

Kinga Bryl*

Wdrożenie pakietu CRDIV/CRR do prawa polskiego

Spis treści

- I. Zastąpienie dyrektywy nr 48/2006 i dyrektywy nr 49/2006 przez pakiet CRDIV/CRR
- II. Podmiotowy zakres stosowania pakietu CRDIV/CRR
- III. Zagadnienia definicyjne związane z transpozycją CRDIV i obowiązywaniem CRR
- IV. Nowe w odniesieniu do dyrektywy nr 48/2006 i dyrektywy nr 49/2006 regulacje zawarte w pakiecie CRDIV/CRR
- V. Inne istotne zmiany w ustawie o obrocie, w ustawie – Prawo bankowe oraz w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym
- VI. Wnioski końcowe

Streszczenie

Przedmiotem publikacji jest ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz.U. poz. 1513), która zawiera przepisy zakładające wdrożenie pakietu CRDIV/CRR do prawa polskiego poprzez transpozycję dyrektywy 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, zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz. Urz. UE L 176 z 27.06.2013 r., s. 338, z późn. zm.) (dalej: CRDIV), oraz wdraża w koniecznym zakresie przepisy rozporządzenia 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. Urz. UE L 176 z 27.06.2013 r., s. 1, z późn. zm.) (dalej: CRR).

Słowa kluczowe: dyrektywa nr 48/2006; dyrektywa nr 49/2006; CRDIV; CRR; Bazylea III.

JEL: K23

* Pracownik Departamentu Prawnego Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz studiów podyplomowych Akademia Profesjonalnego Inwestowania w Szkole Głównej Handlowej; w 2007 r. ukończyła aplikację sądową w Sądzie Okręgowym w Warszawie oraz została wpisana na listę adwokatów prowadzoną przez Okręgową Radę Adwokacką w Warszawie; obecnie jest wpisana na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Warszawie; e-mail: kingabryl@gmail.com. Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniony.

I. Zastąpienie dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 przez pakiet CRDIV/CRR

Celem niniejszej publikacji jest zwięźle przedstawić zmiany wynikające z CRDIV (*Capital Requirements Directive IV*) oraz CRR (*Capital Requirements Regulation*) w stosunku do regulacji dyrektywy nr 48/2006¹ (*Capital Requirements Directive*) i dyrektywy nr 49/2006² (*Capital Adequacy Directive*).

Na wstępie wyjaśnić należy, że CRDIV znowelizowała i połączyła w jedną całość dyrektywy nr 48/2006 i 49/2006. CRR natomiast zawiera wszystkie przepisy techniczne z uchylonych dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 oraz nowe przepisy implementujące porozumienie Bazylea III³. W stosunku do dotychczasowych przepisów zostały dodane bądź zmienione regulacje dotyczące ryzyka płynności, procykliczności, dźwigni finansowej, definicji kapitałów oraz ryzyka kredytowego kontrahenta. Ponadto do CRDIV włączono przepisy dotyczące ładu korporacyjnego (*corporate governance*), sankcji (*sanctioning regimes*) oraz część zapisów poświęconych zarządzaniu kryzysowemu (*crisis management*). CRDIV zawiera przepisy dotyczące warunków podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, ram nadzoru nad instytucjami kredytowymi i domami maklerskimi oraz ogólne przepisy dotyczące adekwatności kapitałowej tych instytucji⁴. Przy tym szczegółowe wymogi kapitałowe dla instytucji określone są w CRR. Ponadto CRDIV zawiera nowe przepisy dotyczące buforów kapitałowych. CRR obejmuje w szczególności przepisy dotyczące funduszy własnych instytucji, ryzyka kredytowego, rynkowego i operacyjnego, a także sekurytyzacji, płynności, dźwigni finansowej oraz uprawnień KE do wydawania aktów delegowanych oraz obowiązki informacyjne instytucji⁵.

Obowiązujące co do zasady bezpośrednio regulacje CRR zastąpiły w szczególności następujące uchwały KNF wydane na podstawie ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (dalej: Pb)⁶: Nr 384/2008⁷, Nr 208/2011⁸, Nr 386/2008⁹, Nr 385/2008¹⁰, Nr 434/2010¹¹, Nr 387/2008¹²,

¹ Dyrektywa 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz. Urz. UE L 177 z 30.06.2006 r., s. 1 z późn. zm.).

² Dyrektywa 2006/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (Dz. Urz. UE L 177 z 30.06.2006 r., s. 201 z późn. zm.).

³ Zrewidowana wersja tzw. Nowej Umowy Kapitałowej dotycząca struktury oceny adekwatności kapitałowej instytucji, testów warunków skrajnych oraz ryzyka płynności opracowana przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego w latach 2010-2011; <http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm?m=3%7C14%7C572> (31.01.2016).

⁴ W przedmiotowym opracowaniu pojęcia „instytucja” będą używać w odniesieniu do banków oraz domów maklerskich objętych nadzorem wynikającym z regulacji pakietu CRDIV/CRR.

⁵ Uzasadnienie projektu – <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/l/2/216475/216520/216521/dokument152384.pdf> (31.01.2016).

