpływy z emisji (np. obligacji bankowych nadrzędnych) przeznaczone są w całości na zielone cele (np. zielone kredyty). Ale, jak przyłożyć zasadę *use of proceeds* do instrumentów kapitałowych, np. AT1, które służą raczej dostarczaniu wsparcia kapitałowego dla znacznie większego nominału zielonych kredytów? W takim wypadku zieloność instrumentów kapitałowych staje się bardziej etykietą marketingową, tym bardziej, że w inauguracyjnej emisji zielonych instrumentów AT1 w lipcu 2020 r. BBVA jasno dopuścił możliwość refinansowania tą emisją wykupu w kwietniu 2021 r. emisji swoich brązowych AT1 z 2016 roku³¹. Tak jak w przypadku wszystkich zielonych emisji banków, tak w przypadku gdy emitentami są instytucje kredytowe, sprzeniewierzenie się zobowiązaniom dotyczącym zieloności, jak wykorzystanie wpływów na niezielone inwestycje, czy brak publikacji stosownych sprawozdań, nie wywołuje

³¹ 1. BBVA, BBVA raises €1bn in first-ever green CoCo bond by a financial institution, Komunikat prasowy z 08.07.2020, <https://www.bbva.com/en/bbva-is-the-first-financial-institution-in-the-world-to-issue-green-coco-bonds/> (dostęp: 11.04.2022);

2. BBVA, Series 10 €1,000,000,000 Non-Step-Up Non-Cumulative Contingent Convertible Perpetual Preferred Tier 1 Green Securities, Prospectus dated 16th July, 2020 <https://shareholdersandinvestors.bbva.com/wp-content/uploads/2020/07/2020-07-15-BBVA-Folleto-AT1-VERSI%C3%93N-FINAL.pdf>

żadnych prawnych sankcji w stosunku do emitenta, w szczególności w postaci odebrania emisji zielonej etykiety, nie mówiąc już o kwalifikacji jako zdarzenia prowadzącego do niewypłacalności emitenta (ang. *default*).

Zdaniem EUNB, zielone obligacje kapitałowe banków zwiększają ryzyko reputacyjne emitenta, bowiem zmiana alokacji lub dyskwalifikacja oryginalnych aktywów – jako zielonych – mogą być postrzegane przez inwestorów jako zobowiązanie emitenta do wykupu tego papieru wartościowego. Odnosi się to przede wszystkim do obligacji AT1, w przypadku których regulator zabrania zamieszczania w warunkach emisji zachęt do wykupu³². Na podobnej podstawie EUNB nie rekomenduje bankom emisji obligacji typu SLBs (ang. *Sustainability-Linked Bonds*), z uwagi na to, że zawierają mechanizm podwyższenia płatności kuponowej (ang. *coupon step-up*) włączający się, kiedy podane w warunkach emisji cele środowiskowe nie zostaną dotrzymane przez emitenta³³. EUNB zwraca uwagę na jeszcze jedno ryzyko, które może być pomijane przez inwestorów. Chodzi o to, że wypłata z instrumentów AT1 może nie nastąpić na skutek okoliczności nie związanych z zielonymi aktywami (a nawet na zasadzie dyskrecjonalnej), a więc nawet wówczas gdy cele ESG są dotrzymywane³⁴.

Ocena „zieloności” powinna następować przede wszystkim na poziomie instytucji. Za obligacjami Tier 2 i AT1 stoją wszystkie pozycje w bilansie, a nie tylko zielone aktywa finansowane przez te instrumenty. Ryzyko kredytowe zielonych obligacji jest więc identyczne z ryzykiem obligacji niezielonych. Zatem ryzyko kredytowe – na przykład farmy wiatrowej – niekoniecznie jest mniejsze niż rafinerii, a kredyt w sytuacji nieregularnej ma jednakowy wpływ na profil kredytowy banku, niezależnie od branży kredytobiorcy³⁵.

Dla zilustrowania sposobu wykorzystania standardu *green bonds* dla obligacji kapitałowych banków, w tabeli 2 dokonano zestawienia warunków i parametrów wybranych emisji zielonych obligacji kapitałowych banków.

³² Por.: 1. art. 20 ust. 2 Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) NR 241/2014 z dnia 7 stycznia 2014 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących wymogów w zakresie funduszy własnych obowiązujących instytucje EBA.

2. EUNB, Report on the Monitoring Of Additional Tier 1 (AT1) Instruments of European Union (EU) Institutions – Third Update, 20 lipca 2018.

³³ EUNB, EBA Report on the Monitoring of Additional Tier 1 (AT1) Instruments of European Union (EU) Institutions – update, EBA/REP/2021/19, 24.06.2021, str. 37

³⁴ *Ibidem*, s. 32.

³⁵ T. Hirst, B. Yang, H. Zhu, A. Narang, S. Adamson, L.Knepper, P. Karja, P. Biraschi, Euro Banks: ESG: Greenliness Is Only Skin Deep, CreditSights, 18.11.2021

Tabela 2. Wybrane warunki emisji zielonych obligacji kapitałowych banków

Emitent oraz oznaczenie emisji				
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA) ES0813 211028				
Kapitały banku, właściwe prawo	Standard zielonych obligacji	Opinie podmiotów trzecich	Wykorzystanie środków z emisji	Uwagi
AT1, prawo hiszpańskie	<ul style="list-style-type: none"> – ICMA GBP, SBP i Sust BG. – Zielone obligacje muszą finansować zielone projekty zaliczane do następującej kategorii projektów: Energy Efficiency, Sustainable Transport, Water, Waste Management, Renewable Energy i in. uwzględnione w ICMA GBP. Zaliczane jako zielone, jeśli 80% działalności albo kapitału dedykowane projektom kwalifikowalnym. – Procesowane przez Sustainable Finance Working Group, Sustainable Finance and Reputational Risk, BBVA's SDG Bond Committee and Responsible Business. – Sprawozdanie z alokacji publikowane z odpowiednim oczekiwaniem wpływem środowiskowym i, jeśli możliwe, metryką oddziaływania. Częstotliwość raportowania: roczna. 	DNV-GL Business Assurance Espania	<ul style="list-style-type: none"> – Kwota wpływów netto alokowana w Kwalifikowalne Zielone Projekty (Eligible Green Projects). Niealokowane kwoty utrzymywane w portfelu płynnościowym. – Dążenie do alokowania części środków na projekty rozpoczynające się w roku emisji obligacji. – Dokonując emisji BBVA oświadczył, że wpływy mogą zostać wykorzystane do zrefinansowania przedterminowego wykupu w kwietniu 2021 r. papierów AT1 8,875% wyemitowanych w 2016 r. 	<ul style="list-style-type: none"> – BBVA zobowiązał się do 2025 ('Pledge 2025') cyt.: <i>'to align its strategy with a 2 degrees Celsius scenario and strike a balance between sustainable energy and fossil fuel investments'</i>. Nie pozbywa się inwestycji w paliwa kopalne. – Emisja AT1 w ramach zobowiązania do zmobilizowania 100 mld euro finansowania zrównoważonego do 2025 r. – Wyłączone działalności: <i>nuclear power generation, large scale (above 20 megawatt) dam, defence, mining, carbon related or oil and gas.</i>

Tabela 2 - cd.

Emitent oraz oznaczenie emisji				
ING Groep NV XS2350 756446				
Kapitały banku, właściwe prawo	Standard zielonych obligacji	Opinie podmiotów trzecich	Wykorzystanie środków z emisji	Uwagi
Tier 2, prawo holenderskie	<ul style="list-style-type: none"> - ICMA 2018 GBP. - Tzw. Eligible Green Loan Portfolio składa się z nowych i istniejących kredytów w następujących kategoriach: Renewable Energy, Green Buildings, Commercial and Residential Real Estate, Clean Transportation, Pollution Prevention and Control, Sustainable Water Management. - Green Bond Committee. - Roczny raport (Annual allocation report) zawierający ocenę wpływu przychodów z zielonych emisji w podziale na kategorie oraz w ujęciu zagregowanym dla wszystkich zielonych obligacji. 	<ul style="list-style-type: none"> - ISS ESG - CFP: Green Buildings Consultant - Navigant: Renewable Energy Consultant 	<ul style="list-style-type: none"> - Wpływy netto alokowane do portfela nowych i istniejących kwalifikowalnych zielonych kredytów. - Pozostałe wpływy utrzymywane i inwestowane wg uznania ING w portfel płynnościowy skarbowy, gotówkę, lub krótkoterminowe płynne inwestycje. 	Publikuje Climate Alignment reports.

Tabela 2 – cd.

Emitent oraz oznaczenie emisji				
Raiffeisen Bank International AG XS2353 473692				
Kapitały banku, właściwe prawo	Standard zielonych obligacji	Opinie podmiotów trzecich	Wykorzystanie środków z emisji	Uwagi
Tier 2, prawo niemieckie	<ul style="list-style-type: none"> – ICMA 2018 GBP – Renewable Energy, Green Buildings, Energy Efficiency, Clean Transportation, Water Management and Waste Water Management. – Green Bond Committee. – Rejestr Zielonych Obligacji (Green Bond Register) do śledzenia alokacji wpływów oraz niezależny auditor w celu weryfikacji wyboru i śledzenia kwalifikowalnych kredytów. – Dążenie do publikowania rocznych raportów dot. zielonych obligacji, w tym alokacji wpływów z emisji. – Zamiar publikacji raportu o wpływie (<i>impact report</i>) wraz z informacją o wpływie środowiskowym na Portfel Kwalifikowalnych Zielonych Kredytów (Eligible Green Loan Portfolio) z podziałem na kategorie. 	<ul style="list-style-type: none"> – Sustainalytics – Auditor RBI corocznie zweryfikuje, że RBI stosownie zastosował zdefiniowane procedury zatwierdzania przez Komitet (Green Bond Committee) i, że wszystkie kredyty wchodzące w skład Portfela (Eligible Green Loan Portfolio) są wypłacane i wprowadzane do rejestru zielonych obligacji. 	<p>Kwota wpływów netto służy do finansowania lub refinansowania Kwalifikowalnych Zielonych Kredytów (Eligible Green Loans) na najważniejszych rynkach dla banku: EOG, Europy Płd.-Wschodniej, Środkowej i Wschodniej.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Intencją jest stymulacja udzielania nowych Zielonych Kredytów, ale na początku refinansowanie Kwalifikowalnych Zielonych Kredytów. – <i>No Lookback period for refinancing in Green Bond Framework but committed to transparency of Green Loan origination timeframe in annual reporting.</i> – Niewykorzystane w sposób powyższy wpływy ulokowane na rynku pieniężnych, gotówce lub jej ekwiwalentach. 	<p>Konieczność śledzenia, czy RBI udziela nowych Kwalifikowalnych Zielonych Kredytów Wyłączone finansowanie energii nuklearnej, przemysłu obronnego.</p>

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych CreditSights.

Z informacji z tabeli 2 można wywieść pewne wnioski ogólne: banki stosowały standardy ICMA *Green Bond Principles*, tzw. *Second Party Opinions* (opinie osób trzecich) były dokonywane przez zewnętrzne agencje, osobny komitet zasadniczo nadzoruje kwalifikowalność projektów, a alokacja wpływów może być następnie przedmiotem audytu w drodze poświadczenia (ang. *assurance report*) przez audytora banku. Raporty dotyczące oceny wpływu (ang. *impact reports*) są w miarę możliwości generowane, niekiedy z wykorzystaniem zewnętrznych ekspertów. Sprzeniewierzenie się środowiskowym celom emisji nie wywołuje żadnych konsekwencji prawnych po stronie emitenta, nie powoduje nawet utraty przez emisję przymiotnika „zielona”.

Podsumowanie

Rainforest Action Plan w swoim raporcie wskazuje, że pomimo *Net-Zero Banking Alliance* i innych tego typu inicjatyw, finansowanie bankowe w dalszym ciągu pozostaje niezrównoważone. Ostatni raport wskazuje, że finansowanie w obszarze paliw kopalnych największych 60 banków komercyjnych i inwestycyjnych na świecie było wyższe w 2020 r. niż w 2016 r. W latach 2016–2020 banki udzieliły kredytów, gwarantowały emisje długu lub *equity* zasilając przemysł paliw kopalnych kwotą 3,8 biliona dolarów³⁶. Dopóki stopień „zazielenienia” portfeli kredytowych banków nie będzie w sposób czytelny i spójny mierzony, ujawniany i porównywany, inwestorzy będą musieli przebrnąć przez różne poziomy obowiązków dotyczących ujawnień, aby ich analiza była kompletna.

UE jest jedynym regionem w świecie, w którym dąży się do uregulowań w zakresie ESG, i to w tak całościowym ujęciu. Kompetencje europejskiego prawodawcy i regulatorów finansowych do wprowadzenia kryteriów ESG do systemu zarządzania i nadzoru nad instytucjami wynikają z Europejskiego Zielonego Ładu, Planu działania w sprawie finansowania zrównoważonego wzrostu gospodarczego, oraz rosnącej świadomości skutków zmian klimatycznych wśród instytucji, lokalnych i międzynarodowych gremiów, inwestorów i opinii publicznej.

Ryzyko ESG stało się przede wszystkim częścią ogólnego ryzyka regulacyjnego, które nadzorcy muszą brać pod uwagę. Bank powinien zapewnić spójne podejście do ryzyk ESG, w tym wprowadzić odpowiednie zmiany do mających zastosowanie procedur oraz polityk. Podejście instytucji do ryzyk ESG powinno być holistyczne, tj. obejmować również realizację zrównoważonych celów banku, co jest istotne dla jego działalności w długim terminie. Bank powinien określić sposób, w który identyfikuje oraz mierzy ryzyka ESG, jak również określić apetyt na te ryzyka.

Aktualnie bank powinien skupić swoje działania przede wszystkim na dwóch procesach: (1) analizie ryzyk ESG w momencie udzielania kredytu zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny tych ryzyk, oraz (2) monitorowaniu spłacalności kredytów

³⁶ <https://www.ran.org/the-understory/the-net-zero-banking-alliances-40-billion-exxon-problem/> (dostęp: 11.04.2023).

powiązanych z czynnikami ESG (w tym pod kątem ryzyk ESG, jak również przeznaczenia tych kredytów jeżeli finansują one zrównoważone inwestycje).

Brak powszechnego standardu ujawnień i metryk stanowi przeszkodę w dokonaniu przez inwestorów miarodajnych porównań między spółkami, które deklarują określone stopnie zieloności. Z uwagi na wzrost tego rynku i rosnącą liczbę jego uczestników, wypracowanie i wdrożenie racjonalnych, spójnych i solidnych standardów ujawnień jest kluczem do rozwoju zrównoważonych finansów, a tym samym do osiągnięcia celów zrównoważonego rozwoju gospodarczego. Z punktu widzenia *stricte* rynku zielonych instrumentów kapitałowych, wyjście naprzeciw temu wyzwaniu może stanowić planowany dobrowolny standard EuGBS, na który banki i inni emitenci będą mogli się powołać. Na podstawie tego standardu fundusze pozyskane w drodze emisji obligacji powinny w pełni służyć finansowaniu projektów zgodnych z Taksonomią. Szczegółowe obowiązki sprawozdawcze mają zapewnić przejrzystość co do alokacji wpływów z emisji. Wszystkie zielone emisje oparte na tym standardzie mają być zweryfikowane przez zewnętrzny podmiot pod kątem odpowiedniości.

Bibliografia

Baudino P., Svoronos J.-P., *Stress-testing banks for climate change – a comparison of practices*, FSI Insights on policy implementation No 34, July 2021 Bank for International Settlements, <https://www.bis.org/fsi/publ/insights34.pdf>

BBVA raises €1bn in first-ever green CoCo bond by a financial institution, Komunikat prasowy z 08.07.2020, <https://www.bbva.com/en/bbva-is-the-first-financial-institution-in-the-world-to-issue-green-coco-bonds/>

BBVA, Series 10 €1,000,000,000 Non-Step-Up Non-Cumulative Contingent Convertible Perpetual Preferred Tier 1 Green Securities, Prospectus dated 16th July, 2020 <https://shareholdersandinvestors.bbva.com/wp-content/uploads/2020/07/2020-07-15-BBVA-Folleto-AT1-VERSI%C3%93N-FINAL.pdf>

BNP Paribas, Raport TCFD w: raport roczny 2020 r.: <https://raportroczny.bnpparibas.pl/tabela-tcfd/>

Cioli V., Colonna L.A., Giannozzi A., Roggi O., *Corporate green bond and stock price reaction*, Int. J. Bus. Manag. 2021, 16, 75.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/878 z dnia 20 maja 2019 r. zmieniająca dyrektywę 2013/36/UE w odniesieniu do podmiotów zwolnionych, finansowych spółek holdingowych, finansowych spółek holdingowych o działalności mieszanej, wynagrodzeń, środków i uprawnień nadzorczych oraz środków ochrony kapitału.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2034 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie nadzoru ostrożnościowego nad firmami inwestycyjnymi oraz zmieniająca dyrektywy 2002/87/WE, 2009/65/WE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE i 2014/65/UE

Ehlers T., Packer F., *Green bond finance and certification*, BIS Q. Rev. 2017, 89–104.

EUNB, Raport w sprawie zarządzania i nadzoru nad ryzykiem ESG w instytucjach kredytowych i firmach inwestycyjnych (EBA/REP/2021/18), 23 czerwca 2021 r.

EUNB, EBA Report on the Monitoring of Additional Tier 1 (AT1) Instruments of European Union (EU) Institutions – update, EBA/REP/2021/19, 24.06.2021.

EUNB, Report on the Monitoring Of Additional Tier 1 (AT1) Instruments of European Union (EU) Institutions – Third Update, 20 lipca 2018.

EUNB, EBA Report on the Monitoring of Additional Tier 1 (AT1) Instruments of European Union (EU) Institutions – update, EBA/REP/2021/19, 24.06.2021.

EUNB, Mapping climate risk: Main findings from the EU-wide pilot exercise (EBA/Rep/2021/11).

European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, Development of tools and mechanisms for the integration of ESG factors into the EU banking prudential framework and into banks' business strategies and investment policies: final study, Publications Office, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2874/220248>.

European Supervisory Authorities, Final Report on draft Regulatory Technical Standards with regard to the content and presentation of disclosures pursuant to Article 8(4), 9(6) and 11(5) of Regulation (EU) 2019/2088, 22.10.2021.

Financial Stability Board, FSB Roadmap for Addressing Climate-Related Financial Risks <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P070721-2.pdf>

Hirst T., Yang B., Zhu H., Narang A., Adamson S., Knepper L., Karja P., Biraschi P., *Euro Banks: ESG: Greenliness Is Only Skin Deep*, CreditSights, 18.11.2021.

https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stosowanie_oraz_opracowywanie_wskaznikow_referencyjnych_po_1_stycznia_2020_68779.pdf

Komisja Europejska, Plan działania w sprawie finansowania zrównoważonego wzrostu gospodarczego, marzec 2018 r., EUR-Lex – 52018DC0097 – EN – EUR-Lex (europa.eu).

Komisja Europejska, Wytyczne na temat raportowania niefinansowego, https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en

Komisja Europejska, suplement do Wytycznych „Guidelines on reporting climate-related information, with an annex for banks, proposing disclosures and key performance indicators (KPIs) on climate change https://ec.europa.eu/finance/docs/policy/190618-climate-related-information-reporting-guidelines_en.pdf

Komisja Nadzoru Finansowego, Komunikat KNF w tej sprawie stosowania oraz opracowywania wskaźników referencyjnych po 1 stycznia 2020 r., 31 stycznia 2020 r.

Liberadzki M., Jaworski P., Liberadzki K., *Spread Analysis of the Sustainability-Linked Bonds Tied to an Issuer's Greenhouse Gases Emissions Reduction Target*, Energies 2021, 14, 7918.

PKO BP: Raport roczny 2020 r., https://www.pkobp.pl/media_files/c451be9f-6770-4a-54-baf3-3d0c7b4a16c4.xhtml#_Toc70545289

PKO BP, prezentacja wyników za III kwartał 2021 r., https://www.pkobp.pl/media_files/74b38ca1-42e0-4776-9ad6-21d488f06adf.pdf

Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) NR 241/2014 z dnia 7 stycznia 2014 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących wymogów w zakresie funduszy własnych obowiązujących instytucje EBA.

Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) 2021/2178 z dnia 6 lipca 2021 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 przez sprecyzowanie treści i prezentacji informacji dotyczących zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej, które mają być ujawniane przez przedsiębiorstwa podlegające art. 19a lub 29a dyrektywy 2013/34/UE, oraz określenie metody spełnienia tego obowiązku ujawniania informacji.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/876 z dnia 20 maja 2019 r. zmieniające rozporządzenie (UE) nr 575/2013 w odniesieniu do wskaźnika dźwigni, wskaźnika stabilnego finansowania netto, wymogów w zakresie funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, ryzyka kredytowego kontrahenta, ryzyka rynkowego, ekspozycji wobec kontrahentów centralnych, ekspozycji wobec przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania, dużych ekspozycji, wymogów dotyczących sprawozdawczości i ujawniania informacji, a także rozporządzenie (UE) nr 648/2012,

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2088 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie ujawniania informacji związanych ze zrównoważonym rozwojem w sektorze usług finansowych (SFDR – Sustainable Finance Disclosure Regulation).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2089 z dnia 27 listopada 2019 r. w odniesieniu do unijnych wskaźników referencyjnych transformacji klimatycznej oraz unijnych wskaźników referencyjnych dostosowanych do porozumienia paryskiego, a także ujawniania informacji dotyczących wskaźników referencyjnych w związku z kwestiami dotyczącymi zrównoważonego rozwoju.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje, zmieniające rozporządzenie (UE) 2019/2088 (Dz. Urz. UE z 22.6.2020, L 198, s. 13).

Walker O., *Credit Suisse to raise \$1.9bn of capital as it reels from Archegos losses*, Financial Times, 22.04.2021, <https://www.ft.com/content/c7a958d0-3fc0-456a-9f01-3077b772e41b>

Wytuczne EUNB w sprawie udzielania i monitorowania kredytów (EBA Guidelines on loan origination and monitoring (EBA/GL/2020/06)).

Yeow K.E., Ng S.-H., *The impact of green bonds on corporate environmental and financial performance*, Manag. Financ. 2021, 47, 1486–1510, in print.

Zerbib O.D., *The green bond premium*, J. Bank. Financ. 2017, 98, 39–60.

Zerbib O.D., *The effect of pro-environmental preferences on bond prices: Evidence from green bonds*, J. Bank. Financ. 2019, 98, 39–60.

Zioło M., *Banking Regulations on Financial and Non-financial Risk*, [w:] M. Zioło, B. Filipiak, B. Tundys (red.), *Sustainability in Bank and Corporate Business Models*, Palgrave Studies in Impact Finance, maj 2021, 41–65.

Bartosz Biderman^{*}
ORCID: 0000-0002-8503-5207
bartosz.biderman@knf.gov.pl

Kamil Mrocza^{**}
ORCID: 0000-0003-3809-3479
ks.mrocza@uw.edu.pl

Uwarunkowania prawne nadzoru nad cyberbezpieczeństwem rynku finansowego w Polsce

Streszczenie

Zasadniczym celem artykułu jest analiza uwarunkowań prawnych kształtujących system cyberbezpieczeństwa rynku finansowego w Polsce. Autorzy dokonują dogmatyczno-prawnej analizy przepisów prawa krajowego oraz – częściowo – unijnego, a następnie omawiają implementację tych przepisów w sektorze finansowym. Analizie poddano rolę i pozycję KNF jako organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa dla sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych. Zaprezentowano katalog zadań tej instytucji oraz działania jakie zostały podjęte w celu ich właściwej realizacji. Pogłębionej analizie poddano również rekomendacje i wytyczne przyjęte przez Komisję w zakresie cyberbezpieczeństwa oraz zwrócono uwagę na ich specyficzny charakter prawny. Przeanalizowano również proces tworzenia zespołu CSIRT KNF oraz omówiono jego szczególną rolę w budowaniu cyberodporności polskiego systemu cyberbezpieczeństwa. Zwrócono uwagę zwłaszcza na istotę edukacji finansowej, podkreślając konieczność prowadzenia kampanii informacyjno-edukacyjnych w zakresie cyberbezpieczeństwa. We wnioskach zawarto uwagi autorów w zakresie dalszego rozwoju cyberzagrożeń oraz zaprezentowano koncepcje przeciwdziałania im.

Słowa kluczowe: Komisja Nadzoru Finansowego, cyberbezpieczeństwo, rynek finansowy, krajowy system cyberbezpieczeństwa

JEL: G32, L88, M15, F52

* Bartosz Biderman – doktorant Wojskowej Akademii Technicznej.

** Kamil Mrocza – dr, MBA, Wydział Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych, Uniwersytet Warszawski, dyrektor generalny Urząd Komisji Nadzoru Finansowego.

Legal status of supervision over cybersecurity of the financial market in Poland

Abstract

The essential purpose of the paper is to analyse the legal conditions determining the system of cybersecurity of the financial market in Poland. The authors have performed a dogmatical legal analysis of provisions of the Polish and, partly, EU legislation and then discussed the implementation of the provisions in the financial sector. The analysis covers the role and position of the KNF Board as an authority competent for cybersecurity for the banking sector and the infrastructure of financial markets. The paper also presents a catalogue of the institution's tasks and activities that have been undertaken to perform the tasks properly. The paper includes an in-depth analysis of recommendations and guidelines adopted by the KNF Board in the area of cybersecurity, and points their specific legal nature. The paper also explores the process of establishing the CSIRT KNF team and discusses its special role in building cyber resilience of the Polish cybersecurity system. Special emphasis is placed on the important role of financial education, in particular the need to run awareness-raising and educational campaigns regarding cybersecurity. The conclusions include the authors' free thoughts on the further development of cyber threats and a presentation of ideas on how to prevent them.

Key words: KNF Board, cyber security, financial market, national cyber security system

Wstęp

Cyberbezpieczeństwo w ostatnich kilkudziesięciu miesiącach stało się kluczowym zagadnieniem agendy zarówno instytucji państwowych, jak i innych organizacji, a także osób indywidualnych. Zagadnieniem tym w coraz większym stopniu interesują się również podmioty rynku finansowego. Działania związane z cyberbezpieczeństwem były przedmiotem intensywnych działań legislacyjnych, zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym. Można zaryzykować twierdzenie, że cyberbezpieczeństwo stało się niezwykle istotnym punktem zainteresowania władz, biznesu oraz społeczeństwa. Wynika to z kilku powodów, ale ich szczegółowa analiza wykracza poza ramy niniejszego tekstu. Autorzy ograniczają się bowiem wyłącznie do stwierdzenia, że bardzo istotnym powodem wzrostu zainteresowania cyberbezpieczeństwem była pandemia koronawirusa i wynikająca z tego faktu migracja setek tysięcy procesów do przestrzeni cyfrowej. Ograniczenia w przemieszczaniu się oraz tradycyjnej formie kontaktów zmusiły wiele organizacji do zmiany paradygmatów świadczenia usług oraz zmian w organizacji wewnętrznej. Niezbędne było również praktycznie natychmiastowe przeniesienie procesów wewnętrznych realizowanych w poszczególnych organizacjach, w tym organizacjach szeroko pojętego rynku finansowego, do przestrzeni cyfrowej.

Zasadniczym celem niniejszego artykułu jest analiza uwarunkowań prawnych kształtujących system cyberbezpieczeństwa rynku finansowego w Polsce. W tym celu przeprowadzono dogmatyczno-prawną analizę przepisów prawa krajowego oraz – częściowo – unijnego. Organem właściwym do spraw cyberbezpieczeństwa

dla sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych jest Komisja Nadzoru Finansowego, więc przede wszystkim temu podmiotowi poświęcone jest niniejsze opracowanie. Pełna analiza kompetencji, zadań i ról innych podmiotów tworzących krajowy system cyberbezpieczeństwa wykracza poza założenia badawcze określone przez autorów.

Hipoteza badawcza przyjęta na potrzeby prowadzonych rozważań jest następująca: przepisy prawa krajowego i unijnego kształtującego system cyberbezpieczeństwa rynku finansowego w Polsce będą podlegać ciągłej ewolucji, ponieważ uwarunkowania cyberbezpieczeństwa rynku finansowego, a tym samym wyzwania z nim związane, ulegają dynamicznym zmianom. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiorą akty prawa miękkiego określanego mianem *soft law*, a więc rekomendacje, wytyczne i tzw. listy pasterskie kierowane do podmiotów rynku finansowego. Ich niewątpliwą zaletą – przy zasadniczej wadzie związanej z brakiem mocy wiążącej – jest stosunkowo krótki czas ich przygotowywania i wdrażania. Hipotezą pomocniczą jest twierdzenie, że ukształtowany w ostatnich miesiącach instytucjonalny system cyberbezpieczeństwa będzie względnie stały, a zmiany będą miały charakter dostosowujący i doskonalący. Działania doskonalące skupiać się będą na zagadnieniach związanych z edukacją społeczeństwa, dzięki czemu wzrośnie poziom cyfrowej odporności operacyjnej państwa i jego instytucji, a także podmiotów prowadzących działalność gospodarczą oraz obywateli.

Przyjęte hipotezy będą weryfikowane w procesie badawczym z wykorzystaniem odpowiedzi na następujące pytania: czym jest cyberbezpieczeństwo? Czy termin ten ma legalną definicję w polskim porządku prawnym? Jakie akty prawne regulują kwestie cyberbezpieczeństwa w Polsce? Jak kształtują one instytucjonalny wymiar cyberbezpieczeństwa? Jaką funkcję pełni w systemie cyberbezpieczeństwa Komisja Nadzoru Finansowego? Jakie są kluczowe wyzwania związane z cyberbezpieczeństwem rynku finansowego w Polsce? Jaki wpływ na poziom cyberbezpieczeństwa rynku finansowego mają czynniki geopolityczne, m.in. wojna w Ukrainie? W jaki sposób można zwiększać cyfrową odporność operacyjną rynku finansowego?

1. Cyberbezpieczeństwo – definicja legalna

Mając na uwadze zasadnicze cele badawcze niniejszego artykułu, pominięty zostanie szczegółowy proces konceptualizacji terminu „cyberbezpieczeństwo”. Proces ten był przedmiotem analizy doktryny. Na potrzeby prowadzonych rozważań zostaną przywołane jedynie definicje legalne tego terminu. Zgodnie z art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (dalej: u.k.s.c.) cyberbezpieczeństwo to: „odporność systemów informacyjnych na działania naruszające poufność, integralność, dostępność i autentyczność przetwarzanych danych lub związanych z nimi usług oferowanych przez te systemy”. W piśmiennictwie podkreśla się, że terminowi „cyberbezpieczeństwo” u.k.s.c. nadaje znaczenie zbliżone do zdefiniowanego w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148

z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (dalej: dyrektywa NIS) określenia „bezpieczeństwo sieci i systemów informacyjnych” (Szpor 2019, LEX). Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 2 dyrektywy NIS bezpieczeństwo sieci i systemów informatycznych oznacza odporność sieci i systemów informatycznych, przy danym poziomie zaufania, na wszelkie działania naruszające dostępność, autentyczność, integralność lub poufność przechowywanych lub przekazywanych, lub przetwarzanych danych lub związanych z nimi usług oferowanych lub dostępnych poprzez te sieci i systemy informatyczne. Pobieźna analiza przytoczonych definicji prowadzi do wniosku, że polski ustawodawca pominął występujący w dyrektywie zwrot „przy danym poziomie zaufania”, nadający charakter względny „odporności”, co – zdaniem Grażyny Szpor – może mieć znaczenie w stosowaniu prawa. Druga różnica dotyczy odniesienia samego terminu odporności. Polski ustawodawca odnosi ją do systemów informacyjnych, a ustawodawca unijny do takich systemów i sieci. W piśmiennictwie podkreśla się również, że sporne pozostają kwestie związane z wymienionymi w u.k.s.c. atrybutami bezpieczeństwa informacji, które powinny zostać uzupełnione o rozliczalność, niezawodność i niezaprzeczalność (Mroccka, Maderak, Zieliński 2021, s. 279). Zostały one wskazane w wydanej przez KNF w styczniu 2013 r. Rekomendacji D¹, Rekomendacji D-SKOK oraz wytycznych² dla sektora kapitałowego i ubezpieczeniowego. Stały się one powszechnie używanymi przez rynek finansowy w Polsce.

Analizując termin cyberbezpieczeństwo, należy zwrócić uwagę na treść przepisów prawa unijnego. W myśl rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 cyberbezpieczeństwo to: „nie tylko kwestia związana z technologią, ale kwestia, w przypadku której równie ważne są ludzkie zachowania. Dlatego też należy usilnie propagować ‘cyberhigienę’, czyli proste, rutynowe czynności, których wdrożenie i regularne wykonywanie przez obywateli, organizacje i przedsiębiorstwa minimalizuje ich narażenie na ryzyka związane z cyberzagrożeniami” (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 2019). W tym kontekście na potrzeby przywołanego rozporządzenia przyjęto, że cyberbezpieczeństwo oznacza „działania niezbędne do ochrony sieci i systemów informatycznych, użytkowników takich systemów oraz innych osób przed cyberzagrożeniami”.

W doktrynie słusznie podkreśla się, że *ratio legis* regulacji unijnych, jak i tych z u.k.s.c. jest: „ochrona użytkowników usług kluczowych oraz usług cyfrowych przed negatywną ekspozycją tych użytkowników na ryzyka specyficzne związane

¹ Rekomendacja D dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach przyjęta przez KNF w styczniu 2013 r. (Uchwała Nr 7/2013 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie wydania Rekomendacji D dotyczącej zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach, Dz. Urz. KNF z 2013 r. poz. 5).

² Wytyczne dotyczące zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego odpowiednio dla towarzystw funduszy inwestycyjnych, firm inwestycyjnych, podmiotów infrastruktury runku kapitałowego, zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji oraz powszechnych towarzystw emerytalnych.

z brakiem odpowiedniego poziomu cyberbezpieczeństwa”. Jak stwierdza Paweł Wajda: „prawodawca, określając standard świadczenia usług kluczowych i usług cyfrowych w zakresie cyberbezpieczeństwa, który to standard ma być stosowany przez operatorów usług kluczowych oraz przez dostawców usług cyfrowych, ma za zadanie chronić przede wszystkim końcowych beneficjentów tych usług” (Wajda 2020, s. 12).

Bez wątplenia cyberbezpieczeństwo ma – zwłaszcza w kontekście sytuacji geopolitycznej na świecie – kluczowe znaczenie dla funkcjonowania państwa, jego instytucji, a także rynku finansowego i jego interesariuszy.

2. Ramy prawne krajowego systemu cyberbezpieczeństwa

Termin „krajowy system cyberbezpieczeństwa” (dalej: k.s.c.) został wprowadzony do polskiego porządku prawnego na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa³ (dalej: u.k.s.c.). Regulacja ta wdraża do krajowego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (dyrektywa NIS)⁴. W rządowym uzasadnieniu do projektu u.k.s.c. złożonym w Sejmie w kwietniu 2018 r.⁵ podkreślono, że: „podjęcie prac związanych z kompleksowym uregulowaniem krajowego systemu cyberbezpieczeństwa wynika z jednej strony z potrzeby zapewnienia systemowego podejścia do krajowego systemu cyberbezpieczeństwa w obliczu stale rosnących i dynamicznie zmieniających się zagrożeń cyberbezpieczeństwa dla funkcjonowania państwa, gospodarki i społeczeństwa, a z drugiej strony konieczności wdrożenia do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2016/1148”⁶.

Zakres podmiotowy ustawy zdefiniowano w art. 1 u.k.s.c. Zgodnie z wolą ustawodawcy regulacja ta określa: 1) organizację krajowego systemu cyberbezpieczeństwa oraz zadania i obowiązki podmiotów wchodzących w skład tego systemu; 2) sposób sprawowania nadzoru i kontroli w zakresie stosowania przepisów ustawy; 3) zakres Strategii Cyberbezpieczeństwa RP. Przepisy powołanej ustawy nie mają zastosowania do: przedsiębiorców telekomunikacyjnych, o których mowa w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁷, w zakresie wymogów dotyczących bezpieczeństwa i zgłaszania incydentów; dostawców usług zaufania, którzy podlegają wymogom art. 19 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług

³ Tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1369 z późn. zm.

⁴ Dz. Urz. UE L 194 z 19.07.2016.

⁵ Sejm VIII Kadencji, Rządowy projekt ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, Druk nr 2505.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 576 z późn. zm.

zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE⁸ oraz podmiotów wykonujących działalność leczniczą, tworzonych przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Szefa Agencji Wywiadu.

Wyłączenie z zakresu ustawy przedsiębiorców telekomunikacyjnych może budzić pewne obawy co do kompletności systemu cyberbezpieczeństwa. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni i ich działalność mają istotny wpływ na stan bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni (Piątek 2020, s. 28–29). Podmiotom tym poświęcono jednak odrębną regulację, która definiuje obowiązki i zadania w zakresie cyberbezpieczeństwa. Należy bowiem pamiętać, że odrębność prawnych rozwiązań dotyczących cyberbezpieczeństwa tego sektora ma dłuższą historię w systemie prawa unijnego (Rojszczak 2018, LEX). Analiza tego wątku wykracza jednak poza przyjęte założenia badawcze.

W art. 2 u.k.s.c. zdefiniowano najważniejsze – zdaniem ustawodawcy – terminy związane z krajowym systemem cyberbezpieczeństwa. Przepis ten ma charakter słownika ustawowego.

Drugi z istotnych – obok cyberbezpieczeństwa – terminów definiowanych w ustawie to „incydent”. Jest to w świetle u.k.s.c. zdarzenie, które ma lub może mieć niekorzystny wpływ na cyberbezpieczeństwo. Ustawa wprowadza kilka kategorii incydentów, co jest logiczną konsekwencją wdrażania mechanizmów odpowiedniego reagowania.

Po pierwsze w u.k.s.c. jest mowa o incydencie krytycznym, który skutkuje: „znaczną szkodą dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego, interesów międzynarodowych, interesów gospodarczych, działania instytucji publicznych, praw i wolności obywatelskich lub życia i zdrowia ludzi”. Incydent tego typu jest klasyfikowany przez właściwy CSIRT MON, CSIRT NASK lub CSIRT GOV. Drugi typ incydentu to tzw. incydent poważny, który w myśl u.k.s.c.: „powoduje lub może spowodować poważne obniżenie jakości lub przerwanie ciągłości świadczenia usługi kluczowej”. Ostatni typ incydentu to incydent istotny, który ma istotny wpływ na świadczenie usługi cyfrowej w rozumieniu art. 4 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/151 z dnia 30 stycznia 2018 r. ustanawiającego zasady stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 w odniesieniu do dalszego doprecyzowania elementów, jakie mają być uwzględnione przez dostawców usług cyfrowych w zakresie zarządzania istniejącymi ryzykami dla bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych, oraz parametrów służących do określenia, czy incydent ma istotny wpływ⁹.

Przywołany art. 4 rozporządzenia wykonawczego określa, że dany incydent uznaje się za mający istotny wpływ, jeżeli zaistniała co najmniej jedna z następujących sytuacji: 1) usługa świadczona przez dostawcę usług cyfrowych była niedostępna przez ponad 5 000 000 użytkownikówgodzin, przy czym pojęcie „użytkownikogodzin”

⁸ Dz. Urz. UE L 257 z 28.08.2014.

⁹ Dz. Urz. UE L 26 z 31.01.2018.

odnosi się do liczby dotkniętych incydem użytkowników w Unii przez okres sześćdziesięciu minut; 2) incydent doprowadził do utraty integralności, autentyczności lub poufności przechowywanych lub przekazywanych, bądź przetwarzanych danych lub powiązanych usług, oferowanych, bądź dostępnych poprzez sieci i systemy informatyczne dostawcy usług cyfrowych, która dotknęła ponad 100 000 użytkowników w Unii; 3) incydent spowodował ryzyko dla bezpieczeństwa publicznego lub ryzyko wystąpienia ofiar śmiertelnych; lub 4) incydent wyrządził co najmniej jednemu użytkownikowi w Unii stratę materialną, której wysokość przekracza 1 000 000 EUR.

Krajowy ustawodawca w u.k.s.c. wprowadził również do porządku prawnego pojęcie incydemu w podmiocie publicznym. Jest to incydent, który powoduje lub może spowodować obniżenie jakości lub przerwanie realizacji zadania publicznego realizowanego przez podmiot publiczny. Podmioty, których dotyczy ten obowiązek, to m.in. jednostki sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 9 pkt 1–6, 8, 9, 11 i 12 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (u.f.p.)¹⁰, instytuty badawcze, Narodowy Bank Polski, Bank Gospodarstwa Krajowego, Urząd Dozoru Technicznego, Polską Agencję Żegluga Powietrznej, Polskie Centrum Akredytacji, Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz wojewódzkie fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej, a także spółki prawa handlowego wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹¹.

Zdaniem Grażyny Szpor definicje dotyczące incydemów przyjęte w art. 2 pkt 6–9 u.k.s.c. obarczone są błędem formalnym (*idem per idem*), polegającym na powtórzeniu słowa definiowanego w jego objaśnieniu (*definiens* i *definiendum* zawierają to samo słowo odpowiednio: poważny/e, istotny, podmiot publiczny) (Szpor 2019).

W celu zapewnienia przejrzystości i spójności działania u.k.s.c. objaśnia również pojęcie obsługi incydemu. Są to czynności umożliwiające wykrywanie, rejestrowanie, analizowanie, klasyfikowanie, priorytetyzację, podejmowanie działań naprawczych i ograniczenie skutków incydemu. W *Podręczniku postępowania z incydemami naruszenia bezpieczeństwa komputerowego*, wydanym w 2021 r. przez Pełnomocnika Rządu ds. Cyberbezpieczeństwa, podkreślono, że obsługa incydemu stanowi proces reakcji na incydent składający się z kilku faz. Fazy te przedstawia rysunek 1.

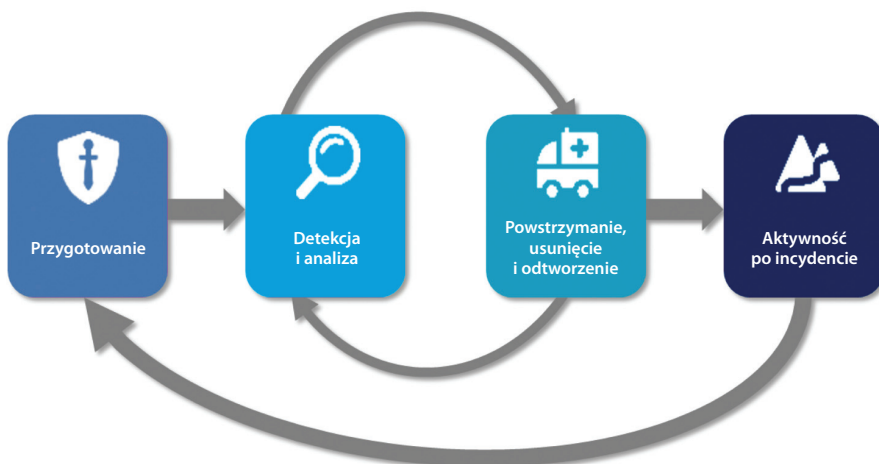
Ustawodawca definiuje również w u.k.s.c. termin „podatność”. Jest to właściwość systemu informacyjnego, która może być wykorzystana przez zagrożenie cyberbezpieczeństwa. W doktrynie słusznie podkreśla się, że podatność oznacza *de facto* jego słabość, tj. brak odporności na incydent (Radoniewicz 2019). Krzysztof Liderman twierdzi natomiast, że podatność to: „luka lub wada, która może być wykorzystana przez zagrożenia do spowodowania szkód w systemie informacyjnym organizacji lub w jej działalności” (Liderman 2018, s. 67–82). Warto przypomnieć, że podatności: „w wielu przypadkach wynikają z braku odpowiedniej higieny bezpieczeństwa

¹⁰ Dz.U. z 2019 r. poz. 869, z późn. zm.

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 712 i 2020.

infrastruktury sieciowej, ale nie tylko. Mogą być również wynikiem niedostatecznej znajomości obsługi danego rozwiązania lub powstać w trakcie jego eksploatacji, np. w wyniku odejścia z pracy jedynego pracownika przeszkolonego w obsłudze danego rozwiązania” (Banasiński i in. 2020).

Rysunek 1. Cykl życia reakcji na incydent



Źródło: *Podręcznik postępowania z incydentami naruszenia bezpieczeństwa komputerowego*, wer. 1.0, Pełnomocnik Rządu ds. Cyberbezpieczeństwa, Warszawa 2021, s. 39.

W kontekście incydentów niezbędne jest również zwrócenie uwagi na pojęcie „zarządzanie incydem”. Wedle przepisów u.k.s.c. jest to obsługa incydemtu, wyszukiwanie powiązań między incydemtami, usuwanie przyczyn ich wystąpienia oraz opracowywanie wniosków płynących z obsługi incydemtu.

Pod pojęciem „system informacyjny” przepisy u.k.s.c. definiują w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, system teleinformatyczny wraz z przetwarzanymi w nim danymi w postaci elektronicznej¹². Ustawa niniejsza definiuje system teleinformatyczny jako zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania zapewniający przetwarzanie, przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne¹³.

Analizowana regulacja definiuje również kwestie związane z procesem zarządzania ryzykiem. Mianem ryzyka zgodnie z regulacjami u.k.s.c. definiuje się kombinację

¹² Dz.U. z 2020 r. poz. 346, 568 i 695.

¹³ Dz.U. z 2021 r. poz. 576.

prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia niepożądanego i jego konsekwencji. Z kolei szacowanie ryzyka to – zgodnie z intencją ustawodawcy – całościowy proces identyfikacji, analizy i oceny ryzyka. Należy również podkreślić, że ustawa objaśnia pojęcie zarządzania ryzykiem, przez które rozumie skoordynowane działania w zakresie zarządzania cyberbezpieczeństwem w odniesieniu do oszacowanego ryzyka.

Niezbędne jest również podkreślenie, że analizowana regulacja definiuje usługę cyfrową. W myśl u.k.s.c. jest to usługa świadczona drogą elektroniczną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹⁴. W załączniku nr 2 do u.k.s.c. zdefiniowano trzy usługi. Są to: internetowa platforma handlowa¹⁵, usługa przetwarzania w chmurze¹⁶ oraz wyszukiwarka internetowa¹⁷. Ustawodawca wyszczególnił również pojęcie usługi kluczowej. Jest to usługa, która ma kluczowe znaczenie dla utrzymania krytycznej działalności społecznej lub gospodarczej, wymieniona w wykazie usług kluczowych.

Ustawa definiuje również trzy Zespoły Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego (CSIRT). Są to: 1) CSIRT GOV działający na poziomie krajowym, prowadzony przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego; 2) CSIRT MON działający na poziomie krajowym, prowadzony przez Ministra Obrony Narodowej; 3) CSIRT NASK działający na poziomie krajowym, prowadzony przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy. W piśmiennictwie podkreśla się, że w art. 9 dyrektywy NIS mowa jest o „Computer security incident response teams” (CSIRTs), ale w polskiej wersji językowej zastosowano liczbę pojedynczą, co: „skutkuje błędami gramatycznymi (składni) w całym tekście polskiej wersji tego przepisu” (Szpor 2019).

Ustawodawca zdecydował się również na sformułowanie w formie przepisu prawnego celu funkcjonowania krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. Zgodnie z brzmieniem art. 3 u.k.s.c. system ma zapewnić cyberbezpieczeństwo na poziomie krajowym, w tym niezakłócone świadczenia usług kluczowych i usług cyfrowych, przez osiągnięcie odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa systemów informacyjnych służących do świadczenia tych usług, oraz zapewnić obsługę incydentów. Nie ulega wątpliwości, że przywołane powyżej cele szczegółowe nie wyczerpują wszystkich funkcji przypisanych systemowi cyberbezpieczeństwa RP. Świadczy o tym użyte przez ustawodawcę wyrażenie „w szczególności”. Można zatem przyjąć, że spośród wielu, dwa cele szczegółowe były kluczowe dla ustawodawcy.

¹⁴ Dz.U. z 2020 r. poz. 344.

¹⁵ Jest to usługa, która umożliwia konsumentom lub przedsiębiorcom zawieranie umów drogą elektroniczną z przedsiębiorcami za pośrednictwem strony internetowej platformy handlowej albo strony internetowej przedsiębiorcy, który korzysta z usług świadczonych przez internetową platformę handlową.

¹⁶ Usługa umożliwiającą dostęp do skalowalnego i elastycznego zbioru zasobów obliczeniowych do wspólnego wykorzystywania przez wielu użytkowników.

¹⁷ Usługa, która umożliwia użytkownikom wyszukiwanie wszystkich stron internetowych lub stron internetowych w danym języku za pomocą pytania poprzez wpisanie słowa kluczowego, wyrażenia lub innego elementu, przedstawiająca w wyniku przedmiotowego wyszukiwania odnośniki, związane z tematem pytania lub wpisanego hasła.

Krajowy system cyberbezpieczeństwa w ujęciu podmiotowym obejmuje bardzo dużą liczbę podmiotów. W u.k.s.c. wymieniono z nazwy wyłącznie wybrane podmioty, m.in. Narodowy Bank Polski, Bank Gospodarstwa Krajowego, Urząd Dozoru Technicznego, Polską Agencję Żeglugi Powietrznej oraz Polskie Centrum Akredytacji. W pozostałym zakresie ustawa tworzy nowe kategorie – np. operatorów i dostawców usług kluczowych, organy właściwe do spraw cyberbezpieczeństwa oraz odsyła do innych aktów prawnych, m.in. u.f.p. W kontekście u.f.p. ustawodawca objął systemem jednostki sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 9 pkt 1–6, 8, 9, 11 i 12 tej ustawy.

3. Pozycja, rola i zadania Komisji Nadzoru Finansowego w systemie cyberbezpieczeństwa rynku finansowego

Jak stwierdzono powyżej, KNF jest organem właściwym do spraw cyberbezpieczeństwa dla sektora bankowego i infrastruktury rynków finansowych. Wynika to z brzmienia art. 41 pkt 4 u.k.s.c.

Zadania organów właściwych do spraw cyberbezpieczeństwa zdefiniowano w art. 42 u.k.s.c. Przepis ten definiuje jedenaście zadań, które realizuje każdy z organów, niezależnie od innych uregulowań zawartych w przepisach szczególnych. Organy właściwe odpowiadają za: 1) prowadzenie bieżącej analizy podmiotów w danym sektorze lub podsektorze pod kątem uznania ich za operatora usługi kluczowej lub niespełniania warunków kwalifikujących podmiot jako operatora usługi kluczowej; 2) wydawanie decyzji o uznaniu podmiotu za operatora usługi kluczowej albo decyzji stwierdzających wygaśnięcie decyzji o uznaniu podmiotu za operatora usługi kluczowej; 3) niezwłocznie po wydaniu decyzji o uznaniu za operatora usługi kluczowej albo decyzji stwierdzającej wygaśnięcie decyzji o uznaniu za operatora usługi kluczowej przekazanie do ministra właściwego do spraw informatyzacji wniosku o wpisanie do wykazu operatorów usług kluczowych albo wykreślenie z tego wykazu; 4) składanie wniosków o zmianę danych w wykazie operatorów usług kluczowych; 5) przygotowywanie we współpracy z CSIRT NASK, CSIRT GOV, CSIRT MON i sektorowymi zespołami cyberbezpieczeństwa rekomendacji dotyczących działań mających na celu wzmocnienie cyberbezpieczeństwa, w tym wytycznych sektorowych dotyczących zgłaszania incydentów; 6) monitorowanie stosowania przepisów ustawy przez operatorów usług kluczowych i dostawców usług cyfrowych; 7) wzywanie na wniosek CSIRT NASK, CSIRT GOV lub CSIRT MON operatorów usług kluczowych lub dostawców usług cyfrowych do usunięcia w wyznaczonym terminie podatności, które doprowadziły lub mogły doprowadzić do incydentu poważnego, istotnego lub krytycznego; 8) prowadzenie kontroli operatorów usług kluczowych i dostawców usług cyfrowych; 9) prowadzenie współpracy z właściwymi organami państw członkowskich Unii Europejskiej; 10) przetwarzanie informacji dotyczących świadczonych usług kluczowych i usług cyfrowych oraz operatorów usług kluczowych lub dostawców usług cyfrowych w zakresie niezbędnym do realizacji zadań wynikających z ustawy;

11) uczestniczenie w ćwiczeniach w zakresie cyberbezpieczeństwa organizowanych w Rzeczypospolitej Polskiej lub w Unii Europejskiej.

Przywołany przepis ma charakter normy ustrojowej w zakresie krajowego systemu cyberbezpieczeństwa. Celem ustawodawcy było zdefiniowanie katalogu zadań i obowiązków, które muszą realizować podmioty systemu cyberbezpieczeństwa, określane jako organy właściwe do spraw cyberbezpieczeństwa. Co istotne, katalog ten obejmuje nie tylko obowiązki, ale również uprawnienia tych organów.

W ust. 3 art. 42 ustawodawca w u.k.s.c. ustanowił mechanizm delegowania realizacji zadań. Przepis ten przewiduje, że organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa może powierzyć realizację, w jego imieniu, niektórych zadań jednostkom podległym lub nadzorowanym przez ten organ. W regulacji tej dookreślona została również forma prawna owego powierzenia. Powierzenie następuje na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy organem a podmiotem, któremu powierzono zadania. Obowiązkiem prawnym jest zawarcie w przedmiotowym porozumieniu zasad sprawowania przez organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa kontroli nad prawidłowym wykonywaniem powierzonych zadań. Warunek ten jest obligatoryjny, wobec czego nie może zostać pominięty. Brak mechanizmów kontroli sposobu wykonywania powierzonych zadań może być podstawą nieważności porozumienia oraz powodować odpowiedzialność po stronie organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa. Można bowiem przyjąć, że celem przyjęcia tego przepisu była konieczność ustanowienia mechanizmów walidacji prawidłowości realizacji istotnych zadań państwa.

Ustawa przewiduje również obowiązki informacyjne związane z zawarciem porozumienia. Na organie właściwym ciąży obowiązek ogłoszenia komunikatu o zawarciu porozumienia w dzienniku urzędowym organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa. W komunikacie wskazuje się informacje o: 1) adresie strony internetowej, na której zostanie zamieszczona treść porozumienia wraz ze stanowiącymi jego integralną treść załącznikami; 2) terminie, od którego porozumienie będzie obowiązywało.

Po wejściu w życie w 2018 r. Ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa Komisja Nadzoru Finansowego za operatorów usługi kluczowej (OUK) uznała 15 podmiotów z sektora bankowego i SKOK oraz 4 inne podmioty należące do infrastruktury rynku finansowego. Rok później – w 2019 roku – KNF przyznała status OUK dwóm innym podmiotom oraz zdecydowała o wygaśnięciu tej decyzji dla jednego podmiotu. Obecnie – w połowie 2022 roku – KNF za OUK uznaje 20 podmiotów.

KNF w swojej misji przygotowuje we współpracy z zespołami CSIRT poziomu krajowego, jak i z sektorowymi zespołami, rekomendacje działań mających na celu wzmocnienie cyberbezpieczeństwa, zwłaszcza w obszarze sektora finansowego. KNF monitoruje stosowanie u.k.s.c. przez OUK-i w swoim sektorze. Art. 42 ust. 1 pkt 7 u.k.s.c. mówi, że na wniosek CSIRT-ów krajowych KNF może również wezwać OUK-i lub dostawców usług kluczowych do usunięcia w wyznaczonym terminie podatności, które doprowadziły lub mogły doprowadzić do incydentu poważnego,

istotnego lub krytycznego. KNF ma również kompetencję do kontrolowania operatorów usług kluczowych i dostawców usług cyfrowych.

Weryfikacja spełnienia przez OUK wymagań ustawowych jest realizowana zarówno poprzez kontrole, jak i w formie działań analitycznych prowadzonych w osobnym (od strumienia nadzorczego) strumieniu wymiany informacji. Katalog obowiązków podmiotu kontrolowanego ustawodawca określił w art. od 56 do 59 u.k.s.c. ustawy, zawierając w nich również wiele praw przysługujących kontrolującemu.

W kolejnych ustępach art. 42 u.k.s.c., została przewidziana możliwość powołania Pojedynczego Punktu Kontaktowego przy KNF do prowadzenia współpracy z właściwymi organami państw członkowskich Unii Europejskiej. KNF ma uprawnienia do przetwarzania informacji, w tym danych osobowych, dotyczących świadczonych usług kluczowych oraz OUK-ów w zakresie niezbędnym do realizacji zadań wynikających z ustawy. KNF na mocy ustawy uczestniczy również w ćwiczeniach w zakresie cyberbezpieczeństwa organizowanych w RP lub UE. Jednym z przykładów tego rodzaju uprawnień może być udział KNF w ćwiczeniach KSC EXE 2020.

Rola KNF jako organu właściwego do spraw cyberbezpieczeństwa nie kończy się jedynie na wypełnianiu obowiązków ustawowych uregulowanych w 42 art. u.k.s.c., ale obejmuje również aktywny udział w kształtowaniu krajowego systemu cyberbezpieczeństwa poprzez bezpośrednią współpracę z uczestnikami tego systemu oraz organami europejskimi. Przykładem takich działań mogą być np. spotkania z przedstawicielami Komisji Europejskiej oceniającymi stan wdrożenia Dyrektywy NIS w prawodawstwie polskim, określenie zasad komunikacji pomiędzy UKNF a CSIRT NASK dotyczących współpracy w ramach ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, współpraca z NASK PIB w zakresie opracowania poradnika dla operatorów usług kluczowych oraz organów właściwych.

4. Sektorowy zespół cyberbezpieczeństwa rynku finansowego – CSIRT KNF

Ustawodawca krajowy, dążąc do zwiększenia skuteczności i efektywności systemu cyberbezpieczeństwa, wprowadził możliwość powoływania tzw. sektorowych zespołów do spraw cyberbezpieczeństwa. Możliwość taką daje art. 44 u.k.s.c., zgodnie z którym organ właściwy do spraw cyberbezpieczeństwa może ustanowić, na podstawie odrębnych przepisów, sektorowy zespół cyberbezpieczeństwa dla danego sektora lub podsektora wymienionego w załączniku nr 1 do ustawy. Zespół taki odpowiada w szczególności za: 1) przyjmowanie zgłoszeń o incydentach poważnych oraz wsparcie w obsłudze tych incydentów; 2) wspieranie operatorów usług kluczowych w wykonywaniu obowiązków określonych w u.k.s.c.¹⁸; 3) analizowanie incydentów poważnych, wyszukiwanie powiązań pomiędzy incydentami oraz

¹⁸ Mowa tu o obowiązkach w art. 8, art. 9, art. 10 ust. 1–3, art. 11 ust. 1–3, art. 12 i art. 13 u.k.s.c.

opracowywanie wniosków z obsługi incydentu; oraz 4) współpracę z właściwym CSIRT MON, CSIRT NASK i CSIRT GOV w zakresie koordynowania obsługi incydentów poważnych.

Ustawa dopuszcza możliwość powołania zespołu cyberbezpieczeństwa dla sektora bankowości i infrastruktura rynków finansowych. Zgodnie z brzmieniem załącznika nr 1 do u.k.s.c. obejmuje on następujące podmioty: instytucje kredytowe¹⁹, banki krajowe²⁰, oddziały banków zagranicznych²¹, oddziały instytucji kredytowych²², spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe²³, podmiot prowadzący rynek regulowany²⁴ oraz podmioty, o których mowa w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi²⁵.

Powstanie zespołu CSIRT dla sektora finansowego wynika więc z ewolucji modelu nadzoru oraz analizy zagrożeń i wyzwań związanych z cyberbezpieczeństwem. Utworzenie CSIRT KNF było również odpowiedzią na postulaty podmiotów nadzorowanych, chcących wzmocnienia działań i polepszenia ich koordynacji w walce z cyberzagrożeniami. Analiza dotychczasowego modelu funkcjonowania wykazała, że poszczególne przedsięwzięcia pojedynczych podmiotów w walce z cyberzagrożeniami są nieefektywne i niemiarodajne. Konieczne było między innymi zapewnienie wymiany informacji pomiędzy podmiotami z różnych obszarów polskiego rynku finansowego. Obserwacja trendów cyberprzestępczości wykazała, że niezbędne jest powołanie zespołu mającego na celu całościowe podejście do walki z cyberzagrożeniami, działającego globalnie i reagującego jednocześnie w wielu obszarach.

Powołanie takiego zespołu wymagało zmiany postrzegania nadzoru przez podmioty rynku finansowego. Konieczne było wytworzenie relacji zaufania pomiędzy zespołem a podmiotami nadzorowanymi. Wyzwaniem było zarówno utworzenie zasad i procedur pozwalających podmiotom nadzorowanym na zgłaszanie incydentów bez np. ryzyka wykorzystania tej wiedzy w późniejszych czynnościach przez zespół (np. w inspekcjach), jak i nakłonienie ich do dzielenia się tą wiedzą. Co istotne, żadne informacje uzyskane w trakcie pracy operacyjnej CSIRT KNF nie są przekazywane do organu nadzoru, pozostając tylko i wyłącznie w relacji CSIRT KNF – podmiot zgłaszający incydent.

¹⁹ Instytucje kredytowe, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, Dz.U. z 2017 r. poz. 1876, z późn. zm.

²⁰ Banki krajowe, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe.

²¹ Oddziały banków zagranicznych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe.

²² Oddziały instytucji kredytowych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe.

²³ Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe w rozumieniu ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, Dz.U. z 2017 r. poz. 2065, z późn. zm.

²⁴ Podmiot prowadzący rynek regulowany, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, Dz.U. z 2017 r. poz. 1768, z późn. zm.

²⁵ Mowa tu o podmiotach, o których mowa w art. 3 pkt 49 oraz art. 48 ust. 7 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

Budowa zespołu CSIRT KNF przebiegała etapowo; najpierw skupiała się na realizacji zadań przewidzianych w art. 44 u.k.s.c. dotyczącym sektorowego zespołu cyberbezpieczeństwa, a następnie zostały dodane kolejne zadania mające na celu wzmocnienie podmiotów rynku finansowego w walce z cyberzagrożeniami.

Jednym z pierwszych, pozaustawowych działań zespołu jest wyszukiwanie i analiza fałszywych stron phishingowych. Powstawanie CSIRT KNF zbiegło się z wybuchem pandemii koronawirusa, na skutek czego większość działań konsumentów przeniosła się do internetu. W związku z tym wprost proporcjonalnie wzrosła liczba stron fałszywych, mających na celu oszukanie klientów i kradzież ich środków finansowych. Zespół na bieżąco wyszukiuje pojedyncze złośliwe domeny, identyfikuje bieżące kampanie oszustów, i im przeciwdziałają.

Kolejnym działaniem CSIRT KNF jest *Threat Intelligence* – gromadzenie i analizowanie informacji o aktualnych i potencjalnych atakach, zagrażających bezpieczeństwu podmiotów sektora finansowego i ich zasobom. Wyniki działań analitycznych przekazywane są nie tylko podmiotom z sektora, lecz również pozostałemu zespołowi CSIRT poziomu krajowego, a w niektórych przypadkach również innym zespołom cyberbezpieczeństwa.

CSIRT KNF w ramach swoich działań analizuje również pozyskane przez siebie próbki złośliwego oprogramowania. Analiza wsteczna pozwala zbadać charakterystykę oraz sposób działania oprogramowania. Raporty opisujące analizę udostępniane są podmiotom nadzorowanym, a następnie publikowane na stronie CSIRT KNF w formie artykułów.

Członkowie zespołu na bieżąco monitorują fora i czaty grup przestępczych, zarówno te umieszczone w zasobach Open Web, jak i Dark Netu. Celem tego działania jest jak najwcześniejsze wykrycie potencjalnych ataków oraz zdobycie wiedzy o formie działania przestępców. Pozyskane informacje są poddawane wnikliwej analizie, a następnie przekazywane podmiotom nadzorowanym.

CSIRT KNF opracowuje również rekomendacje w zakresie przeciwdziałania cyberzagrożeniom. W przypadku wykrycia nowego zagrożenia Zespół przygotowuje dokument mający na celu mitygację skutków zagrożenia. Rekomendacja, w zależności od potrzeby, przekazywana jest szerszej lub węższej grupie odbiorców (podmiotów). Część z rekomendacji podawana jest do publicznej wiadomości (Dobre praktyki 2022).

Ostatnim, niezmiernie istotnym działaniem Zespołu jest misja edukacyjna. Członkowie CSIRT KNF prowadzą w zakresie obszaru cyberbezpieczeństwa szkolenia, wykłady, pogadanki z zainteresowanymi podmiotami, szkołami i uczelniami. Dodatkowo w mediach społecznościowych CSIRT KNF regularnie publikowane są ostrzeżenia o najświeższych kampaniach cyberoszustów. Artykuły ostrzegające przed bieżącymi zagrożeniami publikowane są zarówno na stronie Zespołu, jak i w tradycyjnej prasie. Dla ułatwienia działań zostało powołane Centrum Edukacji dla Bezpieczeństwa Rynku Finansowego KNF, w ramach którego planowane jest rozszerzenie grupy docelowej i wzmocnienie filaru edukacji.

5. Rekomendacje i wytyczne KNF (*soft law*) jako narzędzie wzmacniające odporność cyfrową rynku finansowego

Nie ulega wątpliwości, że dynamiczne otoczenie społeczno-polityczne i gospodarcze wymusza na organach prawotwórczych pragmatyczne podejście do prawa. Ma ono wzmacniać działania związane z aktualnymi problemami i wyzwania w obszarze cyberbezpieczeństwa. Aleksandra Nadolska zauważa, że: „ostatni globalny kryzys finansowy zrewolucjonizował podejście do tworzenia, rozumienia i stosowania prawa rynku finansowego w UE i poszczególnych państwach członkowskich, skutkując przyjęciem nowego paradygmatu regulacyjnego opartego na wzajemnej zależności prawa ‘twardego’ i ‘miękkiego’”. Jej zdaniem: „*ius cogens, ius dispositivum* i *soft law* wzajemnie oplatają się, raz się krzyżując, a innym razem oddalając, współtworząc stałą tkankę prawa rynku finansowego, niezdolną już do podziałów i całkowitego rozróżnienia. W takim ujęciu *soft law* stanowi źródło tego prawa. Określa ono hierarchiczne relacje pomiędzy różnymi aktami prawnymi i zasady obowiązujące w przypadku rozbieżności w stosowaniu tych aktów” (Nadolska 2021, s. 9).

W doktrynie podkreśla się również, że *soft law* można postrzegać jako odpowiedź na problemy społeczne i ekonomiczne, których nie udaje się rozwiązać w sposób satysfakcjonujący na poziomie prawa unijnego i krajowego przy wykorzystaniu aktów prawnie wiążących (Dąbrowska 2005). Marcin Pietrzyk trafnie podkreśla, że *soft law* zapewnia elastyczność, podążając za wyzwaniami, którym sprostać musi system prawny. Dodaje również, że *soft law* może być stanowione i zmieniane bez zbędnej zwłoki i długotrwałych procedur legislacyjnych, co pozwala na ciągłe eksperymentowanie i dostosowywanie do zmieniających się potrzeb (Pietrzyk 2015).

Jak wspomniano powyżej, celem nadzoru nad rynkiem finansowym jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do niego, a także zapewnienie ochrony interesów wszystkich jego uczestników. W tym kontekście zadaniem KNF jest również ochrona prawna rynku finansowego. W nowszej doktrynie podkreśla się, że KNF pełni m.in.: „funkcję regulacyjną, dzięki której wydaje akty nadzorcze *sensu largo* obejmujące specyficzne (nienormatywne) dla rynku finansowego instrumenty prawne o charakterze miękkim – w szczególności rekomendacje, wytyczne i listę ostrzeżeń publicznych” (Nadolska 2021, s. 12).

Należy również zauważyć, że w ostatnich latach rysuje się tendencja odchodzenia od wiążących (twardych) norm prawa rynku finansowego w kierunku zasad i tzw. prawa miękkiego (*soft law*). Zdaniem cytowanej już Nadolskiej: „*soft law*, chociaż nie mają charakteru prawnie obowiązującego, często mogą torować drogę standardom prawnie wiążącym” (Nadolska 2021, s. 15). Zagadnienia związane z charakterem *soft law* budzą żywe zainteresowanie doktryny, jednak szczegółowa analiza tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Warto jednak zaznaczyć, że zdaniem uznanego przedstawiciela doktryny i praktyki Aleksandra Chłopeckiego: „miękkie prawo” stanowi element systemu prawnego zarówno w rozumieniu prawa europejskiego, jak i prawa polskiego. Ta konstatacja zdaje się umykać regulatorom i części środowiska

prawniczego” (Chłopecki 2013, s. 34). Rację ma również Paweł Wajda pisząc, że KNF w drodze rekomendacji dokonuje dookreślenia treści pojęć ustawowych, które często są nieostre. Jego zdaniem rekomendacje pozwalają nadzorowanym podmiotom uzyskać dostęp do wiedzy określającej lub będącej podstawą dla podejścia organu nadzoru w zakresie rozumienia pojęć niedookreślonych wykorzystywanych w treści przepisów prawa powszechnie obowiązującego, stanowiących podstawę prawną dla regulacji rynku finansowego (Wajda 2016, s. 125).

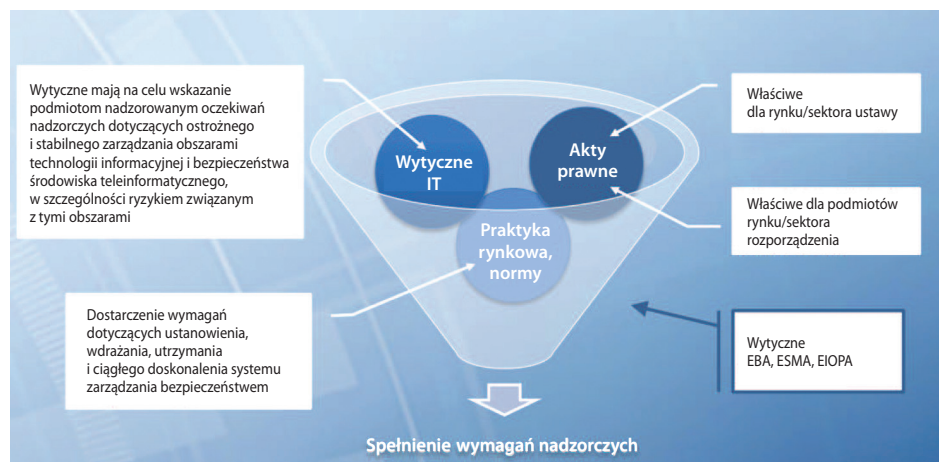
Rodzima nauka prawa uznaje KNF za organ regulacyjny (Hoff 2005, s. 37–54). Ma to istotne konsekwencje związane z kompetencjami prawotwórczymi tego organu. W doktrynie podkreśla się, że KNF realizując tę funkcję samodzielnie wprowadza akty, z których wynikają normy abstrakcyjno-generalne w stosunku do podmiotów nadzorowanych (Głuchowski 2010, s. 141 i nast.). Podstawy prawne do wydawania rekomendacji sformułowano w kilku aktach prawnych. Warto tu przywołać m.in. art. 137 ustawy Prawo bankowe (Ustawa *Prawo bankowe* 1997). Mówi on, że KNF może wydawać rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami. W ust. 2 tego przepisu ograniczono częściowo to prawo wskazując, że w przypadku gdy rekomendacje odnoszą się do spraw mogących dotyczyć nadzoru makroostrożnościowego, o którym mowa w ustawie o nadzorze makroostrożnościowym, KNF wydaje takie rekomendacje po zasięgnięciu opinii Komitetu Stabilności Finansowej (Ustawa *o nadzorze makroostrożnościowym* 2015). W nowszej doktrynie podkreśla się jednak, że rekomendacje nie mają charakteru wiążącego dla banków i stanowią jedynie „kodeksy” dobrych praktyk w zakresie funkcjonowania banków (Lewandowski 1997; Krzyżewski 2000; Czech 2009; Olszak 2010; Ochnio 2013; Ofiarski 2017). W podobnym tonie wypowiada się judykatura. W wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi (Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi 2019) stwierdzono, że: „rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego nie mają w polskim systemie prawnym charakteru źródeł prawa, jednakże są wyznacznikiem dobrych obyczajów w relacjach banku z konsumentem” (Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi 2019).

Zbliżoną kompetencję KNF zdefiniowano w art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Ustawa *o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych* 2009). Przepis ten stanowi, że KNF może wydawać, po zasięgnięciu opinii Kasy Krajowej, rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania kasami. Nie jest jasne, czy opinia Kasy Krajowej SKOK ma charakter wiążący, jednak należy podkreślić, że ograniczenie kompetencji organu nadzoru i regulatora jest niewłaściwe, i powinno zostać wyeliminowane. Interesy organu nadzoru i podmiotów nadzorowanych mogą być częściowo rozbieżne.

Podstawy prawne do wydawania rekomendacji zawiera również ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Ustawa *o usługach płatniczych* 2011). W art. 102 ust. 2 precyzuje, że KNF może wydawać rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania krajowymi instytucjami płatniczymi, mając na uwadze ochronę interesów użytkowników lub posiadaczy pieniądza elektronicznego.

Obok rekomendacji KNF należy również wyszczególnić wytyczne, które mają na celu wskazanie podmiotom nadzorowanym oczekiwań nadzorczych dotyczących ostrożnego i stabilnego zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa teleinformatycznego, w szczególności ryzykiem związanym z tymi obszarami. Należy również zwrócić uwagę na praktykę rynkową oraz normy i standardy, które są istotne dla zapewnienia odpowiedniego poziomu cyberbezpieczeństwa. Kompleksowe podejście do wymagań nadzorczych obejmuje wobec tego zarówno „twarde prawo”, jak i *soft law* (krajowe i unijne). Szczegóły prezentuje rysunek 2.

Rysunek 2. Kompleksowe podejście do wymagań nadzorczych w zakresie cyberbezpieczeństwa



Źródło: opracowanie własne.

Mając na uwadze tematykę artykułu, poniżej scharakteryzowane zostaną rekomendacje i wytyczne, które zostały sformułowane przez KNF. Poza głównym nurtem rozważań pozostaną wytyczne europejskich organów nadzoru.

Kluczową z perspektywy omawianych tu zagadnień jest *Rekomendacja D dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach* przyjęta przez KNF w styczniu 2013 r. Ma ona na celu wskazanie bankom oczekiwań nadzorczych dotyczących ostrożnego i stabilnego zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego, w szczególności ryzykiem związanym z tymi obszarami. Jak podkreślono w treści tego dokumentu, rekomendacja D powinna być traktowana jako dopełnienie *Rekomendacji M dotyczącej zarządzania ryzykiem operacyjnym w bankach* w obszarach technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego), ale również m.in. z ryzykiem utraty reputacji i ryzykiem strategicznym.

W rekomendacji D sformułowano 22 rekomendacje. Zostały one uporządkowane w ramach czterech obszarów: 1. Strategia i organizacja obszarów technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego; 2. Rozwój środowiska teleinformatycznego; 3. Utrzymanie i eksploatacja środowiska teleinformatycznego; oraz 4. Zarządzanie bezpieczeństwem środowiska teleinformatycznego.

W obszarze „Strategia i organizacja obszarów technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego” sformułowano 5 rekomendacji. Pierwsza mówi, że rada nadzorcza banku powinna nadzorować funkcjonowanie obszarów technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego, natomiast zarząd banku powinien sprawić, aby powyższe obszary zarządzane były w sposób poprawny i efektywny. W rekomendacji drugiej podkreślono, że w banku powinien funkcjonować sformalizowany system informacji zarządczej w zakresie obszarów technologii informacyjnej oraz bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego, zapewniający każdemu z odbiorców informacji właściwy poziom wiedzy o tych obszarach. Kolejna trzecia rekomendacja stanowi, że bank powinien opracować i wdrożyć strategię w zakresie obszarów technologii informacyjnej oraz bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego, zgodną ze strategią działania banku. W czwartej rekomendacji przyjęto, że bank powinien określić zasady współpracy oraz zakresy odpowiedzialności obszaru biznesowego, technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego, pozwalające na efektywne i bezpieczne wykorzystanie potencjału środowiska teleinformatycznego w działalności banku. Ostatnia, piąta rekomendacja precyzuje, że rozwiązania organizacyjne oraz zasoby ludzkie w obszarach technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego banku powinny być adekwatne do jego profilu ryzyka i specyfiki działalności oraz pozwalać na efektywną realizację działań w tych obszarach.

Drugi obszar „Rozwój środowiska teleinformatycznego” zawiera dwie rekomendacje. Pierwsza z nich wskazuje, że bank powinien mieć sformalizowane zasady prowadzenia projektów w zakresie środowiska teleinformatycznego, adekwatne do skali i specyfiki realizowanych projektów. Druga zakłada, że systemy informatyczne banku powinny być rozwijane w sposób zapewniający wsparcie jego działalności oraz uwzględniający wymogi bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego.

Najbardziej rozbudowana sekcja „Utrzymanie i eksploatacja środowiska teleinformatycznego” definiuje 10 rekomendacji²⁶. Zawierają one wiele oczekiwań związa-

²⁶ (1) Bank powinien mieć sformalizowane zasady zarządzania danymi wykorzystywanymi w ramach prowadzonej działalności, obejmujące w szczególności zarządzanie architekturą oraz jakością danych i zapewniające właściwe wsparcie działalności banku. (2) Bank powinien mieć sformalizowane zasady dotyczące zarządzania infrastrukturą teleinformatyczną, w tym jej architekturą, poszczególnymi komponentami, wydajnością i pojemnością oraz dokumentacją, zapewniające właściwe wsparcie działalności banku oraz bezpieczeństwo przetwarzanych danych. (3) Bank powinien mieć sformalizowane zasady współpracy z zewnętrznymi dostawcami usług informatycznych, zapewniające bezpieczeństwo danych i poprawność działania środowiska teleinformatycznego, uwzględniające również usługi świadczone przez podmioty należące do grupy kapitałowej banku. (4) Bank powinien mieć sformalizowane zasady oraz mechanizmy techniczne zapewniające właściwy poziom kontroli dostępu logicznego do danych i informacji oraz dostępu fizycznego do kluczowych elementów infra-

nych m.in. z zasadami zarządzania danymi, zasadami zarządzania infrastrukturą teleinformatyczną, zasadami współpracy z zewnętrznymi podmiotami, będącymi jednocześnie dostawcami usług informatycznych oraz mechanizmami ochrony środowiska teleinformatycznego.

Ostatni obszar zawarty w rekomendacji D – „Zarządzanie bezpieczeństwem środowiska teleinformatycznego” sformułował pięć oczekiwań wobec podmiotów nadzorowanych. Rekomendacje w tym obszarze są następujące:

- W banku powinien funkcjonować sformalizowany, skuteczny system zarządzania bezpieczeństwem środowiska teleinformatycznego, obejmujący działania związane z identyfikacją, szacowaniem, kontrolą, przeciwdziałaniem, monitorowaniem i raportowaniem ryzyka w tym zakresie, zintegrowany z całościowym systemem zarządzania ryzykiem i bezpieczeństwem informacji w banku;
- Bank powinien klasyfikować systemy informatyczne i przetwarzane w nich informacje zgodnie z zasadami uwzględniającymi w szczególności wymagania dla tych systemów i informacji poziom bezpieczeństwa;
- Bank powinien mieć sformalizowane zasady zarządzania incydentami naruszenia bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego, obejmujące ich identyfikację, rejestrowanie, analizę, priorytetyzację, wyszukiwanie powiązań, podejmowanie działań naprawczych oraz usuwanie przyczyn;
- Bank powinien zapewnić zgodność funkcjonowania obszarów technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego z wymaganiami prawnymi, regulacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi, zawartymi umowami i przyjętymi w banku standardami;
- Obszary technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego banku powinny być przedmiotem systematycznych, niezależnych audytów.

Nie ulega wątpliwości, że rekomendacja D miała na celu zwiększenie odporności cyfrowej podmiotów nadzorowanych oraz zwrócenie uwagi na aspekty związane z zarządzaniem ryzykiem IT. Stanowi ona pewnego rodzaju drogowskaz dla podmiotów nadzorowanych w zakresie bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego.

struktury teleinformatycznej. (5) Bank powinien zapewnić odpowiednią ochronę środowiska teleinformatycznego przed szkodliwym oprogramowaniem. (6) Bank powinien zapewniać wewnętrznym użytkownikom systemów informatycznych wsparcie w zakresie rozwiązywania problemów związanych z ich eksploatacją, w tym wynikających z wystąpienia awarii i innych niestandardowych zdarzeń zakłócających ich użytkowanie. (7) Bank powinien podejmować skuteczne działania mające na celu osiągnięcie i utrzymanie odpowiedniego poziomu kwalifikacji pracowników w zakresie środowiska teleinformatycznego i bezpieczeństwa informacji przetwarzanych w tym środowisku. (8) System zarządzania ciągłością działania banku powinien uwzględniać szczególne uwarunkowania związane z jego środowiskiem teleinformatycznym oraz przetwarzanymi w nim danymi. (9) Bank świadczący usługi z wykorzystaniem elektronicznych kanałów dostępu powinien mieć skuteczne rozwiązania techniczne i organizacyjne zapewniające weryfikację tożsamości i bezpieczeństwo danych oraz środków klientów, jak również edukować klientów w zakresie zasad bezpiecznego korzystania z tych kanałów. (10) Bank powinien mieć sformalizowane zasady zarządzania tzw. oprogramowaniem użytkownika końcowego, skutecznie ograniczające ryzyko związane z eksploatacją tego oprogramowania.

Podsumowując tę część, należy zgodzić się z poglądem Zbigniewa Ofiarskiego, który trafnie podkreśla, że: „rekomendacje są wydawane z reguły po zaobserwowaniu przez KNF określonych zjawisk, zdarzeń lub zachowań w danym sektorze rynku finansowego. Wydanie rekomendacji jest szczególnego rodzaju sygnałem (zwróceniem uwagi) dla podmiotów instytucjonalnych, że takie zdarzenia mogą wywierać istotny wpływ na ich działalność” (Ofiarski 2017, s. 5). W podobnym tonie wypowiada się Anna Zalcewicz, która uważa, że zalecenia są: „wytycznymi, dyrektywami, których przestrzeganie nie może zostać nakazane, a jest jedynie doradzane” (Zalcewicz 2021).

Niezależnie od powyższych wątpliwości co do charakteru prawnego *soft law*, należy podkreślić, że praktyka nadzorcza i doświadczenia autorów wynikające z faktu zatrudnienia w UKNF pozwalają na sformułowanie wniosku, że podmioty nadzorowane – co do zasady – stosują się do rekomendacji i wytycznych, w szczególności w zakresie cyberbezpieczeństwa. Z perspektywy osób zarządzających podmiotami nadzorowanymi ryzykowne byłoby lekceważenie rekomendacji i wytycznych, których celem jest zwiększenie bezpieczeństwa klientów tych podmiotów oraz systemu finansowego w ujęciu instytucjonalnym. Niepodjęcie odpowiednich działań, co mogłoby spowodować powstanie istotnych problemów, byłoby niewątpliwie podstawą do wszczęcia innych procedur nadzorczych związanych m.in. z badaniem rękojmi członków organów podmiotów nadzorowanych w związku z prowadzeniem działalności banku z naruszeniem przepisów prawa, w sposób niegwarantujący stabilnego, ostrożnego i bezpiecznego zarządzania bankiem, w tym poprzez np. niestosowanie rekomendacji KNF i stwarzanie zagrożenia dla klientów banków.

Podsumowanie

Syntetyzując rozważania zawarte w niniejszym artykule, należy podkreślić, że pozycja i rola KNF w systemie cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, jest istotna. Wynika to z jednej strony z przyjętych rozwiązań prawnych kształtujących krajowy system cyberbezpieczeństwa, a z drugiej – z trendów obecnych w legislacji na poziomie unijnym oraz aktywności UKNF w tym zakresie. Bez wątpienia dobrowolne powołanie CSIRT KNF w lipcu 2021 r. zasygnalizowało, że tematyka ta pozostaje w ścisłym polu zainteresowania organu nadzoru i Urzędu Komisji, który na bieżąco wspiera KNF w realizacji ustawowych obowiązków. Sytuacja geopolityczna, a wcześniej pandemiczna, przyczyniły się do zwiększenia zainteresowania kwestiami cyberbezpieczeństwa. Wynika to z jednej strony z nieuchronnych procesów informatyzacji kolejnych obszarów funkcjonowania państwa oraz podmiotów gospodarczych, a z drugiej strony wiąże się ze wzrostem aktywności przestępczości w cyberprzestrzeni.

Sformułowana we wstępie hipoteza badawcza została częściowo potwierdzona. Ostatnie kilkanaście miesięcy obfitowało w kolejne zmiany prawne związane z sys-

temem cyberbezpieczeństwa. W grudniu 2021 r. uchwalono ustawę regulującą kwestie wynagradzania osób realizujących zadania z zakresu cyberbezpieczeństwa (Ustawa o szczególnych zasadach wynagradzania 2021). Ustawa ta powołała do życia Fundusz Cyberbezpieczeństwa. Jego celem jest wsparcie działań zmierzających do zapewnienia bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych i ochrony ich przed cyberzagroženiami.

Omawiając ewolucję krajowego systemu cyberbezpieczeństwa, nie sposób również pominąć ustawy, która dała podstawę do powołania w strukturach Policji Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości (CBZC) (Ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku z powołaniem 2021). CBZC jest jednostką organizacyjną Policji służącą zwalczaniu cyberprzestępczości, odpowiedzialną za realizację na obszarze całego kraju zadań w zakresie: (1) rozpoznawania i zwalczania przestępstw popełnionych przy użyciu systemu informatycznego, systemu teleinformatycznego lub sieci teleinformatycznej oraz zapobiegania tym przestępstwom, a także wykrywania i ścigania sprawców tych przestępstw; (2) wspierania w niezbędnym zakresie jednostek organizacyjnych Policji w rozpoznawaniu, zapobieganiu i zwalczaniu przestępstw, o których mowa w pkt 1, a także wykrywaniu i ściganiu sprawców tych przestępstw.

Również w zakresie cyberbezpieczeństwa rynku finansowego sformułowano kilka propozycji, które – zdaniem autorów – są niezbędne do wdrożenia. W naszej ocenie należałoby przyznać KNF kompetencje do podejmowania działań mających na celu przeciwdziałanie zagrożeniom w zakresie bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych, które są wykorzystywane przez podmioty podlegające nadzorowi, w szczególności chodzi o uprawnienie do przekazywania tym podmiotom informacji niezbędnych do identyfikacji zagrożeń dla ich systemów teleinformatycznych oraz ochrony interesów ich klientów. Propozycja ta nabiera szczególnego znaczenia dla bezpieczeństwa rynku finansowego z punktu widzenia cyberbezpieczeństwa, szczególnie w okresie wojny w Ukrainie i agresywnych działań ze strony Rosji. Aby zwiększyć skuteczność i efektywność działań w cyberprzestrzeni niezbędne jest wdrożenie podstaw prawnych dających możliwość wymiany informacji służących przeciwdziałaniu zagrożeniom w zakresie bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych. Mechanizm ten powinien obejmować również wymianę informacji między KNF a podmiotami przez nią nadzorowanymi. Obecne rozwiązania u.k.s.c. dają nieskrępowaną możliwość wymiany informacji z operatorami usług kluczowych, a takiej podstawy prawnej i formalnej nie mają wszystkie podmioty nadzorowane. W tym kontekście postulowane są zatem zmiany regulacyjne w u.n.r.f., w u.k.s.c. oraz prawie bankowym. Trzeba podkreślić, że powyższe propozycje zmian zostały przez Przewodniczącego KNF sformułowane i przekazane do odpowiednich instytucji, posiadających inicjatywę legislacyjną.

O tym, jak ważna jest sprawna i efektywna wymiana informacji, świadczą doświadczenia płynące z funkcjonowania zespołu CSIRT KNF od 2020 r. Dzięki szybkiej wymianie informacji między KNF a podmiotami nadzorowanymi udało się zminimalizować ryzyka operacyjne i systemowe związane z bezpieczeństwem systemów

informatycznych. W konsekwencji – zdaniem autorów – pozwoliło to na utrzymanie ciągłości działania państwa i jego instytucji, w tym podmiotów rynku finansowego.

Rosnący zakres zadań związanych z cyberbezpieczeństwem rynku finansowego powoduje istotny wzrost obciążenia po stronie UKNF. W efekcie w ostatnich kilkunastu miesiącach znacząco zwiększono poziom zatrudnienia w obszarze cyberbezpieczeństwa. Trend ten będzie aktualny również w kolejnych latach. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że nadzór nad cyberbezpieczeństwem rynku finansowego staje się „niezwykle istotnym – obok nadzoru bankowego, ubezpieczeniowego i nadzoru nad rynkiem kapitałowym – filarem aktywności KNF. Można również założyć, że wzrost znaczenia tego obszaru doprowadzi do poszerzenia składu zawodowej części Komisji o nadzorcę do spraw cyberbezpieczeństwa. Być może ustawodawca krajowy zdecyduje się również na poszerzenie składu niezawodowej części KNF o przedstawiciela ministra do spraw informatyzacji. Działanie to może w konsekwencji zwiększyć odporność państwa na zagrożenia płynące z cyberprzestrzeni.

Bibliografia

Banasiński C., Rojszczak M., Chmielewski J.M., Hydzik W., Łuczak J., Nowak W., Waćkowski K., *Zarządzanie podatnościami oprogramowania i systemów IT*, [w:] C. Banasiński, M. Rojszczak, J.M. Chmielewski, W. Hydzik, J. Łuczak, W. Nowak, K. Waćkowski, *Cyberbezpieczeństwo*, LEX, Warszawa 2020.

Chłopecki A., *Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa” jako alternatywy dla regulacji ustawowych – na przykładzie rynku finansowego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 3 (wydanie specjalne).

Czech T., *Charakter prawny rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 11.

Dąbrowska P., *Koncepcja „nowego rządu” w prawie Unii Europejskiej a Konstytucja dla Europy*, [w:] *Konstytucja dla Europy. Przyszły fundament Unii Europejskiej*, red. S. Dudzik, Kraków 2005.

Dobre praktyki w zakresie przeciwdziałania atakom DDoS, Rekomendacja CSIRT KNF, luty 2022; https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Dobre%20praktyki%20w%20zakresie%20przeciwdzia%C5%82ania%20atak%C3%B3w%20DDoS_77247.pdf (dostęp: 08.05.2022).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii, Dz. Urz. UE L 194 z 19.07.2016.

Głuchowski J. [w:] J. Głuchowski (red.), *System prawa finansowego*, t. IV, Warszawa 2010.

Hoff W., *Recepcja pojęcia regulacji i organu regulacyjnego na przykładzie polskiego prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 8.

Krzyżewski J.A., *Rekomendacje nadzorcze – charakter prawny i zakres mocy obowiązującej*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 7–8.

Lewandowski D., *Regulacyjna funkcja nadzoru bankowego. Nadzorcze rekomendacje ostrożnościowe A, B, C z dnia 3 marca 1997 r.*, „Prawo Bankowe” 1997, nr 3.

Liderman K., *Dziesięć definicji*, [w:] J. Kosiński (red.), *Przestępczość teleinformatyczna 2017*, Szczytno 2018.

Mroccka K., Maderak K., Zieliński K., *Nadzór nad cyberbezpieczeństwem rynku finansowego w Polsce* [w:] L. Gąsioriewicz, J. Monkiewicz (red.), *Finanse cyfrowe. Informatyzacja, cyfryzacja i danetyzacja*, Warszawa 2021.

Nadolska A., *Soft law w regulacji rynku finansowego w Polsce: rekomendacje, wytyczne i lista ostrzeżeń publicznych KNF*, Warszawa 2021.

Nieborak T., *Uwagi do rozdziału 1. Przepisy ogólne*, [w:] T. Nieborak, T. Sójka (red.), *Ustawa o nadzorze nad rynkiem kapitałowym. Komentarz*, Warszawa 2011.

Ochnio M., *Rekomendacje organu nadzoru bankowego w świetle polskiego systemu źródeł prawa*, [w:] M. Zubik, R. Puchta (red.), *Źródła prawa z perspektywy piętnastu lat obowiązywania Konstytucji*, Warszawa 2013.

Ofiarski Z., *Status prawny i funkcje rekomendacji wydawanych przez Komisję Nadzoru Finansowego oraz Komitet Stabilności Finansowej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2017, nr 9.

Olszak M., *Rekomendacje organu nadzoru bankowego – geneza, przedmiot regulacji, charakter prawny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, z. 11.

Piątek S., *Obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie cyberbezpieczeństwa*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 2(9).

Pietrzyk M., *Soft law i hard law w europejskim prawie administracyjnym: relacja alternatywy, uzupełnienia, wykluczenia oraz przejścia*, [w:] M. Giełda, R. Raszevska-Sałecka (red.), *Administracja publiczna wobec wyzwań i oczekiwań społecznych*, Wrocław 2015.

Prawo spółdzielcze. System Prawa Prywatnego, tom 21, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2020.

Radoniewicz F. [w:] W. Kitler, J. Taczowska-Olszewska, F. Radoniewicz (red.), *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*, Warszawa 2019.

Rekomendacja D dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach przyjęta przez KNF w styczniu 2013 r. (Uchwała Nr 7/2013 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie wydania Rekomendacji D dotyczącej zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach, Dz. Urz. KNF z 2013 r. poz. 5).

Rojszczak M., *Cyberbezpieczeństwo w łączności elektronicznej*, [w:] C. Banasiński (red.), *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2018.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylecia rozporządzenia (UE) nr 526/2013, Dz.U. UE. L. z 2019 r. Nr 151.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WEDz., Urz. UE L 257 z 28.08.2014.

Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2018/151 z dnia 30 stycznia 2018 r. ustanawiające zasady stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 w odniesieniu do dalszego doprecyzowania elementów, jakie mają być uwzględnione przez dostawców usług cyfrowych w zakresie zarządzania istniejącymi ryzykami dla bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych, oraz parametrów służących do określenia, czy incydent ma istotny wpływ, Dz.U. UE. L. z 2018 r. Nr 26.

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, *Rządowy projekt ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym*, druk nr 654, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruku/654> (dostęp: 14.10.2020).

Sejm VIII Kadencji, *Rządowy projekt ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa*, Druk nr 2505.

Szpor G. [w:] K. Czaplicki, A. Gryszczyńska (red.), *Ustawa o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Komentarz*, Warszawa 2019.

Uchwała nr 7/2013 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie wydania Rekomendacji D dotyczącej zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach, Dz. Urz. KNF z 2013 r. poz. 5.

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 576 z późn. zm.

Ustawa z dnia 17 grudnia 2021 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z powołaniem Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości, Dz.U. poz. 2447.

Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, system teleinformatyczny wraz z przetwarzanymi w nim danymi w postaci elektronicznej, Dz.U. z 2020 r. poz. 346, 568 i 695.

Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U. z 2020 r. poz. 344.

Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1907 z późn. zm.

Ustawa z dnia 2 grudnia 2021 r. o szczególnych zasadach wynagradzania osób realizujących zadania z zakresu cyberbezpieczeństwa, Dz.U. poz. 2333.

Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, Dz.U. z 2019 r. poz. 712 i 2020.

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2019 r. poz. 869, z późn. zm.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 z późn. zm.

Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1369 z późn. zm.

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1844 z późn. zm.

Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 140 z późn. zm.

Wajda P., *Rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego dla zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3.

Wajda P., *Cyberbezpieczeństwo – sektorowe aspekty regulacyjne*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 2(9).

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 16 maja 2019 r., sygn. III Ca 2139/18.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. akt K 2/09, Dz. U z 2011 r., nr 134, poz. 788.

Zalcewicz A. [w:] J. Byrski (red.), *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2021.

Jan Szczygieł*

ORCID: 0000-0001-8273-614X

jan.szczygieł@oirp.warszawa.pl

Klauzula generalna interesu publicznego jako przesłanka wszczęcia przymusowej restrukturyzacji

Streszczenie

Artykuł omawia zagadnienie klauzuli generalnej interesu publicznego w kontekście przymusowej restrukturyzacji. Rozważania w nim poczynione zmierzają do przedstawienia istoty klauzuli interesu publicznego, jej źródeł i funkcji w obrocie publicznoprawnym, a także przesłanek jej stosowania w procedurze przymusowej restrukturyzacji. W artykule scharakteryzowano nie tylko koncepcję interesu publicznego w prawie polskim i unijnym, lecz zwrócono uwagę na jego rolę w funkcjonowaniu rynku finansowego. Artykuł, jako pierwsze opracowanie w polskiej literaturze prawniczej dotyczące przesłanek wszczęcia przymusowej restrukturyzacji, podejmuje próbę ukazania przesłanek interpretacyjnych klauzuli interesu publicznego w przymusowej restrukturyzacji.

Słowa kluczowe: klauzula generalna, interes publiczny, przymusowa restrukturyzacja

JEL: K10, G21

General Public Interest Clause as a premise for initiating resolution

Abstract

The article discusses the issue of the general public interest clause in the context of resolution. The considerations are aimed at showing the essence of the public interest clause, its sources and functions in public and legal transactions, as well as the premises for its application in the resolution procedure. The article presents not only the concept of the public interest in the Polish and EU law, but also its role in the functioning of the financial market. Being the first study in the Polish legal literature on the premises for initiating resolution, the article attempts to present the premises for interpreting the public interest clause in resolution.

Key words: General Clause, Public Interest, resolution

* Jan Szczygieł – doktor nauk prawnych, radca prawny w Bankowym Funduszu Gwarancyjnym. Wyrażone w artykule opinie stanowią osobiste zapatrywania autora na podnoszone kwestie i nie są oficjalnymi stanowiskami Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

Wstęp

W klauzuli generalnej interesu publicznego jak w soczewce skupiają się wartości istotne w danym czasie i miejscu. Klauzula ta odgrywa niebagatelną rolę w praktyce decyzyjnej Bankowego Funduszu Gwarancyjnego w przymusowej restrukturyzacji (dalej: BFG lub Fundusz). Autor artykułu zmierza do omówienia problematyki interesu publicznego w kontekście przymusowej restrukturyzacji, a w szczególności wykazania, po pierwsze, że interes publiczny w przymusowej restrukturyzacji nie ma jednoznacznej definicji. Po drugie, że jest nadrzędną wartością, determinowaną czynnikami w postaci: zapewnienia stabilności finansowej, ograniczenia zaangażowania funduszy publicznych, zapewnienia kontynuacji realizowanych przez podmiot funkcji krytycznych, a także ochrony deponentów i inwestorów objętych systemem rekompensat oraz środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów. Rozważania te zmierzają do wyjawienia sedna klauzuli interesu publicznego w procedurze przymusowej restrukturyzacji, jej źródeł i funkcji w obrocie publicznoprawnym, a także przesłanek jej stosowania.

Niniejszy artykuł jest pierwszym opracowaniem w polskiej literaturze prawniczej zmierzającym do wywołania dyskusji nad naturą prawną i kształtem procedury administracyjnej w procesie przymusowej restrukturyzacji. Problematyka ustawowego nakazu podjęcia działań w interesie publicznym jest wielowątkowa i z pewnością wykraczająca poza ramy niniejszego opracowania. Autor omawia nie tylko koncepcję interesu publicznego w prawie polskim i unijnym, lecz skupia się przede wszystkim na wskazaniu jego roli w funkcjonowaniu rynku finansowego oraz podejmuje próbę zebrania przesłanek interpretacyjnych klauzuli interesu publicznego w przymusowej restrukturyzacji. Nie jest bowiem możliwe sformułowanie wyczerpującego katalogu interpretacyjnego klauzuli interesu publicznego w kontekście konieczności podjęcia działań przymusowej restrukturyzacji.

1. Koncepcja interesu publicznego w prawie polskim

Trafnie w piśmiennictwie dostrzega się obfitość w języku polskim zwrotów niedookreślonych i niejednoznacznych, które nie ułatwiają polskiemu prawodawcy zadania w zakresie stanowienia precyzyjnych aktów prawnych (Wronkowska, Zieliński 1997, s. 13). Polski system prawny dysponuje sporym wachlarzem klauzul generalnych, których interpretacja stanowi źródło licznych dyskusji (zob. m.in. Leszczyński 2001, *passim*; Choduń i in. 2013, *passim*). Jedną z takich klauzul jest „interes publiczny”, którego cechą jest odesłanie do ocen pozaprawnych. Ten element klauzul generalnych sprowadza się do założenia, że odesłanie obejmuje społecznie akceptowane wartości, funkcjonujące w powszechnej świadomości, odnoszone przez organ administracji publicznej do stanu faktycznego sprawy administracyjnej (Leszczyński 2001, s. 32). To właśnie odesłanie do wartości funkcjonujących w społeczeństwie i osadzenie w szerszym kontekście czyni klauzulę interesu publicznego niemożliwą do zbiorczego i generalnego ujęcia w ramach tekstu aktu prawnego (Blicharz 2004, s. 39).

Klauzule generalne uelastyczniają brzmienie przepisów prawa, pozwalając na ich dostosowanie do aktualnych realiów społecznoprawnych, czyniąc przepisy prawa ponadczasowymi. Jednakże posłużenie się przez ustawodawcę w tekście aktu prawnego klauzulą generalną przenosi na organ stosujący prawo ciężar wypełnienia normy prawnej określoną treścią. Trafnie w tym kontekście w piśmiennictwie przyjmuje się, że pojęcie „klauzula generalna” nie obejmuje swym zakresem całej jednostki redakcyjnej przepisu, lecz wyłącznie zwrot niedookreślony, którym posłużono się w tym przepisie (Ziembiński 1980, s. 242).

Przedstawienie sposobu rozumienia klauzuli generalnej interesu publicznego wymaga uprzedniego spojrzenia na zbiorczą kategorię interesu w prawie administracyjnym. Pojęcie to występuje w wielu aktach prawnych, choć w żadnym z nich nie jest definiowane, co w zestawieniu z materią poszczególnych ustaw czyni pojęcie interesu wyrażeniem wieloznacznym. Pojęcie interesu, jak zgodnie przyjmuje się w doktrynie, stanowi relację o złożonym charakterze, zachodzącą pomiędzy stanem faktycznym a jego oceną dokonywaną z punktu widzenia potencjalnych lub rzeczywistych korzyści, jakie ten stan niesie dla jednostki lub grupy społecznej (por. Lang 1972, s. 98; Jakimowicz 2002, s. 114). Interes może mieć zarazem charakter obiektywny, gdy ocena korzyści w odniesieniu do stanu faktycznego jest dokonywana niezależnie od przekonań jednostki lub grupy społecznej, bądź subiektywny, gdy istnienie interesu zachodzi wyłącznie w przekonaniu osoby będącej beneficjentem ocenianej korzyści (Jakimowicz 2002, s. 114).

W nawiązaniu do powyższego, nie ulega wątpliwości, że interes publiczny jest przeciwieństwem interesu prywatnego, mającego charakter subiektywny, w znacznej mierze kształtowanego przez jednostkę. Jednakże pojęcie interesu publicznego w piśmiennictwie bywa utożsamiane z sumą indywidualnych interesów (Skóra 2002, s. 147; pogląd odmienny zob. Wyrzykowski 1986, s. 32). Interes publiczny nie może bowiem funkcjonować całkowicie w oderwaniu od interesów jednostek. Doktryna okresu międzywojennego przyjmowała, że: „(p)ubliczny interes, stanowiąc sam przez się pojęcie oderwane i nie dające się ująć konkretnie, nabiera pełnej treści dopiero przez zestawienie z prawem poszczególnej jednostki, jako namiastki wszelkiej społeczności”¹. Zarazem zakładano wyższość interesu społecznego nad interesami jednostkowymi². Późniejsze piśmiennictwo trafnie sprzeciwiało się koncepcji zakładającej nadrzędność interesu publicznego (społecznego) nad interesami poszczególnych jednostek, opowiadając się za potrzebą wagi obu interesów (Wyrzykowski 1986, s. 196–197).

Pojęcie interesu publicznego jest immanentnie związane z kontekstem społecznym i politycznym (Wyrzykowski 1986, s. 47), którego dopełnieniem są wartości nie tylko w wymiarze ekonomicznym i związanego z nimi dobrobytu materialnego (Blicharz, Kania 2010, s. 20), lecz także etycznym (Szaraniec 2011, s. 247). Pozostaje zarazem pojęciem multidyscyplinarnym oraz dynamicznym, ulegającym zmia-

¹ Modliński 1932, s. 3, cyt. za Zdyb 2013, s. 139.

² *Ibidem*, s. 16 i n.

nom zachodzącym w społeczeństwie i państwie w miarę upływu czasu (Modliński 1932, s. 15). Dostrzegalna jest przy tym tendencja do częstego utożsamiania interesu publicznego z pojęciem dość szeroko rozumianego interesu społecznego, czy wręcz traktowaniem obu pojęć zamiennie (Wyrzykowski 1986, s. 45). Przyczyny takiego dualizmu nazewnictwa trafnie w piśmiennictwie upatruje się w zaszłościach historycznych i minionym ustroju PRL, kładącym nacisk na korzyści społeczeństwa (Duda 2008, s. 20). Równie często pojęcie interesu publicznego bywa kojarzone z pojęciem interesu państwa. Jednakże, jakkolwiek interes publiczny w wielu aspektach może być zbieżny z interesem państwa, nie powinien być z nim utożsamiany, gdyż realnie możliwe jest wystąpienie konfliktu interesu społecznego (w obszarze pewnych grup) z interesami państwa (Wyrzykowski 1986, s. 205; Zimmerman 2017). Co więcej, uprawniony wydaje się wniosek, że klauzula interesów państwa ma węższy zakres i zawiera się w klauzuli interesu publicznego³. Interesu publicznego nie należy również utożsamiać z interesem prawnym (Wróbel 2000, s. 703–704), o którym mowa w przepisach art. 28 i 217 § 2 pkt 2 k.p.a.⁴.

Niezasadne jest również utożsamianie interesu publicznego z pojęciem dobra wspólnego. Podkreślić należy, że Konstytucja RP odwołuje się do obu tych pojęć. Taki sposób sformułowania postanowień Konstytucji RP podaje w wątpliwość możliwość używania ich zamiennie. Wydaje się, że pojęcie dobra wspólnego ma szerszy zakres niż pojęcie interesu publicznego, które się w nim zawiera. Definiując klauzulę interesu publicznego, jako ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki, Trybunał Konstytucyjny doszedł do wniosku, że analizowane łącznie wartości wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wyrażają koncepcje interesu publicznego obejmując sześć kategorii (interesów) o bardziej szczegółowym charakterze⁵. Ujęte w art. 31 Konstytucji RP wartości nie stanowią jednak katalogu zamkniętego wypełniającego klauzulę interesu publicznego, którą to wypełniają także inne wartości niewymienione *expressis verbis* w art. 31 ust. 3 Konstytucji⁶, np. jawność życia publicznego, obronność państwa czy przeciwstawienie się oszustwom i nadużyciom podatkowym⁷.

Dynamiczny charakter klauzuli interesu publicznego sprawia, że pojęcie to podlega nieustannej swoistej ewolucji wraz z zachodzącymi w społeczeństwie zmianami etyczno-obyczajowymi. W piśmiennictwie przedstawia się kilka koncepcji sposobu wypełnienia zakresu treściowego klauzuli generalnej interesu publicznego (zob. Żurawik 2021, s. 393 i przywołaną tam literaturę). Obecnie, jedną z podstawowych

³ Do wniosku takiego prowadzi wykładnia aktów prawnych, w tym m.in. art. 10 ust. 3 pkt 3, czy art. 11 ust. 2 ustawy z 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.), w których posłużono się sformułowaniem „ważny interes publiczny, w tym istotne interesy państwa”.

⁴ Ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r., poz. 735 ze zm.).

⁵ Wyrok TK z 21.06.2005 r., P 25/02, OTK-A 2005/6/65. Do kategorii tych należą: bezpieczeństwo prawne, porządek publiczny, ochrona środowiska, ochrona zdrowia publicznego, ochrona moralności publicznej, wolność i prawa innych osób.

⁶ Wyrok TK z 8.07.2008 r., K 46/07, OTK-A 2008/6/104.

⁷ Por. m.in. wyroki TK: z 14.06.2004 r., SK 21/03, OTK-A 2004/6/56; z 19.10.2004 r., K 1/04, OTK-A 2004/9/93; z 7.06.2005 r., K 23/04, OTK-A 2005/6/62.

koncepcji jest nadanie klauzuli interesu publicznego podstaw aksjologicznych łączących tę klauzulę z wartościami (Żurawik 2012, s. 26). W myśl drugiej koncepcji, klauzuli interesu publicznego należy przyznać wymiar prakseologiczny, u podstaw którego powinny leżeć cele (Żurawik 2013, s. 59; Jakimowicz 2006, s. 92). Kolejna z koncepcji postuluje wiązać klauzulę interesu publicznego z rozumianymi subiektywnie, bądź obiektywnie potrzebami (Żurawik 2013, s. 59). W piśmiennictwie okresu międzywojennego można było również dostrzec kształtowanie się koncepcji mieszanej, zakładającej odnośnienie wymiaru klauzuli interesu publicznego do potrzeb i celów⁸. Odnosząc powyższe koncepcje do postępowania przymusowej restrukturyzacji, uprawniony jest wniosek, że klauzula „interesu publicznego” ma niewątpliwie charakter aksjologiczny, wypełniający jej zakres przez pryzmat chronionych wartości, enumeratywnie wymienionych w art. 66 ustawy o BFG⁹.

W przepisach prawa polskiego odesłanie do klauzuli „interesu publicznego” występuje niezwykle często. Równie często występują kwalifikowane postacie interesu publicznego, wartościujące klauzulę generalną zwrotem niedookreślonym w formie przymiotnika, np. „nadrzędny”¹⁰, „ważny”¹¹, „istotny”¹². Zwrot ten ma w stosunku do klauzuli generalnej charakter szacunkowy i wartościujący. Interpretując klauzulę generalną interesu publicznego w jego kwalifikowanej postaci, dokonujemy kwalifikacji wielkości przy uwzględnieniu obiektywnie określonych kryteriów kwalifikowania wielkości. Kwalifikowana postać interesu publicznego często przyjmuje postać otwartego katalogu wartości podlegających ochronie w ramach owej klauzuli¹³. Trafnie zarazem zwraca się uwagę w piśmiennictwie, że przymiotniki

⁸ Modliński 1932, s. 13, cyt. za: Żurawik 2012, s. 26.

⁹ Ustawa z 10.06.2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2022 r., poz. 793; dalej: ustawa o BFG). Por. także Góral 2010, s. 65, uznający cele nadzoru bankowego wymienione w art. 133 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2021, poz. 2439 ze zm.) za wartości wypełniające klauzulę interesu publicznego.

¹⁰ Por. art. 3 pkt 3 ustawy z 6.03.2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2022 r., poz. 470), art. 205 ust. 1 ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2021 r., poz. 1130 ze zm.), art. 34 ust. 1 ustawy z 16.04.2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2021 r., poz. 1098 ze zm.).

¹¹ Por. art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78 poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP), art. 299b § 2 ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 202021 r., poz. 1540 ze zm.), art. 469 pkt 22, art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), art. 10 ust. 3 pkt 3, art. 11 ust. 2 i art. 30 ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.).

¹² Por. art. 35 ustawy z 27.08.2019 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 305 ze zm.).

¹³ Por. art. 3 pkt 3 ustawy z 6.03.2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2022 r., poz. 470), zgodnie z którym, nadrzędny interes publiczny stanowi wartość podlegającą ochronie, w szczególności porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, bezpieczeństwo państwa, zdrowie publiczne, utrzymanie równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, ochrona konsumentów, usługobiorców i pracowników, uczciwość w transakcjach handlowych, zwalczanie nadużyć, ochrona środowiska naturalnego i miejskiego, zdrowie zwierząt, własność intelektualna, cele polityki społecznej i kulturalnej oraz ochrona narodowego dziedzictwa historycznego i artystycznego.

„nadrzędny” czy „istotny” w zestawieniu z klauzulą interesu publicznego nie stawiają klauzuli tej ponad ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 22 Konstytucji RP, lecz są jej tożsame (Żurawik 2012, s. 29).

2. Odesłanie do interesu publicznego w prawie unijnym

Prawo pierwotne Unii Europejskiej odsyła bezpośrednio do kategorii interesu publicznego wyłącznie w art. 15 ust. 3 akapicie 2 TFUE¹⁴ stwierdzając, że zasady ogólne i ograniczenia, które, z uwagi na interes publiczny lub prywatny, regulują korzystanie z prawa dostępu do dokumentów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, są określane w drodze rozporządzeń przez Parlament Europejski i Radę, stanowiące zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą. Brak wyartykułowania *expressis verbis* w innych przepisach prawa pierwotnego pojęcia interesu publicznego, nie świadczy jednak o nikłej roli tej klauzuli w prawodawstwie unijnym gdyż, jak podkreśla się w piśmiennictwie: „Wspólnota została powołana do życia jako projekt państw członkowskich, realizujący interes publiczny” (Jurkowska 2006, s. 13). Prawo pierwotne odsyła natomiast do pojęć zbliżonych do klauzuli interesu publicznego, które mogą być uznanyymi za jego synonimy, takich jak choćby „interes Unii”¹⁵, czy „wspólny interes”¹⁶.

Podobnie jak w prawie krajowym prawodawca unijny kreując prawo pochodne unika pełnego wypełniania treści klauzuli interesu publicznego. Jednakże, kierując się ukształtowanymi przez orzecznictwo TSUE poglądami, definiuje pojęcie interesu publicznego przez pryzmat katalogu wartości wypełniających to pojęcie. Takie podejście wpisuje się w wypracowaną w orzecznictwie koncepcję tzw. wymogów imperatywnych (koniecznych)¹⁷. Przykładem takiego odesłania jest definicja nadrzędnego interesu publicznego, o którym mowa w art. 4 pkt 8 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006 r., s. 36) (tzw. dyrektywa usługowa), rozumianego jako: „względy określone jako takie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i obejmuje: porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, ochronę publiczną, zdrowie publiczne, utrzymanie równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, ochronę konsumentów, usługobiorców i pracowników, uczciwość w transakcjach handlowych, zwalczanie nadużyć, ochronę środowiska naturalnego i środowiska miejskiego, zdrowie zwierząt, własność intelektualną, ochronę narodowego dziedzictwa historycznego i artystycznego, cele polityki społecznej i kulturalnej”.

¹⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47), dalej – TFUE.

¹⁵ Zob. art. 106 ust. 2 TFUE.

¹⁶ Zob. art. 107 ust. 3 lit. c i lit. d TFUE.

¹⁷ Zob. Wyrok ETS z 20.02.1979 r., C-120/78, w sprawie Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung, ECLI:EU:C:1979:42.

3. Interes publiczny w funkcjonowaniu rynku finansowego

W świetle niedookreśloności przesłanki w postaci konieczności podjęcia działań wobec podmiotu krajowego ze względu na interes publiczny, zaakcentowania wymaga pogląd, że w kontekście funkcjonowania rynku finansowego, klauzula interesu publicznego znajduje umocowanie zwłaszcza w art. 20, 22 i 64 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Nie można tym samym pominąć, że pojęcie interesu publicznego stanowiło przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego na tle badania konstytucyjności przepisów regulujących funkcjonowanie rynku finansowego. Odnotować przede wszystkim należy, że w wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt K 41/12, dotyczącym przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych¹⁸, Trybunał uznał, że: „ograniczenie wolności działalności gospodarczej oraz wolności zrzeszania się na skutek ustanowienia przez ustawodawcę państwowego nadzoru finansowego nad działalnością SKOK było podyktowane ważnym interesem publicznym, który przejawiał się m.in. potrzebą ochrony praw i wolności innych osób oraz porządku publicznego. Zarówno bezpieczeństwo środków pieniężnych (oszczędności) przekazanych kasom przez ich członków, jak i stabilność całego rynku usług finansowych, którego elementem są kasy i Kasa Krajowa, uzasadniały ingerencję ustawodawcy i poddanie SKOK publicznoprawnym relacjom z KNF. (...) Możliwość przejęcia wybranych praw majątkowych lub zobowiązań kasy bez uzyskania zgody dłużników, wierzycieli i członków kasy jest wynikiem wyważenia przez ustawodawcę ochrony interesu wspólnego, w tym zagwarantowania stabilności systemu finansowego oraz ochrony depozytów, z indywidualnymi interesami podmiotów, które w wyniku przejęcia wybranych praw majątkowych kasy mogą znaleźć się w mniej korzystnej sytuacji. Takie rozstrzygnięcie konfliktu wartości, których w podobnym stopniu nie można zrealizować równocześnie, mieści się – w ocenie Trybunału – w zakresie swobody regulacyjnej ustawodawcy. Po pierwsze, alternatywą dla przejęcia jest likwidacja kasy, która wykazuje kwalifikowaną stratę bilansową. Po drugie, szybkość i efektywność procesu *resolution* są warunkami, które mogą przesądzić o skuteczności przejęcia. Po trzecie, proces przejmowania wybranych praw majątkowych lub zobowiązań ma na celu nie tylko zapewnienie bezpieczeństwa oszczędności gromadzonych w kasie, lecz również – jak już kilkakrotnie wspomniano – zagwarantowanie stabilności systemu finansowego”¹⁹. Z kolei w wyroku z dnia 29.01.2002 r., dotyczącym art. 22 ust. 6 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe w brzmieniu sprzed dnia 1 maja 2004 r.²⁰ Trybunał uznał, że przepis przyznający ówczesnej Komisji Nadzoru Bankowego uprawnienie odmowy wyrażenia zgody na powołanie dwóch członków zarządu, w tym prezesa, jeżeli prowadzone jest przeciwko nim postępowanie karne lub karne skarbowe, służył

¹⁸ Ustawa z 5.11.2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U z 2012 r. poz. 855, z późn. zm.).

¹⁹ Wyrok TK z 31.07.2015 r., K 41/12, OTK-A 2015/7/102.

²⁰ Zgodnie z ww. przepisem, Komisja Nadzoru Bankowego odmawia wyrażenia zgody na powołanie dwóch członków zarządu, w tym prezesa, jeżeli (...) prowadzone jest przeciwko nim postępowanie karne lub karne skarbowe.

ochronie interesu publicznego. Trybunał podkreślił, że bezpieczeństwo funkcjonowania banków, określanych nie bez racji jako system nerwowy gospodarki rynkowej, leży w interesie państwa, a także wszystkich osób korzystających z ich usług²¹.

Odnosząc dotychczasowe rozważania do aspektów funkcjonowania rynku finansowego, a zwłaszcza przymusowej restrukturyzacji należy podkreślić, że jedną z przesłanek podjęcia działań przymusowej restrukturyzacji, przez organ krajowy, w świetle art. 32 ust. 1 lit. c) w związku z ust. 5 dyrektywy BRR²², jest konieczność działania w interesie publicznym, definiowanym przez pryzmat celów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, o których mowa w art. 31 dyrektywy BRR, a zarazem proporcjonalnym do tych celów, gdy likwidacja instytucji w ramach standardowego postępowania upadłościowego nie umożliwiłaby osiągnięcia tych celów w ramach restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w takim samym stopniu.

W prawie krajowym, stosownie do regulacji art. 101 ust. 7 pkt 3 ustawy o BFG, konieczność podjęcia działań wobec podmiotu krajowego w interesie publicznym stanowi, obok zagrożenia podmiotu krajowego upadłością oraz braku występowania uzasadnionych przesłanek wskazujących, że działania podmiotu krajowego lub systemu ochrony instytucjonalnej lub działania nadzorcze, w tym środki wczesnej interwencji, pozwolą we właściwym czasie usunąć zagrożenie upadłością, przesłankę wydania decyzji o wszczęciu wobec podmiotu krajowego przymusowej restrukturyzacji albo decyzję o umorzeniu lub konwersji instrumentów kapitałowych lub zobowiązań kwalifikowalnych, o której mowa w art. 70 ust. 1 pkt 1. Zgodnie z art. 101 ust. 10 ustawy o BFG, działania w ramach przymusowej restrukturyzacji są podejmowane w interesie publicznym, jeżeli są konieczne do zapewnienia realizacji co najmniej jednego z celów przymusowej restrukturyzacji, o których mowa w art. 66²³, są proporcjonalne do tych celów, a ich osiągnięcie w takim samym stopniu nie byłoby możliwe w ramach postępowania upadłościowego.

Zarówno w świetle postanowień dyrektywy BRR, jak i ustawy o BFG, oba warunki, to jest konieczność i proporcjonalność osiągnięcia co najmniej jednego z celów przymusowej restrukturyzacji, o których mowa w art. 31 dyrektywy BRR (art. 66 ustawy o BFG), oraz niemożliwość osiągnięcia tych celów w takim samym stopniu

²¹ Wyrok TK z 29.01.2002 r., K 19/01, OTK-A 2002/1/1.

²² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15.05.2014 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; Dz.U. UE L z 2014 r., Nr 173, s. 190; dalej: dyrektywa BRR.

²³ 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 dla realizacji celów, o których mowa w pkt 1 oraz 3–5; 3) zapewnienie kontynuacji realizowanych przez podmiot funkcji krytycznych; 4) ochrona deponentów i inwestorów objętych systemem rekompensat; 5) ochrona środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów.

w ramach standardowego postępowania upadłościowego muszą zaistnieć kumulatywnie. Na gruncie dyrektywy BRR prawodawca unijny, a w ślad za nim ustawodawca krajowy, nie zdecydował się na wypełnienie klauzuli interesu publicznego zakresem pojęciowym o ściśle określonym brzmieniu, pozostawiając jej interpretację przez pryzmat katalogu celów przymusowej restrukturyzacji.

W piśmiennictwie wskazuje się jednocześnie, że przepis ust. 10 definiuje wprawdzie działania podejmowane w interesie publicznym, lecz nie precyzuje momentu, kiedy zachodzi konieczność wdrożenia tych działań w interesie publicznym (Mędrzecka 2021, s. 192). Powiązanie warunku „konieczności” realizacji co najmniej jednego z celów przymusowej restrukturyzacji z niemożliwością ich osiągnięcia w takim samym stopniu w ramach postępowania upadłościowego prowadzi do wniosku o konieczności badania możliwości osiągnięcia celów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy o BFG w kontekście rezultatów postępowania upadłościowego, przyznając prymat stosowaniu instrumentu przymusowej restrukturyzacji nad postępowaniem upadłościowym (Mędrzecka 2021, s. 193). W świetle brzmienia art. 101 ust. 10 ustawy o BFG zasadne wydaje się pytanie o ziszczenie się przesłanki interesu publicznego w sytuacji, w której wprawdzie wszczęcie przymusowej restrukturyzacji realizowałoby jeden z jej celów w stopniu wyższym aniżeli w ramach postępowania upadłościowego, jednakże zarazem możliwe byłoby osiągnięcie innych celów, o których mowa w art. 66, w takim samym stopniu w ramach postępowania upadłościowego. W tej sytuacji wydaje się, że o ziszczeniu się przesłanki konieczności podjęcia działań w interesie publicznym będzie przesądzało porównanie potencjalnych strat wierzycieli podmiotu, z uwzględnieniem naczelnej zasady nieponoszenia przez wierzycieli strat większych niż te, jakie i tak by ponieśli w wyniku likwidacji przeprowadzonej w ramach postępowania upadłościowego (ang. *no creditor worse off*).

4. Interpretacja konieczności działania w interesie publicznym

Kierując się dotychczasowym orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego niezbędne – w kontekście interpretacji konieczności działania w interesie publicznym – jest dokonanie parametryzacji przesłanek składających się na pojęcie interesu publicznego. Nie można jednak pominąć, że przesłanka konieczności podjęcia działań w interesie publicznym nie może być traktowana jako pozostawienie BFG dyskrecyjnego uznania administracyjnego, mającego charakter dowolny. W związku z niedookreślonością przesłanki działania w interesie publicznym w piśmiennictwie trafnie dostrzega się ryzyko nadużyć i nieetycznego zachowania czy wręcz wpływu czynnika politycznego na decyzję w przedmiocie wszczęcia przymusowej restrukturyzacji (Kowalski 2018, s. 7). Aby uniknąć zarzutu nadużycia klauzuli interesu publicznego i przekroczenia granic uznania administracyjnego, ocena ziszczenia się tej przesłanki wymaga od organu wypełnienia zakresu pojęcia „interes publiczny” dającymi się uchwycić przesłankami, unikając motywowania jej niedającymi się ocenić względami pozaprawnymi. Brak definicji pojęcia interesu pu-

blicznego oraz nieostrość elementów składających się na to pojęcie, nie powinny zniechęcać organu do badania przesłanek jego wystąpienia, pomimo jego abstrakcyjnego charakteru elementów składających się na zakres tego pojęcia, co mogłoby *de facto* prowadzić do mimowolnej nihilizacji pojęcia interesu publicznego.

Obecnie obowiązujące przepisy w żaden sposób nie definiują pojęcia „interesu publicznego” w kontekście przymusowej restrukturyzacji. Przesłanka interesu publicznego stanowi klauzulę generalną, której interpretacja i wypełnienie następuje w realiach konkretnego stanu faktycznego. Przesłanka ta wymaga dokonania przez organ samodzielnej oceny.

Ocena celów przymusowej restrukturyzacji może przebiegać w drodze kwalifikacji kwantytatywnej, a więc w drodze ilościowego przedstawienia wartości ekonomicznych (np. ilości środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów) oraz jakościowej (np. przez zidentyfikowanie funkcji krytycznych i ocenę możliwości ich kontynuacji). Przesłanka ta powinna być traktowana obiektywnie. Wartości ekonomiczne oceniane przez pryzmat ilościowy powinny mieć jednak charakter wyłącznie uzupełniający w ocenie przesłanki ustawowego obowiązku podjęcia działań w interesie publicznym. Ponadto konieczność podjęcia działań w ramach interesu publicznego powinna uwzględniać ponadnarodowy aspekt przymusowej restrukturyzacji.

Niedookreślony charakter interesu publicznego nie oznacza dowolności dla organu w kształtowaniu treści tej klauzuli (Wyrzykowski 1986, s. 47; Szafranski 2008, s. 141). W piśmiennictwie trafnie klauzulę interesu publicznego uznaje się za granicę dyskrecjonalności organów administracji publicznej (Jędrzejczak 2021, s. 20–21). W dotychczasowym orzecznictwie przyjmuje się, że zasadniczym komponentem pojęcia interesu publicznego, w kontekście przesłanki przymusowej restrukturyzacji, jest utrzymanie stabilności finansowej²⁴. Pojęcie interesu publicznego w aspekcie podejmowania działań przymusowej restrukturyzacji jest jednak pojęciem wieloelementowym, eksponowanym na wielu płaszczyznach, których emanację stanowią określone w art. 66 ustawy o BFG cele przymusowej restrukturyzacji. Językowa wykładnia art. 66 ustawy o BFG może błędnie sugerować nadanie celom przymusowej restrukturyzacji określonej hierarchii. Ustawodawca krajowy nie zdecydował się na implementowanie *explicite* do polskiego porządku prawnego ust. 3 art. 31 dyrektywy BRR, w myśl którego, cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji są równie istotne i organy ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji dokonują ich wyważenia odpowiednio do charakteru i okoliczności każdego przypadku. Pomimo tego niezasadne jednak byłoby *a priori* zakładanie nadrzędności jednego celu przymusowej restrukturyzacji nad drugim i różnicowanie ich wagi tylko ze względu na nadanie im w ustawie o BFG określonej hierarchii (Zimmerman [w:] Zawadzka i in. 2017). Cele przymusowej restrukturyzacji nie są wobec siebie konkurencyjne. Organ dysponuje pewnym marginesem swobody zarówno w odniesieniu do wypełnienia treścią zakresu znaczeniowego konkretnych

²⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 25.01.2021 r., VI SA/Wa 201/21, LEX nr 3232104, nieprawomocny.

celów przymusowej restrukturyzacji, jak również oceny całej klauzuli interesu publicznego w kontekście wystąpienia interesu publicznego w zaistniałej sytuacji faktycznej. Organ powinien dokonać swoistego testu ważenia interesów i praw przy stosowaniu klauzuli konieczności podejmowania działań w interesie publicznym. Stwierdzenie ziszczenia się przesłanki interesu publicznego w realiach konkretnej sprawy administracyjnej wymaga od organu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy.

W tym kontekście warto zwrócić również uwagę na dotychczasową praktykę Komisji Europejskiej w sprawach dotyczących pomocy publicznej. W swych decyzjach Komisja poprzestawała na przytoczeniu stwierdzeń krajowych organów ds. *resolution*, że kryterium interesu publicznego z art. 32 ust. 1 lit. c) dyrektywy BRR zostało spełnione²⁵. Również praktyka decyzyjna krajowych organów przymusowej restrukturyzacji pokazuje, że przesłanka konieczności podjęcia działań w interesie publicznym nie jest obszernie uzasadniana. Najczęściej poprzestawano na wskazaniu celów przymusowej restrukturyzacji, które realizują interes publiczny, np. konieczność zapewnienia kontynuacji realizowanych przez podmiot funkcji krytycznych czy ochrony środków powierzonych przez deponentów i klientów²⁶, czy wystąpienie zagrożenia dla stabilności finansowej²⁷, jednakże bez przedstawienia argumentacji pozwalającej na stwierdzenie, że likwidacja podmiotu w ramach postępowania upadłościowego nie umożliwiłaby osiągnięcia tych celów w takim samym stopniu jak w postępowaniu *resolution*. Zgoła inne podejście zostało przyjęte w praktyce decyzyjnej Bankowego Funduszu Gwarancyjnego. W decyzji z 15.01.2020 r. w przedmiocie wszczęcia przymusowej restrukturyzacji wobec Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku organ obszernie uzasadnił wystąpienie „interesu publicznego”. Jak podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie rozpoznając skargi na ww. decyzję, organ opracował we wrześniu 2018 r. Model Identyfikacji Funkcji Krytycznych. Jako kluczowe dla gospodarki, a świadczone przez banki spółdzielcze usługi, organ zidentyfikował wówczas przyjmowanie depozytów jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli średnia arytmetyczna sald z końca każdego miesiąca minionego roku przekracza 60 milionów złotych. W ocenie sądu: „wskazanie przez organ funkcji krytycznej w zaskarżonej decyzji nastąpiło prawidłowo. Instytucja przymusowej restrukturyzacji w tym przypadku pozwala zachować ciągłość realizacji tej funkcji, bo stwarza możliwość utrzymania stabilności finansowej danego podmiotu realizującego zadania publiczne. Warto zaakcentować, że szeroki zakres działalności Banku na poziomie lokalnym w stosun-

²⁵ Por. decyzja z 16.4.2015 r., Panellinia Bank S.A., SA.41503; https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258024/258024_1680824_119_2.pdf [dostęp: 15.04.2022 r.]; decyzja z 16.12.2015 r., Magyar Kereskedelmi Bank Zrt., SA.40441, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/261437/261437_1721348_166_2.pdf (dostęp: 15.04.2022).

²⁶ First Decision by Finansiell Stabilitet on the resolution of Andelskassen J.A.K. Slagelse dated 5 October 2015, <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1224279/a97963f3-8091-4258-8748-172e4f5df956/Notification%20-%20BRRD%20Article%2083%284%29%20-%20International%20Authorities.pdf?retry=1> (dostęp: 15.04.2022).

²⁷ Bank of Greece, https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1331379/45d5afaf-ec4b-46dd-a04d-71f996000cf4/1812015_Decision.pdf?retry=1 (dostęp: 15.04.2022).

ku do klientów indywidualnych nie mógłby samoistnie uzasadniać uruchomienia przymusowej restrukturyzacji. Sąd ocenił, że organ zasadnie przyjął, iż przesłanka interesu publicznego została spełniona²⁸. Z kolei, jak podkreślił WSA w Warszawie, BFG w decyzji z 30.12.2020 r. w przedmiocie wszczęcia przymusowej restrukturyzacji wobec Idea Bank S.A. z siedzibą w Warszawie: „analizując przesłankę interesu publicznego, skoncentrowaną wokół zapewnienia stabilności finansowej, odwołał się do wskazanej w art. 24 ust. 2 lit. b pkt ii oraz lit. c pkt ii rozporządzenia 2016/1075²⁹ potrzeby ograniczenia efektu rozprzestrzeniania, w tym wyeliminowania negatywnego oddziaływania potencjalnej likwidacji Banku w drodze standardowego postępowania upadłościowego na inne podmioty sektora finansowego, w szczególności należące do tej samej grupy. Bezspornie długotrwałość trudnej sytuacji Banku multiplikowała ryzyko przeniesienia jej na pozostałe podmioty, zwłaszcza że – jak wyjaśniono w zaskarżonej decyzji – „S. A. także odnotowywał straty od kilkunastu kwartałów, a jego klienci i akcjonariusze reagowali w podobny sposób jak klienci i akcjonariusze Banku. Dalsze utrzymywanie tej sytuacji zagrażać mogło nie tylko klientom pozostałym członków grupy, ale i obniżyć zaufanie klientów do sektora bankowego w ogóle. Ta ostatnia wartość mogłaby zostać nadzarpięta także przez akcentowane przez organ niebezpieczeństwo niewykonania przez Fundusz obowiązku wypłaty świadczeń gwarantowanych. Mogłoby się ono ziścić w przypadku masowych wypłat spowodowanych utratą płynności finansowej przez inne banki. Z tych przyczyn uznać należy, że w tej sprawie wykazano to, że wszczęcie przymusowej restrukturyzacji nastąpiło w interesie publicznym”. Ponadto, „(j)ak wyjaśniono w zaskarżonej decyzji, oferta przejęcia zapewniała nieprzerwaną i niezachwianą kontynuację realizacji zobowiązań Banku względem swoich depozytariuszy oraz kredytobiorców. Zgodzić się należy z twierdzeniami zaskarżonej decyzji, iż zastosowane rozwiązanie było w tej kwestii korzystniejsze dla klientów Banku niż procedura upadłościowa, która podobnych gwarancji nie stwarza. Dlatego zasadnie uznano, że spełnione zostały wskazane w art. 66 pkt 4 i 5 ustawy o BFG cele przymusowej restrukturyzacji”³⁰.

²⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 4.12.2020 r., VI SA/Wa 317/20, LEX nr 3115476, nieprawomocny.

²⁹ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2016/1075 z 23.03.2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających treść planów naprawy, planów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz grupowych planów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, minimalne kryteria, które właściwy organ ma poddać ocenie w odniesieniu do planów naprawy i grupowych planów naprawy, warunki udzielenia wsparcia finansowego w ramach grupy, wymagania wobec niezależnych rzeczoznawców, umowne uznanie uprawnień do umorzenia i konwersji, procedury i treść wymogów dotyczących powiadomienia i obwieszczenia o zawieszeniu oraz sposób funkcjonowania kolegiów ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji (Dz.U. UE L. z 2016 r. Nr 184, str. 1).

³⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 25.01.2021 r., VI SA/Wa 201/21, LEX nr 3232104, nieprawomocny.

Podsumowanie

Klauzule generalne pełnią istotną funkcję w procesie stanowienia prawa, prowadząc do uelastycznienia brzmienia przepisów prawa, pozwalając zarazem na dostosowanie do płynnych i zmiennych w czasie realiów społecznoprawnych. „Interes publiczny”, odsyłając do pozaprawnych ocen, stanowi jedną z klauzul generalnych. Trafne jest posłużenie się w dyrektywie BRR, a w ślad za nią w ustawie o BFG, klauzulą generalną interesu publicznego, dla którego ochrony konieczne jest podjęcie działań przymusowej restrukturyzacji. Określenie zamkniętego katalogu wypełniającego przesłankę konieczności podjęcia działań w interesie publicznym skutkowałyby nadmierną kazuistycznością przepisów ustawy o BFG.

Niedookreślony charakter interesu publicznego nie oznacza dowolności dla BFG w kształtowaniu treści tej klauzuli. Przesłanka ta powinna być traktowana obiektywnie w realiach konkretnego stanu faktycznego. Niedopuszczalne byłoby traktowanie jej w kategoriach abstrakcyjnych, w oderwaniu od ustalonego stanu faktycznego danej sprawy administracyjnej. Wypełnienie treści klauzuli generalnej interesu publicznego jako przesłanki wszczęcia przymusowej restrukturyzacji następuje przez pryzmat celów przymusowej restrukturyzacji określonych w art. 66 ustawy o BFG, które nie są wobec siebie konkurencyjne. Jakkolwiek BFG rozstrzyga w ramach przyznanej swobody uznania administracyjnego w odniesieniu do wypełnienia treścią zakresu znaczeniowego konkretnych celów przymusowej restrukturyzacji, a tym samym całej klauzuli interesu publicznego, to jednak uznanie to nie ma charakteru dowolnego. BFG powinien dokonać swoistego testu ważenia interesów i praw przy stosowaniu klauzuli konieczności podejmowania działań w interesie publicznym. Stwierdzenie ziszczenia się przesłanki interesu publicznego w realiach konkretnej sprawy administracyjnej wymaga od organu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy i oceny skutków podejmowanych rozstrzygnięć.

Bibliografia

Bank of Greece, https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document-s/10180/1331379/45d5afaf-ec4b-46dd-a04d-71f996000cf4/1812015_Decision.pdf?retry=1 (dostęp: 15.04.2022).

Blicharz J., *Kategoria interesu publicznego jako przedmiot działania administracji publicznej*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2004, t. 40.

Blicharz R., Kania M., *Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2010, 5.

Choduń A., Gomułowicz A., Skoczylas A., *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym. Wybrane zagadnienia teoretyczne i orzecznicze*, 2013.

Decyzja z 16.04.2015 r., Panellinia Bank S.A., SA.41503, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258024/258024_1680824_119_2.pdf (dostęp: 15.04.2022).

Decyzja z 16.12.2015 r., Magyar Kereskedelmi Bank Zrt., SA.40441; https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/261437/261437_1721348_166_2.pdf (dostęp: 15.04.2022).

Duda A.S., *Interes prawny w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2008.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15.05.2014 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 (Dz.U. UE L z 2014 r., Nr 173, s. 190).

First Decision by Finansiell Stabilitet on the resolution of Andelskassen J.A.K. Slagelse dated 5 October 2015, <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1224279/a97963f3-8091-4258-8748-172e4f5df956/Notification%20-%20BRRD%20Article%2083%284%29%20-%20International%20Authorities.pdf?retry=1> (dostęp: 15.04.2022).

Góral L., *Interes publiczny jako przesłanka ingerencji państwa w sferę funkcjonowania rynku bankowego w Polsce i we Francji*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2010, t. 82.

Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002.

Jakimowicz W., *Wykłady w prawie administracyjnym*, Kraków 2006.

Jędrzejczak M., *Władza dyskrejonalna organów administracji publicznej*, Warszawa 2021.

Jurkowska A., *O „prywatyzacji” prawa wspólnotowego i jej skutkach*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, 9.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78 poz. 483 ze zm.).

Kowalski A., *Etyczne aspekty przymusowej restrukturyzacji banków*, 2018, https://zbp.pl/public/repozytorium/wydarzenia/images/czerwiec_2018/Etyczne_aspekty_przymusowej_restrukturyzacji_bankow.pdf (dostęp: 15.04.2022).

Lang J., *Struktura prawna skargi w prawie administracyjnym*, Wrocław 1972.

Leszczyński L., *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001.

Mędrzecka J.M., *Kilka uwag co do zasadności utrzymywania w polskim systemie prawnym instytucji przymusowej restrukturyzacji spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, Studia Iuridica Toruniensia, Tom XXVII, 2021.

Modliński E., *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1932.

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2016/1075 z 23.03.2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających treść planów naprawy, planów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji oraz grupowych planów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, minimalne kryteria, które właściwy organ ma poddać ocenie w odniesieniu do planów naprawy i grupowych planów naprawy, warunki udzielenia wsparcia finansowego w ramach grupy, wymagania wobec niezależnych rzeczoznawców, umowne uznanie uprawnień do umorzenia i konwersji, procedury i treść wymogów dotyczących powiadomienia i obwiesz-

czenia o zawieszeniu oraz sposób funkcjonowania kolegiów ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji (Dz.U. UE L. z 2016 r. Nr 184, str. 1).

Skóra A., *Reformatio in peius w postępowaniu administracyjnym*, Gdańsk 2002.

Szafrański A., *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008.

Szaraniec M., *Klauzula interesu publicznego i określenia nieostre – próba wyodrębnienia tych pojęć na gruncie ustawy o działalności ubezpieczeniowej*, [w:] B. Gnela (red.), *Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne*, Warszawa 2011.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47).

Ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r., poz. 735 ze zm.).

Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1540 ze zm.).

Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2021, poz. 2439 ze zm.).

Ustawa z 16.04.2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2021 r., poz. 1098 ze zm.).

Ustawa z 5.11.2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2012 r. poz. 855, z późn. zm.).

Ustawa z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2021 r., poz. 1130 ze zm.).

Ustawa z 10.06.2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2022 r., poz. 793).

Ustawa z 6.03.2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2022 r., poz. 470).

Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.).

Ustawa z 27.08.2019 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 305 ze zm.).

Ustawa z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.).

Wronkowska S., Zieliński M., *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997.

Wróbel A., *Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane prof. zw. dr. hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, Przemysł 2000.

Wyrok ETS z 20.02.1979 r., C-120/78, w sprawie Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung, ECLI:EU:C:1979:42.

Wyrok TK z 29.01.2002 r., K 19/01, OTK-A 2002/1/1.

Wyrok TK z 14.06.2004 r., SK 21/03, OTK-A 2004/6/56.

Wyrok TK z 19.10.2004 r., K 1/04, OTK-A 2004/9/93.

Wyrok TK z 7.06.2005 r., K 23/04, OTK-A 2005/6/62.

Wyrok TK z 21.06.2005 r., P 25/02, OTK-A 2005/6/65.

Wyrok TK z 8.07.2008 r., K 46/07, OTK-A 2008/6/104.

Wyrok TK z 31.07.2015 r., K 41/12, OTK-A 2015/7/102.

Wyrok WSA w Warszawie z 4.12.2020 r., VI SA/Wa 317/20, LEX nr 3115476, nieprawomocny.

Wyrok WSA w Warszawie z 25.01.2021 r., VI SA/Wa 201/21, LEX nr 3232104, nieprawomocny.

Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986.

Zdyb M., Art. 6, [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013.

Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

Zimmerman P., Art. 66, [w:] P. Zawadzka, P. Zimmerman, R. Sura, *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, Warszawa 2017.

Zimmerman P., Art. 101, [w:] P. Zawadzka, P. Zimmerman, R. Sura, *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, Warszawa 2017.

Żurawik A., *Klauzula interesu publicznego w prawie gospodarczym krajowym i unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, 12.

Żurawik A., „Interes publiczny”, „interes społeczny” i „interes społecznie uzasadniony”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, 2.

Żurawik A., *Postępowanie w sprawach antymonopolowych oraz ochrony konsumentów*, [w:] A. Matan (red.), *System Prawa Administracyjnego Procesowego, TOM IV. Postępowania autonomiczne i szczególnie. Postępowania niejurysdykcyjne*, Warszawa 2021.

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 omówiona, 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 assesses the effectiveness of the resolution instruments and discusses 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 szczególnemu 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 Szczyński 2018, Rozdział I, § 5.

²² Szczyński 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 przeniesienia 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.

umożliwić 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 przejścia 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 przejściem 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. 2 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 przejścia 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 przejścia 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-wszczecia-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 przejścia 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).

Bartosz Trocha*

ORCID: 0000-0002-9548-871X

Bartosz.trocha@bfg.pl

Wpływ przymusowej restrukturyzacji (*resolution*) na postępowanie cywilne

Streszczenie

Artykuł zawiera zwięzłe przedstawienie wpływu przepisów o przymusowej restrukturyzacji na sferę postępowania cywilnego. Omówione zostały skutki dla postępowania rozpoznawczego (następstwo procesowe, zawieszenie postępowania), jak również zabezpieczającego i egzekucyjnego, a także kwestie dowodowe i problem transgranicznej skuteczności *resolution*.

Słowa kluczowe: przymusowa restrukturyzacja, postępowanie cywilne, proces cywilny, prawo procesowe cywilne, Bankowy Fundusz Gwarancyjny

JEL: K41

The impact of resolution on the civil procedure

Abstract

The article briefly outlines the impact of the resolution regime on the sphere of civil procedural law. The study concerns the effects on judicial proceedings (change of party, stay of proceedings) as well as on preservation and enforcement proceedings, and also the issues related to evidences and cross-border consequences of resolution.

Key words: resolution, civil procedure, civil proceedings, civil procedural law, Bank Guarantee Fund

* Bartosz Trocha – doktor nauk prawnych, radca prawny w Bankowym Funduszu Gwarancyjnym. Wyrażone w artykule opinie stanowią osobiste zapatrywania autora na podnoszone kwestie i nie są oficjalnymi stanowiskami Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

Wstęp

Przymusowa restrukturyzacja, obecna w polskim porządku prawnym od kilku lat, jest instytucją znajdującą zastosowanie wobec podmiotów działających na rynku usług bankowych. Jej rzeczywiste oddziaływanie wykracza jednak znacząco poza dziedzinę prawa bankowego. Wynika to z faktu, że z chwilą objęcia takich podmiotów przymusową restrukturyzacją istotnym zmianom ulega ich ogólna sytuacja prawna. Pozostają one bowiem, co prawda, uczestnikami obrotu prawnego, jednak sfera ich uprawnień i obowiązków w stosunku do innych uczestników tego obrotu doznaje ważnych modyfikacji. Dotyczy to m.in. sfery prawa cywilnego, w tym również procesowego.

Niniejszy artykuł jest pierwszą w literaturze krajowej próbą zbiorczego omówienia cywilnoprosesowych aspektów przymusowej restrukturyzacji. Za punkt wyjścia przyjęto przybliżenie istoty przymusowej restrukturyzacji w zakresie skrótowym, lecz pozwalającym na uwidocznienie jej gospodarczego i prawnego znaczenia (co będzie przydatne dla tych czytelników opracowania, którym na co dzień bliższa jest dziedzina prawa procesowego niż dziedzina prawa bankowego). W dalszej kolejności zostaną przeanalizowane poszczególne zagadnienia z zakresu wpływu przymusowej restrukturyzacji na sferę postępowania cywilnego. Wpływ ten przejawia się, po pierwsze, w oddziaływaniu na zakres podmiotowy postępowań rozpoznawczych wszczętych z udziałem podmiotu poddawanego przymusowej restrukturyzacji, w przypadku gdy na skutek zastosowania danego instrumentu *resolution* dochodzi do następstwa procesowego po stronie zajmowanej dotychczas przez taki podmiot. Po drugie, rzeczony wpływ przejawia się w możliwości ingerowania przez organ przymusowej restrukturyzacji w przebieg postępowań rozpoznawczych toczących się z udziałem podmiotu poddawanego *resolution*, co dokonuje się w drodze występowania przez ten organ z wiążącymi sąd wnioskami o zawieszenie (i ewentualnie podjęcie) postępowania. Po trzecie, przymusowa restrukturyzacja wpływa hamująco na możliwość prowadzenia w stosunku do podmiotu poddawanego *resolution* postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego, a także oddziałuje na możliwość toczenia się postępowania z udziałem takiego podmiotu przed sądem polubownym. Po czwarte, działania w obszarze przymusowej restrukturyzacji są faktami prawnie relewantnymi z punktu widzenia wielu różnych spraw cywilnych (nie tylko tych z udziałem podmiotu poddawanego *resolution*), co wiąże się z pytaniem o praktyczne aspekty uwzględniania takich faktów na potrzeby konstruowania w tych sprawach podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Wreszcie, po piąte, czynności krajowego organu przymusowej restrukturyzacji mogą mieć znaczenie dla toczących się przed zagranicznymi sądami lub organami postępowań z udziałem podmiotu, wobec którego wszczęto *resolution* w Polsce, zaś czynności zagranicznych organów przymusowej restrukturyzacji mogą mieć znaczenie dla toczących się przed polskimi sądami lub organami postępowań z udziałem podmiotu, wobec którego wszczęto *resolution* za granicą.

Opracowanie zostało oparte w znacznej części na spostrzeżeniach z praktyki autora jako radcy prawnego w Bankowym Funduszu Gwarancyjnym. W artykule uwzględniono najnowsze orzecznictwo sądów powszechnych i wypowiedzi przedstawicieli doktryny, jak również starsze źródła, w zakresie, w jakim pozostają one relewantne dla omawianej materii.

1. Istota przymusowej restrukturyzacji

Przymusowa restrukturyzacja (ang. *resolution*, fr. *résolution*)¹ jest instytucją osadzoną w prawie krajowym i unijnym. Jej idea jest, najogólniej rzecz ujmując, reagowanie przez odpowiednie organy państwa członkowskiego UE na krytyczną sytuację finansową podmiotów działających na rynku usług bankowych w celu zapobieżenia szerszemu kryzysowi o charakterze systemowym². Na szczeblu prawa unijnego ramy prawne dla instytucji *resolution* zostały zawarte w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r.³ (dalej: BRRD). Na szczeblu prawa krajowego BRRD została implementowana w postaci przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji⁴ (dalej: ustawa o BFG).

Działania w obszarze przymusowej restrukturyzacji mogą zostać podjęte w stosunku do banków, instytucji kredytowych lub firm inwestycyjnych, lub podmiotów zagranicznych, z zastrzeżeniami wyrażonymi w odniesieniu do tych kategorii w art. 2 pkt 41a ustawy o BFG⁵. Podmiot, w stosunku do którego wszczęto *resolution*, jest określany przez ustawę jako podmiot w restrukturyzacji i zachowuje ten status przez cały czas jej trwania. Finansowanie działań w obszarze przymusowej restrukturyzacji odbywa się poprzez system składek na wyodrębniony fundusz przymusowej restrukturyzacji (osobno dla banków i kas)⁶. Przesłanki wszczęcia *resolution*

¹ Termin „przymusowa restrukturyzacja” jako odpowiednik słowa *resolution* funkcjonuje na gruncie prawa krajowego, natomiast na gruncie prawa unijnego na potrzeby polskich tłumaczeń odnośnych aktów prawnych używane jest określenie „restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja” – zob. przyp. 4 poniżej.

² Aspekt prewencyjny *resolution* jest często podkreślany w literaturze przedmiotu – zob. np. Kosińska 2018, s. 44–47; Szczepańska i in. 2015, s. 18–21; Fedorowicz 2017, s. 20; Piłat 2016, s. 129–130; Iwańczuk-Kaliska 2016, s. 10; Koleśnik 2015, s. 99; Zimmerman, Medyński 2017, s. 97; Stopczyński 2020, s. 518 i 525; Szewczyk 2018, s. 149; Pruski 2013, s. 29.

³ 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 (Dz.Urz.UE L 173 z 12.06.2014, s. 190).

⁴ Dz.U. z 2022 r. poz. 793. Co do działań o charakterze interwencyjnym możliwych na gruncie stanu prawnego sprzed wejścia w życie ustawy o BFG zob. porównawczo Gronkiewicz-Waltz 2018, s. 653–656; Bełdowski, Prokop 2011, s. 33–43; Swaczyna 2017, s. 155–157.

⁵ Por. Mędrzecka 2020, s. 187–208.

⁶ Por. w tej kwestii: Kowalewska 2021, s. 205–296; Szczepańska i in. 2015, s. 53–58; Piłat 2016, s. 139–140; Szewczyk 2018, s. 154.

są wyczerpująco określone przez ustawę i odnoszą się do kondycji finansowej podmiotu i perspektyw na jej poprawę oraz do interesu publicznego (art. 101 ust. 7 ustawy o BFG)⁷.

Celami przymusowej restrukturyzacji, wskazanymi w art. 66 ustawy o BFG, są: po pierwsze, utrzymanie stabilności finansowej, w szczególności przez ochronę zaufania do sektora finansowego i zapewnienie dyscypliny rynkowej; po drugie, ograniczenie zaangażowania funduszy publicznych lub prawdopodobieństwa ich zaangażowania wobec sektora finansowego lub jego poszczególnych podmiotów dla realizacji omawianych celów; po trzecie, zapewnienie kontynuacji realizowanych przez dany podmiot funkcji krytycznych; po czwarte, ochrona deponentów i inwestorów objętych systemem rekompensat; po piąte, ochrona środków powierzonych danemu podmiotowi przez jego klientów⁸. Osiąganie wymienionych celów musi być dokonywane z uwzględnieniem narzucanych przez prawo unijne takich zasad, jak zasada ponoszenia strat w pierwszej kolejności przez akcjonariuszy podmiotu w restrukturyzacji, zasada równego traktowania wierzycieli znajdujących się w tej samej kategorii zaspokajania roszczeń, czy też zasada nie pogarszania sytuacji wierzycieli (ang. *no creditor worse off*), gwarantująca, że żaden wierzyciel nie znajdzie się na skutek *resolution* w sytuacji gorszej, niż miałoby to miejsce w razie wystąpienia w tym samym czasie z wnioskiem o ogłoszenie upadłości podmiotu⁹.

Wszczynając przymusową restrukturyzację podmiotu, organ *resolution* dokonuje wyboru jej instrumentów (narzędzi), najbardziej adekwatnych do danego przypadku. Prawo przewiduje zamknięty katalog czterech instrumentów *resolution*, tj. po pierwsze, przejęcie przedsiębiorstwa podmiotu w restrukturyzacji; po drugie, utworzenie instytucji pomostowej; po trzecie, umorzenie lub konwersję zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji (tzw. *bail-in*); po czwarte, wydzielenie praw majątkowych (art. 110 ust. 1 ustawy o BFG)¹⁰. Trzeci z wymienionych instrumentów może być zastosowany także bez wszczynania przymusowej restrukturyzacji, natomiast ostatni z nich może być zastosowany tylko łącznie z innym instrumentem.

Wyłącznym organem przymusowej restrukturyzacji w Rzeczypospolitej Polskiej jest – na mocy art. 65 ustawy o BFG – Bankowy Fundusz Gwarancyjny (dalej: Fundusz, BFG), który w toku prac legislacyjnych został uznany za najbardziej odpowiednią jednostkę do realizacji zadań z zakresu *resolution*¹¹. Kompetencje Funduszu normuje

⁷ W literaturze zob. w tej kwestii Bombczyński, Krzanicka 2021, s. 86–94; Szczepańska i in. 2015, s. 45–48; Kozińska 2018, s. 61.

⁸ Szerzej na temat celów przymusowej restrukturyzacji zob. np. Kozińska 2018, s. 57–58; Kowalewska 2019, s. 44–47.

⁹ Zob. Szczęśniak 2017, s. 439 i n.

¹⁰ Zob. Szczęśniak 2018, s. 79–238; Kozińska 2018 s. 69–125; Szczepańska i in. 2015 s. 27–44; Zimmerman, Medyński 2017, s. 100–106. Z opracowań poświęconych poszczególnym instrumentom zob. Szczęśniak 2021, s. 3–18; Chybiński 2020, s. 142–152; Hapka 2017, s. 417 i n.; Borsuk, Klupa 2017, s. 144–166; Burzyńska 2015, s. 429–442; Grzegorzak 2020, s. 22–26; Obzejta 2019.

¹¹ Zob. aprobująco Gronkiewicz-Waltz 2018, s. 657; Fedorowicz 2017, s. 408; Janusz 2013, s. 234. Por. jednak krytycznie Szydło 2016 (1), s. 173–175; zob. też Szustak 2015, s. 100–101.

przede wszystkim (choć nie tylko) ustawa o BFG¹², która m.in. przyznaje Funduszowi prawo do wydawania decyzji w przedmiocie wszczęcia przymusowej restrukturyzacji, wyboru jej instrumentu czy też zawieszenia działalności podmiotu. Prawa strony postępowania w omawianym przedmiocie doznają pewnych ograniczeń w porównaniu do standardowej procedury znanej z Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.), m.in. poprzez brak czynnego udziału strony w postępowaniu czy też wyłączenie zasady dwuinstancyjności – jest to niewątpliwie uzasadnione przedmiotem sprawy i jej znaczeniem dla stabilności finansowej państwa¹³.

Decyzje BFG, o których mowa w art. 101 ust. 7–9 i art. 102 ust. 1 i 4 ustawy o BFG, podlegają kontroli na drodze sądowoadministracyjnej, pod względem zgodności z prawem. Także na tym etapie ustawodawca przewidział modyfikacje klasycznych rozwiązań proceduralnych, przez wzgląd na wagę sprawy. W porównaniu do ogólnych zasad Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej: p.p.s.a.) obowiązuje krótszy, 7-dniowy, termin na wniesienie skargi do sądu administracyjnego (art. 103 ust. 5 ustawy o BFG)¹⁴, natomiast co do sfery możliwych rozstrzygnięć sądu w razie uwzględnienia skargi, to ogranicza się ona do możliwości stwierdzenia, że decyzja BFG została wydana z naruszeniem prawa (art. 105 ust. 2 ustawy o BFG), co jednak nie eliminuje tego rozstrzygnięcia z obrotu¹⁵.

Przekazanie przez ustawodawcę uprawnienia do badania decyzji BFG do kompetencji sądów administracyjnych powoduje, że wszczęcie przymusowej restrukturyzacji samo w sobie właściwie nie generuje roszczeń, które mogłyby zostać skierowane na drogę postępowania cywilnego; zasadę tę w pewnej mierze wyraża art. 164 ustawy o BFG. Dopiero w razie ewentualnego stwierdzenia przez sąd administracyjny wydania decyzji z naruszeniem prawa otwiera się możliwość występowania przeciwko Funduszowi przez sąd powszechny z roszczeniami odszkodowawczymi, w granicach określonych przez art. 105 ust. 4–5 ustawy o BFG. Ponadto, działania BFG mogą stać się podstawą do występowania m.in. przez wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji przeciwko Funduszowi z tzw. roszczeniem uzupełniającym, jeśli stosowne oszacowanie wykazałoby, że *resolution* odbyło się z naruszeniem wspomnianej już zasady niepogarszania sytuacji wierzycieli (art. 241–242 ustawy o BFG); ustawodawca uwzględnia także odrębny scenariusz ewentualnej odpowiedzialności Funduszu z tytułu czynów niedozwolonych (art. 242 ust. 5 ustawy o BFG)¹⁶. Wreszcie przepisy przewidują szczególną legitymację dla Funduszu do zaskarżania przed sądem powszechnym czynności prawnych podmiotu w restrukturyzacji dokonanych przed

¹² W literaturze obrazowo określono ustawę o BFG jako „konstytucję Funduszu” – tak Szambelańczyk 2020, s. 31.

¹³ Ograniczenia te są aprobowane w piśmiennictwie – zob. Szczęśniak 2018, s. 56 i n.; Chojecka 2019, s. 35.

¹⁴ Tak też NSA w postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2020 r., II GZ 221/20; aprobowano Ochocińska 2022, s. 269–273; odmiennie lecz błędnie Szczęśniak 2022, s. 114–127; Torończak 2022, s. 378–382.

¹⁵ Zob. aprobowano np. Szczęśniak 2018, s. 60; krytycznie (i nietrafnie) Szydło 2016 (2), s. 11–24 i 28, oraz Derc 2021, s. 225.

¹⁶ Dyskusyjna wydaje się jednak relacja pomiędzy tym przepisem a regulacją art. 105 ust. 4–5 ustawy o BFG; por. Sierakowski [w:] Zawadzka i in. 2017, nb 3 do art. 242 i zawarte tam uwagi.

wszczęciem przymusowej restrukturyzacji z pokrzywdzeniem wierzycieli (art. 172 ust. 2 ustawy o BFG). Niezależnie jednak od powyższego zawężenia dopuszczalności drogi sądowej do ściśle określonych przypadków roszczeń, przymusowa restrukturyzacja istotnie wpływa na szeroko rozumianą sferę postępowania cywilnego, co zostanie wykazane w kolejnych punktach opracowania.

Tytułem uzupełnienia warto wskazać, że od momentu wejścia w życie ustawy o BFG przymusowa restrukturyzacja została wszczęta w Polsce trzykrotnie – dwa razy wobec banków spółdzielczych i raz wobec banku działającego w formie spółki akcyjnej. Informacje na temat tych postępowań dostępne są przede wszystkim na stronie internetowej Funduszu¹⁷.

2. Następstwo procesowe po stronie zajmowanej pierwotnie przez podmiot w restrukturyzacji (art. 176 ust.1, art. 191 ust. 1 i 7 i art. 225 ust. 4 i 8 ustawy o BFG)

Spośród czterech wzmiankowanych w poprzednim punkcie instrumentów przymusowej restrukturyzacji trzy wykazują wspólną cechę, polegającą na tym, że ich zastosowanie wiąże się z sukcesją praw i obowiązków przynależnych pierwotnie podmiotowi w restrukturyzacji na rzecz innego podmiotu. Rezultatem tej sukcesji jest zaś następstwo procesowe m.in. w postępowaniach cywilnych, po stronie zajmowanej dotychczas przez podmiot w restrukturyzacji.

W przypadku instrumentu w postaci przejęcia przedsiębiorstwa odnośną regulację zawiera art. 176 ustawy o BFG. Zgodnie z ustępem 1 tego artykułu, z dniem określonym w decyzji Funduszu, podmiot przejmujący wstępuje w miejsce podmiotu w restrukturyzacji w zakresie przejętych praw majątkowych i zobowiązań, „również w postępowaniach sądowych i administracyjnych”. W przypadku instrumentu w postaci instytucji pomostowej odpowiednikiem powyższej regulacji jest art. 191 ust. 1 ustawy o BFG, aczkolwiek w tym ostatnim przepisie mowa jest już tylko o „postępowaniach sądowych”. Ważnym uzupełnieniem jest tu przepis art. 191 ust. 7 ustawy o BFG, który stanowi, że w: „postępowaniach dotyczących przeniesionego przedsiębiorstwa, wybranych praw majątkowych lub wybranych zobowiązań”, wszczętych przez podmiot w restrukturyzacji i niezakończonych przed dniem doręczenia decyzji, w miejsce podmiotu w restrukturyzacji wstępuje instytucja pomostowa z dniem doręczenia jej tej decyzji. Z kolei w przypadku instrumentu w postaci wydzielenia praw majątkowych kwestię sukcesji reguluje art. 225 ustawy o BFG. Zgodnie z ustępem 4 tego artykułu, 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 zobowiązań. W odróżnieniu od art. 176 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 norma ta nie zawiera wprawdzie wyraźnej

¹⁷ W literaturze zob. Graca 2021, w szczególności s. 88–91; Stopczyński 2020, s. 81–104; Koleśnik 2020, s. 126–132. Co do przypadków *resolution* w innych państwach członkowskich UE por. Kowalski 2018, s. 1107–1116; Miklaszewska 2017, s. 168–182; Kozińska 2018, s. 61–80; Dynak 2017, s. 139–143.

wzmianki o postępowaniach, jednak już ustęp 8 omawianego artykułu 225 przewiduje, na wzór art. 191 ust. 7, że w: „postępowaniach dotyczących przeniesionych praw majątkowych i zobowiązań”, wszczętych przez podmiot w restrukturyzacji lub instytucję pomostową i niezakończonych przed dniem doręczenia decyzji, w miejsce podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej wstępuje podmiot zarządzający aktywami, z dniem doręczenia mu decyzji Funduszu – skłania to do wniosku, że również przy tym instrumencie mamy do czynienia z następstwem procesowym¹⁸.

Regulacja przejścia praw i obowiązków zawarta przez ustawodawcę w wymienionych przepisach jest stosunkowo zwięzła, a jednocześnie w kwestiach wprost nieuregulowanych nie zawiera wyraźnych odesłań do innych aktów prawnych. Rodzi to kilka pytań co do szczegółowych aspektów następstwa procesowego na gruncie postępowania cywilnego.

Przede wszystkim powstaje pytanie, czy w każdym z przywołanych przypadków wyłączona jest ogólna zasada z art. 192 pkt 3 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.), zakładająca, że po doręczeniu pozwanemu odpisu pozwu zbycie rzeczy lub prawa objętych sporem nie ma wpływu na dalszy bieg sprawy, zaś nabywca może wejść na miejsce zbywcy tylko za zezwoleniem strony przeciwnej¹⁹. Nie powinno budzić wątpliwości, że zasada z art. 192 pkt 3 k.p.c. nie obowiązuje wszędzie tam, gdzie dochodzi do sukcesji uniwersalnej²⁰, a więc także w przypadkach gdy do podmiotu przejmującego lub instytucji pomostowej przeniesiony zostałyby ogół praw i obowiązków podmiotu z restrukturyzacji. W praktyce jednak przeniesienie dokonuje się z wyłączeniami, gdyż jego celem jest najczęściej rozdzielenie „zdrowej” i „chorej” części przedsiębiorstwa;²¹ z kolei instrument w postaci wydzielenia praw majątkowych z samej swej istoty dotyczy jedynie pewnego zakresu stosunków prawnych, w które zaangażowany był podmiot w restrukturyzacji. To sprawia, że nie można kwalifikować omawianych wyżej zdarzeń jako przypadków klasycznej sukcesji uniwersalnej²², czyli takiej, jaka następuje np. przy spadkobranii²³ i która jednoznacznie wyłącza stosowanie zasady z art. 192 pkt 3 k.p.c.

¹⁸ Tak też Sierakowski [w:] Zawadzka i in. 2017, nb 2 do art. 225.

¹⁹ Jest to tzw. podmiotowa stabilizacja postępowania, będąca odstępstwem od zasady aktualności orzekania wyrażonej w art. 316 § 1 k.p.c. – zob. szerzej Mucha 2014, s. 205–211; Jędrzejewska, Weitz [w:] Ereciński 2016, nb 19 do art. 192; Romańska 2011, s. 519–553. Na problem znaczenia art. 192 pkt 3 k.p.c. na tle *resolution* zwrócił uwagę już A. Jakubecki w opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z 7 kwietnia 2015 r. do ministerialnego projektu ustawy o BFG, wątpiąc w zasadność jego wyłączenia (opinia dostępna na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/161376>).

²⁰ Por. obszernie Broniewicz 1971, s. 24–29.

²¹ Zob. art. 174 ust. 1 i art. 188 ust. 1 ustawy o BFG. W literaturze por. Szczęśniak 2018 s. 81–82 i zawarta tam uwaga, że określenie „przejęcie przedsiębiorstwa” może w tym kontekście wprowadzać w błąd; podobnie Chybiński 2020, s. 144; zob. też Szczepańska i in., 2015, s. 29; Objezta 2019, pkt 1; Grzegorzak 2020, s. 23.

²² Por. wyroki SA w Rzeszowie z 29 grudnia 2021 r. i 27 stycznia 2022 (obydwa pod sygn. I AGa 126/21), w których sukcesji praw dokonującej się na tle art. 176 ust. 1 ustawy o BFG odmówiono charakteru generalnego ze względu na fakt zastrzeżenia przez Fundusz w decyzji możliwości przeniesienia zwrotnego.

²³ W literaturze używa się też określenia „następstwo ogólne”; chodzi tu o sytuację, gdy na podstawie jednego stanu faktycznego następcą prawnym wstępuje w ogół praw i obowiązków majątkowych swego poprzednika – zob. Piątkowski 2015, s. 157.

Z drugiej jednak strony, w doktrynie już od wielu lat podnosi się konieczność dostrzeżenia dla potrzeb procesowych tzw. częściowej sukcesji uniwersalnej, mającej miejsce np. przy podziałach spółek kapitałowych i przenoszeniu określonej części dzielonego przedsiębiorstwa na inną spółkę²⁴. Na postulaty te odpowiedział najpierw Sąd Najwyższy, uznając, że tego rodzaju sukcesja pociąga za sobą następstwo procesowe, które nie wymaga zgody strony przeciwnej z art. 192 pkt 3 k.p.c.²⁵, a następnie ustawodawca, wprowadzając w 2018 r. przepis art. 531 § 2¹ Kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.), który wprost wyłącza wymóg takiej zgody w odniesieniu do przypadków nabycia w wyniku podziału przez wydzielenie części majątku spółki dzielonej²⁶. Na mocy art. 124c ust. 1 Prawa bankowego dotyczy to również przypadków podziału banków. Co jednak istotne, ustawa o BFG wyłącza wprost w art. 121 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 możliwość stosowania w przymusowej restrukturyzacji art. 124c Prawa bankowego, jak również przepisów tytułu IV działu II k.s.h., w którym mieści się art. 531 § 2¹ k.s.h.²⁷

Mimo przywołanego wyłączenia nie sposób przyjąć, aby zasada z art. 192 pkt 3 k.p.c. mogła pozostawać aktualna w realiach *resolution*, gdyż taki scenariusz prowadziłyby do faktycznego paraliżu działań BFG w zakresie przenoszenia w ramach przymusowej restrukturyzacji tych praw i obowiązków, co do których toczą się spory sądowe. Uzależnianie następstwa procesowego w każdej ze spraw od zgody strony przeciwnej wypaczałoby sens całej idei przeniesienia, a tym samym rodziłoby sprzeczność z wymogami prawa UE w zakresie sprawności i szybkości *resolution*²⁸ (zob. w szczególności art. 64 ust. 3 lit. b BRRD, w którym mowa jest o „zastąpieniu we wszelkich postępowaniach”²⁹). Należy w konsekwencji uznać, że już samo użycie przez ustawodawcę w odnośnych przepisach ustawy o BFG kategorycznego sformułowania „wstępuje” jest wyrazem chęci wywołania następstwa procesowego wolnego od warunku zgody strony przeciwnej³⁰, zaś przeniesienie praw i obowiązków, o jakim mowa w tych przepisach, trzeba traktować jako przykład wspomnia-

²⁴ Por. w tej kwestii Stawicka 2014, s. 151–153.

²⁵ Uchwała SN z 8 grudnia 2016 r., III CZP 85/16; wcześniej ten sam pogląd został wyrażony w wyroku SN z 27 marca 2014 r., III CSK 181/13 i postanowieniu SN z 25 kwietnia 2012 r., II CSK 356/11; por. jednak pogląd przeciwny wyrażany np. w wyrokach SN z 11 lutego 2016 r., V CSK 344/15 i z 28 kwietnia 2016 r., V CSK 524/15 oraz w postanowieniu SN z 18 lutego 2009 r., I CZ 7/09. W piśmiennictwie zob. Cudna-Wagner 2008, s. 33–37; Kowalewski, Staszewski 2015, s. 13–14; Tracichleb, Stańkowski 2017, s. 39–40.

²⁶ Zob. Wołodkiewicz 2019, s. 839–841.

²⁷ Przepis art. 531 § 2¹ k.s.h. został wprowadzony później niż art. 121 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 ustawy o BFG, jednak wyłączenie, o którym mowa w tej ostatniej regulacji, wyraźnie dotyczy nadal całego działu II w tytule IV k.s.h.

²⁸ Na temat sprawności operacyjnej jako jednej z zasad *resolution* zob. Szczepańska i in. 2015, s. 24.

²⁹ Por. ang. „*substitution (...) in any legal proceedings*”; fr. „*substitution (...) dans toute procédure judiciaire*”.

³⁰ Por. Jędrzejewska, Weitz [w:] Ereciński 2016, nb 24–25 do art. 192 i zawarta tam uwaga, że: „inaczej należy traktować te przypadki, w których przejście praw lub obowiązków związanych z przedmiotem procesu następuje w drodze decyzji ustawodawcy”; por. też wyrok SN z 19 grudnia 2013 r., II CSK 206/13, w którym uznano, że obowiązywanie zasady z art. 192 pkt 3 k.p.c. zależy od tego, czy zbycie rzeczy lub prawa jest rezultatem czynności materialnoprawnej stron lub – choćby pośrednio – efektem woli stron. Odmienne jednak Romańska 2011, s. 531–532.

nej już „częściowej” sukcesji uniwersalnej³¹, której procesowe skutki powinny być takie same jak przy „pełnej” sukcesji uniwersalnej. Decydująca jest tu treść decyzji Funduszu, a postanowienia sądu mogą mieć jedynie charakter deklaratoryjny.

Inną istotną kwestią jest pytanie o to, czy do rzeczzonego następstwa procesowego może dojść w każdym stanie sprawy, czy też może jedynie w jakichś granicach czasowych, a jeżeli tak, to w jakich. Punktem wyjścia można znów uczynić porównanie z następstwem procesowym zachodzącym na gruncie art. 192 pkt 3 k.p.c., czyli za zgodą przeciwnika. W literaturze i orzecznictwie często przyjmuje się, że o ile tylko zgoda zostanie udzielona, to następstwo takie jest możliwe na każdym etapie postępowania, włącznie z postępowaniem apelacyjnym i postępowaniem wywołanym wniesieniem nadzwyczajnego środka zaskarżenia³². Przechodząc na grunt ustawy o BFG, należy uznać, że okoliczność, iż do zajścia następstwa procesowego w świetle tej ustawy nie jest potrzebna zgoda przeciwnika, nie powinna w jakiegokolwiek mierze ograniczać czasowej dopuszczalności tego następstwa. Tego rodzaju limitowanie, podobnie jak przy poprzednio omawianym zagadnieniu, stanowiłoby zbyt duże ryzyko dla sprawnego przeprowadzenia całego *resolution*. Koncepcję taką należy zatem odrzucić.

Powyższy brak ograniczeń tworzy z kolei pole do pytania o to, jak należy postrzegać ewentualne czynności procesowe dokonywane w danym postępowaniu przez podmiot w restrukturyzacji już po dacie relewantnej dla zaistnienia następstwa procesowego, zwłaszcza jeżeli sąd w chwili tej czynności nie dysponował jeszcze informacją o *resolution*. Przy pełnej sukcesji uniwersalnej, wiążącej się ze śmiercią strony lub utratą przez nią bytu prawnego, problem ten z natury rzeczy nie zaistnieje, a zatem brak jest w tym obszarze rozwiązań, do których można byłoby się odwołać. Wzorem nie może być również przypadek klasycznej sukcesji syngularnej zachodzącej w toku sprawy, któremu poświęcony jest wspomniany art. 192 pkt 3 k.p.c., gdyż w takim układzie zbywca rzeczy lub prawa zachowuje – na zasadzie podstawienia procesowego – legitymację procesową do momentu ewentualnego wstąpienia nabywcy do procesu, a dopiero po skutecznej zmianie podmiotów postępowanie w stosunku do zbywcy jest umarzone³³. Tymczasem w realiach *resolution*, jak już wspomniano, moment sukcesji materialnoprawnej w zasadzie zbiega się odgórnie z momentem następstwa procesowego. Należy przyjąć, że również wtedy dochodzi do umorzenia postępowania wobec podmiotu w restrukturyzacji. Wszelkie ewentualne czynności podmiotu w restrukturyzacji dokonane po tej chwili muszą być zatem poczytywane jako pozbawione znaczenia procesowego.

³¹ Por. nieco inaczej na tle instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa Chybiński 2020, s. 147.

³² Tak np. SN w postanowieniu z 21 czerwca 2007 r., IV CSK 57/07; aprobująco Jędrzejewska, Weitz [w:] Ereciński 2016, nb 19 do art. 192; Kunicki [w:] Góra-Błaszczkowska 2019, nb 20 do art. 192; por. jednak odmiennie SN w postanowieniu z 16 grudnia 2004 r., V CZ 143/04.

³³ Por. Kunicki [w:] Góra-Błaszczkowska 2019, nb 15–17 do art. 192. Umorzenie następuje wówczas z mocy samego prawa (*ex lege*), choć niekiedy zaleca się wydanie deklaratoryjnego postanowienia w tym przedmiocie – zob. Olaś 2016, s. 173 i n.

Z kolei czynności procesowe dokonane przed tą datą przez podmiot w restrukturyzacji bądź wobec niego wiążą następcę procesowego³⁴.

W świetle powyższego sprawne wstąpienie do wszystkich toczących się postępowań stanowi niewątpliwie duże wyzwanie organizacyjne dla następcy prawnego podmiotu w restrukturyzacji i wymaga odpowiedniego przygotowania z jego strony – to samo można jednak powiedzieć o przejęciu od podmiotu w restrukturyzacji obowiązku świadczenia usług bankowych³⁵. Szczególna waga omawianego zagadnienia może ujawniać się w sytuacji, gdy datą zaistnienia następstwa procesowego jest dzień przypadający w trakcie terminu na wniesienie środka zaskarżenia lub dokonanie innej ważnej czynności procesowej. Wydaje się, że uchybienie takiemu terminowi przez następcę procesowego może być – zależnie od okoliczności danego przypadku – konwalidowane za pomocą wniosku o przywrócenie terminu. Komplikacje na tym tle nie mogą być jednak podstawą do jakichkolwiek roszczeń następcy procesowego wobec Funduszu, chyba że co innego wynika z ewentualnej umowy łączącej następcę i Fundusz.

Należy zauważyć, że oprócz przeniesienia w ramach *resolution* praw i obowiązków podmiotu w restrukturyzacji na inny podmiot ustawa o BFG przewiduje również możliwość dokonania tzw. przeniesienia zwrotnego – dotyczy to instrumentów w postaci wydzielenia praw majątkowych (art. 225 ust. 2 ustawy BFG)³⁶, instytucji pomostowej (art. 188 ust. 2 ustawy o BFG) oraz przejęcia przedsiębiorstwa (art. 174 ust. 4 ustawy o BFG – w tym wypadku wymagana jest zgoda podmiotu przejmującego). Należy założyć, że – jakkolwiek ustawodawca nie stwierdza tego wprost – również w tych przypadkach dochodzi do następstwa procesowego i, że ma ono charakter *ex lege*, a jego skuteczność nie jest obwarowana wymogiem zgody przeciwnika procesowego.

Przepisy wymienione w tytule niniejszego fragmentu opracowania zawierają odniesienie do postępowań „administracyjnych” i „sądowych”. Należy uznać, że chodzi tu również o postępowania egzekucyjne, w których podmiot w restrukturyzacji występował jako wierzyciel (por. art. 804¹ k.p.c.). Można natomiast zastanawiać się, czy przymiotnik „sądowe” należy uznawać za obejmujący również postępowania przed sądem polubownym. O ile bowiem nie powinno budzić wątpliwości, że rzeczona sukcesja obejmuje prawa i obowiązki wynikające z bycia stroną zapisu na sąd polubowny³⁷, o tyle niejasne jest, czy na gruncie analizowanych przepisów następ-

³⁴ Por. zgodnie na tle art. 192 pkt 3 k.p.c. Broniewicz 1971, s. 53 i Romańska 2011, s. 551.

³⁵ Przy czym gdy chodzi o przenieszenie obowiązku świadczenia usług bankowych Fundusz ma możliwość wydania decyzji o czasowym zawieszeniu działalności podmiotu w restrukturyzacji (art. 155 ustawy o BFG). Fundusz może również wiążąco wnosić o zawieszenie postępowania w sprawach, w których stroną pozostaje podmiot w restrukturyzacji (zob. pkt 3 niniejszego opracowania), ale nie ma analogicznej kompetencji w odniesieniu do spraw, w których zachodzi następstwo procesowe po stronie zajmowanej pierwotnie przez ten podmiot.

³⁶ Zob. P. Szczęśniak 2018, s. 228 i zawarta tam uwaga, że przeniesienie zwrotne może dokonywać się wielokrotnie.

³⁷ Por. w tej kwestii Weitz 2011, s. 111–127; zob. też Błaszczak, Ludwik 2007, s. 127 i przywoływane tam orzecznictwo dotyczące związania zapisem w przypadku cesji wierzytelności.

stwo procesowe zachodzi w postępowaniach arbitrażowych, które w relewantnej dla przeniesienia dacie są już w toku. W piśmiennictwie z dziedziny arbitrażu problem dopuszczalności następstwa procesowego w ogólności jest rozmaicie postrzegany³⁸. Proponuje się m.in. przyjmowanie zasady zbliżonej do tej, którą na potrzeby procesu cywilnego przewiduje art. 192 pkt 3 k.p.c., zakładający podmiotową stabilizację postępowania, chyba że nabywca wstąpi w miejsce zbywcy, za zgodą przeciwnika³⁹. Skoro tak, to można postawić tezę, że w realiach *resolution* funkcję wzorca, zaczerpniętego dla potrzeb arbitrażu z regulacji dotyczącej postępowania przed sądem powszechnym, powinny pełnić wspomniane normy ustawy o BFG, przewidujące w takim postępowaniu następstwo procesowe z pominięciem wymogu zgody strony przeciwnej. Jeżeli natomiast decyzja BFG zakłada, że prawo lub rzecz objęte zapisem na sąd polubowny albo sporem toczącym się już przed takim sądem pozostają przy podmiocie w restrukturyzacji, wówczas zastosowanie znajdzie regulacja art. 136 ustawy o BFG (zob. pkt 4 *in fine* niniejszego opracowania).

3. Zawieszanie i podejmowanie postępowania rozpoznawczego w sprawach z udziałem podmiotu w restrukturyzacji (art. 176 § 2 k.p.c., art. 477^{7a} k.p.c. i art. 181 § 2 k.p.c.)

W zakresie, w jakim prawa i obowiązki podmiotu w restrukturyzacji nie ulegają przeniesieniu, podmiot w restrukturyzacji pozostaje stroną w postępowaniach sądowych dotyczących tych praw i obowiązków. Tym samym jest on narażony na ryzyko wydania przeciwko niemu wyroków zasądzających, co pogorszyłoby jego sytuację majątkową, a ponadto mogłoby prowadzić do zaspokojenia niektórych jego wierzycieli z pokrzywdzeniem pozostałych, wbrew zasadom *resolution* wynikającym z BRRD. Ustawodawca wyszedł temu problemowi naprzeciw, m.in. wprowadzając do k.p.c. art. 176 ust. 2, który stanowi, że sąd zawiesi na wniosek Funduszu postępowanie, w którym podmiot w restrukturyzacji jest stroną. Nie dotyczy to spraw z zakresu prawa pracy, w których podmiot w restrukturyzacji jest pozwanym (art. 477^{7a} k.p.c.). Uzupełnieniem powyższego jest art. 181 § 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd, na wniosek Funduszu, podejmie postępowanie, o którym mowa w art. 176 § 2. Regulacja ta stanowi implementację nakazu z art. 86 ust. 3 BRRD, by organy *resolution* miały możliwość „wystąpić do sądu o zastosowanie odroczenia na odpowiedni do wyznaczonego celu okres” w przypadkach gdy jest to „konieczne do skutecznego stosowania” instrumentów przymusowej restrukturyzacji oraz do „skutecznego wykonywania uprawnień” w tym zakresie⁴⁰. Analogiczne

³⁸ Zob. szeroko Weitz 2012, s. 53–70 i przytoczony tam przegląd zapatrywań.

³⁹ *Ibidem*, s. 69–70.

⁴⁰ Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, że chodzi o skuteczne wykonywanie uprawnień przysługujących organowi *resolution* (a nie innym podmiotom) i, że chodzi tu o ogół (całościowość) uprawnień przewidzianych dla organu przez przepisy dotyczące przymusowej restrukturyzacji, a nie o ich wybrane sfery. Świadczy o tym brzmienie angielskiej i francuskiej wersji językowej dyrektywy BRRD, gdzie w art. 86 ust. 3 „skuteczne stosowanie instrumentów [przymusowej restrukturyzacji]” oraz „skuteczne wykonywanie uprawnień w zakresie prowadzenia [przymusowej restrukturyzacji]” ujęte jest zbiorczo słowami *effective application of the resolution tools and powers* oraz odpowiednio

rozwiązanie zostało wprowadzone do k.p.a.⁴¹ (art. 97 § 1 pkt 5 oraz § 3) i do p.p.s.a.⁴² (art. 124 § 4).

Wniosek Funduszu o zawieszenie postępowania ma dla sądu charakter wiążący. Jest to przypadek rzadki w skali polskiej ustawy procesowej, jednak nie wyjątkowy, gdyż instytucja obligatoryjnego zawieszenia postępowania na wniosek jest obecna w k.p.c. od początku jego obowiązywania, o czym świadczy treść art. 176 k.p.c. w jego pierwotnym brzmieniu (zawarta obecnie w § 1 tegoż artykułu, dotyczącym spraw spadkowych) i jako taka nigdy nie budziła poważnych wątpliwości w judykaturze ani w doktrynie. Także na tle art. 176 § 2 k.p.c. obligatoryjny charakter zawieszenia postępowania na wniosek Funduszu jest powszechnie akceptowany w literaturze⁴³ i niekwestionowany w orzecznictwie⁴⁴. Jest bowiem jasne, że mechanizm ochrony majątku podmiotu w restrukturyzacji może działać sprawnie tylko przy założeniu, że Fundusz, jako organ *resolution*, będzie miał zagwarantowany odpowiedni poziom sprawczości swoich działań. Wszelkie osłabianie obligatoryjnego charakteru zawieszenia poprzez uzależnianie możliwości zawieszenia postępowania od przeprowadzenia *in casu* przez sąd analizy, czy w danej sprawie zawieszenie jest rzeczywiście niezbędne i konieczne, prowadziłyby do ograniczania mechanizmów ochrony majątku podmiotu w restrukturyzacji. W praktyce oznaczałoby to poddanie pod ocenę sądów powszechnych zasadności poczynań Funduszu podejmowanych w toku przymusowej restrukturyzacji, co należy uznać za niedopuszczalne, skoro w świetle ustawy o BFG ocena taka stanowi wyłączną kompetencję sądów administracyjnych. Konsekwentnie, redagując brzmienie art. 176 § 2 k.p.c., ustawodawca ograniczył sferę obowiązków sądu powszechnego rozpoznającego wniosek Funduszu do odnotowania faktu wszczęcia przymusowej restrukturyzacji (co do wykazywania tej okoliczności zob. pkt 5 niniejszego opracowania), bez potrzeby analizowania jej zasadności. Jak wynika z uzasadnienia do projektu od-

la bonne application des instruments et des pouvoirs de résolution. Por. art. 124 § 4 p.p.s.a. i sformułowanie „w przypadku gdy jest to niezbędne do prawidłowego prowadzenia przymusowej restrukturyzacji, w tym zastosowania instrumentów przymusowej restrukturyzacji”.

⁴¹ Krytycznie co do umieszczenia tej regulacji w k.p.a. zamiast w ustawie o BFG A. Wróbel [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, Lex/el 2022, nb 9 do art. 97.

⁴² W tym przypadku ustawodawca dodał wprawdzie wyraźne zastrzeżenie, o którym mowa w przyp. 40 *in fine* powyżej, jednak należy zająć stanowisko, że ocena kryterium „niezbędności” należy do Funduszu, podobnie jak w postępowaniu cywilnym.

⁴³ Zob. Jakubecki [w:] Wiśniewski 2021, nb 5 do art. 176; Rudkowska-Ząbczyk [w:] Marszałkowska-Krześ 2021, nb 3 do art. 176; Stefańska [w:] Manowska 2021, nb 5 do art. 176; Laskowska-Hulisz [w:] Marciniak 2019, nb 15 do art. 176; Flaga-Gieruszyńska [w:] Zieliński 2022, nb 1 do art. 176; Kaczyński [w:] Góra Błaszczkowska, 2019, nb 8 do art. 176.

⁴⁴ Zob. np. postanowienie SA w Warszawie z 16 lutego 2022 r., V ACz 666/21 (niepubl.), w którego uzasadnieniu stwierdzono, że przepis art. 176 § 2 k.p.c. „jest kategoriyczny i nie pozostawia sądowi żadnej swobody jurysdykcyjnej”. Zob. także postanowienie SA w Warszawie z 3 marca 2022 r., V ACz 809/21 (niepubl.), w którego uzasadnieniu stwierdzono, że „obligatoryjny charakter instytucji zawieszenia na wniosek właściwego podmiotu skutkuje niedopuszczalnością dokonywania przez sąd własnej oceny warunków zawieszenia pod kątem, czy istniały podstawy do wydania decyzji o wszczęciu postępowania restrukturyzacyjnego”.

nośnej ustawy nowelizacyjnej, celem wprowadzenia omawianej normy do Kodeksu była: „stabilizacja sytuacji prawnej podmiotu w restrukturyzacji i umożliwienie przygotowania i zastosowania narzędzi przymusowej restrukturyzacji”⁴⁵. Cel ten niewątpliwie udało się osiągnąć⁴⁶.

Użyte przez ustawodawcę w art. 176 § 2 k.p.c. określenie „postępowanie, w którym podmiot w restrukturyzacji jest stroną” musi być interpretowane szeroko i dotyczy ogółu postępowań o charakterze rozpoznawczym i to niezależnie od etapu sprawy⁴⁷ (włącznie z postępowaniem przed Sądem Najwyższym). Nie chodzi zatem tylko o sprawy rozpoznawane w procesie, ponieważ na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. omawiana regulacja znajdzie zastosowanie także w postępowaniu nieprocesowym, w którym podmiot w restrukturyzacji będzie wnioskodawcą lub uczestnikiem. Nie można wykluczyć także zastosowania art. 176 § 2 k.p.c. w postępowaniu pojednawczym (zob. też co do arbitrażu pkt 4 *in fine* niniejszego opracowania). Posłużenie się określeniem „strona” wskazuje, że – z wyjątkiem sytuacji z art. 477^{7a} k.p.c. – nie ma znaczenia, czy podmiot w restrukturyzacji występuje w danym procesie po stronie powodowej czy pozwanej, w tym choćby tylko jako jeden z kilku współuczestników (aczkolwiek w tym ostatnim wypadku możliwe jest zawieszenie częściowe, zależnie od tego, jaki rodzaj współuczestnictwa wchodzi w grę⁴⁸). Wydaje się natomiast, że przepis nie obejmuje przypadków, gdy podmiot w restrukturyzacji jest tylko interwenientem ubocznym.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że mimo wszczęcia *resolution* i wykonywania przez Fundusz przewidzianych prawem kompetencji wobec podmiotu w restrukturyzacji, w tym także w zakresie bieżącego zarządzania jego sprawami (art. 113 ust. 1–2 ustawy o BFG), podmiot ten zachowuje osobowość prawną, wskutek czego to on pozostaje stroną zawieszonoego postępowania⁴⁹. W żadnym wypadku stroną postę-

⁴⁵ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o BFG, druk nr 215 VIII kadencji.

⁴⁶ O tym, że rozwiązanie zakładające swobodę Funduszu w zakresie decydowania o złożeniu wniosku jest trafne, świadczą wypowiedzi w literaturze. W szczególności podkreśla się, że sąd rozpoznający wniosek nie ma obowiązku weryfikować trafności wydanej przez Fundusz decyzji – tak Laskowska-Hulisz [w:] Marciniak 2019, nb 15 do art. 176. Wskazuje się również, że zawieszenie: „może okazać się konieczne ze względu na potencjalne sposoby (instrumenty) restrukturyzacji, które mogą być zastosowane w stosunku do strony procesu” oraz że: „ocena zasadności zawieszenia w konkretnym przypadku pozostawiona jest Bankowemu Funduszowi Gwarancyjnemu, od którego wniosku zależy wydanie przez sąd postanowienia o zawieszeniu procesu” – tak Jakubecki [w:] Wiśniewski 2021, nb 5 do art. 176. Podobnie na tle k.p.a. Kędziora 2017, nb 14 do art. 97.

⁴⁷ Za niecelową należałoby jednak uznać próbę zawieszenia postępowania wywołanego wniesieniem przez stronę zażalenia na postanowienie o uwzględnieniu wniosku Funduszu o zawieszenie postępowania – w ten sposób Fundusz hamowałaby możliwość uprawomocnienia się korzystnego z punktu widzenia celów *resolution* postanowienia sądu pierwszej instancji.

⁴⁸ Na temat dopuszczalności zawieszenia wobec części współuczestników por. Laskowska-Hulisz [w:] Marciniak 2019 (1), nb 12 do art. 174; zob. też postanowienie SN z 13 listopada 1974 r., II CZ 195/74.

⁴⁹ Podstawą do zawieszenia postępowania nie może być zatem przepis art. 174 § 1 pkt 2 k.p.c. (co zdarza się w praktyce), gdyż w istocie nie dochodzi do braków w składzie organów w rozumieniu tego przepisu, a w każdym razie podmiot nie traci możliwości działania; nietrafnie zatem w tym kontekście Stefańska [w:] Manowska 2021, nb 10 do art. 176, która upatruje przesłanki do zawieszenia postępowania w fakcie rozwiązania zarządu podmiotu w restrukturyzacji, podczas gdy rzeczywistą przesłanką jest potrzeba ochrony majątku tego podmiotu przed uszczupleniami oraz ekonomia procesowa.

powania nie staje się Fundusz⁵⁰, w szczególności nie jest on współuczestnikiem po stronie podmiotu w restrukturyzacji ani jego następcą procesowym, nawet mimo zasadniczego wygaśnięcia kompetencji dotychczasowych organów podmiotu i wykonywania ich przez Fundusz (w tym także przez ustanowionego w tym celu administratora lub pełnomocników – art. 114 ust. 1 ustawy o BFG). Fundusz natomiast, jako podmiot składający wniosek o zawieszenie postępowania, staje się *sui generis* uczestnikiem postępowania⁵¹ – jeżeli nie głównego (w sprawie), to przynajmniej wypadkowego⁵² (incydentalnego). Powinien być on zatem informowany o rozstrzygnięciu w przedmiocie złożonego przez siebie wniosku, a ponadto przysługuje mu legitymacja do zaskarżenia takiego rozstrzygnięcia zażaleniem, tudzież otrzymania odpisu zażalenia wniesionego w tym przedmiocie przez stronę oraz do złożenia odpowiedzi na takie zażalenie⁵³.

Przepis nie wymaga sprecyzowania we wniosku okresu, na jaki miałyby zostać zawieszono postępowanie, jednak dla dobra celów *resolution* wskazane jest, aby Fundusz takiego sprecyzowania dokonał. Za najbardziej optymalne (i nastroczające najmniej komplikacji) wypada uznać rozwiązanie zakładające zawieszenie postępowania na okres do momentu zakończenia przymusowej restrukturyzacji (co do unormowania tego momentu zob. art. 122 ustawy o BFG). Z samej specyfiki i istoty *resolution* wynika bowiem to, że potrzeba ochrony majątku podmiotu w restrukturyzacji przed uszczupleniami pozostaje aktualna właściwie przez cały czas jej trwania. Przepis nie precyzuje również, czy zawieszenie ma mieć skutek od momentu wydania postanowienia czy też ma działać z mocą wsteczną, tj. od momentu wszczęcia przymusowej restrukturyzacji lub ewentualnie od daty złożenia wniosku – w praktyce sądy wykazują w tej kwestii różne podejścia. Co istotne, tak długo jak trwa przymusowa restrukturyzacja, postępowanie może zostać podjęte tylko na wniosek (wiązący) Funduszu, zgodnie z art. 181 § 2 k.p.c. Bezcelowe jest zatem kierowanie do sądu wniosków w tym przedmiocie przez stronę, nawet jeśli zawieszenie trwa dłuższy okres, np. kilka czy kilkanaście miesięcy⁵⁴. Długotrwałość zawieszenia nie stanowi nigdy podstawy do umorzenia postępowania i nie narusza prawa strony do sądu i rzetelnego procesu, jako że jest każdorazowo podyktowana

⁵⁰ Por. na tle art. 97 § 1 pkt 5 k.p.a. P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2021, nb 9 do art. 97.

⁵¹ W szczególności wątpliwe jest, aby BFG mógł być postrzegany w procesie jako „osoba trzecia” w doktrynalnym rozumieniu tego pojęcia, gdyż zazwyczaj obejmuje ono podmioty zajmujące w sprawie własne stanowisko merytoryczne – por. Dróżdż-Chmiel 2019, s. 77–78; Rylski [w:] Markiewicz, Torbus 2014, s. 105–109.

⁵² Zob. w tej kwestii zagadnienie prawne przedłożone do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu (III CZP 107/22) przez SA w Warszawie (postanowienie z 8 marca 2022 r., V ACz 668/21).

⁵³ Jest to logicznym następstwem założenia ustawodawcy, że zażalenie – w przeciwieństwie do apelacji – przysługuje również innym niż strony osobom, których skarżone postanowienie dotyczy (np. świadkom, biegłym).

⁵⁴ Por. np. postanowienie SO w Warszawie z 23 lutego 2022 r., XXV C 362/19 (niepubl.) o odmowie podjęcia postępowania zawieszono na mocy art. 176 § 2 k.p.c.; w zasadniczych powodach rozstrzygnięcia wskazano, że aby w ogóle rozważyć kwestię naruszenia prawa do sądu, „termin zawieszenia postępowania musiałyby liczyć się raczej w latach niż w miesiącach” i zauważono, że „również w przypadku ewentualnego ogłoszenia upadłości pozwanego, postępowanie uległoby zawieszeniu”.

niekwestionowaną potrzebą ochrony interesów ogółu wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji, zaś z samej istoty zawieszenia postępowania wynika, że nie zamyka ono stronie drogi do uzyskania rozstrzygnięcia, a skutki wytoczonego przez nią powództwa pozostają w mocy⁵⁵. Co więcej, w doktrynie jeszcze na tle przedwojennego k.p.c. wskazywano, że możliwe jest „zawieszenie postępowania z uwagi na czasową ochronę dłużnika w interesie publicznym”⁵⁶.

Z chwilą zakończenia *resolution* podmiot w restrukturyzacji traci swój dotychczasowy status, co sprawia, że zanika pole do stosowania przepisów zarówno art. 176 § 2 k.p.c., jak i art. 181 § 2 k.p.c. Oznacza to, że dalszy przebieg postępowania będzie podlegał zasadom ogólnym. Należy tu przede wszystkim wyróżnić dwa scenariusze, w zależności od tego, czy w stosunku do podmiotu w restrukturyzacji miałyby zostać wydane postanowienie o ogłoszeniu upadłości, czy też miałyby zostać przeprowadzona procedura likwidacji. W pierwszym z wymienionych wypadków zastosowanie znajdzie najpierw regulacja art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c.⁵⁷ i art. 180 § 1 pkt 5 lit. b) k.p.c., dalszy zaś przebieg sprawy będzie pozostawał już w gestii stron, oczywiście z ograniczeniami wynikającymi z Prawa upadłościowego, zwłaszcza z art. 144 ust. 1 i 2 oraz 145 ust. 1 tej ustawy. W drugim z wymienionych wypadków, zgodnie z art. 231 ust. 1 ustawy o BFG, będą obowiązywać generalnie zasady normujące likwidację spółek handlowych, z zastrzeżeniami wymienionymi w tym przepisie. Oznacza to, że kwestia spłaty zobowiązań, włącznie z zobowiązaniami dochodzonymi na drodze sądowej, będzie zasadniczo podlegać reżimowi przewidzianemu w k.s.h., z uwzględnieniem art. 230–233 ustawy o BFG.

4. Wpływ na postępowanie zabezpieczające i postępowanie egzekucyjne oraz postępowanie przed sądem polubownym (art. 135 i art. 136 ustawy o BFG)

Uzupełnieniem omówionych wyżej przepisów k.p.c., mających na celu ochronę majątku podmiotu w restrukturyzacji w sferze postępowania rozpoznawczego, jest regulacja ustawy o BFG poświęcona postępowaniom zabezpieczającemu i egzekucyjnemu (art. 135) oraz arbitrażowemu (art. 136). Łącznie tworzą one reżim mający zapobiegać uszczuplaniu tego majątku ze szkodą dla ogółu wierzycieli. Rozwiązania te są częściowo (choć nie zawsze trafnie) wzorowane na regulacjach Prawa upadłościowego (dalej: pr.up.) i Prawa restrukturyzacyjnego (dalej: pr.restr.). W pierwszym z wymienionych artykułów ustawodawca zdecydował, że wszczęcie *resolution* powoduje niedopuszczalność wszczynania w stosunku do podmiotu w restrukturyzacji nowych postępowań zabezpieczających i egzekucyjnych, zaś postępowania

⁵⁵ Por. Laskowska 2009, s. 38–40.

⁵⁶ Zob. Waligórski 1948, s. 316.

⁵⁷ Zob. na tle upadłości strony w trakcie procesu Hrycaj 2016, s. 7–15; Jakubecki [w:] Ereciński i in. 2016, s. 181–203; Machowska, s. 1081–1091; Mrówczyński 2016, s. 32–52; Mrówczyński 2014, s. 55–73.

pozostające w toku skierowane do majątku podmiotu w restrukturyzacji podlegają umorzeniu (z wyjątkiem wąskiego katalogu sytuacji przewidzianych w ust. 5).

W odniesieniu do sfery postępowania zabezpieczającego brzmienie art. 135 ustawy o BFG oznacza stworzenie wyjątku od zasady z art. 730 § 1 k.p.c., zakładającej, że udzielenia zabezpieczenia można żądać w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny (w tym także podczas zawieszenia postępowania, zgodnie z art. 179 § 3 k.p.c.). Ewentualny wniosek o udzielenie zabezpieczenia będzie w takiej sytuacji podlegał odrzuceniu, jednak na postanowienie w tym przedmiocie będzie przysługiwało zażalenie, na zasadzie ogólnej z art. 741 § 1 k.p.c.⁵⁸ Skutek blokujący dotyczy niewątpliwie postępowań zabezpieczających na etapie rozpoznawczym, zaś względy celowościowe przemawiają za uznaniem, że chodzi także o etap wykonawczy⁵⁹. Niejednoznacznie przedstawia się natomiast kwestia umorzenia postępowania zabezpieczającego pozostającego w toku; po pierwsze, nie jest jasne, czy umorzenie ma następować *ex lege*⁶⁰, czy też na podstawie postanowienia (co rzutuje na kwestię zaskarżalności); po drugie, trudno wyznaczyć zakres skutków takiego umorzenia, zwłaszcza, że k.p.c. nie operuje wprost pojęciem „umorzenie postępowania zabezpieczającego”, zaś w Prawie upadłościowym i Prawie restrukturyzacyjnym nazewnictwo w analogicznym obszarze jest niespójne⁶¹. Luką wydaje się być w szczególności nieuregulowanie kwestii zabezpieczeń prawomocnie udzielonych i wykonanych (co oznaczałoby, że postępowanie nie jest już w toku⁶²) jeszcze przed wszczęciem przymusowej restrukturyzacji. Z jednej bowiem strony, nawet jeśli nie dojdzie do zawieszenia postępowania rozpoznawczego i zapadnie wyrok zasądający, to i tak zaspokojenie z zabezpieczenia nie będzie możliwe z uwagi na ogólny zakaz prowadzenia egzekucji. Z drugiej strony można zastanawiać się, czy powinien następować upadek takiego zabezpieczenia, skoro brak wszczęcia egzekucji wynika z mocy prawa, nie zaś z bierności wierzyciela, a jeżeli tak, to kiedy i na jakiej podstawie upadek ten miałby następować⁶³.

⁵⁸ Por. Muliński [w:] Jankowski 2019, nb 1 do art. 741 i zawarta tam uwaga o objęciu zakresem art. 741 § 1 k.p.c. postanowienia o odrzuceniu wniosku.

⁵⁹ Por. art. 136 ust. 4 pierwotnego projektu ustawy, w którym zakładano wprost, że: „po wszczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji nie jest dopuszczalne wykonanie wydanego przed jego wszczęciem postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia wynikającego z wierzytelności w stosunku do podmiotu w restrukturyzacji”.

⁶⁰ Tak Sierakowski [w:] Zawadzka i in., 2017, nb 1 do art. 135.

⁶¹ O „umorzeniu postępowań zabezpieczających z mocy prawa” mowa jest, co prawda, w art. 170 pr.restr. dotyczącym skutków zatwierdzenia układu, jednak już w art. 146 ust. 3 pr.up. dotyczącym skutków ogłoszenia upadłości mowa jest jedynie o „niedopuszczalności wykonania zabezpieczenia” i jego „zarządzenia”. Należy ponadto pamiętać, że w obu tych przypadkach – w odróżnieniu od przypadku z art. 135 ust. 1 ustawy o BFG – podstawą do zmiany sytuacji procesowej wierzycieli jest postanowienie sądu, a nie decyzja administracyjna.

⁶² Por. jednak Walasik [w:] Jakubecki 2016, s. 673–674 i zawarta tam ogólna uwaga, że postępowanie zabezpieczające w stadium wykonawczym „co do zasady musi być prowadzone przez cały okres, w którym zabezpieczenie obowiązuje”.

⁶³ Por. art. 136 ust. 1 pierwotnego projektu ustawy, w którym zakładano wprost, że: „zabezpieczenia udzielone przeciwko podmiotowi w restrukturyzacji upadają”. Tezę o upadku udzielonych zabezpieczeń stawia Piłat 2016, s. 136.

Mocno dyskusyjne jest również, czy zajęte w ramach uprzedniego zabezpieczenia środki i prawa podmiotu w restrukturyzacji (np. prawa do rzeczy, dla których sąd ustanowił zakaz zbywania), tudzież sumy zabezpieczenia złożone przez obowiązane na rachunek depozytowy Ministra Finansów, można *de lege lata* postrzegać jako majątek podlegający w ramach *resolution* przeniesieniu na podmiot przejmujący, bądź instytucję pomostową, jeśli rzeczony obciążenia lub sumy zabezpieczyły roszczenia nieobjęte w świetle decyzji przeniesieniem, a postępowania rozpoznawcze dotyczące tych roszczeń pozostają w toku (choćby były zawieszony)⁶⁴. Generalnie wydaje się, że jeżeli decyzja Funduszu miałaby mieć moc uchylecia wszystkich skutków uprzedniego prawomocnego postanowienia sądu o udzieleniu zabezpieczenia, to dla uniknięcia wątpliwości powinno to wynikać wprost z przepisu; *de lege lata* można z przekonaniem mówić tylko o wspomnianej „technicznej” niemożności skorzystania z zabezpieczenia, z uwagi na zakaz prowadzenia egzekucji – nie wyjaśnia to jednak, co ostatecznie ma stać się z takim zabezpieczeniem i kiedy⁶⁵.

W odniesieniu do sfery postępowania egzekucyjnego przewidziano zasadniczo rozwiązania analogiczne jak wobec postępowania zabezpieczającego, tj. obowiązek umorzenia postępowań egzekucyjnych pozostających w toku⁶⁶ i niedopuszczalność wszczynania nowych. Oprócz tego ustawodawca pochylił się jednak także – na wzór art. 146 ust. 2–2a pr.up. – nad problemem sum, które zostały już wyegzekwowane, lecz jeszcze nie wydano ich wierzycielowi (art. 135 ust. 3 ustawy o BFG). Podobnie gdy chodzi o kwestię przysądzenia własności nieruchomości, w ustępie 2 zastosowano rozwiązanie znane z art. 146 ust. 1 zd. 3 pr.up. Poza tymi szczególnymi sytuacjami *resolution* wywołuje dla sfery postępowań egzekucyjnych generalny efekt blokujący. Wniosek o wszczęcie egzekucji w warunkach *resolution* będzie zatem skutkował wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania z uwagi na niedopuszczalność egzekucji, zaś wierzycielowi będzie przysługiwać skarga na czynność komornika, ewentualnie zażalenie. Ponadto, w odróżnieniu od sfery postępowań

⁶⁴ Objęcie przeniesieniem oznaczałoby, że aktywa te nie trafiają do masy upadłości, choć zabezpieczyły roszczenia wierzycieli docelowej masy. Por. na tle art. 170 pr.restr: Zimmerman 2022, nb 1 do art. 170 pr.restr. i zawarta tam uwaga, że: „postępowania zabezpieczające i egzekucyjne ulegają z mocy prawa umorzeniu, a co za tym idzie – organy egzekucyjne mają obowiązek zwrócić dłużnikowi te prawa majątkowe, w tym środki pieniężne, które zostały zajęte lub przekazane do depozytów sądowych, a niewydane wierzycielom”.

⁶⁵ Konsekwencją założenia o trwaniu zabezpieczenia ustanowionego prawomocnie na majątku podmiotu w restrukturyzacji przed wszczęciem *resolution* musiałyby być w teorii dopuszczenie prowadzenia postępowań zabezpieczających o charakterze postrozpoznawczym, tj. takich, których przedmiotem nie jest wykonanie zabezpieczenia, lecz np. jego zmiana lub uchYLENIE; sens ich prowadzenia byłby wszak znikomy, jeżeli uprawniony i tak nie może uczynić z zabezpieczenia realnego użytku.

⁶⁶ W piśmiennictwie wyrażono pogląd, jakoby użycie w art. 135 ust. 1 ustawy o BFG słów „do majątku podmiotu w restrukturyzacji” powodowało, że zakresem przepisu objęte mogą być również postępowania przeciwko osobom trzecim, np. ze skargi pauliańskiej – tak Sierakowski [w:] Zawadzka i in. 2017, nb 2 do art. 135. Z pewnością nie może to jednak dotyczyć majątku przejmowanego w ramach *resolution* – trudno bowiem wskazać powody, dla których odpowiedzialność następcy prawnego za przejmowane od podmiotu w restrukturyzacji zobowiązania miałyby być ograniczona pod względem rzeczowym poprzez wyłączenie spod egzekucji majątku przejmowanego od tegoż podmiotu.

zabezpieczających, nie ma wątpliwości, że umorzenie postępowania egzekucyjnego wszczętego jeszcze przed *resolution* pociąga za sobą, na zasadach ogólnych, uchylenie dokonanych czynności egzekucyjnych (art. 826 k.p.c.). Dyskusyjny może być jedynie charakter takiego umorzenia; w piśmiennictwie wysunięto pogląd, że dokonuje się ono z mocy samego prawa⁶⁷, jednakże teza ta nasuwa zastrzeżenia o charakterze systemowym⁶⁸. Niezależnie od omawianego przepisu, należy zwrócić uwagę także na art. 221 ustawy o BFG, który w odniesieniu do przypadków zastosowania instrumentu umorzenia lub konwersji zobowiązań przewiduje, że z chwilą wpisu do rejestru podwyższenia lub obniżenia kapitału zakładowego podmiotu w restrukturyzacji ulegają umorzeniu postępowania zabezpieczające i egzekucyjne prowadzone przeciwko temu podmiotowi w celu zaspokojenia wierzytelności objętych umorzeniem lub konwersją zobowiązań, a tytuły wykonawcze lub egzekucyjne, które stanowiły podstawę do prowadzenia takich postępowań, tracą wykonalność⁶⁹. Należy zakładać, że ta regulacja zaktualizuje się w razie uruchomienia omawianego instrumentu bez równoczesnego wszczynania *resolution*⁷⁰, w przeciwnym bowiem razie podstawą dla umorzenia powinien być art. 135 ustawy o BFG.

Gdy chodzi natomiast o sferę arbitrażu, to art. 136 ustawy o BFG przewiduje dwie grupy rozwiązań. Pierwsza z nich dotyczy przypadków, gdy spór jest objęty zapisem na sąd polubowny, ale nie doszło jeszcze do wszczęcia postępowania (ust. 1–4). W takiej sytuacji możliwe jest odstąpienie od zapisu na sąd polubowny, jeżeli dochodzenie roszczenia „utrudniałoby przymusową restrukturyzację”. Odstąpienie powoduje, że zapis traci moc. Jest to w istocie niemal dokładna kopia regulacji z art. 147a Prawa upadłościowego, do tego stopnia, że słowo „syndyk” zastąpiono słowem „Fundusz”; brzmienie to należy w rezultacie uznać za błędnie zredagowane, gdyż skoro podmiot w restrukturyzacji zachowuje osobowość prawną, to oświadczenie o odstąpieniu powinien składać on sam, a nie Fundusz. Należy odnotować, że skutek w postaci „utruty mocy” przez zapis na sąd polubowny, który w przeszłości był łączony przez ustawodawcę już z samym faktem ogłoszenia upadłości, był przedmiotem krytyki w doktrynie postępowania arbitrażowego⁷¹; krytyka ta może pozostawać przynajmniej częściowo aktualna na gruncie ustawy

⁶⁷ Zob. przyp. 60; tak też Piłat 2016, s. 136.

⁶⁸ Przedstawiane w doktrynie katalogi przypadków umorzenia postępowania egzekucyjnego *ex lege* obejmują tylko takie sytuacje, w których przepis wyraźnie i wprost wskazuje, że umorzenie następuje z mocy prawa – zob. np. Jagieła 2014, s. 17–43; Marciniak 2019 (2), s. 299; Studzińska 2019, s. 229–230; Misztal-Konecka 2019, s. 379–380; Brulińska 2009, s. 160. Przy założeniu, że *de lege lata* umorzenie z art. 135 ust. 1 ustawy o BFG nie dokonuje się z mocy samego prawa, lecz z mocy postanowienia organu egzekucyjnego, wierzycielowi będzie przysługiwać skarga na czynność komornika (art. 767 k.p.c.), lub zażalenie (art. 828 k.p.c.).

⁶⁹ Por. art. 222 ust. 2 pierwotnego projektu ustawy, w którym zakładano wprost, że w omawianym przypadku „umorzenie postępowań egzekucyjnych i zabezpieczających następuje z mocy prawa”. Co do problematyki „utruty wykonalności”, odpowiednie zastosowanie znajdują uwagi czynione w literaturze pod adresem podobnej regulacji z art. 170 ust. 3 pr.restr.

⁷⁰ Por. jednak Szczęśniak 2018, s. 205 i zawarta tam uwaga, że omawiany przepis wchodzi w grę w przypadku „zastosowania umorzenia lub konwersji zobowiązań jako środka prawnego przymusowej restrukturyzacji”.

⁷¹ Zob. Ereciński, Weitz 2008, s. 162. Por. też Kruczałak-Jankowska 2011, s. 129–134.

o BFG. Z kolei, gdy chodzi o postępowania przed sądem polubownym, które w dacie wszczęcia *resolution* pozostają już w toku, to art. 136 ust. 5 ustawy o BFG zakłada w takim wypadku odpowiednie stosowanie art. 176 § 2 oraz art. 181 § 2 k.p.c., czyli regulacji dającej Funduszowi prawo składania wiążących wniosków o zawieszenie lub podjęcie postępowania. Wydaje się, że w praktyce efektywność tego rozwiązania może ograniczać się do przypadków, gdy sąd polubowny ma siedzibę w Polsce (por. art. 1154 k.p.c.), aczkolwiek ewentualne zignorowanie wniosku BFG przez zagraniczny sąd polubowny z dużym prawdopodobieństwem może wywołać negatywne skutki dla możliwości uznania wyroku tego sądu polubownego w kraju⁷².

5. Przymusowa restrukturyzacja a podstawa faktyczna rozstrzygnięcia w sprawie cywilnej

Ustawa o BFG nakłada na Fundusz obowiązki w zakresie publikacji decyzji o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji lub informacji o przyczynach i skutkach jej wszczęcia (art. 109 ust. 1). Powoduje to, że w zakresie, w jakim fakt wszczęcia przymusowej restrukturyzacji, tudzież okoliczności wynikające wprost z treści rozstrzygnięcia Funduszu (np. zakres przeniesienia praw i obowiązków), mają znaczenie dla podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w sprawie cywilnej, powinno się je traktować w świetle k.p.c. co najmniej jako fakty, o których informacja jest powszechnie dostępna, jeżeli nie jako fakty powszechnie znane (art. 228 § 1 i 2 k.p.c.). W praktyce często jednak zdarza się, że sądy rozpoznające takie sprawy wzywają Fundusz do przedłożenia odpisu decyzji⁷³. W razie złożenia odpisu będzie miał on status dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 244 k.p.c., co jednak nie zmienia tego, że okoliczności wynikające z treści decyzji, wobec której uczyniono zadość obowiązkowi publikacji z art. 109 ust. 1 ustawy o BFG, w ogóle nie powinny być postrzegane jako wymagające wykazania za pomocą dowodowych środków ustalenia.

Za tezę o przynajmniej częściowo notoryjnym charakterze omawianych okoliczności może przemawiać również brzmienie przepisów z zakresu postępowania rejestrowego, które nakazują sądowi rejestrowemu dokonywanie z urzędu wpisów do KRS o wszczęciu *resolution* czy też o ustanowieniu administratora (art. 45 ust. 1c ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym). Znaczenie tych wpisów jest czysto deklaratoryjne, a rola Funduszu ogranicza się do przekazania sądowi informacji (por. art. 116 i 114 ust. 6 ustawy o BFG). Mniej jednoznacznie przedstawiają się natomiast regulacje ustawy o BFG dotyczące postępowania wieczystoksięgowego oraz postępowania w przedmiocie wpisu praw do rejestru, które stanowią, że w razie przejścia odnośnych praw na instytucję pomostową (art. 191 ust. 4), podmiot przejmujący (176 ust. 5), bądź podmiot zarządzający aktywami (art. 225 ust. 6), ujawnienie przejścia

⁷² Por. na tle kontekstu upadłościowego Rodziejewicz 2011, s. 57–82; Stenko 2012, s. 269–291 (w obszarze UE kwestię tę regulują normy prawa jednolitego – zob. przyp. 79).

⁷³ W takich wypadkach za w pełni wystarczający należy uznawać odpis urzędowo poświadczony na zasadzie art. 250 § 1 k.p.c.; bezpodstawne jest natomiast żądanie przez sąd od Funduszu przedłożenia odpisu notarialnie poświadczonego.

w księdze wieczystej lub rejestrze następuje na wniosek następcy prawnego, na podstawie decyzji Funduszu. Z samego posłużenia się sformułowaniem „na podstawie decyzji” nie wynika wprawdzie, że wymagane jest fizyczne przedłożenie odpisu (por. podobnie art. 31 ustawy o księgach wieczystych i hipotece), jednak nie wydaje się, by miało to oznaczać wyłączenie stosowania art. 626² § 2 k.p.c., nakazującego załączenie do wniosku dokumentów mających stanowić podstawę wpisu. W orzecznictwie wysunięto stanowisko, że wpisy do księgi wieczystej lub rejestru dokonywane w związku z *resolution* mają charakter konstytutywny w przypadkach, gdy dotyczą prawa, z którym ustawa wiąże wymóg wpisu dla jego powstania (np. hipoteka, zastaw rejestrowy)⁷⁴.

Faktami prawnie relewantnymi dla rozstrzygania spraw cywilnych mogą być też okoliczności wynikające z innych niż wydanie decyzji działań Funduszu podejmowanych w ramach *resolution*. W szczególności można wskazać tu na okoliczność ewentualnego naruszenia zasady nie pogarszania sytuacji wierzycieli, która, w myśl art. 241 ustawy o BFG, jest stwierdzana w następstwie przeprowadzenia specjalnego oszacowania i jest podstawą do występowania z roszczeniem uzupełniającym. W literaturze wysunięto tezę, że rzeczony oszacowanie, jako dokument urzędowy, objęte jest w procesie domniemaniem zgodności jego treści z prawdą, które wszakże może zostać obalone za pomocą innych środków dowodowych⁷⁵. Wydaje się jednak, że kwestionowanie oszacowania, o ile w ogóle uznać je za dopuszczalne, mogłoby dotyczyć co najwyżej przypadków, w których roszczenie jest sporne tylko co do wysokości (i dlatego zostało skierowane przez wierzyciela na drogę sądową), a nie co do zasady. Gdyby bowiem z oszacowania wynikało, że do pokrzywdzenia w ogóle nie doszło, wówczas powództwo przeciwko Funduszowi powinno, jak się wydaje, podlegać oddaleniu *a limine*⁷⁶, z uwagi na brak (w istocie nieusuwalny) przesłanki materialnej powództwa (pozytywnej przesłanki zasadności)⁷⁷. Z kolei postępowanie wszczęte przed przeprowadzeniem przez Fundusz oszacowania powinno co najmniej podlegać zawieszeniu (jeśli potraktować oszacowanie jako swoisty prejudykat), bądź też zakończyć się wyrokiem oddalającym powództwo (jeśli uznać, że niedopuszczalne jest oczekiwanie przez sąd na ewentualne ziszczenie się przesłanki materialnej powództwa).

⁷⁴ Tak w odniesieniu do przejścia hipoteki w związku z przelewem wierzytelności hipotecznej na skutek przejścia przedsiębiorstwa SA w Rzeszowie w wyrokach z 29 grudnia 2021 r. i 27 stycznia 2022 (obydwa wyroki pod sygn. I AGa 126/21).

⁷⁵ Tak Szczęśniak 2017, s. 447.

⁷⁶ Do rozważenia pozostaje też opcja uznania takiego powództwa za oczywiście bezzasadne w rozumieniu art. 191¹ k.p.c.

⁷⁷ Na temat przesłanki materialnej powództwa zob. Broniewicz i in. 2014, s. 361–363. W doktrynie uznaje się „wykonanie oszacowania kwoty, jaką uzyskaliby wierzyciele” za „niezbędne dla ustalenia ewentualnego uszczerbku majątkowego” – tak Borsuk, Klupa 2017, s. 162.

6. Kontekst transgraniczny

Skala umiędzynarodowienia współczesnej działalności bankowej powoduje, że stosunkowo łatwo o sytuację, w której *resolution* zostanie wszczęte wobec takiego podmiotu, który operuje w więcej niż jednym państwie. Powstaje wówczas pytanie o skuteczność rozstrzygnięcia organu *resolution* danego państwa z punktu widzenia prawa innego państwa, w którym podmiot ten prowadzi działalność, bądź dokonuje transakcji. Dotyczy to również skutków w sferze prawa procesowego cywilnego, jeżeli podmiot, wobec którego wszczęto w danym kraju *resolution*, jest uczestnikiem postępowań przed sądami innych państw, co nie jest rzadkością na zglobalizowanym rynku finansowym.

Jeżeli chodzi o możliwość uznania za granicą rozstrzygnięć polskiego organu *resolution* dla potrzeb toczących się tam postępowań, to kwestię tę, co do zasady, będą regulować każdorazowo przepisy odnośnego prawa obcego. Jest bowiem naturalne, że ani polski ustawodawca, ani też BFG nie mogą niczego nakazywać zagranicznym sądom i organom, chyba że co innego wynika ze stosownej regulacji ponadnarodowej. W obszarze Unii Europejskiej problem transgranicznego wymiaru *resolution* został podjęty przez ustawodawcę unijnego w BRRD; na współpracę organów położono duży nacisk, jednak należy mieć na uwadze, że BRRD nie jest aktem bezpośrednio stosowanym, lecz jedynie określającym minimalne wymogi dla państw członkowskich. Szczegółowe aspekty honorowania *resolution* są zatem normowane przez poszczególne krajowe porządki prawne, aczkolwiek warto w tym miejscu wskazać, że wśród rzeczonych minimalnych wymogów ustawodawca unijny wskazał m.in. obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie transgranicznej skuteczności przenoszenia aktywów, praw i zobowiązań (art. 66 BRRD). Z powyższego można ostrożnie wysnuć założenie, że na użytek wewnątrz UE rozstrzygnięcie polskiego organu *resolution* w aspekcie dotyczącym następstwa procesowego w związku z przenoszeniem praw i obowiązków powinno odnosić pełny skutek także na potrzeby postępowań przed sądami innych państw członkowskich. Jednakże już szczegółowe aspekty takiego następstwa będą raczej podlegać regulacjom państwa członkowskiego, w którym sąd ma siedzibę, w myśl powszechnie przyjmowanej zasady stosowania przez każdy sąd własnego prawa procesowego (*lex fori regit processum*)⁷⁸. Trudno ponadto przesądzać, czy decyzja BFG miałaby także mieć moc niweczącą w stosunku do prowadzonych za granicą wobec podmiotu w restrukturyzacji postępowań egzekucyjnych⁷⁹. Niezależnie od wniosków płynących z prawa unijnego, na gruncie polskiej ustawy o BFG należy dodatkowo zwrócić uwagę na

⁷⁸ Zob. Ereciński [w:] Ereciński, Ciszewski 2000, s. 51–54.

⁷⁹ W obszarze UE materiałem dla porównań mogłyby być rozwiązania unijne dotyczące obowiązkowego honorowania skutków transgranicznych postępowań upadłościowych – zob. art. 20 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 2015/848 z 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona, Dz.Urz. UE L 141 z 2015 r., s. 19), jednakże należy uwzględnić, że źródłem tych rozwiązań jest rozporządzenie (czyli akt bezpośrednio stosowany we wszystkich państwach UE), a nie dyrektywa, zaś skutki *in casu* wypływają z orzeczenia sądu, a nie z decyzji administracyjnej.

przepis art. 164, który *in fine* zastrzega, że rozstrzygnięcie Funduszu w przedmiocie przeniesienia praw i zobowiązań nie może być zaskarżone inaczej, niż w drodze skargi do polskiego sądu administracyjnego, nawet wówczas, gdy te prawa i zobowiązania „podlegają prawu” państwa obcego lub się w takim państwie „znajdują”. Wydaje się, że w świetle tej normy ewentualne próby podważania przed zagranicznymi sądami skutków decyzji BFG (także w procesach, które w momencie wszczęcia *resolution* były już w toku) spowodują, że orzeczenia wydane w następstwie takich prób nie będą mogły być w Polsce uznane, przede wszystkim z uwagi na nieposzanowanie wyłącznej jurysdykcji polskich sądów administracyjnych⁸⁰.

Natomiast odnośnie do zagadnienia respektowania skutków zagranicznej *resolution* w Polsce należy wyjść od wskazania, że ustawa o BFG w dziale IV zawiera dwa rozdziały (22 i 23) poświęcone tej problematyce. Rozdział 22 traktuje o uznawaniu przymusowych restrukturyzacji prowadzonych przez właściwe organy w innych państwach członkowskich UE. Ustawodawca przewidział, że uznanie takie dokonuje się z mocy prawa (art. 244 ustawy o BFG), aczkolwiek sformułowanie „przymusowa restrukturyzacja podlega uznaniu” jest o tyle mylące, że nie wskazuje precyzyjnie, co właściwie jest przedmiotem uznania – bazowe rozstrzygnięcie organu, czy też może także jego inne, późniejsze czynności. Posiłkując się brzmieniem tytułu kolejnego rozdziału (i zawartego w nim art. 253 ust. 1), należałoby uznać, że uznaniu podlega całe postępowanie przymusowej restrukturyzacji, a więc nie tylko decyzja o wszczęciu *resolution*, ale także dalsze działania prowadzone w jej ramach, aż do jej zakończenia⁸¹. Niezależnie jednak od tego, art. 246 ustawy o BFG wprowadza dodatkowo obowiązek uznawania z mocy samego prawa „przeniesienia, umorzenia lub konwersji” odpowiednio praw, zobowiązań i instrumentów, zastrzegając, że zaskarżalność tych kwestii podlega prawu państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma odnośny organ *resolution*. Uznanie *ex lege*, o którym mowa w art. 244 i 246 ustawy o BFG, oznacza, że nie jest potrzebne żadne postępowanie delibacyjne, czy to przed BFG, czy to przed sądem powszechnym. To z kolei powoduje, że o ile przepis szczególnie omawianego rozdziału nie stanowi inaczej (zob. np. art. 245 ust. 4), polskie sądy i organy będą zobowiązane, na potrzeby prowadzonych przed nimi postępowań, do odgórnego respektowania skutków przewidzianych w odnośnych rozstrzygnięciach organu *resolution* z innego państwa UE, w tym także skutków nieznanymi krajowej ustawie procesowej. W praktyce może zatem pojawić się konieczność odstąpienia przez polski sąd od zasady stosowania własnego prawa procesowego, co zapewne będzie budzić kontrowersje. Prawdopodobieństwo ta-

⁸⁰ Podstawą byłby tu art. 1146 § 1 pkt 2 albo (jeśli uznać, że pkt 2 dotyczy tylko sądów cywilnych) pkt 7 k.p.c. Co do samej możliwości mówienia o instytucji jurysdykcji krajowej w postępowaniu sądowo-administracyjnym zob. aprobusz K. Celińska-Grzegorzczak, R. Hauser [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*. Tom 10. *Sądowa kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2016, s. 139–141.

⁸¹ Jest to o tyle nietypowe, że zarówno w k.p.c. (art. 1145), jak i w Prawie upadłościowym (art. 379 pkt 7, 386 ust. 1) przedmiotem uznania są zagraniczne orzeczenia, a nie zagraniczne postępowania. O uznawaniu postępowań jest natomiast mowa w niektórych przepisach wspomnianego unijnego rozporządzenia nr 2015/848 (np. art. 19 ust. 3). W literaturze por. szeroko Weitz 1998 (1), s. 52–87; Weitz 1998 (2), s. 48–87; Ereciński [w:] Ereciński, Ciszewski 2000, s. 300–368.

kiego scenariusza zwiększa brzmienie art. 245 ust. 3 ustawy o BFG, który przyznaje organowi *resolution* z innego państwa UE w zakresie jego czynności urzędowych w RP takie same uprawnienia, jak w państwie macierzystym organu (warunkiem ku temu jest tylko uprzednie wykazanie się „urzędowo poświadczonym odpisem decyzji” w uwierzytelnionym tłumaczeniu⁸²), nie wyłączając przy tym takich uprawnień, które byłyby nieznanne prawu polskiemu. Co ciekawe, omawiany rozdział nie przewiduje żadnej wyraźnej możliwości zakwestionowania uznania *resolution* wszczętego w innym państwie członkowskim (z wyjątkiem przewidzianego w art. 244 przypadku gdy wszczęcia nie dokonał właściwy organ). Niejasne jest też, czy w celu takiego zakwestionowania, w aspekcie skutków zagranicznej *resolution* w sferze prawa cywilnego materialnego i procesowego, zastosowanie mogłyby znaleźć regulacje poświęcone uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń w sprawach cywilnych, a jeżeli tak, to czy miałyby to być regulacje prawa unijnego, czy też – jeżeli uznać, że sprawa nie mieści się w zakresie przedmiotowym tych regulacji – przepisy polskiego k.p.c. (por. uwagi w następnym akapicie *in fine*).

Z kolei rozdział 23 działu IV ustawy o BFG normuje kwestię uznawania i wykonywania w Polsce postępowań przymusowej restrukturyzacji wszczynanych w państwach trzecich (czyli spoza UE). W tym przypadku ustawodawca przewidział, w ślad za wytycznymi BRRD, konieczność przeprowadzenia specjalnego postępowania przed BFG w celu uznania zagranicznej *resolution*. W przepisach dotyczących tego postępowania ustawodawca zawarł m.in. katalog przesłanek do obligatoryjnej oraz fakultatywnej odmowy uznania, jak również dopuścił możliwość uznania częściowego. Dopiero w razie pozytywnego rozstrzygnięcia BFG czynności zagranicznego organu *resolution* będą mogły odnieść skutek w postępowaniach przed polskimi sądami. Co ważne, z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania postępowanie przed BFG o uznanie zagranicznego postępowania przymusowej restrukturyzacji jest instytucją oddziałującą na sferę postępowania cywilnego nie tylko z uwagi na potencjalne skutki uznania dla toczących się w Polsce postępowań sądowych, ale także z perspektywy podziału kompetencji organów Państwa w obszarze obrotu międzynarodowego. Zgodnie bowiem z art. 253 ust. 1 ustawy o BFG uznanie zagranicznego postępowania przymusowej restrukturyzacji obejmuje uznanie wydanych w jego toku „orzeczeń i decyzji, a także orzeczeń dotyczących toku postępowania przymusowej restrukturyzacji i jego zakończenia”. Z kolei art. 252 ust. 1 pkt 2 wymienia wśród elementów składowych decyzji BFG o uznaniu i wykonaniu zagranicznej *resolution* wskazanie „sądu zagranicznego lub właściwego organu przymusowej restrukturyzacji państwa trzeciego, który wszczął zagraniczne postępowanie”. Wynika z tego jasno, że ustawodawca dopuścił sytuację, w której BFG może stanąć przed zadaniem rozstrzygnięcia o uznaniu, bądź odmowie uznania zagranicznego orzeczenia sądowego, jeżeli w odnośnym pań-

⁸² W literaturze wysunięto tezę, że chodzi o urzędowe poświadczenie w rozumieniu prawa miejsca wystawienia – tak Zimmerman [w:] Zawadzka i in. 2017, nb 2 do art. 245; wydaje się to generalnie trafne i zbieżne z podejściem przyjętym przez ustawodawcę krajowego na gruncie 1138 k.p.c. oraz przez ustawodawcę unijnego na gruncie różnych regulacji znoszących obowiązki w zakresie uwierzytelniania (legalizacji) zagranicznych dokumentów.

stwie obcym prowadzenie przymusowej restrukturyzacji będzie leżało w kompetencji tamtejszych sądów, a nie organu administracji. Przy założeniu, że odnośne zagraniczne orzeczenie sądu lub rozstrzygnięcie o charakterze administracyjnym przynajmniej częściowo odnosi się do materii, która w świetle polskiego prawa stanowi sprawę cywilną⁸³, należałoby uznać, że na gruncie ustawy o BFG dochodzi do dwóch istotnych odstępstw od regulacji k.p.c. Po pierwsze, mamy do czynienia z odstępstwem od zasady z art. 1145 k.p.c., zakładającej, że orzeczenia sądów (względnie rozstrzygnięcia innych organów)⁸⁴ państw obcych wydane w sprawach cywilnych podlegają uznaniu z mocy prawa, chyba że istnieją przeszkody określone w art. 1146. Po drugie, w przypadkach, gdy rozstrzygnięcie BFG miałoby charakter negatywny, tj. odmawiający uznania zagranicznej *resolution*, dojdzie w istocie do okrojenia na rzecz BFG kompetencji polskich sądów powszechnych w przedmiocie badania, czy zachodzą przeszkody do odmowy uznania orzeczenia sądu (względnie rozstrzygnięcia innego organu) zagranicznego. Można zastanawiać się, czy zbieg ww. regulacji został należyście przeemyślany przez ustawodawcę⁸⁵. Uzupełniająco należy wspomnieć, że w pewnych kwestiach zakres możliwych skutków zagranicznej *resolution* wszczętej w państwie trzecim dla postępowań przed polskimi sądami ograniczył wprost ustawodawca (zob. art. 258 ustawy o BFG⁸⁶).

Podsumowanie

Przedstawiony wywód pozwala postawić tezę, że wpływ przymusowej restrukturyzacji na postępowanie cywilne jest znaczący. Obejmuje bowiem zarówno spory co do praw lub zobowiązań przenoszonych z podmiotu w restrukturyzacji na inne podmioty, jak również spory, w których legitymacja procesowa pozostaje przy tym podmiocie. Rozciąga się przy tym na wszystkie stadia, począwszy od postępowania rozpoznawczego, przez zabezpieczające, po egzekucyjne, a także dotyka kwe-

⁸³ Za dopuszczalnością takiego założenia wydaje się przemawiać nie tylko sama natura zagadnień takich, jak przenoszenie praw i zobowiązań czy też ich umarżanie, ale także brzmienie katalogu negatywnych przesłanek do uznania zagranicznej *resolution* sformułowanego w art. 251 ust. 2 ustawy o BFG; jako jedną z takich przesłanek wskazano bowiem okoliczność, że zagraniczne postępowanie przymusowej restrukturyzacji „dotyczy sprawy, która należy do wyłącznej jurysdykcji sądów polskich” – należy zakładać, że chodzi tu przede wszystkim o sądy powszechne, rozpoznające sprawy cywilne.

⁸⁴ Zob. art. 1149¹ k.p.c., zgodnie z którym przepisy k.p.c. o uznawaniu orzeczeń sądów państw obcych stosuje się odpowiednio do rozstrzygnięć innych organów państw obcych wydanych w sprawach cywilnych.

⁸⁵ W szczególności nie jest jasne, do jakich kryteriów należałoby się odwoływać na potrzeby oceny, czy uznanie danego rozstrzygnięcia zagranicznego odnoszącego się zarówno do *resolution* jak i do kwestii z zakresu prawa cywilnego podlega reżimowi k.p.c. czy też reżimowi ustawy o BFG. Wydaje się, że ten ostatni reżim powinien być stosowany ilekroć dane rozstrzygnięcie pochodzi od takiego zagranicznego sądu lub organu, który w odnośnym państwie obcym pełni rolę właściwego organu *resolution*, z wyjątkiem sytuacji, w której wydane rozstrzygnięcie dotyczyłoby wyłącznie kwestii cywilnoprawnych bez związku z przymusową restrukturyzacją.

⁸⁶ Por. częściowo krytycznie Zimmerman [w:] Zawadzka i in. 2017, nb 1 do art. 258.

stii transgranicznych. Omawiane regulacje często stanowią interesujące badawczo wyjątki w stosunku do bazowych rozwiązań znanych z k.p.c. Zarazem w niektórych zidentyfikowanych kwestiach, tytułem postulatu *de lege ferenda*, wypada oczekiwać doprecyzowania regulacji przez ustawodawcę; dotyczy to przede wszystkim wpływu *resolution* na sferę postępowania zabezpieczającego.

Sygnalizacyjnie, poza zagadnieniami omówionymi w artykule, odnoszącymi się w zasadzie do bezpośrednich następstw wszczęcia przymusowej restrukturyzacji, można wskazać jeszcze na takie problemy cywilnoprocesowe, które wynikają lub mogą wynikać na dalszych etapach *resolution*. Chodzi tu np. o wzmiankowany w punkcie 1 opracowania temat ewentualnych postępowań z powództwa Funduszu wymierzonych w podważanie czynności prawnych dokonanych przez podmiot w restrukturyzacji przed wszczęciem *resolution* (ciekawa wydaje się tu być przede wszystkim kwestia legitymacji biernej⁸⁷), pozycję procesową akcjonariuszy albo wspólników instytucji pomostowej wobec tej instytucji i Funduszu (art. 187 ust. 5 ustawy o BFG)⁸⁸, czy też o znaczenie czynności podjętych w toku *resolution* dla wieńczącego ją zazwyczaj postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości podmiotu w restrukturyzacji, jak również dla następującego później właściwego postępowania upadłościowego (choćby w zakresie rozliczenia kosztów⁸⁹). Kwestie te zasługują już jednak na odrębne opracowania, z należyтым uwzględnieniem towarzyszących im aspektów materialnoprawnych.

Bibliografia

Bełdowski J., Prokop D., *Koncepcja resolution regime w Unii Europejskiej i w Polsce*, „Bezpieczny Bank” 2011, nr 2.

Błaszczak Ł., Ludwik M., *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007.

Bombczyński J., Krzanicka A., *Przesłanki wszczęcia przymusowej restrukturyzacji (resolution) – zagadnienia wybrane*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2021, nr 3.

Borsuk M., Klupa K., *Ingerencja w prawa obligatariuszy banku w ramach postępowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji (resolution)*, [w:] W. Rogowski (red.), *Regulacje finansowe. FinTech – nowe instrumenty finansowe – resolution*, Warszawa 2017.

Broniewicz W., *Następstwo procesowe w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1971.

Broniewicz W., Marciniak A., Kunicki I., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2014.

Brułińska M., *Zawieszenie i umorzenie postępowania egzekucyjnego*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Wybrane zagadnienia egzekucji sądowej*, Warszawa 2009.

⁸⁷ Nie wnikając szerzej w to zagadnienie, wydaje się, że w grę może wchodzić legitymacja bierna osoby, która w wyniku czynności otrzymała korzyść (analogicznie jak przy skardze pauliańskiej, do której to instytucji odsyła art. 172 ustawy o BFG).

⁸⁸ Istotne jest tu wyłączenie wprost możliwości stosowania art. 189 k.p.c., czyli tzw. powództwa o ustalenie.

⁸⁹ Por. Janda 2021, s. 26–31.

Burzyńska M., *Bank pomostowy – studium prawne*, [w:] A. Piszcz, M. Olszak, M. Etel (red.), *Państwo, gospodarka, prawo. Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu*, Białystok 2015.

Capiga M., Gradoń W., Szustak G., *Działania restrukturyzacyjne i naprawcze w sektorze bankowym*, Warszawa 2015.

Chojcecka K., *Prawa strony postępowania w sprawie przymusowej restrukturyzacji banku (resolution)*, „Finanse i Prawo Finansowe” 2019, nr 1.

Chybiński R., *Przejęcie przedsiębiorstwa jako środek przymusowej restrukturyzacji a przejęcie banku*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020, nr 7–8.

Cudna-Wagner A., *Następstwo procesowe w przypadku podziału spółki przez wydzielenie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 10.

Derc E., *Prawo do sądu: poszukiwanie realizacji prawa do sądu w procesie przymusowej restrukturyzacji*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2021, nr XXI, z. 1.

Drózdź-Chmiel K., *Status prawny osób trzecich w procesie cywilnym*, Warszawa 2019.

Dynak D., *Resolution – wskrzeszenie czy likwidacja banku?*, [w:] W. Rogowski (red.), *Regulacje finansowe. FinTech – nowe instrumenty finansowe – resolution*, Warszawa 2017.

Ereciński T., Ciszewski J., *Międzynarodowe postępowanie cywilne*, Warszawa 2000.

Ereciński T., Weitz K., *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008.

Ereciński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2016.

Fedorowicz M., *Bankowy Fundusz Gwarancyjny jako organ przymusowej restrukturyzacji*, [w:] J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2017.

Fedorowicz M., *Prawne instrumenty urzeczywistniania stabilności finansowej na rynku finansowym UE w świetle rozporządzenia 806/2014 i dyrektywy 2014/59/UE*, „Krytyka Prawa” 2017, tom 9, nr 1.

Góra-Błaszczkowska A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IA. Komentarz. Art. 1–424¹²*, Warszawa 2019.

Graca M., *Wykorzystanie procedury resolution oraz postępowania upadłościowego w europejskim i polskim sektorze bankowym – porównanie doświadczeń*, „Bezpieczny Bank” 2021, nr 2.

Gronkiewicz-Waltz H., *Przymusowa restrukturyzacja banków – resolution*, [w:] J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz (red.), *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań: księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, Warszawa 2018.

Grzegorzak M., *Normatywne i praktyczne aspekty działalności instytucji pomostowej jako środka przymusowej restrukturyzacji*, „The Financial Law Working Papers” 2020, nr 1.

Hapka M., *Instrument umorzenia lub konwersji zobowiązań w ramach przymusowej restrukturyzacji banku*, [w:] J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2017.

Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 10. Sądowa kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2016.

Hrycaj A., *Podjęcie postępowania cywilnego dotyczącego wierzytelności podlegającej zgłoszeniu do masy upadłości zawieszonoego wskutek ogłoszenia upadłości pozwanego*, *Monitor Prawa Handlowego* 2016, nr 1.

Iwańczuk-Kaliska A., *Zasady przymusowej restrukturyzacji banków a stabilność systemu płatniczego – analiza regulacji krajowych*, „Bezpieczny Bank” 2016, nr 3.

Jagięła J., *Umorzenie postępowania egzekucyjnego w sprawach cywilnych z mocy prawa*, „Przeгляд Prawa Egzekucyjnego” 2014, nr 1.

Jakubecki A. (red.), *System Prawa Procesowego Cywilnego*. Tom V. *Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2016.

Jakubecki A., *Zawieszenie postępowania ze względu na ogłoszenie upadłości oraz otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego w stosunku do strony procesu cywilnego*, [w:] T. Ereciński, P. Grzegorzczak, K. Weitz (red.), *Sine ira et studio. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, Warszawa 2016.

Janda P., *Koszty przymusowej restrukturyzacji banku w postępowaniu upadłościowym*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2021, nr 2.

Jankowski J. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*. Tom II. *Komentarz. Art. 730–1217*, Warszawa 2019.

Janusz A., *Resolution jako nowy obszar zadań Bankowego Funduszu Gwarancyjnego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2013, nr 3.

Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017.

Koleśnik J., *Jednolity mechanizm restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji*, [w:] M. Zaleska (red.), *Europejska Unia Bankowa*, Warszawa 2015.

Koleśnik J., *Praktyczny wymiar przymusowej restrukturyzacji banków w Polsce*, [w:] M. Sosnowski (red.), *Współczesne problemy i wyzwania finansów*, Wrocław 2020.

Kordasiewicz B. (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 10, Warszawa 2015.

Kowalewska E., *Cele i znaczenie przymusowej restrukturyzacji w świetle ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji – wybrane zagadnienia*, [w:] P. Antonowicz, P. Galiński, P. Nogal-Meger (red.), *Prawne, ekonomiczne i finansowe uwarunkowania rozwoju przedsiębiorstwa*, Gdańsk 2019.

Kowalewska E., *Status prawny składek wnoszonych na rzecz Bankowego Funduszu Gwarancyjnego*, Warszawa 2021.

Kowalewski O., Staszewski D., *Następstwo procesowe banku przejmującego w wyniku podziału banku przez wydzielenie*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 13 (dodatek).

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, nr 20.

Kozińska M., *A Resolution in the Spanish Banking Sector: The Case of Banco Popular Español*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie* 2018, nr 6.

Kozińska M., *Przymusowa restrukturyzacja banków w Unii Europejskiej*, Warszawa 2018.

- Kruczalak-Jankowska J., *Wpływ ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny*, Gdańskie Studia Prawnicze 2011, tom XXVI.
- Laskowska A., *Zawieszenie sądowego postępowania rozpoznawczego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009.
- Machowska A., *Pozew w postępowaniu cywilnym po ogłoszeniu upadłości pozwanego*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20.
- Manowska M. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom I, Warszawa 2021.
- Marciniak A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom I, Warszawa 2019(1).
- Marciniak A., *Sądowe postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2019(2).
- Marszałkowska-Krześ E. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, SIP Legalis 2021.
- Mędrzecka J., *Kilka uwag co do zasadności utrzymywania w polskim systemie prawnym instytucji przymusowej restrukturyzacji spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2020, t. 27.
- Miklaszewska E., *The application of bail-in tool in a bank resolution framework: The evidence from the Italian local and regional banks*, „Bezpieczny Bank” 2017, nr 4.
- Misztal-Konecka J., *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2019.
- Mrówczyński M., *Zawieszenie sądowego postępowania rozpoznawczego w sprawach cywilnych i postępowania sądownoadministracyjnego ze względu na ogłoszenie upadłości*, Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW 2014, nr 5.
- Mrówczyński M., *Zawieszenie sądowego postępowania rozpoznawczego w sprawach cywilnych ze względu na rozstrzygnięcia wydane w postępowaniu upadłościowym i w postępowaniu restrukturyzacyjnym*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 6.
- Mucha J., *Zawistość sprawy w procesie cywilnym*, Warszawa 2014.
- Obzejta Ł., *Instytucja pomostowa jako narzędzie przymusowej restrukturyzacji banków prowadzonej przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny – działalność i likwidacja*, LEX/el. 2019.
- Ochocińska K., *Termin do wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji – glosa – II GZ 221/20*, „Monitor Prawniczy” 2022, nr 5.
- Ołaś A., *Umorzenie procesu cywilnego*, Warszawa 2016.
- Piątowski J.S., aktualizacja A. Kawałko, H. Witczak [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 10, Warszawa 2015.
- Piłat W., *Nowe procedury przymusowej restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji bankowych (resolution regime)*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2016, nr 5.
- Pruski J., *Perspektywy resolution w Polsce*, Zeszyty BRE-Bank CASE 2013, nr 124.
- Przybysz P., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Rodziewicz P., *Wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2011, tom 8.

Romańska M., *Zbycie rzeczy lub prawa objętych sporem (art. 192 pkt 3 k.p.c.) w orzecznictwie sądowym*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. Tom I, Warszawa 2011.

Rylski P., *Udział osób trzecich w procesie cywilnym – perspektywa kodyfikacyjna*, [w:] K. Markiewicz, A. Torbus (red.), *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, Warszawa 2014.

Stawicka E., *Czy w sytuacji, gdy jedna ze stron procesu cywilnego zostaje podczas jego trwania z mocy samego prawa przekształcona w inny podmiot, potrzebne jest zezwolenie strony przeciwnej na wstąpienie do postępowania owego nowego podmiotu w miejsce dotychczasowego?*, „Palestra” 2014, nr 11–12.

Stenko P., *Ogłoszenie upadłości strony zapisu na sąd polubowny w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Uwagi na tle europejskiego rozporządzenia upadłościowego*, PPC 2012, nr 2.

Stopczyński A., *Banki na progu upadłości – refleksje nad postępowaniem*, „Bank i Kredyt” 2020, nr 51.

Stopczyński A., *Does Bank Resolution Rule Out the Use of Public Funds? The Case of the Podkarpacki Bank Spółdzielczy*, „Finanse i Prawo Finansowe” 2020, nr 1.

Studzińska J., *Zawieszenie i umorzenie postępowania egzekucyjnego*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Postępowanie sądowe. Komornicy sądowi. Koszty egzekucyjne*, Warszawa 2019.

Swaczyna M.J., *Na drodze do jednolitej procedury restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków w Unii Europejskiej*, [w:] W. Rogowski (red.), *Regulacje finansowe. FinTech – nowe instrumenty finansowe – resolution*, Warszawa 2017.

Szambelańczyk J., *XXV lat działalności Bankowego Funduszu Gwarancyjnego w Polsce*, „Bezpieczny Bank” 2020, nr 3.

Szczepańska O., Dobrzańska A., Zdanowicz B., *Resolution, czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, Departament Stabilności Finansowej NBP, Warszawa 2015.

Szczeńsiak P., *Niepogarszanie sytuacji akcjonariuszy bądź członków banku lub jego wierzycieli w wyniku przymusowej restrukturyzacji*, [w:] J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2017.

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

Szczeńsiak P., *Model i procedury przejścia banku w ramach przymusowej restrukturyzacji w świetle prawa krajowego i unijnego*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2021.

Szczeńsiak P., *Termin wniesienia skargi do sądu administracyjnego na decyzję o wszczęciu postępowania w sprawie przymusowej restrukturyzacji – glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11.08.2020 r., II GZ 221/20*, „Glosa” 2022, nr 1.

Szewczyk Ł., *Bankowy Fundusz Gwarancyjny jako organ resolution*, *Studia Ekonomiczne – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach* 2018, nr 356.

Szustak G. [w:] M. Capiga, W. Gradoń, G. Szustak, *Działania restrukturyzacyjne i naprawcze w sektorze bankowym*, Warszawa 2015.

Szydło M., (1) *Opinia prawna w sprawie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji*, Zeszyty Prawnicze BAS 2016, nr 1.

Szydło M., (2) *Przymusowa restrukturyzacja instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych a konstytucyjne prawo do sądu*, Zeszyty Prawnicze BAS 2016, nr 4.

Torończak M., *Termin na zaskarżenie decyzji Bankowego Funduszu Gwarancyjnego o wszczęciu przymusowej restrukturyzacji*, „Monitor Prawniczy” 2022, nr 7.

Tracichleb N., Stańkowski M., *Następstwo procesowe przy podziale spółki przez wydzielenie*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 19 (dodatek).

Waligórski M., *Polskie prawo procesowe cywilne. Dynamika procesu (postępowanie)*, Warszawa 1948.

Weitz K., *Pojęcie uznania orzeczenia zagranicznego*, „Przegląd Sądowy” 1998(1), nr 7–8.

Weitz K., *Skutki uznania zagranicznego orzeczenia*, „Przegląd Sądowy” 1998(2), nr 9.

Weitz K., *Następstwo prawne a związanie zapisem na sąd polubowny*, ADR Arbitraż i Mediacja 2011, nr 4.

Weitz K., *Następstwo prawne w zakresie przedmiotu sporu w toku postępowania przed sądem polubownym*, Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 2012, t. 11.

Wiśniewski T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom I, Warszawa 2021.

Wołodkiewicz B., *Następstwo procesowe w razie podziału spółki kapitałowej przez wydzielenie*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 15.

Wróbel A. [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, Lex/el 2022, nb 9 do art. 97..

Zawadzka P., Zimmerman P., Sura R. (red.), *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, Warszawa 2017.

Zieliński A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2022.

Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2022.

Zimmerman P., Medyński M., *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji – wielkie zmiany i ich przyczyny*, „Monitor Prawa Bankowego” 2017, nr 2.

Małgorzata Gryber*
ORCID: 0000-0002-9119-153X
malgorzata.gryber@oirpwarszawa.pl

Charakter prawny kar pieniężnych nakładanych przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny

Streszczenie

W artykule została omówiona kwestia charakteru prawnego kar pieniężnych nakładanych przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny. Fundusz ten od 2016 r. może nakładać kary pieniężne na członków organów niektórych instytucji finansowych, w tym na banki oraz spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, z powodu braku realizowania przez te podmioty obowiązków sprawozdawczych i informacyjnych związanych z procesem przymusowej restrukturyzacji.

W przepisach ustawy zabrakło kompleksowej regulacji w zakresie zasad wymierzania kar pieniężnych. Dodatkowo przepisy ustawy o BFG nie są jednolite, jeśli chodzi o zasady nakładania kar. W szczególności art. 95 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 793) zawiera dyrektywy wymiaru kary pieniężnej, jednakże nie czyni tego art. 79 tejże ustawy. Nakładane przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny kary pieniężne uznać należy za sankcje administracyjne z uwagi na cel, któremu służy ich wymierzanie. Podstawy do nakładania przez Fundusz kar pieniężnych należy poszukiwać w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady, które zostały implementowane do polskiego porządku prawnego.

Słowa kluczowe: kary pieniężne, sankcje administracyjne, zalecenia

JEL: K10, G21

* Małgorzata Gryber – radca prawny w Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, doktorantka na Uniwersytecie Śląskim. Wyrażone w artykule opinie stanowią osobiste zapatrywania autora na podnoszone kwestie i nie są oficjalnymi stanowiskami Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

Legal nature of financial penalties imposed by the Bank Guarantee Fund

Abstract

The article discusses the legal nature of fines imposed by the Bank Guarantee Fund. Since 2016, the Bank Guarantee Fund may impose fines on members of the bodies of certain financial institutions, including banks and credit unions, due to the failure of these entities to fulfil their reporting and information obligations related to the resolution process. The provisions of the Bank Guarantee Fund lack a comprehensive regulation on the principles of imposing fines. The provisions of the BFG Act are not uniform as regards the rules of imposing penalties. In art. 79 of the BFG Act, the criteria for measuring the penalty were not specified, while these criteria were specified in Art. 95 of the Act of June 10, 2016 on the Bank Guarantee Fund, the deposit guarantee system and resolution (i.e. Journal of Laws of 2022, item 793). The fines imposed by BFG should be considered as the administrative sanctions due to the purpose of their imposition. The grounds for imposing fines by the Fund should be sought in the Directives of the European Parliament, which have been implemented into the Polish legal system.

Key words: financial penalties, administrative sanctions, recommendations

Wstęp

Autorka, omawiając regulacje nakładania kar pieniężnych przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny, charakteryzuje kary pieniężne jako sankcje administracyjne. Zmierza ponadto do wskazania władczego charakteru zaleceń Funduszu, których niewykonanie stanowi asumpt do nałożenia przez Fundusz kar pieniężnych. W artykule została podjęta także próba zakreślenia granic uznania administracyjnego Funduszu w wymiarze kar pieniężnych. Bankowy Fundusz Gwarancyjny (dalej: BFG lub Fundusz) od 2016 r. może nakładać kary pieniężne na członków organów niektórych instytucji finansowych, w tym na banki oraz spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, z powodu braku realizowania przez te podmioty obowiązków sprawozdawczych i informacyjnych związanych z procesem przymusowej restrukturyzacji.

Kary pieniężne przewidziane w ustawie z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 793) (dalej: ustawa o BFG), które mogą być wymierzane przez Fundusz, są przykładem kary administracyjnej jako jednego ze środków przymusu administracyjnego. Regulacje prawne odnoszące się do ich stosowania stanowią, że podstawą ich wymierzania jest zasadniczo samo naruszenie przepisów, a więc bezprawność działania danego podmiotu, bez wyszczególnienia charakteru i stopnia jego przewinienia. Ustawa o BFG w przepisach art. 79 ust. 1, art. 95 ust. 6 oraz art. 336, będących normą sankcjonującą, przewiduje określone dolegliwości za naruszenie normy (sankcjonowanej) w nich wskazanej. Kary pieniężne przewidziane w przepisach ustawy o BFG są rodzajem sankcji administracyjnej, a możliwość ich stosowania wynika bezpośrednio z przepisów tej ustawy.

1. Brak regulacji kompleksowo regulujących nakładanie kar pieniężnych przez BFG

W przepisach ustawy o BFG zabrakło kompleksowej regulacji zasad wymierzania kar pieniężnych. Przepisy w zakresie nakładania kar pieniężnych przez Fundusz odsyłają do regulacji ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.) (dalej: k.p.a.) (zob. art. 11 ust. 7 ustawy o BFG), co daje podstawę do twierdzenia, że w przypadku stosowania przez Fundusz kar pieniężnych zastosowanie znajdują, z niewielkimi wyjątkami, przepisy działu IVa k.p.a. regulujące zasady nakładania i wymierzania administracyjnych kar pieniężnych (Ofiarski 2021, s. 20). Podkreślić bowiem należy, że w myśl przepisu art. 189a ust. 2 k.p.a., w przypadku uregulowania w przepisach odrębnych przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej przepisów działu IVa k.p.a. nie stosuje się.

Przepisy ustawy o BFG nie są jednolite jeśli chodzi o zasady nakładania kar. Dyrektywy wymiaru kary pieniężnej sformułowane są w art. 95 ustawy o BFG, jednakże brak ich np. w art. 79 tejże ustawy. Wydając zatem decyzję, o której mowa w art. 95 ust. 6 ustawy o BFG, Fundusz uwzględnia:

- 1) wagę i okres naruszenia;
- 2) stopień odpowiedzialności podmiotów;
- 3) stosunek wysokości kary finansowej do skali działalności podmiotów mierzonej wielkością przychodów, zysku lub majątku;
- 4) korzyści osiągnięte przez podmiot w wyniku naruszenia;
- 5) szkody wyrządzone osobom trzecim w wyniku naruszenia;
- 6) poprzednie naruszenia, ich zakres i częstotliwość;
- 7) skutki naruszenia dla stabilności finansowej i rynku finansowego;
- 8) współpracę podmiotu z Funduszem.

Wykładnia językowa art. 95 ust. 6 ustawy o BFG w zestawieniu z regulacjami ogólnej procedury administracyjnej prowadzi do wniosku o zbliżonym ukształtowaniu dyrektyw wymiaru administracyjnej kary pieniężnej przez Fundusz do dyrektyw określonych w art. 189d k.p.a., z uwzględnieniem specyfiki rynku finansowego, celu kar pieniężnych Funduszu i zakresu ich oddziaływania. W zakresie nieuregulowanym przepisami szczególnymi ustawy o BFG przepis art. 189d k.p.a. znajdzie zastosowanie odpowiednio.

Pomimo istnienia wymienionej regulacji, stanowiącej zamknięty katalog elementów wpływających na wysokość sankcji, ustawodawca przyznał Funduszowi znaczną swobodę przy wymierzaniu kar pieniężnych, ponieważ działa on w tym zakresie w ramach tzw. uznania administracyjnego i jest ograniczony jedynie przepisami, które określają maksymalną wysokość kary.

2. Rodzaje kar pieniężnych nakładanych przez Fundusz

Administracyjne kary pieniężne na stałe wpisały się do polskiego porządku prawnego jako element akceptowalny, dlatego wśród instrumentów wykorzystywanych przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny w ramach przypisanych mu zadań ustawowych należy wyróżnić narzędzie w postaci kar pieniężnych. Ustawa o BFG precyzyjnie określa zakres podmiotowy kar pieniężnych nakładanych przez Fundusz. Określone w ustawie o BFG kary mogą być nakładane zarówno na podmioty krajowe (instytucje finansowe), jak i na członków zarządów lub rad nadzorczych tych podmiotów, członków organu administracyjnego spółki europejskiej lub dyrektora oddziału banku zagranicznego (Ofiarski 2021, s. 18).

Wymierzanie administracyjnych kar pieniężnych przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny jest w praktyce rynku finansowego elementem nowym. Do czasu wejścia w życie ustawy o BFG, kompetencja do nakładania kar pieniężnych była zastrzeżona głównie dla Komisji Nadzoru Finansowego. Przesłanką do nałożenia kary pieniężnej przez Fundusz jest m.in. ignorowanie przez podmioty określone w ustawie o BFG zaleceń wydanych przez Fundusz lub niezastosowanie się wymienionych podmiotów do nakazów określonych w ustawie o BFG, z zastrzeżeniem, że kary te mogą wywoływać inny skutek, w zależności od tego, czy kierowane są *ad rem* czy *ad personam*¹. Jakkolwiek celem wymierzania kar pieniężnych przez Fundusz jest zapewnienie prawidłowej realizacji obowiązków nakładanych ustawą na podmioty, nie można pomijać ich odstrasżającego i prewencyjnego charakteru. Zgodnie z art. 337 ustawy o BFG w decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, o której mowa w art. 336 ustawy o BFG, Fundusz – w celu wzmocnienia pozycji i oddziaływania BFG na dany podmiot – może, niezależnie od kary pieniężnej, nałożyć również na członka zarządu lub rady nadzorczej podmiotu krajowego, organu administrującego spółki europejskiej albo dyrektora oddziału banku zagranicznego obowiązek zaprzestania określonego działania lub niepodejmowania takiego działania w przyszłości.

Z uwagi na cel, któremu ma służyć wymierzanie przez BFG kar pieniężnych, uznać je należy za sankcje administracyjne. Podstawy do nakładania przez Fundusz kar pieniężnych należy poszukiwać w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady, które zostały implementowane do polskiego porządku prawnego. Przepisy art. 79 ust. 1 i art. 95 ust. 6 ustawy o BFG transponują do polskiego ustawodawstwa przepisy art. 111 ust. 2 lit. d i f dyrektywy BRR², który za naruszenie obowiązków w nim wskazanych przewiduje dolegliwość w postaci kary pieniężnej lub innego środka administracyjnego.

¹ Wg statusu prawnego ukaranego: kara nakładana na instytucję (*ad rem*) lub na osobę (*ad personam*), zob. Ofiarski 2021, s. 18.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby naprawy oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG oraz dyrektywy 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/UE, oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012.

Współcześnie sankcje administracyjne upodabniają się do sankcji karnych. Ich odróżnienie może być niekiedy problemem, a jedyną różnicą pomiędzy nimi jest brak napiętnowania ukaranego, co jest nieodłącznym elementem kary kryminalnej (Staniszewska 2020). Z tego względu organ stosujący sankcję administracyjną każdorazowo winien dokonać oceny, czy zastosowane rozwiązanie w istocie służy osiągnięciu celu określonego w przepisach prawa administracyjnego.

Kary administracyjne mają sens i wymiar znacznie bardziej pragmatyczny i użyteczny, a katalog celów i funkcji, jakie realizują, jest znacznie uboższy niż w przypadku kar kryminalnych (zob. Nowicki, Peszkowski 2015, s. 11). Odpowiedzialnością administracyjną od 1962 r. posługuje się prawo Unii Europejskiej, i choć została ona wprowadzona do systemu prawnego wspólnoty w sposób niejednoznaczny, tj. bez definicji, to decyzje nakładane przez Komisję Europejską nie miały charakteru karnego³. W komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu regionów w zakresie kierunku polityki kryminalnej UE: zapewnienie skutecznej realizacji polityki UE poprzez prawo karne (Bruksela 2011, COM(2011) 573)⁴ odnotowano, że w wielu przypadkach większą skuteczność odnoszą nie sankcje karne, lecz właśnie sankcje administracyjne. Państwa członkowskie zobowiązane są na podstawie art. 291 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵ do transpozycji na grunt krajowy przepisów UE, co w konsekwencji wymusza na nich stosowanie sankcji administracyjnych, w tym administracyjnych kar pieniężnych, a nie sankcji karnych. Wpisuje się to w zasadę zapewnienia w prawie krajowym skuteczności prawa unijnego (por. Szwarc-Kuczer 2006, s. 10–24).

3. Administracyjna kara pieniężna jako sankcja administracyjna

Karę pieniężną nakładaną przez BFG należy uznać za element stosowania prawa administracyjnego przejawiający się w wydawaniu aktów administracyjnych zawierających nakaz wpłaty na rzecz państwa skonkretyzowanych kwot pieniężnych (zobowiązanie publicznoprawne o charakterze pieniężnym) (Nowicki, Peszkowski 2015, s. 11). Zgodnie z ustawą o BFG kary pieniężne stanowią dochód budżetu

³ Zob. art. 15 ust. 4 rozporządzenia nr 17 /62 z dnia 6 lutego 1962 r. (z dniem 1 maja 2004 r. rozporządzenie straciło moc z wyjątkiem art. 8 ust. 3, który nadal ma zastosowanie do decyzji przyjętych na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską przed dniem stosowania rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U.UE.L.03.1.1) aż do wygaśnięcia tych decyzji, zgodnie z art. 43 ust. 1 rozporządzenia uchylającego).

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0573> (dostęp: 30.04.2022); <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/8978e5ca-c1d2-11e1-b84a-01aa75ed71a1/language-pl/format-PDF/source-257062227>

⁵ Traktat USTANAWIAJĄCY EUROPEJSKĄ WSPÓLNOTĘ GOSPODARCZĄ (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.). <https://sip.lex.pl/#/act/17099384/3115449/traktat-o-funkcjonowaniu-unii-europejskiej-rzym-1957-03-25?keyword=Traktat%20o%20funkcjonowaniu%20Unii%20Europejskiej&cm=SFIRST> (dostęp: 30.04.2022).

państwa. Egzekucja należności wynikających z decyzji o nałożeniu kary pieniężnej następuje w trybie określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Funkcje kary administracyjnej oraz jej charakter prawny są w doktrynie sporne. Z jednej strony kara ta uznawana jest za środek represyjny, a z drugiej – za środek przymusowej realizacji decyzji administracyjnych. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny nie zanegował dopuszczalności funkcjonowania w prawie administracyjnym systemu kar finansowych. Przyjmował, że: „o środkach represyjnych orzekać mogą nie tylko sądy karne, a to, jaki sąd orzeka w konkretnych sprawach, jest kwestią wyboru o charakterze ustrojowo-organizacyjnym. Dlatego też kary pieniężne mogą wynikać z decyzji administracyjnych poddanych kontroli sądownictwa administracyjnego” (wyrok TK z 7.07.2009 r., K 13/08, OTK-A 2009/7, poz. 105, cz. III, pkt 2.4) (Zalewski 2021). Należy zgodzić się z R. Suwajem, że kara za przestępstwo i za wykroczenie ma mieć na celu przede wszystkim represję (odwet za zawiniony czyn zabroniony pod groźbą kary), oraz prewencję szczególną i ogólną. Natomiast karom administracyjnym, w tym administracyjnym karom pieniężnym, należy przypisywać cel prewencyjny, gdyż celem pierwszoplanowym kar administracyjnych jest funkcja ochronna w stosunku do porządku administracyjnego (czyli zapobieganie deliktowi administracyjnemu – por. Staniszevska 2017, s. 168), następnie funkcja redystrybucyjna, a na końcu dopiero represyjna (Suwaj 2021). W znakomitej większości przepisów, będących podstawą do nakładania przez Fundusz kar pieniężnych, chodzi o sytuację braku przekazywania BFG informacji dotyczących planów naprawy i ich zakresu, grupowych planów naprawy, planów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji czy zagrożenia upadłością, a także właściwego powiadamiania Funduszu o podejmowanych przez podmiot krajowy czynnościach związanych z jego sytuacją faktyczną lub prawną.

Kary administracyjne powinny być nakładane przez Fundusz w formie decyzji administracyjnej. Nie są to więc kary orzekane przez sądy, ale nakładane przez uprawnione organy administracji publicznej. W doktrynie podkreśla się ich charakter, wskazując – w przypadku ich stosowania – nie tyle na sprawiedliwą odpłatę za czyn (odwet moralny), ale na ich cel, polegający na powstrzymaniu sprawcy od działania w podobny wadliwy sposób w przyszłości (prewencja). Trybunał Konstytucyjny za doniosłe kryterium rozgraniczenia sankcji karnych od administracyjnych uważa główny cel lub główną funkcję kary⁶. Uznaje bowiem, że istotą sankcji karnych jest represja, zaś kar administracyjnych – profilaktyka i prewencja (Majchrzak 2015, s. 68). W uzasadnieniu wyroku z dnia 30 listopada 2011 r. sygn. II GSK 1166/1030 Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że dopuszczalność stosowania administracyjnych kar pieniężnych jako reakcji na naruszenie ustawowych obowiązków nie budzi wątpliwości, albowiem brak stosownej sankcji powoduje, że przepis staje się martwy, a niespełnianie obowiązku – nagminne (Majchrzak 2015, s. 68). Dodatkowo NSA wskazuje na cel administracyjnych kar pieniężnych jako środków wymierzanych w celu mobilizowania podmiotów do terminowego i prawidłowego

⁶ Por. wyrok o sygn. P 64/07 oraz wyrok o sygn. K 13/08.

wykonywania obowiązków na rzecz państwa, a także na podstawie ich wymierzenia, tj. samo obiektywne naruszenie prawa powodujące ich automatyczne stosowanie. Ich stosowanie – wg orzecznictwa NSA – ma głównie charakter prewencyjny, albowiem przez zapowiedź negatywnych konsekwencji, jakie nastąpią w wypadku naruszenia obowiązków określonych w ustawie albo w decyzji administracyjnej, motywują adresatów do wykonywania tych obowiązków. Administracyjna kara pieniężna nie stanowi więc wyłącznie represji za naruszenie prawa, ale przede wszystkim środek przymusu⁷.

Niezależnie jednak od powyższego poglądu, przydającego pierwszeństwo funkcji prewencyjnej kary, dogłębna analiza pojęcia administracyjnej kary pieniężnej skłania ostatecznie do refleksji i konstatacji, że kara administracyjna pełni również funkcję represyjną i restytucyjną (która będzie spełniona na etapie wyegzekwowania kary), funkcję ochronną, a przede wszystkim ekonomiczną (stanowiącą dolegliwość finansową ustalaną jako zryczałtowany odpowiednik odszkodowania za straty powstałe w wyniku niekorzystnych zachowań w interesie publicznym chronionym przez administrację) (por. Staniszevska 2017, s. 180).

Na tle regulacji ustawy o BFG można wyróżnić trzy płaszczyzny kary administracyjnej:

- 1) represyjną, stanowiącą odpłatę za brak realizacji obowiązku ustawowego;
- 2) prewencyjną, stanowiącą swego rodzaju oddziaływanie na instytucję finansową (prewencja indywidualna) i społeczeństwo (prewencja generalna);
- 3) zabezpieczającą, sprowadzającą się do zastosowania odpowiednio surowej kary eliminującej niepożądane działanie z rynku.

Analiza przepisów ustawy o BFG pozwala na stwierdzenie, że na gruncie jej przepisów ustawodawca stosuje metodę wyliczania deliktów administracyjnych zagrożonych karą pieniężną oraz metodę opartą na zasadzie opisu deliktu administracyjnego.

Mając powyższe na względzie, należy zauważyć, że w myśl art. 79 ustawy o BFG Fundusz wymierza karę za nieprzekazanie przez zobowiązany podmiot krajowy w określonym terminie informacji, o których mowa w art. 85 ustawy o BFG lub niewykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 78 ust. 2 ustawy o BFG. Przykładowo może to być delikt administracyjny polegający na nieprzekazaniu Funduszowi:

- informacji niezbędnych do opracowania, aktualizacji i oceny wykonalności planów przymusowej restrukturyzacji (np. rozwiązań organizacyjnych podmiotu, podmiotów powiązanych kapitałowo lub organizacyjnie, struktury kapitałowej, struktury zatrudnienia, rodzaju i zakresu prowadzonej działalności, z uwzględnieniem strategii rozwoju oraz aktywów i pasywów podmiotu);
- danych na podstawie wytycznych Funduszu zawierających zakres przekazywanych informacji;

⁷ Por. wyrok NSA z 18 października 2011 r., sygn. II GSK 1047/10, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

- informacji o istotnej zmianie organizacyjnej, prawnej lub wystąpieniu innego zdarzenia mającego wpływ na przyjęte w planie przymusowej restrukturyzacji założenia oraz realizację tego planu.

Przepis art. 79 ust. 1 ustawy o BFG nadaje Funduszowi uprawnienie do nałożenia na podmiot krajowy obowiązku współpracy w zakresie opracowania i aktualizacji planu przymusowej restrukturyzacji, w tym do opracowania elementów planu przymusowej restrukturyzacji. Możliwość taka została dopuszczona przez art. 10 ust. 5 dyrektywy BRR.

Wprowadzony natomiast do ustawy o BFG przepis art. 95 implementuje art. 17 ust. 4–5 BRRD, określając uprawnienia Funduszu do ograniczania lub usuwania przeszkód w postępowaniu przymusowej restrukturyzacji. Fundusz uzyskał możliwość wydawania podmiotom krajowym, w tym krajowym podmiotom dominującym, zaleceń do usunięcia przeszkód dla realizacji planu przymusowej restrukturyzacji, z zastrzeżeniem obowiązku uzasadnienia, dlatego rozwiązanie zaproponowane przez podmiot zgodnie z art. 91 ust. 4 ustawy o BFG zostało przez Fundusz uznane za niewystarczające, oraz wykazania proporcjonalności zalecanego środka. Jednocześnie ustawodawca przewidział w ust. 6 tego przepisu możliwość nałożenia przez Fundusz, w formie decyzji, kary pieniężnej za brak realizacji przedmiotowych zaleceń Funduszu.

Osobną grupę (której dotyczą regulacje ustawy o BFG) stanowią delikty administracyjne związane z naruszeniem przez podmiot krajowy lub podmiot, o którym mowa w art. 64 pkt 2 lit. b–d ustawy o BFG, minimalnego poziomu funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, o którym mowa w art. 97 i art. 98 ustawy o BFG – określone w art. 337a ustawy o BFG.

W zakresie regulacji ustawy o BFG ustawodawca, jak widać, posługuje się oprócz metody wyliczania również metodą opisu deliktu, co można zauważyć analizując brzmienie konkretnych przepisów, np.:

- art. 79 ustawy o BFG przewiduje możliwość nałożenia przez Fundusz, w drodze decyzji, kary pieniężnej na podmiot krajowy w przypadku nieprzekazania w określonym terminie informacji, o których mowa w art. 85 ustawy o BFG, lub niewykonania obowiązku, o którym mowa w art. 78 ust. 2 tej ustawy. Kara pieniężna może w tej sytuacji sięgać wysokości do 10% przychodu wykazanego w ostatnim zbadanym sprawozdaniu finansowym, a w przypadku braku takiego sprawozdania – do 10% prognozowanego przychodu określonego na podstawie sytuacji ekonomiczno-finansowej podmiotu, nie więcej jednak niż 100 000 000 zł.
- art. 336 ustawy o BFG, zgodnie z którym Fundusz może, w drodze decyzji, nałożyć karę pieniężną do wysokości 5 000 000 euro na członka zarządu lub rady nadzorczej podmiotu krajowego, organu administrującego spółki europejskiej albo dyrektora oddziału banku zagranicznego, który nie wykonuje ciążącego na nim obowiązku sporządzenia lub przedstawienia Funduszowi sprawozdania finansowego lub innych sprawozdań i informacji związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem przymusowej restrukturyzacji, albo wykonuje go nierzetelnie lub nieterminowo.

Zastosowanie w ustawowych regulacjach dotyczących kar pieniężnych metody enumeracji oraz opisu deliktów potwierdza również analiza przepisu art. 96 ust. 6 ustawy o BFG, zgodnie z którym w przypadku niewykonania przez podmiot zaleceń, Fundusz może, w drodze decyzji, nałożyć na ten podmiot karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu wykazanego w ostatnim zbadanym sprawozdaniu finansowym, a w przypadku braku takiego sprawozdania – karę pieniężną w wysokości do 10% prognozowanego przychodu określonego na podstawie sytuacji ekonomiczno-finansowej podmiotu, nie wyższą jednak niż 100 000 000 zł.

4. Zalecenia jako element nakładania kar pieniężnych

Istotną okolicznością faktyczną świadczącą o prawnej specyfice administracyjnej kary pieniężnej wymierzanej przez BFG jest praktyka jej stosowania, jako że proces ten nie zawsze jest identyczny – to znaczy nie zawsze schemat działania obejmuje takie same czynności poprzedzające wydanie decyzji administracyjnej w przedmiocie wymierzenia kary. W przypadku przywołanej regulacji art. 96 ust. 6 ustawy o BFG Fundusz realizuje uprawnienia kontrolne w stosunku do podmiotów, na które uprzednio zostały nałożone przez Fundusz określone obowiązki. Choć kompetencja Funduszu może się wydawać tożsama z czynnościami podejmowanymi w analogiczny sposób przez Komisję Nadzoru Finansowego, to jednak jej założenie opiera się na innego rodzaju przesłankach, a działanie Funduszu trudno nazwać działaniem stricte nadzorczym, o którym mowa np. w ustawie z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 660 z późn. zm.), a które odnosi się do Komisji Nadzoru Finansowego.

Regulacja dotycząca zaleceń, jakie BFG może kierować wobec podmiotów krajowych w celu korygowania niewłaściwych działań podejmowanych przez te podmioty, została zawarta w art. 95 ustawy o BFG. W zakresie zatem zastosowania środków ustalonych zgodnie z art. 91 ust. 7, art. 92 ust. 9, 10, 12 i 13, art. 93 ust. 1, 3 i 4 oraz art. 94 ustawy o BFG, Fundusz, po zasięgnięciu opinii Komisji Nadzoru Finansowego, wydaje zalecenia. Fundusz zasięga opinii Komitetu Stabilności Finansowej w przypadku, gdy zalecenie, ze względu na wielkość podmiotu lub grupy, może mieć wpływ na stabilność krajowego systemu finansowego lub poziom ryzyka systemowego. Wydając zalecenie, Fundusz wskazuje przesłanki, na podstawie których uznał propozycje lub plan podmiotu za niewystarczające do usunięcia okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających przeprowadzenie przymusowej restrukturyzacji, i wykazuje proporcjonalność zalecanego środka. Podmioty krajowe, chcąc uniknąć dalszych konsekwencji w postaci kary pieniężnej, powinny stosować się do tych zaleceń BFG, gdyż te uruchamiają proces w postaci możliwości nałożenia przez Fundusz administracyjnej kary pieniężnej. Brzmienie przepisów ustawy o BFG uwiadcza wagę i charakter zaleceń, które mogą dotyczyć między innymi:

- 1) zapewnienia rozwiązań umożliwiających ciągłe i niezakłócone działanie podmiotu, w tym w przypadku prowadzenia przymusowej restrukturyzacji;

- 2) zawarcia lub zmiany treści umów dotyczących wsparcia finansowego w ramach grupy, o których mowa w art. 141t ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 z późn. zm.) oraz art. 110zr ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2022 r. poz. 861 z późn. zm.);
- 3) ograniczenia ekspozycji na ryzyko, w szczególności w zakresie, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy o BFG;
- 4) nałożenia dodatkowych obowiązków informacyjnych;
- 5) zbycia aktywów podmiotu;
- 6) ograniczenia lub zaprzestania prowadzenia określonej działalności przez podmiot;
- 7) ograniczenia wprowadzania lub rozwoju nowych produktów lub linii biznesowych;
- 8) zmian w strukturze organizacyjnej i prawnej w celu uproszczenia struktury lub rozdzielenia rodzajów działalności;
- 9) utworzenia dominującej finansowej spółki holdingowej z państwa członkowskiego z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dominującej inwestycyjnej spółki holdingowej z państwa członkowskiego z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, unijnej dominującej finansowej spółki holdingowej lub unijnej dominującej inwestycyjnej spółki holdingowej w celu ułatwienia przymusowej restrukturyzacji oraz uniknięcia sytuacji, w której zastosowanie instrumentów przymusowej restrukturyzacji oraz uprawnień, o których mowa w przepisach rozdziału 5 ustawy o BFG, będzie miało negatywne skutki dla niefinansowej części danej grupy;
- 10) emisji zobowiązań kwalifikowalnych w celu osiągnięcia minimalnego poziomu funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, instrumentów dłużnych zamiennych na kapitał lub innych instrumentów kapitałowych lub dłużnych podlegających umorzeniu lub konwersji;
- 11) podjęcia działań innych niż określone w pkt 10 w celu osiągnięcia minimalnego poziomu funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, w szczególności renegotiacji warunków zobowiązań kwalifikowalnych, instrumentów dodatkowych w Tier I lub instrumentów w Tier II oraz zobowiązań, o których mowa w art. 206 ust. 1 ustawy o BFG, w celu zapewnienia skuteczności umorzenia lub konwersji na mocy prawa właściwego dla tego zobowiązania lub tego instrumentu;
- 12) zmiany profilu zapadalności instrumentów funduszy własnych, za zgodą Komisji Nadzoru Finansowego, oraz zobowiązań kwalifikowalnych, o których mowa w art. 97a–97g i art. 98 ust. 2 pkt 1 ustawy o BFG, w celu zapewnienia stałego utrzymywania minimalnego poziomu funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych;
- 13) utrzymywania określonej struktury zobowiązań;
- 14) przedstawienia planu działań mających na celu zapewnienie jednoczesnego spełnienia wymogu połączonego bufora i utrzymywania minimalnego poziomu funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, wyrażonego zgodnie

z art. 97 ust. 2b pkt 1 ustawy o BFG, oraz zapewnienie utrzymywania minimalnego poziomu funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, wyrażonego zgodnie z art. 97 ust. 2b pkt 2 ustawy o BFG;

- 15) przygotowania w systemach do prowadzenia ksiąg rachunkowych banku funkcjonalności umożliwiającej dokonanie na wybrany dzień systemowych operacji redukcji sald kapitału i odsetek w zakresie wszystkich lub wybranych zobowiązań, z wykorzystaniem stosowanych w systemie wyliczania parametrów dotyczących klientów oraz wiarygodności oraz z uwzględnieniem przypisania zobowiązania do kategorii zaspokajania roszczeń zgodnie z art. 440 ust. 2 ustawy Prawo upadłościowe.

Analiza powyższego katalogu prowadzi do wniosku, że o ile wykonanie zaleceń nie jest obligatoryjne i samo w sobie nie ma mocy wiążącej, to brak realizacji przez instytucję finansową przedmiotowego zalecenia BFG może skutkować zastosowaniem sankcji administracyjnej w postaci administracyjnej kary pieniężnej (Kaszubski 2006, s. 40; Urban-Theocharakis 2022). W konsekwencji zalecenia BFG można rozpatrywać nie w ich niewiążącym charakterze, ale jako aktu o charakterze władczym, realizowanym w ramach uznania administracyjnego Funduszu, które nie ma charakteru dowolnego. Twierdzenie to wpisuje się w zasadę proporcjonalności przy stosowaniu środków administracyjnych w celu zapewnienia przez instytucje krajowe oraz organy tych podmiotów przestrzegania obowiązków wynikających z ustawy o BFG.

5. Działanie Funduszu w ramach uznania administracyjnego

Na gruncie ustawy o BFG Fundusz, stosując sankcję administracyjną w postaci kary pieniężnej, działać będzie w warunkach uznania administracyjnego. Możliwość innego działania (poza uznaniem administracyjnym) byłaby dopuszczalna, gdyby z przepisu szczególnego wynikała wprost wysokość nakładanej kary (wysokość kary byłaby określona w sposób sztywny). Uznanie administracyjne nie ma jednak charakteru dowolnego. Fundusz jest zobligowany do wymierzenia kary według swego uznania w granicach przewidzianych przez ustawę, kierując się dyrektywami wymiaru kary określonymi w ustawie o BFG oraz przepisie art. 189d k.p.a. lub przepisach szczególnych.

Poruszanie się przez Fundusz w granicach uznania administracyjnego wymusza obowiązek wyjaśnienia w uzasadnieniu Decyzji BFG nakładającej karę pieniężną kryteriów oraz przesłanek, jakimi kierował się Fundusz nakładając karę w konkretnej wysokości (por. Szczygieł 2018, s. 7). Niepodanie przez Fundusz przedmiotowych elementów (którymi kierował się przy wydawaniu decyzji nakładającej karę pieniężną) naruszać będzie zasadę prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie obywateli do organów państwa i przede wszystkim zasadę proporcjonalności, czyli stosowania środka współmiernego do zamierzonego celu⁸. Zasada

⁸ Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 listopada 2013 r., VII SA /Wa 1328/13.

proporcjonalności jest w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zasadą konstytucyjną. W istocie są dwie zasady proporcjonalności: wywiedziona z art. 31 ust. 3 i wyinterpretowana z art. 2 Konstytucji RP (Wróbel 2022 art. 8). Zasada proporcjonalności wynikająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest rozumiana przez Trybunał Konstytucyjny jako suma trzech zasad składowych, rozumianych jako testy proporcjonalności: przydatności, konieczności oraz proporcjonalności *sensu stricto*, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji⁹. Zasada proporcjonalności wywodzona z art. 2 Konstytucji RP wymaga należytego wyważenia celu legislacyjnego i środka użytego do jego realizacji (Wróbel 2022 art. 8).

Wysokość kary powinna być zatem adekwatna do wagi i okoliczności naruszenia prawa (art. 189d pkt 1 k.p.a.), a ustalając jej wysokość Fundusz powinien kierować się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania (art. 8 § 1 k.p.a.), ponadto nie powinien bez uzasadnionej przyczyny odstępować od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym (art. 8 § 2 k.p.a.). Wobec dotychczasowego braku rozstrzygnięć Funduszu w zakresie kar pieniężnych pojęcie utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw należy rozumieć szeroko, uwzględniając również praktykę organu nadzoru.

6. Upublicznienie informacji o nałożeniu kary pieniężnej

Zgodnie z art. 339 ustawy o BFG, w przypadku wydania przez Fundusz decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, o której mowa w art. 79 ust. 1, art. 95 ust. 6 oraz 336, Fundusz niezwłocznie jest zobowiązany do poinformowania Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego o nałożeniu kary pieniężnej na określony podmiot, a w przypadku gdy od decyzji złożono wnioszek o ponowne rozpatrzenie sprawy lub wniesiono skargę do sądu administracyjnego, także o złożeniu takiego wniosku lub skargi do sądu administracyjnego i o wyniku postępowania przed organem ponownie rozpatrującym sprawę lub sądem administracyjnym. Jeżeli decyzja o nałożeniu kary, o której mowa w art. 79 ust. 1, art. 95 ust. 6 i 336 ustawy o BFG, jest ostateczna, Fundusz niezwłocznie zamieszcza na swojej stronie internetowej informację o nałożeniu kary, w tym o rodzaju i charakterze naruszenia przepisów prawa, wraz ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby lub nazwy (firmy) podmiotu, na który nałożono karę. Analogicznie jak w przypadku kar nakładanych przez Komisję Nadzoru Finansowego (przewidywanych również w ustawie o BFG) Fundusz dokonuje w zanonimizowanej formie publikacji informacji o nałożeniu kary w przypadku, gdy:

- 1) kara została nałożona na osobę fizyczną, a ujawnienie jej imienia i nazwiska byłoby środkiem niewspółmiernym do wagi dokonanego naruszenia;
- 2) ujawnienie nazwy (firmy) podmiotu lub imienia i nazwiska osoby stanowiłoby zagrożenie dla stabilności rynków finansowych lub zagroziłoby prowadzonemu postępowaniu karnemu lub postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe;

⁹ Por. wyrok TK z 11.04.2000 r., K 15/98, OTK 2000/3, poz. 86; Zakolska 2008, *passim*.

3) ujawnienie nazwy (firmy) podmiotu lub imienia i nazwiska osoby wyrządziłoby niewspółmierną szkodę tej osobie lub podmiotowi;

Fundusz może uzupełnić informację o nałożeniu kary o nazwę (firmę) podmiotu albo imię i nazwisko osoby w przypadku, gdy ustały przyczyny określone w wymienionych sytuacjach, jednakże uzupełnienia nie dokonuje się po upływie roku od dnia publikacji.

Informacje, o których mowa, są dostępne na stronie internetowej Funduszu przez 5 lat od dnia ich publikacji, z zastrzeżeniem, że wskazanie imienia i nazwiska osoby, na którą nałożono karę, dostępne jest przez okres nie dłuższy niż rok.

Celem upublicznienia decyzji o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej jest stygmatyzacja sprawcy. Środek ten należy uznać za osobną sankcję (odwet moralny), która stanowi wzmocnienie pozycji Funduszu i wzmacnia skuteczność realizowanych przez BFG jego zadań ustawowych. Działanie Funduszu polegające na upublicznieniu tego rodzaju informacji wypełnia funkcję wychowawczą wobec podmiotów, w stosunku do których w przyszłości możliwe byłoby wszczęcie procesu przymusowej restrukturyzacji, bowiem takie upublicznienie nałożenia na podmiot kary pieniężnej może – z obawy przed publicznym napiętnowaniem – zniechęcać inne podmioty do podejmowania czynności niezgodnych z przepisami ustawy o BFG lub zaleceniami nakładanymi przez Fundusz.

Podsumowanie

Administracyjne kary pieniężne są narzędziem, które może skutecznie przyczynić się do sprawnego realizacji zadań nałożonych przez ustawodawcę na Bankowy Fundusz Gwarancyjny. Stworzenie przez ustawodawcę podstaw do nakładania przez BFG kar pieniężnych wyznacza kierunek postrzegania Funduszu jako organu skutecznie wpływającego na proces naprawczy podmiotów, o których mowa w art. 64 ust. 2 ustawy o BFG i, odpowiednio, oddziałów banku zagranicznego, z uwzględnieniem art. 101 ust. 2, 9, 10 i 12 ustawy o BFG.

Przepisy ustawy o BFG dotyczące nakładania przez Fundusz administracyjnych kar pieniężnych nie są jednak jednolite. Poczynione w artykule rozważania prowadzą do wniosku, że na tle regulacji ustawy o BFG można wyróżnić trzy płaszczyzny kar pieniężnych. Po pierwsze, kary te funkcjonują w płaszczyźnie represyjnej jako swego rodzaju odpłata za brak realizacji obowiązku ustawowego. Po drugie, środek ten pełni funkcję prewencyjną – stanowiącą swego rodzaju oddziaływanie na instytucję finansową (prewencja indywidualna) i społeczeństwo (prewencja generalna). Wreszcie, kary pieniężne nakładane przez Fundusz realizują funkcję zabezpieczającą, sprowadzającą się do stosowania odpowiednio surowej kary, eliminującej niepożądane działanie z rynku. Niebagatelną rolę w procesie wymierzania przez Fundusz kar pieniężnych odgrywają zalecenia, które rozpatrywane w kontekście regulacji umożliwiających nakładanie kar pieniężnych przez Fundusz mają charakter aktów władczych.

Bibliografia

Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa, M. Błachucki (red.), Warszawa 2015.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby naprawy oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG oraz dyrektywy 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/UE, oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0573>

Kaszubski R., *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Warszawa 2006.

Kisilowska H., Zieliński G., *Administracyjne kary pieniężne po nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2018, t. XVI, nr 1(1).

Majchrzak B., *Problematyka prawna administracyjnych kar pieniężnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych*, [w:] M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015.

Nowicki D., Peszkowski S., *Kilka uwag o szczególnym charakterze administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015.

Ofiarski Z., *Zasady nakładania kar pieniężnych nakładanych na „podmioty krajowe” przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, 4.

Staniszewska L., *Administracyjne kary pieniężne. Studium z zakresu prawa administracyjnego materialnego i procesowego*, UAM, Poznań 2017.

Staniszewska L., *Sankcja administracyjna jako skuteczny sposób zabezpieczenia wykonania aktu administracyjnego*, [w:] L. Staniszewska, M. Szewczyk, J. Zimmermann (red.), *Myśl Mariana Zimmermanna a współczesne prawo administracyjne*, Warszawa 2020.

Suwaj R., *Funkcje sankcji administracyjnych*, [w:] *Zasady nakładania administracyjnych kar pieniężnych*, Warszawa 2021, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369509065/12/suwaj-robert-zasady-nakladania-administracyjnych-kar-pienieznych?keyword=funkcje%20sankcji%20administracyjnych&cm=SREST> (dostęp: 10.05.2022).

Szczygieł J., *Przesłanki uznania administracyjnego w kształtowaniu wymiaru grzywny w postępowaniu egzekucyjnym*, [w:] *Ogólne Postępowanie Administracyjne, Sądowoadministracyjne i Egzekucyjne*, Procedury Administracyjne i Podatkowe, Nr 4, TaxPress, Warszawa 2018.

Szwarc-Kuczer M., *Wpływ prawa wspólnotowego na prawo karne państw członkowskich*, Warszawa 2006.

Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.), <https://sip.lex.pl/#/act/17099384/3115449/traktat-o-funkcjonowaniu-unii-europejskiej-rzym-1957-03-25?keyword=Traktat%20o%20funkcjonowaniu%20Unii%20Europejskiej&cm=SFIRST> (dostęp: 30.04.2022).

Urban-Theocharakis M., *Zalecenia Komisji Nadzoru Finansowego jako forma oddziaływania na działalność banków*, ABC, komentarz praktyczny, 2022, <https://sip.lex.pl/#/publi>

cation/469935212/urban-theocharakis-malgorzata-zalecenia-komisji-nadzoru-finansowego-jako-forma-oddziaływania-na...?keyword=Zalecenia%20Komisji%20Nadzoru%20Finansowego%20jako%20forma%20oddzia%C5%82ywania%20na%20dzia%C5%82alno%C5%9B%C4%87%20bank%C3%B3w,&cm=SREST (dostęp: 06.06.2022).

Wróbel A. [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2022, art. 8, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587260098/673544/jaskowska-malgorzata-wilbrandt-gotowicz-martyna-wrobel-andrzej-komentarz-aktualizowany-do-kodeksu...?cm=URELATIONS> (dostęp: 10.05.2022).

Wyrok TK z 11.04.2000 r., K 15/98, OTK 2000/3/86.

Wyrok TK z 05.05.2009 r., P 64/07, OTK-A 2009/5/64.

Wyrok NSA z 18.10.2011 r., II GSK 1047/10, CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z 27.11.2013 r., VII SA /Wa 1328/13, CBOSA.

Wyrok TK z 07.07.2009 r., 13/08, OTK-A 2009/7/105.

Zakolska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008.

Zalewski D., *Dopuszczalność zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej w praktyce ustawodawcy*, [w:] *Kary pieniężne nakładane przez KAS i ich zaskarżanie*, D. Zalewski (red.), Warszawa 2021, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369483239/133/zalewski-dariusz-red-kary-pieniezne-nakladane-przez-kas-i-ich-zaskarzenie?keyword=represyjny&cm=SFIRST> (dostęp: 10.05.2022).

Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2022 r. poz. 793 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 z późn. zm.).

Emil Radziszewski*
ORCID: 0000-0002-1636-0970
emilradz@gmail.com

Definicja legalna banku w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe

Streszczenie

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone ocenie definicji banku przyjętej w polskiej ustawie Prawo bankowe. Za pomocą krytycznej analizy prawnej, logicznej i semantycznej definicji legalnej banku została dokonana jej dekonstrukcja, a następnie opis i ocena prawna wyodrębnionych w ten sposób elementów tej definicji. Celem tego działania było zidentyfikowanie i wykazanie zasadniczych wad, błędów i nieścisłości omawianej definicji, o charakterze logicznym, legislacyjnym i – szerzej – prawnym, jak również wskazanie możliwych rozwiązań alternatywnych.

Słowa kluczowe: bank, definicja banku, działalność bankowa, czynności bankowe, funkcje banku, gromadzenie depozytów, licencja bankowa, instytucja kredytowa

JEL: G21, K23

Legal definition of a bank in the Banking Act of 29 August 1997

Abstract

This study is devoted to the assessment of the definition of a bank adopted in the Polish Banking Act. The deconstruction of the statutory definition of a bank was performed by means of legal, logical and semantic critical analysis, followed by a description and legal evaluation of the elements of this definition distinguished in this way. The purpose of this activity was to identify and demonstrate the fundamental flaws, errors and inaccuracies of the discussed definition, of a logical, legislative and – more broadly – legal nature, as well as to indicate possible alternative solutions.

Key words: bank, definition of a bank, banking activity, banking operations, functions of a bank, collecting of deposits, banking license, credit institution

* Emil Radziszewski – Komisja Nadzoru Finansowego.

Wstęp

Mało kto (o ile ktokolwiek), myśląc o banku, przywołuje sobie jego definicję legalną. Co więcej, mało kto tę definicję zna, choć z pewnością większość z nas potrafi lepiej lub gorzej opisać bank i odróżnić go od np. uczelni wyższej czy szpitala. W powszechnym odbiorze z terminem „bank” z reguły kojarzymy podmioty rozpoznawane jako banki ze względu na ich status faktyczny, wyrażający się przede wszystkim w długoletniej obecności na rynku, używaniu nazwy zawierającej wyraz „bank”, wykonywaniu działalności typowej dla banków czy podleganiu nadzorowi finansowemu władzy publicznej. Owe faktyczne, a nie prawne, konotacje wynikają zapewne m.in. z tego, że działalność bankowa i banki pojawiły się na długo przed ich zdefiniowaniem i uregulowaniem w prawie pozytywnym. Prawo to bowiem samo z siebie nie kreuje zjawisk, a jedynie je opisuje, definiuje po to, by móc te zjawiska umieścić w określonym kontekście regulacyjnym i normatywnym, związanym z wytyczanymi na podstawie tego prawa wzorcami zachowania (nakazami, zakazami). Wszelkie legalne definicje banku mają więc charakter pochodny w stosunku do jego istoty – celu i funkcji wynikających z praktyki gospodarczej i odgrywających w związku z tym pierwszoplanową rolę w społecznej percepcji banku. Z drugiej strony, ze względu na doniosłe znaczenie cywilizacyjne banków i ich działalności, zwłaszcza dla prawidłowego funkcjonowania współczesnej gospodarki wolnorynkowej i obsługującego ją systemu finansowego, istnieje konieczność poddania ich regulacjom pozytywno-prawnym, zabezpieczającym prawidłowe – bezpieczne i stabilne realizowanie powierzonych im funkcji. Z kolei punktem wyjścia do każdej pozytywno-prawnej regulacji jest odpowiednie zdefiniowanie jej przedmiotu. Z tych względów, niezależnie od praktycznej, społeczno-gospodarczej percepcji banku, niezbędne jest właściwe opisanie go językiem prawnym – za pomocą spójnego, uporządkowanego i jednoznacznego semantycznie aparatu pojęciowego.

Niniejsze opracowanie jest poświęcone próbie dokonania takiego opisu podjętej w PrbU¹. Za pomocą krytycznej analizy prawnej, logicznej i semantycznej definicji legalnej banku została dokonana jej dekonstrukcja, a następnie opis i ocena prawna wyodrębnionych w ten sposób elementów tej definicji. Celem tego działania było zidentyfikowanie i wykazanie zasadniczych wad, błędów i nieścisłości omawianej definicji, o charakterze logicznym, legislacyjnym i – szerzej – prawnym, jak również wskazanie możliwych rozwiązań alternatywnych.

Część pierwsza opracowania została poświęcona opisaniu istoty i funkcji banku w świetle jego społeczno-gospodarczego znaczenia, co, jak wskazano wyżej, ma zasadnicze znaczenie dla stworzenia prawidłowej definicji banku na potrzeby regulacyjne, jak również właściwego rozumienia (wykładni) takiej definicji. W części drugiej zostały omówione poszczególne elementy *definiensa* definicji banku, obejmujące: status osoby prawnej, tworzenie zgodnie z przepisami ustaw, działanie na podstawie zezwoleń oraz wykonywanie czynności bankowych obciążających ryzykiem środka powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Część trzecia opisuje

¹ PrbU – Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 z późn. zm.).

rozwińnięcie definicji banku w PrbU, dokonane poprzez podane w ustawie definicje banku krajowego, banku zagranicznego i instytucji kredytowej, z krótkim odniesieniem się do definicji tej ostatniej w prawie UE. W podsumowaniu, oprócz rekapitulacji zasadniczych tez i obserwacji, został zawarty też postulat *de lege ferenda* wskazujący propozycję poprawienia legalnej definicji banku w PrbU.

1. Czym jest bank?

Aby prawidłowo zrozumieć i opisać kwestie związane z prawną czy legalną definicją banku, wcześniej należy ustalić, czym jest bank w swej istocie. Chodzi tu nie o normatywne opisanie banku za pomocą języka prawnego, lecz zdefiniowanie jego istoty – celu i funkcji w świetle społeczno-gospodarczego znaczenia tego artefaktu. Niewątpliwie bowiem bank nie jest zjawiskiem samoistnym czy naturalnym, ale abstrakcyjnym w sporej mierze wytworem człowieka i jego cywilizacji. Działalność bankowa pojawiła się w historii tej cywilizacji wraz ze wzrostem znaczenia pieniądza i oparciem na nim wymiany gospodarczej. W pewnym momencie dziejowym pieniądz stał się dobrem uniwersalnym (umożliwiającym wymianę go na każde inne dobro), jak każde dobro poddanym mechanizmowi rynkowemu podaży i popytu i, co więcej – szczególnie na ten mechanizm podatnym. Pojawienie się pieniądza i oparcie na nim procesów gospodarczych pociągnęło więc za sobą wystąpienie jego nadwyżek i niedoborów oraz potrzeb związanych z zarządzaniem tymi zjawiskami, tj. pośredniczeniem w obiegu pieniądza, jego przechowywaniem oraz dostarczaniem. Wraz z tymi potrzebami w naturalny dla wspomnianego mechanizmu rynkowego sposób, pojawiły się usługi potrzeby te zaspokajające, a następnie specjalizujący się w tych usługach pośrednicy.

Zarówno w ujęciu popularnym (np. *Wikipedia*), jak i w naukach ekonomicznych bank jest charakteryzowany poprzez odniesienie do jego specyficznej działalności polegającej przede wszystkim na przyjmowaniu i gromadzeniu depozytów² oraz udzielaniu kredytów. Z reguły podkreśla się również prowadzenie przez banki rozliczeń pieniężnych, co jest nierozzerwalnie związane z prowadzeniem dla przyjętych w depozyt środków rachunków bankowych. Przytoczyć można następujące przykłady określenia banku w polskiej literaturze ekonomicznej: „instytucje przyjmujące od szerokiego kręgu klientów depozyty i finansujące zgromadzonymi środkami kredyty, udzielające gwarancji i poręczeń, pośredniczące w dokonywaniu rozliczeń pieniężnych między różnymi podmiotami”; „Bank to jeden z podmiotów działających na rynku finansowym, który wykonuje w szerokim zakresie funkcje uznane za podstawowe funkcje bankowe, tzn. co najmniej funkcje depozytowo-kredytowe oraz funkcje rozliczeniowe” (Kosiński, Nowak 2011, s. 12, 17); „Z ekonomicznego punktu widzenia najkrócej można określić bank jako przedsiębiorstwo tworzące pieniądz i handlujące nim. Z jednej strony banki kreują pieniądz gotówkowy i bez-

² Tj. środków pieniężnych lub finansowych przyjętych na przechowanie, lecz także do dyspozycji przyjmującego – depozytariusza oraz podlegających zwrotowi na żądanie oddającego – deponenta.

gotówkowy, zaś z drugiej strony dokonują obrotu w postaci gromadzenia depozytów, przeprowadzania rozliczeń pieniężnych oraz udzielania kredytów i pożyczek. Zatem banki to przedsiębiorstwa o szczególnym przedmiocie działalności od zawsze ściśle związanej z pieniądzem” (Niczyporuk, Talecka 2011, s. 22); „Bank, potocznie rzecz ujmując, jest instytucją kredytową, czyli podmiotem przyjmującym środki finansowe i ich udzielającym. Można nawet stwierdzić, że bank jest instytucją „handlującą” ryzykiem, kupującą i sprzedającą ryzyko”. (Zaleska 2013, s. 48–49). Podkreślana jest również rola banku jako pośrednika finansowego w transferze środków finansowych od podmiotów posiadających ich nadwyżki (podaż) do podmiotów zgłaszających na takie środki zapotrzebowanie (popyt) (Niczyporuk, Talecka 2011, s. 25–27).

Najogólniej ujmując, bank można więc określić jako instytucję pośredniczącą w obiegu pieniądza, tj. w przemieszczaniu pieniądza pomiędzy uczestnikami transakcji gospodarczych, obieg ten organizując i obsługując. W zakresie tego pośrednictwa bank realizuje określone, wyróżniające go, funkcje społeczno-gospodarcze, które można sklasyfikować w następujący sposób:

- **Transfer płynności – działalność depozytowo-kredytowa**

Bank przede wszystkim pośredniczy w transferze środków pieniężnych od osób posiadających niewykorzystywane nadwyżki tych środków (deponentów), do osób cierpiących na ich niedobór (kredytobiorców). Pośrednictwo jest tu konieczne, ponieważ nadwyżki z reguły są rozproszone, a niedobory skumulowane. Potrzebny jest więc ktoś, kto zgromadzi, skumuluje nadwyżki i w bezpieczny sposób udostępni je zgłaszającym zapotrzebowanie. Oczywiście zarówno gromadzenie, jak i udostępnianie, aby miało sens ekonomiczny, odbywa się pod tytułem zwrotnym i za wynagrodzeniem (z reguły w formie oprocentowania). W literaturze omawiana funkcja określana jest również mianem transformacyjnej, gdyż odnosi się do przekształcenia (transformacji) aktywów finansowych w zakresie ich wielkości (duża ilość depozytów o niskiej wartości zamieniana jest na mniejszą ilość kredytów o wyższej wartości), terminów zapadalności (krótkoterminowe depozyty są przekształcane w długoterminowe kredyty) i ryzyka (niskie ryzyko depozytów, wysokie ryzyko kredytów) (por. Kosiński, Nowak 2011, s. 17, 20–21; Niczyporuk, Talecka 2011, s. 28, 33).

- **Rozliczenia pieniężne**

Dzięki prowadzeniu ewidencji przyjmowanych i udostępnianych środków pieniężnych na rachunkach bankowych, banki mogą rozliczać transakcje płatnicze pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego, bez faktycznego przemieszczania tych środków pieniężnych, a jedynie poprzez zmiany zapisów na rachunkach (transfer pieniądza skrypturalnego). Znacząco ułatwia to i przyspiesza transakcje gospodarcze (por. Kosiński, Nowak 2011, s. 19, 22; Niczyporuk, Talecka 2011, s. 35).

- **Ochrona pieniędzy przed utratą fizyczną i utratą wartości**

Po powierzeniu środków pieniężnych bankowi ryzyko ich utraty – czy to w wyniku ich fizycznego zniszczenia, czy też w wyniku kradzieży – przechodzi na bank.

Ma on przy tym obowiązek zwrotu tych środków na każde żądanie. Niekiedy od powierzonych środków bank będzie skłonny zapłacić odsetki, które pozwalają na ograniczenie utraty wartości pieniądza w czasie. Będą one tym wyższe im wyższy będzie popyt rynkowy na pieniądź lub niższa jego podaż (por. Kosiński, Nowak 2011, s. 17).

- **Funkcja alokacyjna**

Ponieważ bank, udzielając kredytu, obciąża ryzykiem niespłacenia go środki mu powierzone, które obowiązany jest zwrócić, musi zadbać o zminimalizowanie tego ryzyka. W tym celu bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności do jego spłaty wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie z bankiem. Dzięki uzależnieniu kredytu od zdolności kredytowej bank w szczególności udzieli go przedsiębiorcy, którego działalność i plany biznesowe dają wysokie prawdopodobieństwo spłaty. W ten sposób bank wypełni w gospodarce funkcję alokacyjną, będącą swego rodzaju „biznesowym doбором naturalnym” i powodującą przepływ finansowania z obszarów gospodarki mniej wydolnych do bardziej efektywnych (por. Kosiński, Nowak 2011, s. 18–19).

- **Konsultacja i doradztwo**

Do pełnienia wskazanych wyżej funkcji banki muszą dysponować fachowymi narzędziami oraz specjalistyczną wiedzą. Wykorzystują je nie tylko do obsługi własnej działalności, lecz także do świadczenia usług konsultacyjno-doradczych. Zmniejszają w ten sposób ryzyko podjęcia nietrafionych decyzji finansowych czy biznesowych (por. Niczyporuk, Talecka 2011, s. 34–35).

Powyzsze funkcje banków są kluczowe dla prawidłowego i stabilnego funkcjonowania zarówno rynku finansowego, jak i gospodarki realnej. Dlatego też działalność banków poddana jest szczegółowym regulacjom prawnym, mającym na celu zapewnienie właściwej – ostrożnej, stabilnej i bezpiecznej (zwłaszcza dla powierzanych bankom pieniędzy) – realizacji tych funkcji. Regulacje te wymagają odpowiedniego zdefiniowania ich przedmiotu, a więc legalnej – ustalonej w przepisach prawa definicji banku.

2. Definicja banku w PrbU

Bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

Definicja banku została zawarta w art. 2 PrbU. Jest ona sformułowana odrębnie od zawartego w art. 4 słowniczka pojęć ustawowych, co, jak należy rozumieć, służy nadaniu tej definicji charakteru systemowego – ustanowieniu jej nie tylko na potrzeby stosowania PrbU, ale także innych ustaw regulujących działalność banków, jak również wszelkich krajowych aktów prawnych do banków lub ich działalności się odwołujących.

Definicja banku w PrbU jest definicją regulującą (por. Malinowski 2020, s. 61–62) – ustalającą znaczenie prawne wyrazu „bank” w prawie polskim, nieabstrahującą wszakże od społeczno-gospodarczej percepcji banku i rozumienia tego wyrazu przyjętego w języku polskim³, jak i od wcześniejszych definicji legalnych. Pod względem budowy jest to definicja równościowa, klasyczna (Malinowski 2020, s. 62–68), w ramach której ustawodawca ustalił znaczenie nazwy „bank” (*definiendum*) poprzez wskazanie w *definiensie* ogólnego, szerszego zakresowo rodzaju, do którego bank należy (osoby prawne) oraz cech (zasady tworzenia, źródła uprawnień, przedmiot działalności) zawężających ten rodzaj i mających za zadanie wyróżnić bank, jako specyficzny gatunek, pośród innych przedstawicieli tego rodzaju. Pod względem poprawności logicznej i legislacyjnej definicja z art. 2 PrbU budzi wszakże wiele zastrzeżeń.

Zastrzeżenia te zostały opisane poniżej wraz z omówieniem poszczególnych elementów *definiensa* definicji banku. Elementy te można podzielić na dwa obszary. Pierwszy odnosi się do zakresu podmiotowego i obejmuje status osoby prawnej, tworzenie zgodnie z przepisami ustaw, działanie na podstawie zezwoleń, drugi zaś – do zakresu przedmiotowego, czyli charakterystyki działalności podmiotów objętych definicją banku, polegającej według tej definicji na wykonywaniu czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

2.1. Status osoby prawnej

Bankiem może być wyłącznie osoba prawna. Z zastrzeżenia tego wynika oczywisty wniosek, że za bank nie może być uznana ani osoba fizyczna (przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą), ani też inna niż osoba prawna jednostka organizacyjna (np. spółka komandytowa czy spółka jawna). Osobami prawnymi są w rozumieniu przepisów prawa polskiego Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną (art. 33 k.c.⁴). W myśl art. 35 k.c. powstanie, ustrój i ustanie osób prawnych określają właściwe przepisy; w wypadkach i w zakresie w przepisach tych przewidzianych organizację i sposób działania osoby prawnej reguluje także jej statut. Osobami prawnymi w prawie polskim są w szczególności: spółki kapitałowe, spółdzielnie, przedsiębiorstwa państwowe, państwowe osoby prawne, jednostki samorządu terytorialnego, kościoły i związki wyznaniowe, uczelnie wyższe, fundacje, partie polityczne, stowarzyszenia rejestrowe czy związki zawodowe.

Jak wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego: „(...) oprócz osób prawnych wykreowanych przez szeroko rozumiany polski porządek prawny, w stosunkach prawnych regulowanych przez przepisy polskiego kodeksu cywilnego uczestniczyć mogą tak-

³ Słownik Języka Polskiego PWN (<https://sjp.pwn.pl/>) definiuje bank jako „instytucję zajmującą się operacjami pieniężnymi; też: gmach, w którym mieści się ta instytucja”

⁴ k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.).

że zagraniczne osoby prawne, co pośrednio wynika z art. 17 i n. Prawa Prywatnego Międzynarodowego. Nie jest jednak do końca jasne, co decyduje, że w istocie traktujemy utworzoną zgodnie z obcym systemem prawnym osobę prawną na równi z osobami prawnymi krajowymi (jako podmiot prawa)” (Gorczyński 2018, art. 33). Nadmienić należy, że ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, definiując (w kontekście definicji przedsiębiorcy zagranicznego) „osobę zagraniczną”, posługuje się terminem „osoby prawnej z siedzibą za granicą”. Wobec braku w tej ustawie odrębnej definicji osoby prawnej, należy rozumieć, że stosuje ona znaczenie tego terminu ustalone w art. 33 k.c. Podobne podejście stosuje zresztą PrbU przy definicji banku zagranicznego.

Widać więc, że podmiotowy zakres rodzajowy, do którego w definicji ustawowej odnoszone jest pojęcie banku, poprzez objęcie nim wszelkich krajowych i zagranicznych osób prawnych, został określony bardzo szeroko. Niewątpliwie – na co wskazują dalsze rozważania – generuje to problemy z jego doprecyzowaniem. Tymczasem działalność banków jest działalnością gospodarczą i z tego właśnie powodu podlega regulacji prawnej. Bez uszczerbku dla podmiotowego zakresu *definiensa* banku można by więc zakres ten ograniczyć do przedsiębiorców posiadających osobowość prawną. PrbU zresztą w dalszych przepisach i poza definicją banku precyzuje, że banki (krajowe) mogą działać wyłącznie w formach prawnych banku państwowego, spółki akcyjnej lub spółdzielni.

2.2. Tworzenie zgodnie z przepisami ustaw

Definicja banku zastrzega, że osoba prawna, jaką jest bank, powinna być utworzona zgodnie z przepisami ustaw. Jest to zastrzeżenie bardzo ogólne, a przy tym dość niezrozumiałe w odniesieniu do jego celu, znaczenia i zasadności wprowadzenia, a także mogące prowadzić do wielu wątpliwości interpretacyjnych.

Ustawą, w ujęciu uniwersalnym, można określić akt normatywny, ogólny i abstrakcyjny, powszechnie obowiązujący na obszarze objętym jurysdykcją danej władzy ustawodawczej, uchwalany przez tę władzę w przepisany prawem (w szczególności konstytucją) sposób. Jak się zdaje, nie sposób jednak zastosować takiego uniwersalnego podejścia do rozumienia terminu ustawa w omawianej definicji. Ustawa została bowiem wskazana *expressis verbis* jako jedno ze źródeł prawa polskiego w art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, co powoduje, że całe prawodawstwo krajowe, w tym PrbU, powinny posługiwać się tym pojęciem w rozumieniu wynikającym z Konstytucji. Ta wprawdzie nie definiuje pojęcia i przedmiotu ustawy, jednak wyraźnie wskazuje, w jaki sposób ustawy są tworzone, począwszy od inicjatywy ustawodawczej, poprzez opis procesu ustawodawczego w Sejmie, wskazanie proceduralnej przesłanki ważności uchwalania ustaw, określenie roli Senatu w procesie ustawodawczym, a skończywszy na zdefiniowaniu roli Prezydenta w tym procesie. Konstytucja (w art. 88) zastrzega również, że warunkiem wejścia w życie ustawy jest jej ogłoszenie, a zasady i tryb takiego ogłoszenia określone są w ustawie. Ustawą tą jest

obecnie ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, która w art. 9 stwierdza, że ustawy ogłasza się Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. W świetle powyższych uwag należy przyjąć, że ustawą (w sensie formalnym) w rozumieniu prawa polskiego jest akt normatywny powstały wskutek procedury ustawodawczej określonej w ustawie zasadniczej i opublikowany w wymagany prawem sposób⁵ (por. Haczkowska 2014, art. 87). Takie podejście wyklucza możliwość uznania za ustawę w rozumieniu prawa polskiego i w szczególności art. 2 PrbU, analogicznego aktu normatywnego wydane go w innej niż Rzeczpospolita Polska jurysdykcji, a to z kolei wydaje się wykluczać możliwość uznania za „osobę prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw” osób prawnych innych niż utworzone na podstawie prawa polskiego, co w konsekwencji jest nie do pogodzenia z przedstawionymi wyżej uwagami na temat osób prawnych oraz z przyjętą w PrbU definicją banku zagranicznego. Można wprawdzie próbować wykazywać, że „utworzenie zgodnie z przepisami ustaw” w rozumieniu art. 2 PrbU oznacza tyle, co utworzenie w sposób niesprzeczny z tymi ustawami, a więc, jeśli ustawa polska uznaje zagraniczną osobę prawną za szczególny rodzaj osoby prawnej w rozumieniu prawa polskiego, to należy wywodzić z tego, że taka osoba prawna została utworzona „zgodnie z przepisami (polskich) ustaw”. Takie rozumowanie jednak jeszcze mocniej uwidacznia jedynie, że omawiane zastrzeżenie ma charakter *superfluum*. Należy bowiem zauważyć, że w polskim porządku prawnym – co aktualne było również w czasie uchwalenia PrbU – wszystkie rodzaje osób prawnych tworzone są na podstawie odpowiednich ustaw i tylko w zgodzie z tymi ustawami osoba prawna danego rodzaju może zostać utworzona. Nie ma więc możliwości wystąpienia sytuacji, w której osoba prawna zostałaby utworzona w sposób inny niż wskazany w ustawie, tj. niezgodnie z przepisami ustaw. Bez znaczenia jest przy tym, czy w kontekście gramatycznej składni (mogącej prowadzić do różnych wniosków) omawianej definicji, wymóg tworzenia zgodnie z przepisami ustaw odnosimy do zakresu podmiotowego *definiensa* (osoby prawnej) czy bezpośrednio do samego *definiendum* (banku).

2.3. Działanie na podstawie zezwoleń

Aby osoba prawna mogła zostać uznana za bank, według omawianej definicji musi prowadzić swoją działalność na podstawie zezwolenia, które uprawnia ją do wykonywania określonej działalności („czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”).

Zezwoleniem, ogólnie rzecz ujmując, jest udzielane danemu podmiotowi w trybie administracyjnoprawnym (przez organ władzy wykonawczej) uprawnienie do wykonywania oznaczonej działalności. Zarówno zasady udzielenia takiego uprawnienia, jak i obowiązek oraz warunki jego uzyskania muszą wynikać z przepisów

⁵ Uwzględniając ciągłość prawną Państwa Polskiego, twierdzenie to należy odnieść również do ustaw wydawanych pod rządami poprzednich ustaw zasadniczych.

prawa materialnego. Jak stwierdza C. Kosikowski: „z prawnego punktu widzenia instytucja zezwolenia oznacza stosunek prawny, jaki zachodzi między organami państwowymi lub samorządowymi a podmiotami gospodarczymi, którego treścią jest przyznanie im uprawnień do działalności gospodarczej w formie kierunku i rozmiarach ustalonych w sposób możliwy do przyjęcia ze względu na interes publiczny. Przyjmuje się również, że zezwolenie stanowi uchYLENIE ogólnego zakazu prowadzenia danego rodzaju działalności gospodarczej w stosunku do podmiotu, który je uzyskał” (Kosikowski 1998, s. 236).

Zezwolenie na wykonywanie działalności bankowej określane jest w praktyce mianem „licencji bankowej”. Współcześnie licencje takie wydawane są przez wyspecjalizowane organy władzy publicznej powołane do sprawowania nadzoru nad bankami. W Polsce organem tym jest Komisja Nadzoru Finansowego (dalej: KNF), a zasady licencjonowania przez nią banków zostały określone w PrbU. Licencja bankowa wydawana przez KNF ma charakter dwuetapowy. W etapie pierwszym KNF wydaje zezwolenie na utworzenie banku (art. 30a i art. 34 ust. 1 PrbU). Adresatem tego zezwolenia są założyciele banku, jednak już w tym zezwoleniu KNF określa m.in. działalność, do wykonywania której bank jest (a raczej ma być po jego utworzeniu) upoważniony. Aby nowo utworzony bank mógł podjąć działalność, musi on uzyskać odrębne zezwolenie KNF na rozpoczęcie działalności (art. 36 PrbU), które jest wydawane po stwierdzeniu odpowiedniego przygotowania banku do prowadzenia działalności, do której został upoważniony. W tym przypadku adresatem tego zezwolenia jest bank. Dopełnieniem licencji bankowej jest wymagane na podstawie art. 34 ust. 2 PrbU zezwolenie na zmiany statutu banku, wydawane przez KNF dla już działających banków, w przypadku (zamiaru) dokonania takich zmian przez bank. Stosownie do art. 31 ust. 3 pkt 2 PrbU projekt statutu zatwierdzany przez KNF w zezwoleniu na utworzenie banku powinien określać m.in. przedmiot działania i zakres działalności banku. Zezwolenie na zmianę statutu w tym obszarze dotyczy więc *de facto* działalności banku (choć niekoniecznie musi odnosić się do czynności bankowych). Jak widać, konstrukcja licencji bankowej w przepisach PrbU niezbyt dokładnie odpowiada zezwoleniom, do których odnosi się definicja banku, co jest uznawane za usterkę legislacyjną (por. Fojcik-Mastalska 2007, art. 2). Nie jest to jednak najpoważniejsza wada tej części omawianej definicji.

Krytycznie należy odnieść się do samego odwołania w definicji do wymogu działania na podstawie zezwoleń. Jest to wprawdzie jedna z cech, które wyróżniają bank spośród innych przedsiębiorców, jednak należy jej przyznać charakter pochodny w stosunku do cechy podstawowej, jaką jest prowadzenie działalności bankowej. Innymi słowy, dany podmiot jest lub staje się bankiem nie dlatego, że uzyskał określone zezwolenia, mimo że (obecnie) jest to warunek konieczny, lecz dlatego, że prowadzi lub zamierza prowadzić działalność, która – ze względu na określony interes publiczny i implementujące ów interes przepisy prawa – takiego zezwolenia wymaga. Ponadto w przepisach PrbU wymóg uzyskania zezwolenia na utworzenie banku i rozpoczęcie działalności bankowej ma charakter bezwzględny tylko co do zasady, a dodatkowo w praktyce znalazł on relatywnie rzadkie zastosowanie.

Po pierwsze, PrbU nie wymaga uzyskania zezwoleń dla utworzenia banku państwowego. Zgodnie z art. 14 ust. 1 i 1a PrbU bank państwowy może być utworzony przez Radę Ministrów w drodze rozporządzenia, a utworzenie takiego banku wymaga zasięgnięcia jedynie opinii KNF. Statut bankowi państwowemu nadaje, w drodze rozporządzenia, minister właściwy do spraw aktywów państwowych w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw instytucji finansowych, również po zasięgnięciu opinii KNF (art. 19). Wprowadzie obecnie w Polsce nie funkcjonuje żaden bank państwowy utworzony na podstawie przywołanych przepisów PrbU, nie zmienia to jednak faktu, że ten rodzaj banku nie spełnia definicji banku sformułowanej w art. 2 tej ustawy. Nie spełnia jej też Bank Gospodarstwa Krajowego, który, stosownie do art. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o Banku Gospodarstwa Krajowego, określającej zadania, zakres działalności oraz organizację tego banku, jest bankiem państwowym w rozumieniu przepisów PrbU. Bank ten utworzony został bowiem rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 30 maja 1924 r. o połączeniu (fuzji) państwowych instytucji kredytowych w Bank Gospodarstwa Krajowego i również nie dysponuje zezwoleniami, o których mowa w PrbU.

Po drugie, co dla wielu okazać się może sporym zaskoczeniem, zdecydowana większość banków działających w Polsce, w tym prawie wszystkie banki spółdzielcze oraz banki w formie spółki akcyjnej powstałe przed 1989 r. (np. Bank Handlowy w Warszawie S.A., Bank Polska Kasa Opieki S.A czy Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A.) nie prowadzą swojej działalności na podstawie zezwoleń, przynajmniej w rozumieniu, jakie nadaje tym aktom PrbU. Świadomy (jak się zdaje) tego problemu ustawodawca próbował temu zaradzić poprzez zamieszczenie w przepisach przejściowych PrbU tzw. klauzul grandfatheringowych⁶. Uczynił to jednak w sposób legislacyjny co najmniej niedoskonały.

Pierwszą w czasach powojennych *quasi* licencję bankową wprowadziła do polskiego prawa bankowego ustawa z dnia 26 lutego 1982 r.⁷ Przewidywała ona bowiem, że banki spółdzielcze (z wyjątkiem banków spółdzielczych tworzonych w ramach związków, których centralą są banki państwowo-spółdzielcze) i banki w formie spółki akcyjnej mogą zostać utworzone za zgodą Rady Ministrów. Ustawa ta nie określała jednak kryteriów wyrażenia takiej zgody, a samą zgodę Rady Ministrów, zwłaszcza w kontekście opisanej w ustawie roli banków⁸, należy uznać raczej za jeden z instrumentów zarządzania gospodarką centralnie planowaną, niż za „zezwo-

⁶ Czyli szczególnych przepisów kolizyjnych normujących (utrzymujących) uprawnienia nabyte na podstawie zasad wcześniejszych, w kontekście nowych, odmiennych zasad, mających zastosowanie do wszystkich przyszłych przypadków nabywania takich samych uprawnień.

⁷ Ustawa z dnia 26 lutego 1982 r. Prawo bankowe (Dz.U. Nr 7, poz. 56 z późn. zm.).

⁸ Przykładowo:

Art. 5. Zadania określone ustawą banki wykonują mając na celu umacnianie pieniądza polskiego i jego relacji do walut innych krajów.

Art. 6. Banki organizują obieg pieniężny i kształtują go stosownie do ustaleń planu kredytowego.

Art. 8. Banki współdziałają z właściwymi organami władzy i administracji państwowej w ustalaniu i realizowaniu polityki gospodarczej państwa, a w szczególności w kształtowaniu polityki pieniężno-kredytowej.

lenie uprawniające do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”.

Dopiero ustawa z 1989 r.⁹ wprowadziła nadzór bankowy Narodowego Banku Polskiego oraz wymóg uzyskania zgody Prezesa NBP na utworzenie banku (banku spółdzielczego i banku w formie spółki akcyjnej), wraz kryteriami udzielenia takiej zgody oraz zasadami postępowania przy tworzeniu banków. Obecnie obowiązująca PrbU, wprowadzając w tym zakresie nowy reżim prawny, w tym omówione wyżej wymogi uzyskania zezwoleń organu nadzoru (obecnie KNF) na utworzenie banku i rozpoczęcie przez bank działalności, przewidywała też (w art. 177 ust. 1 i art. 178 ust. 1) rozwiązania mające na celu zachowanie statusu banku przez podmioty, które posiadały ów status na podstawie przepisów poprzedniej ustawy (tzw. klauzule grandfatheringowe). Zgodnie z pierwszym z tych przepisów: „banki działające w dniu wejścia w życie ustawy są bankami w rozumieniu tej ustawy oraz zachowują uprawnienia i obowiązki w zakresie, w jakim nie są z nią sprzeczne”¹⁰. Przepis ten, odwołując się do banków działających przed wejściem w życie ustawy, nie zastrzega jednak, że chodzi o podmioty, mające taki status czy też określane tą nazwą w rozumieniu przepisów wcześniejszych. Tym samym wyraz „bank” użyty w odniesieniu do tych podmiotów należy odczytywać zgodnie z definicją zawartą w art. 2 PrbU. W efekcie językowej wykładni normy prawnej ustalonej art. 177 ust. 1 PrbU otrzymujemy zatem tautologię logiczną i regulację w zasadzie bezprzedmiotową – „bank w rozumieniu ustawy, działający w dniu wejścia w życie ustawy, jest bankiem w rozumieniu ustawy”. Ta sama niefrasobliwość w posługiwaniu się terminem „bank”, ma miejsce w drugim z przywołanych przepisów, zgodnie z którym: „bank, który rozpoczął działalność przed dniem wejścia w życie ustawy, o której mowa w art. 193¹¹, i nie posiada zezwolenia Prezesa Narodowego Banku Polskiego na utworzenie banku, jest upoważniony do wykonywania czynności bankowych ustalonych w statucie w zakresie, w jakim nie sprzeciwiają się temu przepisy ustawy”. Tu z kolei mamy do czynienia z formalną kontrtautologią – nie może bowiem zaistnieć taka sytuacja, aby bank, spełniający definicję z art. 2 PrbU, a więc w szczególności prowadzący działalność na podstawie zezwolenia, mógł jednocześnie „nie posiadać” takiego zezwolenia. Już tylko na marginesie należy zwrócić jeszcze uwagę na dwa inne błędy legislacyjne zawarte w art. 178 ust. 1 PrbU. Mianowicie, jak wskazano wyżej, ustawa Prawo bankowe z dnia 31 stycznia 1989 r. nie przewidywała „zezwoleń” lecz „zgode” Prezesa NBP na utworzenie banku, a zgoda taka (podobnie jak i zezwolenie na utworzenie banku pod rządami obecnej ustawy Prawo bankowe) nie mogła być „posiadana” przez bank, gdyż nie bank, a jego założyciele byli jej adresatem. Jak wskazuje przedmiot tej zgody, założyciele banku w wyniku jej udzielenia uzyskiwali uprawnienie do utworzenia banku. Uprawnienie to było więc niejako konsumowane wraz z utworzeniem banku i nie przechodziło na bank, ani też bank nie mógł w inny sposób stać się jego posiadaczem.

⁹ Ustawa z dnia 31 stycznia 1989 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 1992 r. Nr 72, poz. 359 z późn. zm.).

¹⁰ Analogiczny przepis zawierała w art. 117 ustawa Prawo bankowe z dnia 31 stycznia 1989 r.

¹¹ Tj. ustawy Prawo bankowe z dnia 31 stycznia 1989 r.

2.4. Uprawnienie do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym

Zezwolenia, na podstawie których, w myśl omawianej definicji, działa bank, mają uprawniać go do „wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”. Mianem czynności bankowych tradycyjnie określa się w prawie polskim szczególnie rodzaje działalności, do wykonywania których uprawnione są banki. Termin ten¹² występował już w *Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 grudnia 1924 r. o warunkach wykonywania czynności bankowych i nadzorze nad temi czynnościami* i we wszystkich aktach prawnych regulujących prawo bankowe odnosił się co najmniej do – różnie określanych – przyjmowania depozytów i udzielania kredytów lub pożyczek. Obecnie czynności bankowe zdefiniowane są w art. 5 PrbU – poprzez ich wyliczenie, które dość istotnie odbiega od ujęcia we wcześniejszych aktach prawnych. Sposób sformułowania poszczególnych czynności bankowych, w wielu przypadkach liczący już 25 lat (pomimo intensywnego rozwoju w tym czasie rynku usług bankowych), jak również sam sens dalszego wyodrębniania tego pojęcia, wymagają gruntownej i krytycznej rewizji legislacyjnej.

Istotnym z punktu widzenia analizy omawianej definicji banku jest sposób, w jaki w PrbU czynności bankowe zostały zdefiniowane. Należy zwrócić uwagę na następujące przepisy zawarte w art. 5 tej ustawy. Po pierwsze, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 7 czynnościami bankowymi jest wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach. Po drugie, w myśl art. 5 ust. 2 czynnościami bankowymi są również (tj. oprócz czynności wymienionych w ust. 1) czynności określone w tej jednostce redakcyjnej, o ile są one wykonywane przez banki. Po trzecie wreszcie, stosownie do art. 5 ust. 4 działalność gospodarcza, której przedmiotem są czynności, o których mowa w ust. 1, może być wykonywana wyłącznie przez banki. Nie może ulegać jakiegokolwiek wątpliwości, że wyraz „bank” użyty w przywołanych przepisach art. 5 należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 2 PrbU. Tym samym ujawnia się w tej definicji błąd logiczny w definiowaniu określany mianem błędnego koła pośredniego (por. Malinowski 2020, s. 66), a polegający na użyciu definiowanego terminu (*definiendum*) w *definiensie* definicji elementów *definiensa* tego terminu. Konkretyzując, termin „bank” został w PrbU zdefiniowany za pomocą terminu „czynności bankowe”, który z kolei został w tej samej ustawie zdefiniowany m.in. za pomocą terminu „bank”. Zestawiając w sposób uproszczony art. 2 i art. 5 PrbU, otrzymujemy zatem logicznie błędną definicję (*idem per idem*), zgodnie z którą bankiem jest osoba prawna uprawniona do wykonywania czynności zastrzeżonych dla banku, w tym czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach, jak również innych czynności, jeżeli są wykonywane przez bank.

Odwołanie w definicji banku do czynności bankowych zdefiniowanych w polskiej ustawie należy ocenić krytycznie również z punktu widzenia zamiaru objęcia tą definicją zagranicznych podmiotów wykonujących działalność bankową. Jest oczy-

¹² Też jako: „czynności bankierskie”.

wiste, że uprawnienia udzielone tym podmiotom w ich państwach pochodzenia, zwłaszcza w wydawanych dla nich zezwoleniach licencyjnych, nie będą odnosić się do czynności bankowych, a do definiowanych w prawodawstwie tych państw rodzajów działalności, które swą treścią i charakterem prawnym mogą odbiegać od treści i charakteru prawnego czynności bankowych (por. Szuster 2005, art. 2).

Według omawianej definicji czynności bankowe, do wykonywania których uprawniony ma być bank, „obciążają ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”. Jest to kluczowa część definicji banku, odnosi się ona bowiem do istoty jego społeczno-gospodarczego przeznaczenia, jakim jest prowadzenie działalności polegającej, w potocznym ujęciu, na gromadzeniu depozytów i udzielaniu kredytów. Również jednak ta część omawianej definicji razi brakiem precyzji.

Niejednoznaczne jest samo pojęcie ryzyka. Trudno znaleźć akt prawny, który podawałby jego legalną definicję, a PrbU, choć posługuje się tym terminem w różnych – nie zawsze tych samych, co art. 2 – kontekstach niemal 200 razy, nie jest tu wyjątkiem. Praktycznych definicji ryzyka jest wiele. Na potrzeby niniejszego opracowania ryzyko najogólniej można określić jako element (cechę) danego stanu faktycznego wskazujący prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zdarzeń niekorzystnych w określonym natężeniu (skali). W przypadku działalności banku ryzykiem będzie więc co do zasady związane z tą działalnością prawdopodobieństwo wystąpienia określonych okoliczności (np. brak spłaty pożyczki, sądowe unieważnienie umowy kredytu, zrealizowanie się warunku gwarancji bankowej, wzrost lub spadek rynkowych stóp procentowych) powodujących stratę finansową o określonej wartości względnej, tj. takiej, której można przyporządkować zindywidualizowaną skalę szkodliwości¹³. Ryzyko w działalności banku jest wprawdzie zasadniczym jej elementem, jednak nie jest zrozumiałe, dlaczego to do ryzyka właśnie została odniesiona definicja banku. Z ryzykiem straty finansowej zaangażowanych środków (także tych powierzonych pod tytułem zwrotnym) związana jest bowiem każda działalność gospodarcza, nie tylko wykonywanie czynności bankowych. Trudno zatem uznać akurat tę cechę działalności banku (a konkretnie czynności bankowych, do wykonywania których bank jest upoważniony) za odpowiedni jego wyróżnik.

Według definicji banku ryzykiem związanym z wykonywaniem czynności bankowych obciążone mają być „środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”. Brak odpowiedniej precyzji ustawodawcy może powodować wątpliwości, czym w istocie są „środki”, o których mowa w omawianej definicji banku. Odwołując się do dalszych przepisów PrbU, w tym zwłaszcza do art. 171 ust. 1 penalizującego łamanie monopolu bankowego, jak również do treści art. 725 k.c. (umowa

¹³ Prawdopodobieństwo zdarzenia niekorzystnego ma charakter wymierny (dający się oszacować) i bezwzględny (wartość prawdopodobieństwa jest jedna dla danych warunków), natomiast natężenie tego zdarzenia może zależeć od okoliczności zindywidualizowanych i subiektywnych. Strata finansowa na poziomie 1 mln będzie miała inne natężenie szkodliwości w przypadku małego banku o dochodzie kilkuset tysięcy zł niż w przypadku dużego banku detalicznego generującego wynik finansowy na poziomie miliarda zł.

rachunku bankowego), należy przyjąć, że chodzi tu o środki pieniężne¹⁴. Te jednak również nie zostały zdefiniowane ani w PrbU, ani w k.c., i można jedynie intuicyjnie zakładać, że termin „środki pieniężne” odnosi się do jakichś form pieniądza¹⁵. Z pomocą (dla potrzeb wykładni systemowej) przyjść może tu dyrektywa w sprawie usług płatniczych (tzw. PSD2)¹⁶, która w art. 4 pkt (25) definiuje „środki pieniężne” (w wer. ang. *funds*) jako banknoty i monety, pieniądź skryptyralny¹⁷ lub pieniądź elektroniczny¹⁸. Szersze, niż odnoszące się tylko do pieniądza (znaków pieniężnych), rozumienie środków, o których mowa w definicji banku, należy uznać za zasadne. Pozwala ono zapobiegać omijaniu monopolu bankowego poprzez gromadzenie i obciążanie ryzykiem środków o zbliżonym do pieniądza charakterze i łatwo na pieniądź wymienialnych, lecz nim niebędących. Wydaje się przy tym, że należałoby wręcz jeszcze to rozumienie poszerzać tak, aby objąć nim nie tylko środki pieniężne (w rozumieniu PSD2), lecz także ich wszelkie substytuty, które można określić jako środki niepieniężne o wiarygodnie określonej wartości i stopniu płynności umożliwiającym niezwłoczną ich wymianę na środki pieniężne¹⁹.

Powierzenie pod tytułem zwrotnym należy odczytywać jako każdy umowy²⁰ stosunek prawny, w ramach którego jedna strona przekazuje drugiej władztwo nad „środkami”, a strona druga jest obowiązana do ich bezwarunkowego zwrotu (na każ-

¹⁴ Obydwoma terminami („środki” i „środki pieniężne”) PrbU posługuje się zresztą wymiennie. Przykładowo, w myśl art. 59 ust. 1 na rachunku powierniczym mogą być gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone posiadaczowi rachunku – na podstawie odrębnej umowy – przez osobę trzecią. Natomiast zgodnie z brzmieniem ust. 4 tego artykułu, w razie wszczęcia postępowania egzekucyjnego przeciwko posiadaczowi rachunku powierniczego – środki znajdujące się na rachunku nie podlegają zajęciu.

¹⁵ K.c. posługuje się zarówno terminem „pieniądz”(np. przy uregulowaniach dotyczących zobowiązań pieniężnych), jak i terminem „środki pieniężne”.

¹⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (Dz.U. UE. L. z 2015 r. Nr 337, str. 35 z późn. zm.).

¹⁷ Pieniądź skryptyralny określany jest niekiedy mianem pieniądza bankowego. Chodzi tu o wymagalne zobowiązanie do zwrotu określonej sumy pieniężnej zapisane na rachunku (płatniczym, bankowym). Termin *scriptural money* z angielskiej wersji językowej dyrektywy został w wersji polskiej ujęty niezbyt fortunnie jako „zapisy księgowo”.

¹⁸ Zdefiniowany z kolei w art. 2 pkt 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywę 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz.U. UE. L. z 2009 r. Nr 267, str. 7 z późn. zm.).

¹⁹ Uzasadniając takie podejście przykładem obejścia monopolu bankowego była prowadzona w latach 2009–2012 działalność firmy Amber Gold Sp. z o. o., która oferowała klientom „lokaty” w złocie nabywanym od tej firmy i przez nią następnie rzekomo przechowywanym w ramach umowy składu (art. 853 k.c.), z zobowiązaniem jego odkupu na żądanie klienta po z góry ustalonym kursie, gwarantującym zwrot kapitału z 10% zyskiem. Oprócz przyjmowania takich „środków” firma oferowała również pożyczki pieniężne.

²⁰ „Powierzenie” semantycznie wiąże się ze świadomym, dobrowolnym działaniem powierzającego, dlatego z zakresu podstaw prawnych powierzenia środków należy wykluczyć działanie bezumowne (np. wykonanie obowiązku ustawowego czy świadczenie nienależne).

de żądanie lub z nadejściem określonego terminu). Tytuł do zwrotu (a co za tym idzie rodzaj i charakter umowy, będącej jego podstawą) ma być według omawianej definicji „jakikolwiek”, co należy uznać za rozwiązanie właściwe. Nie powinno mieć znaczenia, czy środki przekazywane są w ramach umowy rachunku bankowego czy innej umowy nazwanej (pożyczki, depozytu nieregularnego), lub w wyniku emisji dłużnych papierów wartościowych (np. bankowych papierów wartościowych czy obligacji) albo nawet umowy nienazwanej zawartej w ramach swobody kształtowania stosunku prawnego (np. sprzedaży rzeczy z zastrzeżeniem obowiązku odkupu po ustalonej cenie na żądanie kupującego). Istotą ekonomiczną działalności bankowej jest bowiem gromadzenie podlegających zwrotowi środków jednych osób w celu finansowania tymi środkami działalności polegającej na udostępnianiu środków innym. Stosunek prawny, na podstawie którego dochodzi do przekazania władztwa nad środkami, a następnie ich zwrotu ma z tego punktu widzenia znaczenie drugorzędne. Zastrzec przy tym należy, że bank może być uprawniony tylko do takiej formy gromadzenia środków, jaka wynika z przepisów oraz udzielonego mu zezwolenia i w przypadku banków krajowych w rozumieniu PrbU formami tymi mogą być co do zasady umowa rachunku bankowego oraz emisja bankowych papierów wartościowych²¹. Z samej definicji banku, jako że ma ona mieć charakter systemowy oraz uniwersalny i obejmować też w szczególności banki zagraniczne czy tworzone na podstawie odrębnych przepisów banki specjalistyczne, inne formy przyjmowania środków pod tytułem zwrotnym nie powinny być z tego powodu wyłączone. Dodatkowo, możliwie najszerszy zakres umownych podstaw prawnych gromadzenia środków pod tytułem zwrotnym służy zabezpieczeniu przed obchodzeniem monopolu bankowego²².

Nie każde jednak powierzenie bankowi środków pod tytułem zwrotnym będzie oznaczać możliwość lub służyć celowi obciążenia tych środków ryzykiem poprzez wykonywanie czynności bankowych. Przykładowo, bank nie jest uprawniony do obciążania takim ryzykiem środków powierzonych w ramach umowy przechowania (art. 835 i nast. k.c.) i czynności bankowej, o której mowa w art. 5 ust. 2 pkt 6 PrbU (przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych). Także środki z tytułu udziałów nadobowiązkowych w banku spółdzielczym (art. 21 ustawy Prawo spółdzielcze), długu podporządkowanego wyemitowanego przez podmiot dominujący banku czy kredytu refinansowego udzielonego bankowi przez NBP (art. 42 ustawy o Narodowym Banku Polskim), mimo że mają charakter zwrotny, nie służą bezpośrednio wykonywaniu czynności bankowych. Rozwiązaniem powyższej kwestii, którego ewidentnie brakuje w omawianej definicji banku, a które znajdowało się w definicjach przedwojennych²³, powinno

²¹ W przypadku banków hipotecznych, o których mowa w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych, formą gromadzenia środków jest emitowanie listów zastawnych.

²² *Vide* przypis 19.

²³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 grudnia 1924 r. o warunkach wykonywania czynności bankowych i nadzorze nad temi czynnościami – „§ 1. Za banki w rozumieniu niniejszego rozporządzenia uważa się przedsiębiorstwa handlowe, trudniące się czynnościami bankierskimi, jako głównym przedmiotem przedsiębiorstwa”.

być ujęcie przyjmowania czy – precyzyjniej – gromadzenia środków podlegających zwrotowi, jako elementu przedmiotu działalności gospodarczej banku, tj. działalności wykonywanej w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły, w ramach procesu gospodarczego skierowanego na stworzenie oferty rynkowej. Pozwoliłoby to odróżnić powierzanie bankowi środków pod tytułem zwrotnym w ramach jego działalności depozytowej, od innych podstaw czy okoliczności takiego powierzenia. W dodatku to działalność depozytowa powinna być w definicji wskazana na pierwszym miejscu, gdyż w przypadku banku służy ona finansowaniu działalności kredytowej i pożyczkowej oraz innych form obciążania powierzonych tą drogą środków ryzykiem, związanym z ich udostępnianiem innym osobom, lokowaniem czy obciążaniem w inny sposób (np. poprzez gwarancje bankowe czy poręczenia).

3. Rozwinięcie definicji banku w ustawie Prawo bankowe

Jak zostało wskazane wyżej, definicja banku w art. 2 PrbU ma charakter systemowy – służący prawnej identyfikacji banku nie tylko w tej ustawie, ale ogólnie w polskim porządku prawnym, jak również uniwersalny – mający, przynajmniej w zamierzeniu, umożliwić odniesienie tego pojęcia nie tylko do podmiotów krajowych, ale też do prowadzących działalność bankową podmiotów zagranicznych.

3.1. Bank krajowy, bank zagraniczny

Na potrzeby stosowania przepisów PrbU rozróżnia ona bank krajowy i bank zagraniczny. Zostały one zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 1 i 2 odpowiednio jako bank mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i bank mający siedzibę na terytorium państwa trzeciego²⁴. Obydwie wymienione definicje zostały zatem sformułowane poprzez odwołanie do ogólnej definicji banku z art. 2. Należy zauważyć, że PrbU posługuje się terminem „bank krajowy” bardzo niekonsekwentnie, notorycznie używając terminu „bank” w przepisach, które jednoznacznie odnoszą się wyłącznie do banków krajowych²⁵, co może nie powoduje problemów ze stosowaniem tych przepisów, ale jest niewątpliwie usterką legislacyjną. Dotyczy to zresztą nie tylko PrbU, ale też wielu innych regulacji w polskim porządku prawnym, jak również praktyki rynkowej. Wynika to zapewne z tego, że wyraz „bank” w ogólnym odbiorze praktycznym i prawnym kojarzy się z raczej podmiotami, które posiadają status banku krajowego (tj. prowadzą działalność bankową nadzorowaną przez

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1928 r. o prawie bankowym. – „Art 1. Za przedsiębiorstwa bankowe uważa się przedsiębiorstwa handlowe w rozumieniu prawa handlowego, trudniące się czynnościami bankowymi **jako głównym przedmiotem przedsiębiorstwa**”.

²⁴ Państwo trzecie to, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 58 PrbU, państwo niebędące państwem członkowskim (państwem członkowskim Unii Europejskiej – zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 36).

²⁵ Np. art. 22b, art. 30 i nast. (postępowanie przy tworzeniu banków), art. 124, art. 131, art. 147 i wiele innych.

KNF, a ich nazwy – co ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia rozpoznawalności – zawierają zastrzeżony wyłącznie dla banków wyraz „bank”), niż z jego *definiensem* z art. 2 PrbU²⁶.

Jak wskazano wyżej, pomimo uniwersalnego w zamierzeniu charakteru ogólnej definicji banku, pojawia się wiele zastrzeżeń interpretacyjnych, co do możliwości jej zastosowania do banku zagranicznego. Zastrzeżenia te dotyczą kluczowych elementów *definiensa* – statusu osoby prawnej, tworzenia zgodnie z przepisami ustaw, działania na podstawie zezwoleń i uprawnień do wykonywania czynności bankowych. Na szczęście wątpliwości te w zasadzie nie mają wymiaru praktycznego, gdyż w polskim obrocie prawnym i gospodarczym banki zagraniczne mogą występować niemal wyłącznie jako oddziały i przedstawicielstwa banków zagranicznych, który to status uzyskują na podstawie zezwolenia KNF. Podobnie jak w przypadku banków krajowych, identyfikacja banku zagranicznego w obrocie może więc odwoływać się do tego statusu, z pominięciem zawiałości i niedoskonałości definicji banku z art. 2 PrbU.

3.2. Instytucja kredytowa

Instytucja kredytowa jest pojęciem używanym w prawie UE na określenie podmiotów prowadzących działalność bankową (depozytowo-kredytową). Termin ten uwzględnia różnorodność podmiotów wykonujących taką działalność w państwach członkowskich i nie zawsze określanych w prawodawstwie tych państw wyłącznie jako banki (np. *Spaarkasen* w Niemczech czy *Cajas de ahorros* w Hiszpanii).

Definicja legalna instytucji kredytowej zawarta została w art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR²⁷. Zgodnie z tym przepisem „*instytucja kredytowa*” oznacza przedsiębiorstwo, którego działalność polega na przyjmowaniu depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi od klientów²⁸ oraz na udzielaniu kredytów²⁹ na swój własny rachunek. Definicja ta została sformułowana, zgodnie ze zdaniem wstępnym przytoczonego przepisu, „na użytek Rozporządzenia”, które – stosownie do jego art. 1 ustanawia jednolity zbiór przepisów dotyczących ogólnych wymogów ostrożnościowych (w tym m.in. kapitałowych, płynnościowych, dotyczących zarządzania ryzykiem, sprawozdawczych i informacyjnych), które muszą być przestrzegane przez instytucje objęte nadzorem w ramach CRD³⁰.

²⁶ Co akurat należy uznać za korzystniejsze z punktu widzenia przejrzystości komunikacji.

²⁷ CRR – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz.U. UE. L. z 2013 r. Nr 176, str. 1 z późn. zm.).

²⁸ Użyte w polskim tłumaczeniu sformułowanie „od klientów” nie jest fortunnym przekładem angielskiego *from the public*, które znacznie lepiej oddaje charakter działalności depozytowej banku polegającej na powszechnym gromadzeniu środków.

²⁹ W wersji angielskiej – *granting credits*, co należy odnosić ogólnie do różnych form działalności kredytowej.

³⁰ CRD – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz.U. UE. L. z 2013 r. Nr 176, str. 338 z późn. zm.).

Do definicji tej odwołuje się jednak wprost definicja instytucji kredytowej zawarta w art. 3 pkt 1 CRD („instytucja kredytowa oznacza instytucję kredytową zdefiniowaną w art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR”), która z kolei ustanawia zasady dotyczące warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz sprawowania nad nimi nadzoru. Zawarta w CRR definicja „instytucji kredytowej” zyskuje tym samym w prawie UE charakter systemowy – znajdując zastosowanie do wszystkich przypadków użycia tego terminu w przepisach UE.

Szczegółowe omówienie definicji instytucji kredytowej wymagałoby odrębnego opracowania³¹. Z punktu widzenia niniejszych rozważań, wypada zauważyć jedynie, że definicja ta swym zakresem w pełni obejmuje desygnaty terminu „bank” wynikające (przynajmniej w zamierzeniu polskiego ustawodawcy) z definicji w art. 2 PrbU. Mimo zastosowania pojęć niedookreślonych, jest przy tym dużo bardziej przejrzysta, spójna i elegancka logicznie, a przez to nastęrcza zdecydowanie mniej problemów z jej wykładnią i stosowaniem.

PrbU wprowadza termin „instytucja kredytowa” do swej siatki pojęciowej. Na potrzeby stosowania jej przepisów, w art. 4 ust. 1 pkt 17 ustawa ta ustanawia jednak odrębną od zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR definicję instytucji kredytowej. Czyni to poprzez odwołanie do definicji instytucji kredytowej z CRR i zastrzeżenie, że chodzi tylko o takie instytucje kredytowe, które mają siedzibę na terytorium innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego. Dodatkowo jednak w art. 4 ust. 4 PrbU stwierdza, że bank krajowy i bank zagraniczny są instytucją, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR. Zaznaczyć przy tym należy, że banki krajowe są instytucjami kredytowymi w rozumieniu CRR z samej mocy tego rozporządzenia, gdyż spełniają one definicję instytucji kredytowej zawartą w tym rozporządzeniu, które, jako rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE), znajduje bezpośrednie zastosowanie w prawie polskim. Zastrzeżenie zawarte w art. 4 ust. 4 PrbU w odniesieniu do banków krajowych należy zatem uznać za *superfluum*. Z drugiej strony CRR, jako rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE), nie obejmuje swą regulacją podmiotów spoza jurysdykcji UE, a więc banków zagranicznych w rozumieniu PrbU. Ustawa ta uznaje jednak banki zagraniczne za instytucje kredytowe w rozumieniu CRR, w celu poddania regulacji tego rozporządzenia działalności (oddziałów) banków zagranicznych na terytorium RP. Próbując jakoś uporządkować opisane zabiegi legislacyjne oraz interferencję przepisów unijnych z przepisami krajowymi, można więc wskazać, że:

³¹ Omówienie definicji instytucji kredytowej, ze wskazaniem związanych z nią wątpliwości, można znaleźć w następujących dokumentach Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego:

Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States (<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/534414/6bbabcef-ac51-48b8-a4fb-45dfd483e486/2014%2011%2027%20-%20EBA%20Report%20-%20Credit%20institutions.pdf>)

Opinion of the European Banking Authority on elements of the definition of credit institution under Article 4(1), point 1, letter (a) of Regulation (EU) No 575/2013 and on aspects of the scope of the authorisation (https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2020/931784/EBA%20opinion%20on%20elements%20of%20the%20definition%20of%20credit%20institution.pdf)

- banki krajowe są instytucjami kredytowymi w rozumieniu CRR, które znajduje bezpośrednie zastosowanie w prawie polskim;
- banki zagraniczne, choć w rozumieniu CRR nie są instytucjami kredytowymi, na podstawie PrbU są uznawane za instytucje kredytowe w rozumieniu CRR;
- banki (krajowe i zagraniczne) są instytucjami kredytowymi w rozumieniu CRD;
- banki (krajowe i zagraniczne) nie są jednak instytucjami kredytowymi w rozumieniu PrbU, gdyż ta definiuje termin „instytucja kredytowa” w kontekście jej przepisów odnoszących się do działalności instytucji kredytowych z innych państw członkowskich.

Aktualnie, na podstawie dotychczasowych doświadczeń, trudno wskazać konkretne problemy praktyczne wynikające z opisanych wyżej rozwiązań ustawowych, należy jednak stwierdzić, że dochodzi tu do poważnej komplikacji pojęciowej, mogącej generować wątpliwości interpretacyjne i aplikacyjne w odniesieniu do definicji banku i instytucji kredytowej w prawie polskim.

Podsumowanie, postulaty *de lege ferenda*

Definicja legalna banku zawarta w art. 2 PrbU ma charakter systemowy – służący prawnej identyfikacji banku nie tylko w PrbU, ale ogólnie w polskim porządku prawnym, jak również uniwersalny – mający, przynajmniej w zamierzeniu, umożliwiać odniesienie terminu „bank” nie tylko do podmiotów krajowych, ale też do prowadzących działalność bankową podmiotów zagranicznych czy tworzonych na podstawie odrębnych przepisów banków specjalistycznych (np. banków hipotecznych). Podejście takie należy uznać za prawidłowe. Celem definicji banku, wynikającym z systemowego i uniwersalnego podejścia, jest generalne odróżnienie banków – będących szczególną, chronioną przez prawo, a jednocześnie obciążoną określonymi obowiązkami kategorią przedsiębiorców od niebędących bankami podmiotów prowadzących typową dla banków działalność, co służy zarówno prawidłowemu odniesieniu regulacji bankowych do ich adresatów, jak również ochronie monopolu bankowego przed jego łamaniem lub obchodzeniem. Za słuszne w powyższym kontekście należy uznać odniesienie pojęcia banku do typowej i co do zasady zastrzeżonej dla banków działalności, polegającej w ogólnym ujęciu na gromadzeniu środków (pieniężnych, finansowych) pod tytułem zwrotnym w celu ich udzielania lub zapewniania również pod takim tytułem. Konkretny sposób, w jaki powyższe postulaty zostały zrealizowane w art. 2 PrbU, należy wszakże uznać za dalece niedoskonały – nadmiernie niedookreślony, nieprecyzyjny, a w wielu miejscach także legislacyjnie, a nawet logicznie błędny. Podsumowując omówione w niniejszym opracowaniu wady legalnej definicji banku, należy wskazać na:

- zbyt szeroki zakres użytego do określenia zakresu rodzajowego *definiensa* terminu „osoba prawna”, jak również brak pewności co do możliwości objęcia tym terminem podmiotów zagranicznych;
- brak wskazania, że bank jest przedsiębiorcą, tj. że działalność banku jest działalnością gospodarczą;

- odwołanie do tworzenia banków jako osób prawnych „zgodnie z przepisami ustaw”, co w świetle normatywnie (konstytucyjnie) ustalonego znaczenia terminu „ustawa” może godzić w uniwersalność definicji banku;
- odwołanie do wymogu tworzenia banku na podstawie zezwoleń, co nie w pełni odpowiada stanowi prawnemu i zastanej praktyce rynkowej, jak również jest niewłaściwe ze względu na pochodny charakter tego wymogu w stosunku do samego reglamentowania działalności bankowej;
- skonkretyzowanie zakresu *definiensa*, terminu „bank” za pomocą terminu „czynności bankowe”, który z kolei jest definiowany m.in. za pomocą terminu „bank”, co prowadzi do błędu logicznego w definiowaniu (błędne koło pośrednie) oraz trudności z przejrzystym zastosowaniem definicji do banków zagranicznych;
- odwołanie do niedefiniowanego prawnie i niejednoznacznego pojęcia ryzyka, którym bank obciąża powierzone mu środki, jako wyróżnika działalności banku;
- nieprecyzyjność terminu „środki” użytego do określenia działalności depozytowej banku;
- brak określenia działalności depozytowej, jako gromadzenia (a nie tylko przyjmowania) środków podlegających zwrotowi stanowiącego element przedmiotu działalności gospodarczej banku;
- skomplikowane relacje terminologiczne w zakresie rozwinięcia definicji banku i odniesienia jej do zdefiniowanych na potrzeby PrBU terminów „bank krajowy”, „bank zagraniczny” i „instytucja kredytowa”, jak również definicji instytucji kredytowej w prawie UE.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że ewentualna przyszła korekta definicji legalnej banku powinna przede wszystkim skupić się na odwołaniu do gospodarczego i unikalnego charakteru działalności banku, polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych lub ich substytutów (środków finansowych) w ramach powszechnej, skierowanej do nieograniczonego kręgu odbiorców (użytkowników usług, klientów) oferty, w celu przekazywania, udostępniania lub zapewniania takich środków, w szczególności poprzez udzielanie kredytów lub pożyczek pieniężnych. Działalność ta powinna przy tym zostać ujęta w kontekst przedmiotu działalności gospodarczej, tj. celu działalności wykonywanej w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły, w ramach procesu gospodarczego skierowanego na stworzenie oferty rynkowej. Ponadto, ponieważ posiadanie podmiotowości prawnej powinno stanowić istotną cechę banku, a przy tym, ze względu m.in. na wymogi organizacyjne i regulacyjne, z zakresu uprawnionych do prowadzenia działalności bankowej (bycia bankiem) podmiotów, należy wykluczyć osoby fizyczne, zamiast do budzącego opisane wyżej wątpliwości statusu osoby prawnej, definicja taka powinna odnosić się do posiadania osobowości prawnej, a więc do pojęcia cechującego nie tylko osoby prawne w rozumieniu prawa polskiego (za art. 33 k.c.), ale – ogólnie – jednostki organizacyjne, którym taką osobowość można przyporządkować, bez względu na jej źródło. Skonstruowana na podstawie tych postulatów definicja legalna banku mogłaby mieć przykładowo następujące brzmienie:

Bank jest przedsiębiorcą posiadającym osobowość prawną, którego przedmiotem działalności jest powszechne gromadzenie środków finansowych pod tytułem zwrotnym w celu udzielania kredytów lub pożyczek pieniężnych, a także świadczenia innych usług polegających na udostępnianiu, przekazywaniu lub zapewnianiu takich środków.

Ze względu na wielość możliwych form działalności depozytowo-kredytowej oraz potrzebę zapewnienia systemowego i uniwersalnego charakteru definicji banku, nie da się uniknąć używania w tej definicji pojęć niedookreślonych, niezdefiniowanych prawnie. Ważne jest jednak, by poddawały się one łatwej wykładni językowej, pozwalającej odnieść znaczenie używanych pojęć do ich uznawanego w szerokim odbiorze rozumienia. Zaletą proponowanego podejścia do legalnej definicji banku jest jej zbieżność z definicją instytucji kredytowej przyjętą w prawie UE, przy uwzględnieniu uwarunkowań wynikających z dorobku prawa polskiego (status przedsiębiorcy, osobowość prawna, przedmiot działalności). Zbieżność ta w szczególności umożliwiałaby łatwe przełożenie doktryny i orzecznictwa UE w zakresie rozumienia i stosowania definicji instytucji kredytowej na rozumienie i stosowanie definicji banku w prawie polskim. Doprecyzowania prawnego wymagałoby zapewne użyte w zaproponowanej definicji pojęcie „środków finansowych” tak, aby zapewnić objęcie działalnością depozytową banków nie tylko gromadzenia pieniędzy, ale również ich substytutów, tj. innych niż pieniądz rodzajów środków pieniężnych (pieniądz skryptyralny, pieniądz elektroniczny), jak i środków niepieniężnych o zbliżonym do pieniądza charakterze, tj. o wiarygodnie określonej wartości i stopniu płynności umożliwiającym niezwłoczną ich wymianę na środki pieniężne.

Zawarta w PrbU definicja legalna banku ma już prawie 25 lat. Dotychczas, głównie w związku z ustalonym i jednoznacznym statusem banków w obrocie prawnym, nie generowała ona istotnych problemów z jej zastosowaniem i ustaleniem, kto jest bankiem, choć niewątpliwie generuje opisane w niniejszym opracowaniu problemy z ustaleniem, czym jest bank. Ponadto, wobec powszechnego używania terminu bank w prawodawstwie dotyczącym odrębnych od prawa bankowego obszarów społeczno-gospodarczych, jest ona szeroko wykorzystywana w literaturze prawniczej. Mogą to być argumenty przemawiające przeciwko legislacyjnemu ingerowaniu w treść omawianej definicji. Należy jednakże zwrócić uwagę na wysoką w ostatnich latach i, nadal rosnącą, dynamikę zmian na rynku usług bankowych i w jego otoczeniu, a związaną z gwałtownym postępem technologicznym, innowacyjnością, migracją do Internetu (a nawet zapowiedziami metawersu) oraz globalizacją przepływów finansowych i usług z nimi związanych, by wspomnieć tu chociażby innowacje płatnicze, kryptoaktywa czy plany spozycjonowania się na rynku finansowym przez globalne korporacje technologiczne. Za zmianami tymi próbują nadążyć regulacje i jest szczególnie ważne, by również w podstawowych kwestiach nie pozostawały one w tyle, tak by umożliwić elastyczną i odpowiednio wczesną reakcję na nieznaną dotąd modele biznesowe na rynku finansowym.

Bibliografia

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz.U. UE. L. z 2009 r. Nr 267, str. 7 z późn. zm.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz.U. UE. L. z 2013 r. Nr 176, str. 338 z późn. zm.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (Dz.U. UE. L. z 2015 r. Nr 337, str. 35 z późn. zm.).

Fojcik-Mastalska E. [w:] M. Bączyk i in., *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2007, art. 2.

Gorczyński G. [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*, Warszawa 2018, art. 33.

Haczkowska M. [w:] R. Balicki i in., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 87.

Kosikowski C., *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 1998.

Kosiński B., Nowak A.Z., *Podstawy Współczesnej bankowości*, Warszawa 2011.

Malinowski A. (red.), *Logika praktyczna*, Warszawa 2020.

Niczyporuk T., Talecka A., *Bankowość. Podstawowe zagadnienia*, Białystok 2011.

Opinion of the European Banking Authority on elements of the definition of credit institution under Article 4(1), point 1, letter (a) of Regulation (EU) No 575/2013 and on aspects of the scope of the authorisation (https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2020/931784/EBA%20Opinion%20on%20elements%20of%20the%20definition%20of%20credit%20institution.pdf)

Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States (<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/534414/6bbabcef-ac51-48b8-a4fb-45dfd483e486/2014%2011%2027%20-%20EBA%20Report%20-%20Credit%20institutions.pdf>).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz.U. UE. L. z 2013 r. Nr 176, str. 1 z późn. zm.).

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 grudnia 1924 r. o warunkach wykonywania czynności bankowych i nadzorze nad temi czynnościami.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1928 r. o prawie bankowym.

- Szuster S. [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Tom I i II, Kraków 2005, art. 2.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 26 lutego 1982 r. Prawo bankowe (Dz.U. Nr 7, poz. 56 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 31 stycznia 1989 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 1992 r. Nr 72, poz. 359 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (Dz.U. z 2021 r. poz. 648).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. z 2022 r. poz. 492).
- Zaleska M. (red.), *Bankowość*, Warszawa 2013.

Adam Stopyra*
arstopyra@gmail.com

Zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa towarzystwa funduszy inwestycyjnych. *Uwagi de lege lata i de lege ferenda*

Streszczenie

Transakcje dotyczące sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI są rzadko spotykane na polskim rynku. W praktyce zmiany dotyczące zbywania tego typu podmiotów sektora finansowego odbywają się w drodze połączeń lub przejęcia pakietów akcji. Przepisy ustawy o funduszach inwestycyjnych nie regulują nawet pośrednio zbywania lub nabywania przedsiębiorstwa TFI. Pojęcie przedsiębiorstwa TFI nie różni się zasadniczo od znanej w nauce prawa cywilnego definicji wypracowanej na gruncie art. 55(1) KC. Specyfika działalności TFI wiąże się z wyposażeniem go w określone atrybuty, jak zarządzanie funduszami inwestycyjnymi. Ta specyfika składników przedsiębiorstwa każdego towarzystwa sprawia, że przejęcie przedsiębiorstwa TFI lub jego części obejmującej zarządzanie funduszami inwestycyjnymi oznacza, że podmiotem nabywającym może być tylko inne towarzystwo. Obecnie obowiązujące przepisy UFI nie regulują wprost dopuszczalności przekazania informacji objętych tajemnicą zawodową w przypadku sprzedaży części przedsiębiorstwa TFI – powodując tym samym, pewne komplikacje. *De lege lata* problemu tego nie można rozwiązać, co sprawia, że konieczna jest interwencja ustawodawcy eliminująca zidentyfikowaną lukę prawną.

Słowa kluczowe: towarzystwo funduszy inwestycyjnych, przedsiębiorstwo, zorganizowana część przedsiębiorstwa, KNF, fundusz inwestycyjny

JEL: K20, K15

* Adam Stopyra – adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Sale of the organized part of the investment fund company enterprise. *De lege lata* and *de lege ferenda* remarks

Abstract

Transactions concerning the sale of an organized part of the TFI enterprise are rarely found on the Polish market. In practice, the disposal of such entities in the financial sector takes place through mergers or acquisitions of shares. The provisions of the Act on Investment Funds does not even indirectly address the sale or acquisition of a TFI enterprise. The concept of a TFI enterprise does not differ fundamentally from the definition known in the civil law developed on the basis of Article 55(1) of the Civil Code. Specificity of TFI's activity is associated with equipping it with specific attributes, such as the management of investment funds. This specificity of the components of each company's enterprise means that the acquisition of the TFI enterprise or its part involving the management of investment funds means that the acquiring entity can only be another investment fund company enterprise. The current Investment Funds Act regulations do not directly regulate the admissibility of the transfer of information covered by professional secrecy in the event of the sale of part of the TFI enterprise – thus causing certain legal complications. *De lege lata*, this issue cannot be solved, what makes necessary for the legislator to intervene to eliminate the identified legal loophole.

Key words: investment fund company enterprise, enterprise, organized part of the enterprise, KNF, investment fund

Wstęp

Tematem tego artykułu jest analiza prawna dopuszczalności zbywania zorganizowanej części szczególnego rodzaju przedsiębiorstwa – jakim jest towarzystwo funduszy inwestycyjnych (TFI) – na podstawie umowy cywilnoprawnej o translatywnym charakterze i w ramach sukcesji singularnej. Celowym zabiegiem autora jest pominięcie w rozważaniach (z uwagi na odmienny prawny rodowód) transakcji nabywania znaczących pakietów akcji, fuzji i przejęć, a także podziałów przez wydzielenie towarzystw funduszy inwestycyjnych, które mają zgoła odmienny charakter i są regulowane od strony korporacyjnej przez właściwe przepisy Kodeksu spółek handlowych.

W pierwszej kolejności zostanie podjęta próba zdefiniowania tego, czym jest zorganizowana część przedsiębiorstwa TFI oraz, jakie składniki mogą wchodzić w jej skład na potrzeby rozporządzeniem nią, z uwzględnieniem dorobku nauki prawa cywilnego. Specyfika działalności TFI wymusza także odniesienie się do zakresu prowadzonej działalności w kontekście czynności zarządzania funduszami inwestycyjnymi różnego rodzaju (w tym otwartymi, zamkniętymi czy publicznymi), jako kluczowego trzonu działalności każdego z towarzystw – także z perspektywy obowiązujących w tym zakresie wymogów prawnych. W ujęciu porównawczym wobec innych ustaw regulujących funkcjonowanie podmiotów nadzorowanych na rynku finansowym, jakimi są banki, zakłady ubezpieczeń, domy maklerskie oraz instytucje płatnicze, zostanie pokrótce omówione podejście ustawodawcy do kwestii zbywania i nabywania zorganizowanej części przedsiębiorstwa takich podmiotów.

Tematyka nabywania lub zbywania całości lub części przedsiębiorstwa podmiotów nadzorowanych na rynku finansowym nie obfituje w liczne opracowania prawnicze, a obecnie spotykane mają charakter szcztątkowy – co w przypadku TFI być może wynika z faktu, że tego typu transakcje zdarzają się niezwykle rzadko (z publicznych źródeł można wnioskować, że do tej pory na polskim rynku miała miejsce tylko jedna tego typu transakcja dotycząca zbycia całego przedsiębiorstwa SEB TFI S.A. na rzecz OPERA TFI S.A., zaakceptowana przez Prezesa UOKiK w 2009 roku). W kontekście nabywania zorganizowanej części przedsiębiorstwa można spotkać publikacje lub komentarze do niektórych przepisów Prawa bankowego (z uwagi na uregulowanie tej kwestii w Prawie bankowym), obecne są także liczne opracowania podatkowe dotyczące omawianej materii, choć w ujęciu uniwersalnym dotyczącym różnego rodzaju przedsiębiorstw lub ich części. Należy zasygnalizować, że te ostatnie (nawet gdyby uznać je za przydatne) nie mogą stanowić właściwego punktu wyjścia do ogólnych rozważań na temat tego, czym jest zorganizowana część przedsiębiorstwa w sferze prawa cywilnego, gdyż prawo podatkowe nie może stanowić wystarczającej podstawy normatywnej do formułowania nowego rodzaju definicji odmiennej od tej, która została przyjęta na gruncie KC (art. 55(1)). Z tego względu w niniejszej analizie aspekty podatkowe nie będą szczegółowo analizowane.

Celem tego artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI w ramach umowy cywilnoprawnej jest prawnie dopuszczalne, a jeśli tak, to jaki podmiot może taką część przedsiębiorstwa nabyć oraz, pod jakimi warunkami. W szczególności chodzi o ustalenie, czy w porównaniu do przepisów regulujących funkcjonowanie innych podmiotów sektora finansowego, przepisy obowiązującej ustawy z dnia 27 maja 2004 roku, o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (UFI) są wystarczające zarówno z perspektywy bezpieczeństwa systemu finansowego, czy też może jednak zawierają pewną lukę, którą należałoby uzupełnić.

W niniejszym opracowaniu będę się posługiwać metodą aksjologiczno-prawną oraz, uzupełniając, metodą porównawczą, która w założeniu ma prowadzić do sformułowania określonych wniosków na gruncie obecnego stanu prawnego (*de lege lata*). Tam gdzie rozwiązanie danego problemu na gruncie *de lege lata* nie będzie możliwe, zostaną wskazane optymalne kierunki zmian istniejącego ustawodawstwa dotyczące omawianego zagadnienia (*de lege ferenda*). W tych miejscach, gdzie mowa będzie o przedsiębiorstwie jako całości, *ad maiore and minus* należy to odnosić odpowiednio także do jego zorganizowanej części.

1. Przedsiębiorstwo towarzystwa funduszy inwestycyjnych w ujęciu przedmiotowym

Nie sposób rozpocząć analizy omawianego zagadnienia bez próby określenia, czym jest TFI oraz jego przedsiębiorstwo, a także, co może stanowić jego zorganizowaną część. Zgodnie z art. 38 ust. 1 UFI towarzystwem funduszy inwestycyjnych może

być wyłącznie spółka akcyjna z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, która uzyskała zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na wykonywanie działalności określonej w art. 45 ust. 1 (zezwolenie na wykonywanie działalności przez towarzystwo).

Do pojęcia przedsiębiorstwa TFI ustawodawca odnosi się w sposób bardzo fragmentaryczny, tj. w art. 45 ust. 4d UFI. W przywołanym przepisie ustawodawca wskazuje jedynie, że Towarzystwo jest obowiązane utrzymywać organizację przedsiębiorstwa w sposób zapewniający odpowiednią liczbę osób świadczących pracę na jego rzecz, wymaganą do świadczenia usług doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem (choć – co ciekawe – wymóg ten nie dotyczy osób odpowiedzialnych za zarządzanie funduszami inwestycyjnymi, co stanowi kluczowy obszar działalności każdego towarzystwa). Wobec braku pojęcia przedsiębiorstwa TFI lub jego zorganizowanej części na gruncie UFI, konieczne jest sięgnięcie do pojęcia przedsiębiorstwa w art. 55(1) KC i – wynikającego z niego – bogatego dorobku doktryny.

W literaturze prawniczej wskazuje się na liczne stosunki cywilnoprawne, których przedmiotem jest przedsiębiorstwo. Przedmiotowe określenie przedsiębiorstwa pozwala na akceptowanie zasady, że czynność prawna (umowa) mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład (wyliczenie w art. 55(1) KC nie jest przecież zamknięte), chyba że strony się inaczej umówiły lub wynika to z przepisu szczególnego (art. 55(2)KC). Umożliwia to zbycie (nabycie) przedsiębiorstwa w całości jedną czynnością prawną (*uno actu*), do czego wymaga się jednak szczególnej formy prawnej – pisma z podpisem notarialnie poświadczonym (art. 75(1) § 1 KC), a gdy w składzie przedsiębiorstwa jest nieruchomości, to aktu notarialnego (art. 75 (1) § 4 KC) (Katner 2007, s. 1226).

W myśl np. amerykańskiego spojrzenia na istotę przedsiębiorstwa, która również znajduje w doktrynie prawa polskiego swoich zwolenników, podkreśla się funkcjonalność organizmu, jakim jest przedsiębiorstwo, w którym przeważa pierwiastek niematerialny będący jego istotą (Stroiński 2002, s. 108–116). W tym spojrzeniu na pierwszy plan wybija się posiadanie odbiorców oferowanych dóbr i usług, tradycyjnie nazywanych „klientami”, oraz renomy oferującego. Nie zmienia to postaci rzeczy, że w ujęciu art. 55(1) KC kluczową rolę odgrywają składniki materialne, choć obecne ujęcie tego przepisu koncentruje się na prawach do rzeczy wchodzących w skład przedsiębiorstwa, a nie samych rzeczy, i dzieli je na te, które mają znaczenie podstawowe oraz dodatkowe. Nie można natomiast zapominać, że kluczowe jest tu określenie tego, czy zbiór składników materialnych i niematerialnych ma zdolność do prowadzenia działalności gospodarczej samodzielnie, co powinno podlegać ocenie w konkretnym przypadku. Zgadzając się z Katnerem, że przedsiębiorstwo będzie dobrem typu *sui generis*, należy przyznać mu prawo podmiotowe, co jednoznacznie przesądza także art. 75 (1) KC. Nie ma powodów, aby odmiennie traktować w tym względzie przedsiębiorstwo TFI i należy dopuścić możliwość jego sprzedaży, o czym dalej.

Przechodząc do rozważań na temat cywilnoprawnej charakterystyki zorganizowanej części przedsiębiorstwa, należy wskazać, że będzie nią jednostka, która spełnia trzy warunki:

- 1) wchodzi w skład przedsiębiorstwa jako jego wewnętrzna część;
- 2) stanowi pewien organizacyjnie wyodrębniony (ze względu na położenie, system organizacyjny, przydzielone zadania gospodarcze, a zwłaszcza samodzielnie sporządzający bilans) kompleks składników o charakterze materialnym i niematerialnym;
- 3) jest powiązana ze sobą w funkcjonalny sposób, tzn. mających zdolność do realizacji określonych zadań gospodarczych (Włodyka 2002, s. 40–41).

Trafnie także odmawia się zorganizowanej części przedsiębiorstwa samodzielności przedmiotowej (Katner 2007, s. 144).

Pojęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa występuje w niektórych ustawach podatkowych (Ustawa o podatku od towarów i usług (art. 2 pkt 27e)), ustawa o podatku akcyzowym (art. 31d ust. 2) oraz np. w prawie upadłościowym (por. przepisy stanowiące o możliwości sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części upadłego (art. 56a, art. 312, art. 314, art. 318)). Choć przyznać należy, że używane w wymienionych aktach prawnych pojęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa nadają mu nieco inne znaczenie, niż to wynikające z pojęcia przedsiębiorstwa na gruncie KC, wzbogacając je np. o zobowiązania (jak czyni to ustawa o podatku od towarów i usług oraz ustawa o podatku akcyzowym). Przywołane definicje z ustaw podatkowych kładą także nacisk na kwestię wyodrębnienia zarówno na płaszczyźnie organizacyjnej, jak i funkcjonalnej zespołu składników materialnych lub niematerialnych. Nie zmienia to jednak ogólnego obrazu, że pojęcia te są i mogą być wykorzystywane jedynie w zakresie regulacji, w której się znajdują i nie mogą stanowić punktu odniesienia do budowania bardziej uniwersalnej definicji na gruncie prawa cywilnego.

Powracając do najbardziej interesującej kwestii, czyli, czym jest przedsiębiorstwo towarzystwa funduszy inwestycyjnych, należy powiedzieć, że jest to ten sam zespół składników materialnych i niematerialnych, o których mowa w art. 55(1) KC, służący do prowadzenia działalności gospodarczej. Tu jednak wypada nadać mu znaczenie właściwe dla specyfiki działalności TFI i oprzeć się na odpowiednich przepisach UFI wyznaczających przedmiot działalności każdego towarzystwa. Zgodnie z art. 45 ust. 1 UFI, przedmiotem działalności towarzystwa jest wyłącznie tworzenie funduszy inwestycyjnych otwartych lub funduszy zagranicznych, zarządzanie nimi, w tym pośrednictwo w zbywaniu i odkupywaniu jednostek uczestnictwa, reprezentowanie ich wobec osób trzecich oraz zarządzanie zbiorczym portfelem papierów wartościowych. Zgodnie z art. 45 ust. 1a–3 zakres działalności towarzystwa może być rozszerzony o takie dodatkowe czynności, jak tworzenie i zarządzanie specjalistycznymi funduszami otwartymi, zamkniętymi, zarządzanie portfelami z co najmniej jednym instrumentem finansowym, doradztwo inwestycyjne, przekazywanie zleceń nabycia instrumentów finansowych w postaci jednostek uczestnictwa oraz inne pomniejsze czynności z nimi związane. Bardzo często także przedmiotem

działalności towarzystwa jest zawieranie tzw. umów dystrybucyjnych w ramach których, podmioty zewnętrzne, jak banki, domy maklerskie, oferują swoim klientom jednostki uczestnictwa lub certyfikaty inwestycyjne (w zależności od rodzaju funduszu inwestycyjnego) funduszu zarządzanego przez towarzystwo. Umowy te stanowią w gruncie rzeczy o wartości przedsiębiorstwa w tym sensie, że bez nich sprzedaż instrumentów emitowanych przez fundusze byłaby utrudniona. Umowy dystrybucyjne można porównać do sieci placówek lub lokali producentów oferujących inne dobra lub towary (np. placówki bankowe, sklepy z odzieżą danego producenta, etc.). Zatem za zorganizowaną część przedsiębiorstwa TFI w ujęciu przedmiotowym można uznać (i) prawa i obowiązki towarzystwa wynikające z tego, że odgrywa on rolę organów funduszy inwestycyjnych, którymi zarządza, (ii) prawa i obowiązki wynikające z wszelkich umów o powierzenie zarządzania portfelem inwestycyjnym funduszy zawartych przez dane TFI z podmiotami zewnętrznymi, w zakresie, w jakim dotyczą zarządzanych przez niego funduszy, oraz (iii) prawa i obowiązki wynikające z umów dystrybucyjnych. W skład takiej zorganizowanej części przedsiębiorstwa mogą wchodzić także pracownicy oraz pozostałe elementy, jak licencje IT, środki trwałe, umowy najmu, etc., o ile będą funkcjonalnie powiązane z przenoszonymi składnikami i będą spełniały kryterium wyodrębnienia funkcjonalno-organizacyjnego. Takie wyodrębnienie może mieć formę organizacyjną (odrębny np. pion zarządzania funduszami typu zamkniętego wskazany w regulaminie organizacyjnym).

2. Dopuszczalność zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI

Opowiadając się zatem za cywilnoprawną dopuszczalnością zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI, gdyż żaden przepis prawa się temu *de lege lata* nie sprzeciwia, warto zadać pytanie, czy takie zbycie wymaga zgody KNF oraz, kto może być jej nabywcą. Odpowiedź na to pytanie wymaga dość wnikliwej analizy skomplikowanej mozaiki regulacyjnej zawartej w UFI, której odszyfrowanie wymaga nieco zachodu. Przechodząc do szczegółów, to co do zasady UFI nie przewiduje konieczności uzyskania zgody KNF na sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI w ramach specyficznie wyodrębnionej konstrukcji normatywnej. UFI nie odnosi się nawet pośrednio do tej kwestii, pomijając ją zupełnym milczeniem. Porównując to podejście do innych aktów prawnych regulujących funkcjonowanie pozostałych uczestników rynku finansowego, warto wskazać, że w odniesieniu do domów maklerskich ustawa o obrocie instrumentami finansowymi dopuszcza możliwość zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, ale w sytuacji, gdy jest to efektem decyzji nakazującej sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa domu maklerskiego wydanej przez KNF (art. 110y ust. 1 pkt) 4). Wobec braku ogólnego zakazu zbywania zorganizowanej części przedsiębiorstwa domu maklerskiego, wydaje się, że taka transakcja także jest dopuszczalna, czego przykładem jest zrealizowana sprzedaż wydzielonej działalności Noble Securities S.A. na rzecz TMS Brokers S.A. w 2019 roku.

W przypadku instytucji płatniczych art. 72 ustawy o usługach płatniczych odnosi się do zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa instytucji płatniczej, wskazując jednocześnie, że w takim przypadku zezwolenie na prowadzenie takiej działalności nie przechodzi na nabywcę (jako wyjątek od zasady wynikającej z art. 55(2) KC). Zarówno w przypadku domów maklerskich, jak i instytucji płatniczych, ustawodawca nie wprowadza nakazu uzyskania zgody KNF na zbycie lub nabycie takiej zorganizowanej części podmiotu nadzorowanego ani nie wskazuje pożądanej tożsamości nabywcy. Inaczej wygląda sytuacja w odniesieniu do banków. Tu ustawa Prawo bankowe wyraźnie wskazuje, że nabycie przedsiębiorstwa bankowego lub jego zorganizowanej części przedsiębiorstwa przez bank wymaga zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego (art. 124a). Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, że obowiązek zgody KNF ma zastosowanie tylko wtedy, gdy nabywcą jest inny bank (lub instytucja kredytowa) (Kwaśnicki, Rataj 2005), inni zaś, że takim nabywcą może być wyłącznie bank, a podmiot niebankowy w ogóle nie może nabyć ani przedsiębiorstwa banku, ani też jego zorganizowanej części (Ofiarski 2013). Z kolei na gruncie ustawy o działalności ubezpieczeniowej ustawodawca uznał za stosowne – analogicznie jak na gruncie UFI – milczenie w tej kwestii. Jednakże uregulował kwestię dotyczącą zbywania portfela umów ubezpieczeń, wskazując, że taka czynność wymaga zatwierdzenia ze strony KNF (art. 217–221 ustawy o działalności ubezpieczeniowej). Stosując zatem pewną analogię do UFI, zawarcie umowy zbycia portfela ubezpieczeń można porównać do zawarcia umowy przekazania zarządzania funduszami inwestycyjnymi, co stanowi – jak wskazano powyżej – kluczowy element przedsiębiorstwa TFI. Czy zatem można powiedzieć, że zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI obejmujące zarządzanie funduszami inwestycyjnymi może nastąpić bez zgody KNF i na rzecz dowolnego podmiotu, nawet takiego, który nie ma zezwolenia na prowadzenie tego typu działalności? Odpowiedź na pierwszą część pytania jest w pewnym sensie zależna od tego, z jakimi rodzajami funduszy inwestycyjnych mamy do czynienia w ramach zbywanej wyodrębnionej części przedsiębiorstwa TFI. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, że nawet, pomimo samego braku konieczności zgody KNF na taką czynność, zmiana zarządzającego danym funduszem (czyli towarzystwa) wymaga zmiany statutu danego funduszu, która może pociągać za sobą konieczność uzyskania zgody KNF. Sytuację tę określa art. 238a ust. 2 pkt 2) UFI, który stanowi, że zezwolenie KNF wymagane jest do przejęcia zarządzania funduszem inwestycyjnym otwartym (w tym specjalistycznym) oraz funduszem inwestycyjnym zamkniętym publicznym.

Zezwolenie to nie jest wymagane w przypadku przejmowania zarządzania funduszami inwestycyjnymi zamkniętymi niepublicznymi, gdyż na jego utworzenie ani ustanowienie statutu nie jest wymagana zgoda KNF. W konsekwencji ustawodawca słusznie uznał, że zgoda na jego przekazanie innemu TFI nie jest konieczna. W niektórych przypadkach na przejęcie zarządzania przez inne TFI wymagana jest także uchwała zgromadzenia inwestorów (art. 238a ust. 2 pkt 1)).

Z analizy powyższych przepisów wyłania się zatem dość klarowna konstrukcja prawna, która, pomimo pewnych niedoskonałości (o czym dalej), w sposób spójny i logiczny określa konsekwencje zbywania zorganizowanej części przedsiębiorstwa

TFI, w skład którego wchodzi zarządzanie funduszami inwestycyjnymi. Pomimo braku uregulowania wprost kwestii dopuszczalności nabywania przedsiębiorstwa TFI lub jego części, w sposób pośredni UFI wprowadza konieczność uzyskania zgody KNF w przypadku gdy dotyczy to funduszy otwartych oraz publicznych, pozostawiając poza nawiasem fundusze zamknięte typu niepublicznego. Nie zmienia to jednak faktu, że nawet w obliczu braku zgody KNF na przejęcie zarządzania funduszem niepublicznym, przejmującym może być tylko inne towarzystwo. Wniosek taki płynie z treści art. 18 ust. 2 pkt 2), który nakazuje w statucie każdego funduszu inwestycyjnego umieszczać firmę towarzystwa funduszy inwestycyjnych. Zatem niedopuszczalne jest przejęcie zarządzania funduszem inwestycyjnym (czy to w ramach transakcji nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, czy poza nią) przez podmiot niebędący towarzystwem funduszy inwestycyjnych i to niezależnie od rodzaju funduszy będących przedmiotem przejęcia. Nie zmienia to jednak tego, że jeśli przedmiotem sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI nie jest przejęcie zarządzania funduszami, a jedynie inne – niezwiązane z zarządzaniem funduszami składniki materialne i niematerialne – zgoda inwestorów i zgoda KNF nie będzie w tym wypadku wymagana, o ile nie będzie prowadziło to (rzecz jasna) do zmiany towarzystwa.

Kolejną kwestią, którą należy rozważyć na gruncie UFI w ramach zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI, jest wpływ takiego działania na warunki dalszego prowadzenia działalności. W tym kontekście, na szczególną uwagę zasługuje art. 61b UFI, zgodnie z którym, towarzystwo powiadamia Komisję o planowanej istotnej zmianie warunków wykonywania działalności, o których mowa w art. 58 ust. 1 pkt 3a oraz art. 58a ust. 1. Przywołane w tym artykule przepisy dotyczą opisu polityki wynagrodzeń oraz wielu informacji w przypadku towarzystwa zarządzającego także funduszami alternatywnymi (co w praktyce działalności TFI występuje bardzo często). Tak jak zmiany polityki wynagrodzeń będą miały znaczenie wtórne w przypadku transakcji zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI, tak te wskazane w art. 58a ust. 1 już nie, gdyż dotyczą one całokształtu działalności towarzystwa w obszarze zarządzania funduszami alternatywnymi. W tym miejscu dla jasności wyводу warto podkreślić, że pod pojęciem funduszu alternatywnego kryje się specjalistyczny fundusz otwarty oraz fundusz zamknięty (art. 3 ust. 4 UFI). Zatem zmiana warunków prowadzenia działalności może nastąpić także wtedy, gdy TFI zbywa wydzieloną organizacyjnie część dotyczącą zarządzania funduszami tego typu na rzecz innego TFI (zaprzestanie działalności w tym obszarze także należy uznać za zmianę). W takim przypadku art. 61b UFI wskazuje, że wobec otrzymanego powiadomienia KNF może zgłosić sprzeciw, w przypadku gdy planowana zmiana byłaby sprzeczna z przepisami prawa, prowadziłaby do wykonywania przez towarzystwo działalności z naruszeniem zasad uczciwego obrotu, w sposób nienależycie zabezpieczający interes uczestników funduszu lub w sposób niezapewniający ostrożnego i stabilnego zarządzania przez towarzystwo alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (art. 61b ust 2). *De lege lata* trudno jest przesądzić, czy zbycie zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI będzie zawsze prowadziło do zmiany warunków wykonywania działalności, gdyż ocena tej sytuacji będzie podlegać ana-

lizie w indywidualnym przypadku. Natomiast można przypuszczać, że w przypadku gdy zakres zbywanej zorganizowanej części TFI będzie obejmował np. całą działalność w zakresie zarządzania wszystkimi funduszami niepublicznymi typu zamkniętego, to będzie to wiązało się z obowiązkiem notyfikacyjnym z art. 61b UFI.

Ostatnią kwestią wartą poruszenia w kontekście dopuszczalności zbywania i nabywania zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI są przepisy UFI dotyczące tajemnicy zawodowej. Przy założeniu, że zakres przedmiotowy nabywanej części TFI obejmuje zarządzanie funduszami inwestycyjnymi, konieczne wydaje się udostępnienie nabywcy informacji objętych tajemnicą zawodową. Brak takiej możliwości czyniłby tego typu operację figurą całkowicie nieopatrywaną.

Zgodnie z art. 280 UFI obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej spoczywa na towarzystwie, jego organach, pracownikach oraz szerokim wachlarzu innych podmiotów, które uzyskały informacje prawnie chronione. Zakres przedmiotowy tajemnicy zawodowej jest dość rozległy i obejmuje praktycznie wszystkie informacje, jakie podmioty zobowiązane do poufności uzyskały w trakcie pełnienia swojej roli lub funkcji (art. 280 ust. 2 UFI). Powstaje zatem pytanie, czy w przypadku zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI, zbywca może udostępnić nabywcy informacje objęte tajemnicą zawodową. Art. 281 UFI zawiera obszerny katalog podmiotów, które na żądanie mogą uzyskać dostęp do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, lecz próżno w nim szukać nabywcy przedsiębiorstwa TFI lub samego przejmującego zarządzanie danymi funduszami inwestycyjnymi. Obrazu tego nie zmienia w sposób zasadniczy także art. 282 ust. 3–5 UFI, który określa katalog przypadków ujawnień niestanowiących naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

De lege lata można argumentować, że skoro art. 238a UFI wymaga do przejęcia zarządzania (czyli przyjmijmy na przykładzie składnika zbywanej części przedsiębiorstwa TFI) uzyskania zgody KNF oraz uchwał uczestników danego funduszu wyrażonych w formie uchwały, to z jednej strony można powiedzieć, iż w takim przypadku uchwała uczestników jest podstawą do zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, gdyż osoba ta (uczestnik) wyraziła na to swoją zgodę, z drugiej zaś można argumentować, że nie każdy uczestnik w takim zgromadzeniu uczestników musi brać udział i wyrażać taką zgodę w sposób dorozumiany. Przepisy UFI nie wprowadzają bowiem progu kworum głosujących za uchwałą w sprawie przejęcia zarządzania funduszem na poziomie 100% uczestników. Czy zatem uczestnicy, którzy nie wzięli udziału w głosowaniu mogą podnosić, że nie wyrazili zgody na ujawnienie informacji objętych tajemnicą zawodową na rzecz nowego towarzystwa i tym samym kwestionować prawną dopuszczalność przejęcia? Problem ten wymaga precyzyjnej odpowiedzi.

Pewnym tropem *de lege lata* jest art. 238a ust. 5 UFI, który stanowi, że towarzystwo przejmujące zarządzanie wstępuje w prawa i obowiązki towarzystwa będącego dotychczas organem funduszu, z dniem wejścia w życie zmiany statutu, o której mowa w ust. 2 tego przepisu. W podobnym duchu (choć o nieco odmiennej hipotezie) ustawodawca wprowadza zasadę sukcesji uniwersalnej wobec przejmującego

w art. 68 ust. 3 UFI. Możliwa jest zatem interpretacja, że wprowadzona sukcesja nowego towarzystwa *ex lege* w prawa i obowiązki poprzednika rozciąga się także na obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej i tym samym nie ma konieczności uzyskiwania dodatkowej podstawy prawnej służącej zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w związku z przejściem zarządzania. Jest to jednak interpretacja niepozbawiona pewnych wad, gdyż zasadą jest przestrzeganie tajemnicy zawodowej, a wyjątki od niej nie powinny być wykładane w sposób rozszerzający (*exceptiones non sunt extendendae*). Trudno pogodzić się natomiast z myślą, że ustawodawca dopuszcza możliwość przejęcia zarządzania funduszem przez inne towarzystwo w ramach lub poza transakcją zbycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, nie zapewniając jednocześnie pewności prawnej w zakresie dopuszczalności ujawnienia tajemnicy zawodowej. Takie podejście przeczyłoby domniemaniu o racjonalności ustawodawcy. Niezależnie od spojrzenia na tę kwestię, trudno oprzeć się wrażeniu, że mamy tu do czynienia z luką prawną.

De lege ferenda wskazane byłoby uzupełnienie art. 280 UFI o dodatkowe zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej na rzecz przejmującego towarzystwa, np. w sposób analogiczny, jak zostało to uregulowane w art. 104 ust. 1 pkt 1) Prawa bankowego, tj. że bez ujawnienia informacji objętej tajemnicą zawodową – ze względu na istotę i charakter czynności lub obowiązujące przepisy – nie jest możliwe należyte wykonanie umowy, do której towarzystwo jest uprawnione i należyte wykonanie czynności pozostających w związku z zawarciem i wykonaniem tej umowy.

Podsumowanie

Pomimo pewnych zidentyfikowanych mankamentów prawnych ocena prawnej dopuszczalności nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa TFI nie nastrocza wielu problemów, choć, w zależności od tego, co będzie wchodziło w skład takiego przedmiotu przedsiębiorstwa, istnieje wiele kwestii wymagających szczególnej uwagi. Nie zmienia to zasadniczego obrazu, że omówione w niniejszej analizie rozwiązania na gruncie UFI są niepotrzebnie skomplikowane. Nie do końca zrozumiałe jest także tak zróżnicowane podejście ustawodawcy do traktowania problematyki nabywania zorganizowanej części przedsiębiorstwa względem różnych podmiotów sektora finansowego podlegającego temu samemu nadzorowi KNF. W każdym bowiem przypadku mamy do czynienia z podmiotem, którego działalność wymaga uzyskania zezwolenia, więc zbycie jego zorganizowanej części powinno znajdować się w sferze wzmożonych zainteresowań ustawodawczych. Zwłaszcza w kontekście obowiązującej przeciw ogólnej zasady wynikającej z art. 55(2) Kodeksu cywilnego, że czynność mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych, zaznaczając jednocześnie, że składnikami przedsiębiorstwa są także licencje i zezwolenia. Wydaje się zatem, że zasadne byłoby chociaż odniesienie się do kwestii losów licencji TFI w ramach transakcji zbycia zorga-

nizowanej części przedsiębiorstwa, tak jak czyni to na gruncie ustawy o usługach płatniczych. Nie ulega natomiast wątpliwości, że wskazana luka dotycząca braku podstawy prawnej do ujawnienia tajemnicy zawodowej przy zawieraniu umowy, której przedmiotem jest przejęcie zarządzania funduszami inwestycyjnymi przez inne TFI – czy to w ramach umowy zbycia przedsiębiorstwa, czy poza nią – może nieco komplikować tego typu transakcję, dlatego konieczna wydaje się interwencja ustawodawcy w tym aspekcie.

Bibliografia

[https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8d-d4/4f7555c6ffe4edbf41257ec6007b8afa/\\$FILE/Decyzja%20Nr%20DKK-20-2009%20z%2024.04.2009%20r.-%20OPERA%20TFI_SEB%20TFI.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8d-d4/4f7555c6ffe4edbf41257ec6007b8afa/$FILE/Decyzja%20Nr%20DKK-20-2009%20z%2024.04.2009%20r.-%20OPERA%20TFI_SEB%20TFI.pdf)

<https://www.analizy.pl/puls-ryнку/6006/przejecie-seb-tfi-przez-opera-tfi-s-a-co-to-oznacza-dla-klientow-seb-tfi>

<https://www.tms.pl/edukacja/blog-tms/noble-securities-rezygnuje-z-dzialalnosci-na-ryнку-forex-ktora-przejmie-tms-brokers-0>

Katner W.J., *System Prawa Prywatnego*, Tom 1. *Prawo cywilne część ogólna*, Wyd. CH. Beck, Warszawa 2007.

Kwaśnicki R., Rataj A. [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Tom I i II, Kraków 2005, art. 124(a).

Ofiarski Z. [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 124(a).

Stroiński R., *Przedsiębiorstwo, charakter prawny oraz zbycie w prawie amerykańskim, francuskim i polskim*, C.H. Beck, Warszawa 2002.

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 605 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1907 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 861 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1130 z późn. zm.).

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

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 143 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 931).

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1228 z późn. zm.).

Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.

Miscellanea



DOI: 10.26354/bb.10.2.87.2022

Marcin Mrowiec*
mm@ekonomista.net

Leszek Pawłowicz**
ORCID: 0000-0003-2580-6708
leszek.pawlowicz@efcongress.com

Makroekonomiczne wyzwania i prognozy dla Polski – IX edycja – czerwiec 2022

Macroeconomic challenges and forecasts for Poland – IX Edition – June 2022

Wstęp

Przedstawione tu prognozy i opinie stanowią konsensus ilościowo-jakościowy z odpowiedzi na nasze pytania, które napłynęły do 3 czerwca 2022 r. od wybitnych polskich ekonomistów.

Prognozy ilościowe nadesłało 12 ekspertów, a 39 ekspertów przedstawiło swoje opinie na temat:

- najważniejszych zagrożeń dla koniunktury gospodarczej w Polsce,
- największych zagrożeń dla stabilności systemu finansowego oraz dla wiarygodności PLN w perspektywie roku 2024,
- rekomendowanych działań w obszarze polityki gospodarczej.

* Marcin Mrowiec – doktor nauk ekonomicznych, ekspert niezależny.

** Leszek Pawłowicz – dr hab., Katedra Bankowości i Finansów, Wydział Zarządzania, Uniwersytet Gdański; Centrum Myśli Strategicznych.

W pierwszym etapie każdy z ekspertów przedstawił trzy najważniejsze, jego zdaniem, zagrożenia w każdym obszarze. Na podstawie tych wskazań wyłoniliśmy listę tych najczęściej się powtarzających, i w drugim etapie każdy z uczestników badania miał ocenić z jednej strony prawdopodobieństwo wystąpienia danego zjawiska, a z drugiej – wagę (znaczenie) każdego z zagrożeń.

Graficzne opracowanie opinii ekspertów przedstawiamy na rysunkach gdzie średnica kół reprezentujących poszczególne zagrożenia jest sumą iloczynów wagi i prawdopodobieństwa wystąpienia danego zagrożenia. Każdy z ekspertów miał do dyspozycji łącznie 100 punktów do podziału pomiędzy zagrożenia, a każdemu z nich przypisywał ocenę prawdopodobieństwa wystąpienia.

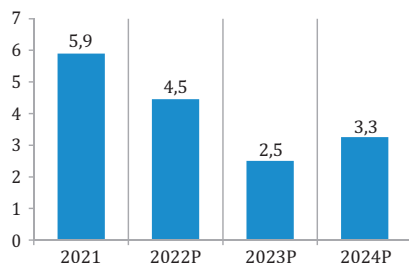
Najważniejsze rekomendowane obszary działań w polityce gospodarczej Polski zob. na s. 196.

1. Prognozy wybranych wskaźników makroekonomicznych w latach 2022–2024

Ekonomicznie wejście w rok 2022 stało pod znakiem wysokiej inflacji (CPI na koniec grudnia 2021 r. wyniósł 8,6%) oraz wysokiego (częściowo na skutek efektów bazy statystycznej) wzrostu PKB, który w ostatnim kwartale 2021 r. rósł w tempie 7,8%. Wybuch wojny na Ukrainie był wydarzeniem typu szokowego dla gospodarki i społeczeństwa. W kolejnych okresach konsekwencje działań wojennych będą następną grupą czynników komplikujących, i tak niełatwą, postpandemiczną sytuację gospodarek Polski i świata. Prognozowanie w tak niepewnych czasach jest wyjątkowo trudne. Z prognoz ekspertów EKF wyłania się następujący obraz.

1.1. Produkt krajowy brutto

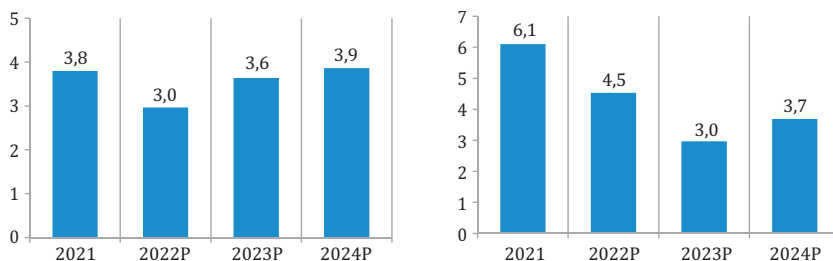
Na poziomie najbardziej zagregowanym, czyli łącznej dynamiki wzrostu PKB, po wzroście w 2022 r. o 4,5% oczekiwane jest spowolnienie do 2,5% w roku 2023 oraz lekkie przyspieszenie do 3,3% w roku 2024. Dane całoroczne warto uzupełnić komentarzem o wyraźnym hamowaniu wzrostu PKB w kolejnych kwartałach. O ile wstępny szacunek wzrostu w pierwszym kwartale 2022 r. to 8,5%, o tyle kolejne kwartały przyniosą hamowanie do znacznie niższych poziomów na koniec roku 2022 i początek 2023; niektórzy ekonomiści wskazują nawet na ryzyko „technicznej recesji” w tym okresie. Mijmy nadzieję, że szybkie uruchomienie zatwierdzonego niedawno dla Polski Krajowego Planu Odbudowy będzie, przynajmniej częściowo, przeciwdziałać temu ryzyku.

Rysunek 1. PKB w latach 2021–2024 (R/R; %)

Źródło: opracowanie własne.

1.2. Nakłady brutto na środki trwałe i spożycie indywidualne

Głównymi czynnikami stojącymi za czekającym nas spowolnieniem będzie utrzymujący się niski poziom dynamiki inwestycji przy równoczesnym hamowaniu tempa spożycia indywidualnego. Co prawda eksperci oczekują przyspieszenia wzrostu nakładów brutto na środki trwałe z 3,0% w 2022 r., poprzez 3,6% w 2023 r., do 3,9% w 2024 r., ale biorąc pod uwagę rosnące niedobory na rynku pracy, oraz w kontekście tego, iż inwestycje (szczególnie sektora prywatnego) od wielu lat są w Polsce jednymi z najniższych w UE – wskazane w prognozach dynamiki należy ocenić jako nie-satysfakcjonujące względem potrzeb gospodarki. Dynamika konsumpcji prognozowana jest na 4,5% w roku 2022, w roku 2023 prognoza przewiduje spowolnienie do 3,0%, a w 2024 r. oczekiwane jest lekkie odbicie do 3,7%.

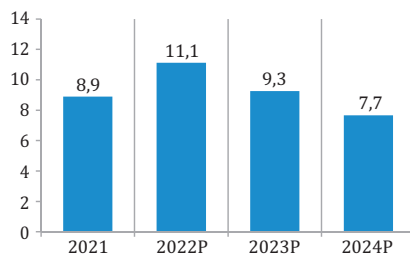
Rysunek 2. Nakłady brutto na środki trwałe i spożycie indywidualne (R/R; %)

Źródło: opracowanie własne.

1.3. Wynagrodzenia w gospodarce narodowej

Kluczowym elementem osłabienia tempa wzrostu konsumpcji jest wyhamowanie tempa wzrostu wynagrodzeń w gospodarce narodowej w kolejnych dwóch latach (11,1% prognozowane w 2022 r., oraz 9,3% w 2023 r.) poniżej tempa wzrostu inflacji (odpowiednio: 12,9% oraz 9,6%). Stopa bezrobocia (definicja BAEL) będzie pozostawać na niskim poziomie (odpowiednio: 2,9% w 2022 r. oraz 3,1% w latach 2023–2024), równocześnie zaś dojdzie do dalszego spowolnienia w zakresie liczby pracujących w gospodarce narodowej. Eksperci prognozują w kolejnych trzech latach: 0,7%, 0,2% oraz 0,0% dynamiki zatrudnienia. Niskie bezrobocie i niskie tempo wzrostu liczby pracujących są w dużej mierze pochodną spadającej podaży pracy: z jednej strony bezrobocie będzie niskie, bo z powodów demograficznych z rynku pracy odchodzi więcej osób niż na niego trafia, ale równocześnie kurcząca się podaż pracy będzie jeszcze bardziej doskwierać przedsiębiorcom, ograniczając im tempo możliwego wzrostu firm, a w ujęciu makro ograniczać będzie tempo wzrostu całej gospodarki.

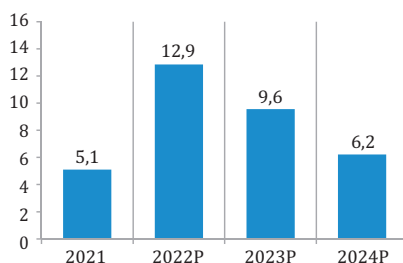
Rysunek 3. Wynagrodzenie w gospodarce narodowej (R/R; %)



Źródło: opracowanie własne.

1.4. Wskaźnik inflacji, stopy procentowe i rentowność obligacji

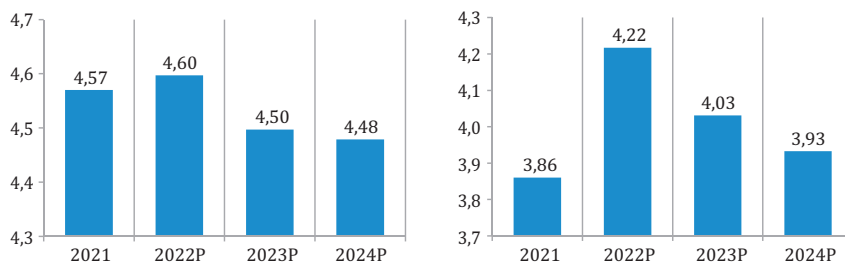
Utrwalenie wysokiej inflacji, prowadzące do wysokich stóp procentowych mocno hamujących wzrost, to najważniejsze z zagrożeń dla koniunktury gospodarczej w Polsce. Ten czynnik „wygrał w cuglach” w ankiecie zagrożeń omawianej poniżej, natomiast jeśli chodzi o prognozy „numeryczne”, ankietowani eksperci oczekują średniorocznej inflacji na poziomie 12,9% w 2022 r., 9,6% w 2023 r. oraz 6,2% w 2024 r. Według prognoz towarzyszyć jej będą poziomy stopy referencyjnej NBP odpowiednio: 7,2%, 6,8% oraz 5,2%. Wraz z prognozowanym spadkiem tempa inflacji oczekiwany jest spadek rentowności obligacji 5-letnich z 6,7% prognozowanych na rok 2022, do 6,1% w roku 2023 oraz 4,8% w 2024 r.

Rysunek 4. Inflacja CPI (średnioroczna; %)

Źródło: opracowanie własne.

1.5. Kurs złotego w relacji do euro i dolara

W odniesieniu do kursu walutowego oczekiwana jest stabilizacja notowań EUR/PLN wokół 4,5–4,6, zaś w odniesieniu do dolara eksperci oczekują wzmocnienia w stronę 4,0 średniorocznie w latach 2023 i 2024.

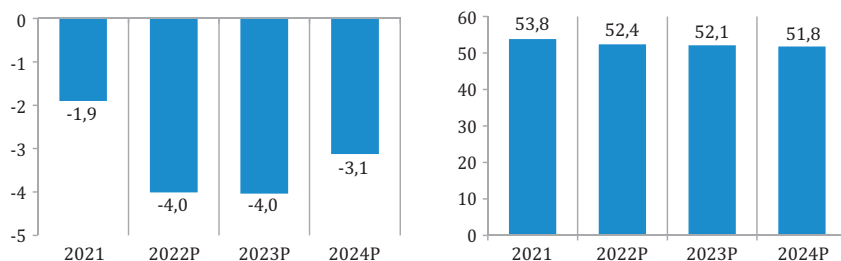
Rysunek 5. EUR/PLN i USD/PLN (średnioroczny)

Źródło: opracowanie własne.

1.6. Sektor finansów publicznych

Według ankietowanych ekspertów deficyt finansów publicznych utrzyma się na poziomie 4% w najbliższych dwóch latach, by spaść do 3,1% w 2024 r. Wysoka inflacja, przekładająca się na wysoki nominalny wzrost PKB, oznaczać jednak będzie stabilizację poziomu długu sektora finansów publicznych na poziomie ok. 52% PKB, pomimo rosnącego wolumenu zadłużenia.

Rysunek 6. Wynik sektora finansów publicznych i dług sektora finansów publicznych (wg metodyki UE; % PKB)



Źródło: opracowanie własne.

Tabela 1. Prognozy wybranych wskaźników makroekonomicznych w latach 2022–2024

Dane			Wyniki ankiet				Liczba ekspertów
Wskaźnik	Miara	2021	2022P	2023P	2024P		
PKB (r/r; %)	średnia	5,9	4,5	2,5	3,3	[12]	
	odchylenie		0,7	0,6	0,7		
Popyt krajowy (r/r; %)	średnia	7,6	5,4	2,7	3,4	[10]	
	odchylenie		1,0	1,4	0,7		
Spożycie indywidualne (r/r; %)	średnia	6,1	4,5	3,0	3,7	[11]	
	odchylenie		0,6	1,1	0,7		
Nakłady brutto na środki trwałe (r/r; %)	średnia	3,8	3,0	3,6	3,9	[11]	
	odchylenie		1,8	3,5	2,7		
Stopa bezrobocia (BAEL; stan na koniec roku; %)	średnia	2,9	2,9	3,1	3,1	[10]	
	odchylenie		0,4	0,6	0,6		
Wynagrodzenia w gospodarce narodowej (r/r; %, nominalnie)	średnia	8,9	11,1	9,3	7,7	[12]	
	odchylenie		1,6	0,9	0,8		
Pracujący w gospodarce narodowej (stan w końcu okresu; r/r; %)	średnia	0,2	0,7	0,2	0,0	[6]	
	odchylenie		0,6	0,6	0,2		
Inflacja (CPI; średnioroczna; %)	średnia	5,1	12,9	9,6	6,2	[11]	
	odchylenie		0,4	1,1	2,3		
Inflacja (CPI; XII; %)	średnia	8,6	12,6	7,2	5,4	[11]	
	odchylenie		1,5	1,4	2,6		

Tabela 1 - cd.

Dane			Wyniki ankiet			Liczba ekspertów
Wskaźnik	Miara	2021	2022P	2023P	2024P	
EUR/PLN (średnioroczny)	średnia	4,57	4,60	4,50	4,48	[11]
	odchylenie		0,05	0,12	0,11	
EUR/PLN (koniec roku)	średnia	4,60	4,55	4,49	4,50	[11]
	odchylenie		0,08	0,14	0,12	
USD/PLN (średnioroczny)	średnia	3,86	4,22	4,03	3,93	[10]
	odchylenie		0,07	0,15	0,17	
USD/PLN (koniec roku)	średnia	4,06	4,13	3,97	3,90	[9]
	odchylenie		0,16	0,17	0,16	
Stopa referencyjna (na koniec roku; %)	średnia	1,75	7,21	6,81	5,18	[12]
	odchylenie		0,63	1,32	1,01	
WIBOR 3M (na koniec roku; %)	średnia	2,54	7,40	6,41	4,92	[9]
	odchylenie		0,70	1,12	0,74	
Rentowność obligacji 5L (na koniec roku; %)	średnia	3,53	6,74	6,13	4,77	[8]
	odchylenie		0,47	1,01	0,85	
Wynik sektora finansów publicznych wg metodyki UE (% PKB)	średnia	-1,9	-4,0	-4,0	-3,1	[11]
	odchylenie		0,8	0,9	1,6	
Dług sektora finansów publicznych wg metodyki UE (% PKB)	średnia	53,8	52,4	52,1	51,8	[9]
	odchylenie		2,1	3,1	4,0	
Saldo na rachunku bieżącym bilansu płatniczego (% PKB)	średnia	-0,6	-2,8	-2,7	-1,9	[8]
	odchylenie		1,2	1,5	1,2	

Źródło: opracowanie własne.

2. Najważniejsze zagrożenia dla koniunktury gospodarczej w Polsce w perspektywie roku 2024

Bezapelacyjnym zwycięzcą w kategorii zagrożeń w omawianej ankiecie jest „utrwalenie wysokiej inflacji, prowadzące do wysokiego poziomu stóp procentowych, mocno hamujących wzrost”, czyli ryzyko scenariusza stagflacyjnego. Na to zagrożenie wskazało 95% respondentów, alokując na to jedno zagrożenie średnio prawie 25 punktów spośród 100 na wszystkie ryzyka. Wysoka i utrwalająca się inflacja była wskazywana już we wcześniejszych badaniach jako poważne ryzyko, natomiast dziś zajmuje pierwsze miejsce. Jeśli wziąć pod uwagę, że na trzecim miej-

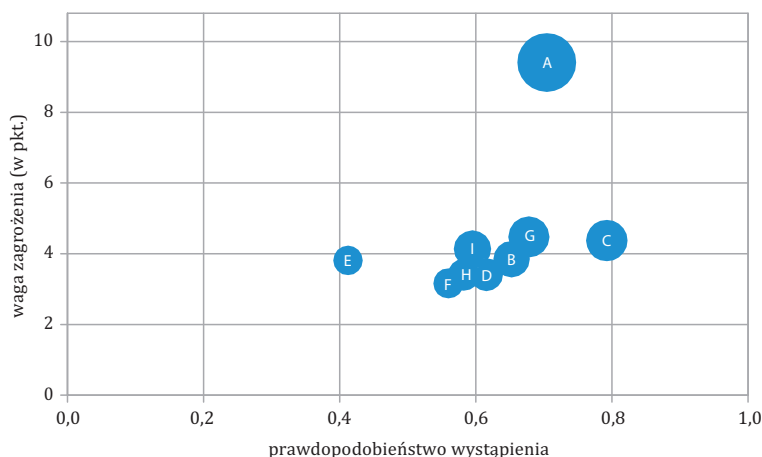
scu są „wysokie ceny energii”, a więc jeden z czynników napędzających inflację, to widać zdominowanie mapy największych zagrożeń przez „kompleks inflacyjny”. O ile prognozy ekspertów wskazują na stopniowe hamowanie inflacji konsumpcyjnej (CPI) z 12,9% w 2022 roku do 9,6% i 6,2% w kolejnych dwóch latach, o tyle należy pamiętać o ryzykach związanych z ewentualnością przedłużania się wojny na Ukrainie (embargo na nośniki energii z Rosji, ryzyko znacznie niższego eksportu produktów żywnościowych i surowców z Ukrainy, jak i z objętych embargiem Rosji i Białorusi). „Problemy z cenami i dostępnością surowców i materiałów, zakłócenia w łańcuchach dostaw” to czynnik ryzyka, który zajął miejsce już za podium, ale pokazuje, że niestety jest potencjał do zaskoczeń w górę jeśli chodzi o CPI. Tym bardziej, że wskaźnik inflacji cen producentów (PPI), który jest wskaźnikiem wyprzedzającym dla CPI i który od wielu miesięcy utrzymuje wyższe tempo wzrostu od CPI – wzrósł w kwietniu o 23,3%. Szczyt inflacji konsumpcyjnej jeszcze przed nami, prawdopodobnie w ostatnim kwartale 2022 roku.

Drugą grupą czynników ryzyka wskazywaną przez ekspertów EKF są kwestie związane z polityką makroekonomiczną: „niespójne *policy mix*, niewiarygodna polityka makroekonomiczna” to czynnik ryzyka, który zajął drugie miejsce pod względem wagi zagrożenia, zaś czwarte miejsce zajął „stan finansów publicznych”. Widać więc, że eksperci dostrzegają znaczące źródła zagrożeń dla koniunktury w prowadzonej polityce fiskalnej i monetarnej.

Rysunek 7. Najważniejsze zagrożenia dla koniunktury gospodarczej w Polsce w perspektywie roku 2024, wskazane przez Ekspertów EKF

		Waga (1 oznacza najwyższą wagę)	Prawdo- podobień- stwo	Odsetek respondentów
A	Utrwalenie wysokiej inflacji, prowadzące do wysokiego poziomu stóp procentowych, mocno hamujących wzrost (scenariusz stagflacji)	1	0,70	95%
B	Problemy z cenami i dostępnością surowców i materiałów, zakłócenia w łańcuchach dostaw	5	0,65	82%
C	Wysokie ceny energii	3	0,79	85%
D	Negatywny wpływ długoterminowych działań wojennych na Ukrainie	7	0,62	82%
E	Konflikt z UE	6	0,41	79%
F	Niewystarczający poziom inwestycji	9	0,56	85%
G	Niespójne <i>policy mix</i> , niewiarygodna polityka makroekonomiczna	2	0,68	79%
H	Słabnąca koniunktura na świecie	8	0,58	79%
I	Stan finansów publicznych	4	0,60	90%

Rysunek 7 – cd.



* Wielkość kół oznacza sumę iloczynów wagi czynnika oraz prawdopodobieństwa wystąpienia przyznanych przez poszczególnych ekspertów.

Źródło: opracowanie własne.

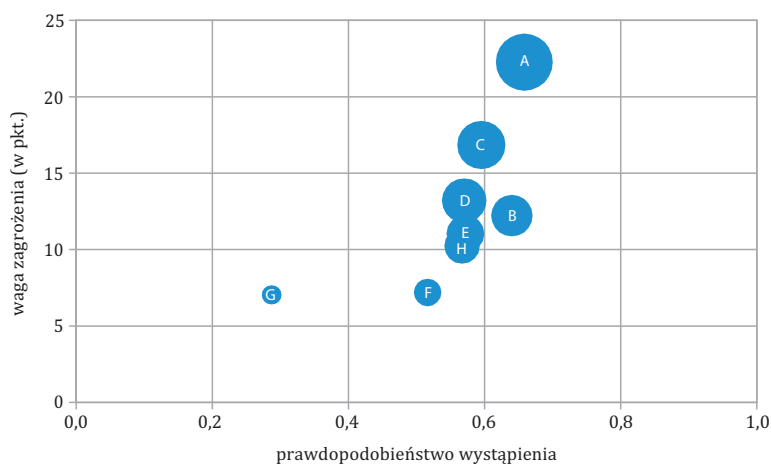
3. Najważniejsze zagrożenia dla stabilności polskiego systemu finansowego w perspektywie roku 2024

Podobnie jak w trzech poprzednich edycjach konsensusu prognostycznego EKF, również obecnie większość ekspertów uważa, że najważniejszym zagrożeniem dla stabilności polskiego systemu finansowego w najbliższych latach będzie pogorszenie wartości i jakości portfela kredytowego. Pokryzysowa utrata wartości portfela kredytowego, wynikająca z pogorszenia sytuacji finansowej kredytobiorców, wzmocniona zostanie podwyżkami stóp procentowych, osłabieniem PLN i pogorszeniem perspektyw wzrostu gospodarczego. Zgodnie z wcześniejszymi przewidywaniami ekspertów postępuje kumulacja ryzyka kredytowego i prawnego, wynikającego z nierozwiązania kwestii walutowych kredytów mieszkaniowych i z coraz większej liczby unieważnionych przez sądy umów kredytowych z „frankowiczami”. Dodatkowym elementem mogącym zdestabilizować polski system finansowy jest ryzyko związane ze zmianami klimatycznymi i koniecznością dostosowań w procesie zielonej transformacji.

Zagrożeniem dla stabilności systemu finansowego w dłuższym okresie jest nadmierny udział Skarbu Państwa we własności banków. Wzrastająca ingerencja państwa w system bankowy podnosi koszty i ryzyko działania sektora. Nadmierne finansowanie budżetu państwa przez banki generuje niebezpieczne sprzężenie zwrotne zależności kondycji banków od państwa i zależności państwa od kondycji banków.

Rysunek 8. Najważniejsze zagrożenia dla stabilności polskiego systemu finansowego w perspektywie 2024 roku, wskazane przez Ekspertów EKF

		Waga (1 oznacza najwyższą wagę)	Prawdopodobieństwo	Odsetek respondentów
A	Pogorszenie jakości portfela kredytowego na skutek wzrostu stóp procentowych, osłabienia waluty oraz pogorszenia perspektyw wzrostu	1	0,66	95%
B	Spadek wartości portfela obligacji w posiadaniu banków na skutek silnego wzrostu rynkowych stóp procentowych	4	0,64	87%
C	Pogłębiająca się ingerencja państwa w system bankowy, podnosząca koszty i ryzyko działania sektora	2	0,60	95%
D	Ryzyko nadmiernej zależności wybranych banków od państwa i nadmiernego finansowania budżetu państwa przez banki	3	0,57	89%
E	Brak antycyklicznej polityki makroostrożnościowej	5	0,57	82%
F	Ryzyka związane ze zmianami klimatycznymi i koniecznością dostosowań w procesie zielonej transformacji	7	0,52	74%
G	Ryzyko związane z upadłością dużego banku	8	0,29	66%
H	Rosnąca niespójność polityki gospodarczej, zwiększająca awersję banków do podejmowania ryzyka	6	0,57	74%



* Wielkość kół oznacza sumę iloczynów wagi czynnika oraz prawdopodobieństwa wystąpienia przyznanych przez poszczególnych ekspertów.

Źródło: opracowanie własne.

4. Najważniejsze zagrożenia dla wiarygodności złotego w perspektywie roku 2024

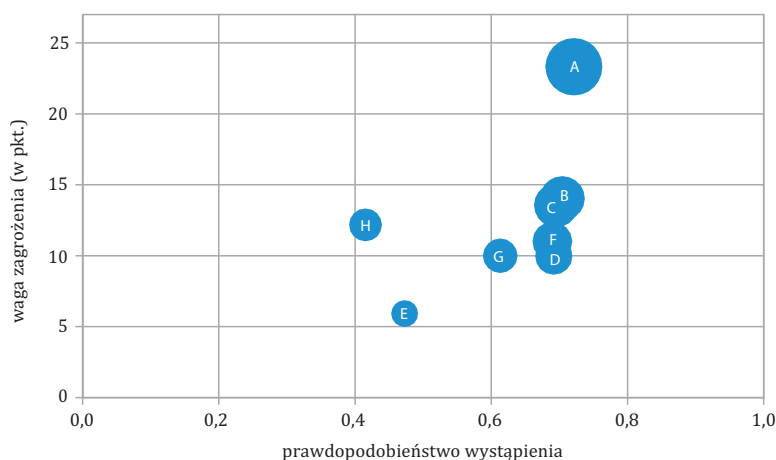
Obecnie polski złoty, podobnie jak dolar amerykański czy euro, to tzw. pieniądź fiducjarny, czyli nieoparty na kruszcach, lecz funkcjonujący tylko na podstawie zaufania do emitenta waluty. Ponieważ opiera się wyłącznie na zaufaniu do państwa, które z kolei zależy od wielu czynników, to również wiarygodność złotego jest wypadkową wielu czynników. Poprosiliśmy grono wybitnych polskich ekonomistów o opinię, co determinuje obecnie wiarygodność PLN. Na podstawie opinii 35 ekspertów, głównie makroekonomistów bankowych i profesorów akademickich, wyodrębniliśmy osiem homogenicznych grup czynników, a następnie poprosiliśmy ekspertów o przyznanie rang poszczególnym grupom czynników oraz subiektywnego prawdopodobieństwa ich wystąpienia. Syntetyczne wyniki badań ilustruje rysunek 9.

Największym zagrożeniem dla wiarygodności PLN jest wysoka i utrwalająca się inflacja wynikająca w znacznej części z polityki pieniężnej prowadzonej w latach 2020–2021. Szczególnie krytycznie oceniane są decyzje, które doprowadziły do najniższych w regionie stóp procentowych oraz opóźnione rozpoczęcie normalizacji polityki pieniężnej. Dodatkowo łączy się ona z nieczytelną i niespójną polityką informacyjną NBP. Podnoszona jest również kwestia niewystarczającej niezależności NBP od bieżącej polityki gospodarczej oraz braku harmonizacji polityki fiskalnej i pieniężnej.

Niekontrolowana i utrwalająca się inflacja, ekspansywna polityka fiskalna zakładająca się na wysokie deficyty i wzrost zadłużenia publicznego oraz obietnice wyborcze destabilizujące finanse publiczne to trzy najważniejsze zagrożenia dla wiarygodności PLN obecnie i w najbliższym okresie. Ich znaczenie i prawdopodobieństwo wystąpienia są, w ocenie ekspertów, wyższe niż zagrożenia zewnętrzne. Najważniejsze zagrożenia zewnętrzne dla wiarygodności to konflikt z Unią Europejską i trwanie wojny w Ukrainie.

Rysunek 9. Najważniejsze zagrożenia dla wiarygodności złotego w perspektywie 2024 roku, wskazane przez Ekspertów EKF

		Waga (1 oznacza najwyższą wagę)	Prawdopodobieństwo	Odsetek respondentów
A	Wysoka i utrwalająca się inflacja	1	0,72	92%
B	Ekspansywna polityka fiskalna, przekładająca się na wysokie deficyty i wzrost zadłużenia publicznego	2	0,70	89%
C	Ryzyko obietnic wyborczych destabilizujących finanse publiczne	3	0,70	92%
D	Nieoptymalna polityka pieniężna, niespójna z polityką fiskalną	7	0,69	76%
E	Niska skuteczność polityki monetarnej z powodu nadpłynności sektora bankowego	8	0,47	66%
F	Niski poziom wiarygodności władz monetarnych	5	0,69	84%
G	Kontynuacja wojny na Ukrainie	6	0,61	76%
H	Konflikt z UE	4	0,42	84%



* Wielkość kół oznacza sumę iloczynów wagi czynnika oraz prawdopodobieństwa wystąpienia przyznanych przez poszczególnych ekspertów.

Źródło: opracowanie własne.

5. Rekomendacje

5.1. Najważniejsze rekomendowane obszary działań w polityce gospodarczej Polski

Wśród rekomendacji dotyczących polityki gospodarczej na najbliższe lata zaproponowanych w tej edycji ankiety można wyróżnić cztery główne grupy tematyczne:

1. Zapewnienie spójności polityki fiskalnej i monetarnej (tzw. *policy mix*) oraz przywrócenie wiarygodności każdej z tych polityk;
2. Stabilizacja finansów publicznych, wzmocnienie podejścia wolnorynkowego w gospodarce;
3. Uruchomienie KPO, pobudzanie inwestycji, w tym transformacja energetyczna;
4. Uniezależnienie banków od polityki.

5.1.1. Zapewnienie spójności polityki fiskalnej i monetarnej (tzw. *policy mix*) oraz przywrócenie wiarygodności każdej z tych polityk

Zdecydowana większość ankietowanych specjalistów wskazała na niespójność ekspansywnej polityki fiskalnej z zacieśnianą polityką monetarną i wskazała na konieczność zacieśniania każdej z nich, aby skutecznie walczyć z inflacją w zakresie, w jakim mają na nią wpływ czynniki krajowe. Równocześnie wskazano na konieczność odbudowy wiarygodności tak polityki monetarnej, jak i polityki fiskalnej.

Wiarygodność polityki monetarnej została nadszarpnięta przez zbyt długie ignorowanie sygnałów presji inflacyjnej i pozwolenie inflacji na tak znaczący wzrost, a także poprzez słabość polityki komunikacyjnej władz monetarnych. Odbudowa tej wiarygodności musi uwzględniać m.in. dalsze podwyżki stóp procentowych, powiązane z rzetelną analizą przyczyn i prawdopodobnej ścieżki inflacji oraz znaczącą poprawę komunikacji bieżącej i planowanej polityki (*forward guidance*).

Polityka fiskalna zbyt długo pozostawała ekspansywna w warunkach silnego wzrostu gospodarczego, przyczyniając się do presji inflacyjnej i, co gorsza, wysoki poziom ekspansywności tej polityki nie został jak dotąd ograniczony. Postulat ograniczenia i racjonalizacji wydatków publicznych powraca regularnie w rekomendacjach ekspertów – także i tym razem jest to osobna grupa tematyczna, omawiana poniżej. W obecnych warunkach widać jednak jeszcze lepiej, że konsolidacja i stabilizacja finansów publicznych jest nie tylko warunkiem wzrostu gospodarki, ale ma także wymiar utrzymywania inflacji w ryzach.

5.1.2. Stabilizacja finansów publicznych, wzmocnienie podejścia wolnorynkowego w gospodarce

Ankietowani wskazują na działania niezbędne dla konsolidacji finansów publicznych i równocześnie na potrzebę powrotu do porządku wolnorynkowego, wobec coraz mocniejszych prób działań interwencjonistycznych.

W szczególności rekomendują:

- przywrócenie działania reguł fiskalnych,
- ograniczenie deficytu sektora finansów publicznych poniżej 3%,
- reformę nakierowaną na zwiększenie przejrzystości finansów publicznych oraz poddania ich w pełnym zakresie kontroli parlamentarnej,
- przegląd wydatków publicznych, zaprzestanie generowania nowych wydatków,
- reformę systemu podatkowego i jego uproszczenie,
- zwiększenie poziomu stabilności regulacji podatkowych, odbudowę klimatu inwestycyjnego,
- zaprzestanie ingerencji państwa w prywatne umowy (w szczególności między bankami a ich klientami),
- zmianę struktury wydatków finansów publicznych poprzez redukcję transferów socjalnych przy podniesieniu nakładów na cele kluczowe dla rozwoju, m.in. na politykę zdrowotną, obronę narodową, transformację energetyczną, politykę migracyjną.

5.1.3. Uruchomienie KPO, pobudzanie inwestycji, w tym transformacja energetyczna

Ankietowani licznie wskazali na konieczność możliwie najszybszego uruchomienia Krajowego Planu Odbudowy, postrzeganego jako możliwe „koło zamachowe” dla inwestycji w najbliższych kwartałach. Wymaga to zakończenia wojny prawnej z UE. W szerszym kontekście ekonomiści niezmiennie podnoszą temat wsparcia dla procesów inwestycyjnych, budujących potencjał gospodarki. W katalogu niezbędnych działań mieści się ustabilizowanie otoczenia regulacyjnego i podatkowego, odbudowa pozytywnego klimatu dla inwestycji, w szczególności także inwestycji związanych z transformacją energetyczną i „Zielonym Ładem”.

5.1.4. Uniezależnienie banków od polityki

Ograniczenie zależności wybranych banków od państwa, ograniczenie nadmiernego finansowania budżetu państwa przez banki, a także zwolnienie z podatku bankowego nowo udzielanych kredytów inwestycyjnych.