⁶ T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.

⁷ Uchwała KNF Nr 384/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie wymagań dotyczących identyfikacji, monitorowania i kontroli koncentracji zaangażowań, w tym dużych zaangażowań (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 38).

⁸ Uchwała KNF Nr 208/2011 z 22.08.2011 r. w sprawie szczegółowych zasad i warunków uwzględniania zaangażowań przy ustalaniu przestrzegania limitu koncentracji zaangażowań i limitu dużych zaangażowań (Dz. Urz. KNF nr 9, poz. 34).

⁹ Uchwała KNF Nr 386/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie ustalenia wiążących banki norm płynności, uchwała KNF Nr 325/2011 z 20.12.2011 r. w sprawie innych pomniejszych funduszy podstawowych, ich wysokości, zakresu i warunków pomniejszania o nie funduszy podstawowych banku, innych pozycji bilansu banku zaliczanych do funduszy uzupełniających, ich wysokości, zakresu i warunków ich zaliczania do funduszy uzupełniających banku, pomniejszych funduszy uzupełniających, ich wysokości, zakresu i warunków pomniejszania o nie funduszy uzupełniających banku oraz zakresu i sposobu uwzględniania działania banków w holdingach w obliczaniu funduszy własnych (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 40).

¹⁰ Uchwała KNF Nr 385/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie szczegółowych zasad i sposobu ogłaszania przez banki informacji o charakterze jakościowym i ilościowym dotyczących adekwatności kapitałowej oraz zakresu informacji podlegających ogłaszaniu (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 39).

¹¹ Uchwała KNF Nr 434/2010 z 20.12.2010 r. w sprawie innych pozycji bilansu banku zaliczanych do funduszy podstawowych banku, ich wysokości, zakresu i warunków ich zaliczania do funduszy podstawowych banku (Dz. Urz. KNF nr 1, poz. 1).

¹² Uchwała KNF Nr 387/2008 z 17.12.2008 r. – w sprawie określenia ocen wiarygodności kredytowej nadawanych przez zewnętrzne instytucje oceny wiarygodności kredytowej, z których bank może korzystać w celu ustalenia wymogów kapitałowych i zakresu korzystania z tych ocen oraz ich powiązania ze stopniami jakości kredytowej (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 41).

Nr 390/2008¹³ oraz Nr 76/2010¹⁴. W zakresie rynku kapitałowego regulacje CRR zastąpiły następujące rozporządzenia Ministra Finansów do ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (dalej: uoif albo ustawa o obrocie)¹⁵: rozporządzenie z dnia 18 listopada 2009 r. w sprawie zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania całkowitego wymogu kapitałowego, w tym wymogów kapitałowych, dla domów maklerskich oraz określenia maksymalnej wysokości kredytów, pożyczek i wyemitowanych dłużnych papierów wartościowych w stosunku do kapitałów¹⁶ oraz rozporządzenie z dnia 26 listopada 2009 r. w sprawie upowszechniania informacji związanych z adekwatnością kapitałową¹⁷.

Jednocześnie wraz z transpozycją CRDIV wszystkie obowiązujące w sektorze bankowym uchwały KNF stanowiące transpozycję dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 i nieobjęte regulacjami CRR zostały zastąpione przez następujące rozporządzenia Ministra Finansów: rozporządzenie wydane na podstawie art. 133e Pb w sprawie określenia kryteriów i sposobu przeprowadzania badania i oceny nadzorczej, rozporządzenie wydane na podstawie art. 9f ust. 1 Pb dotyczące systemu zarządzania ryzykiem i polityki wynagrodzeń, rozporządzenie wydane na podstawie art. 128 ust. 6 Pb dotyczące szacowania kapitału wewnętrznego oraz rozporządzenie wydane na podstawie art. 6a ust. 9 Pb odnoszące się do outsourcingu. Uchylono lub zmieniono jednocześnie przepisy, które stanowiły podstawę wydawania uchwał KNF (*vide* zmiany w art. 9f oraz uchylenie art. 9g Pb). Nie będzie już również możliwości wydawania uchwał przez KNF na podstawie uchylonego art. 105b ust. 7 uoif; stosowne regulacje dotyczące zewnętrznych instytucji oceny wiarygodności kredytowej tzw. ECAI (*External Credit Assessment Institutions*) zawarte są obecnie w CRR. Kierunek zmian należy ocenić jako pozytywną tendencję z punktu widzenia pewności obrotu prawnego.

II. Podmiotowy zakres stosowania pakietu CRDIV/CRR

W ramach rynku bankowego, przepisy pakietu CRDIV/CRR mają zastosowanie do instytucji kredytowych niewyłączonych na mocy art. 2 ust. 5 CRDIV, tj. do wszystkich instytucji przyjmujących depozyty lub inne fundusze podlegające zwrotowi od klientów i udzielających kredytów na własny rachunek poza spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi (dalej: SKOK), zgodnie z dyspozycją art. 1 akapit 1 CRR, który stanowi, że CRR ustanawia jednolity zbiór przepisów dotyczących ogólnych wymogów ostrożnościowych, które muszą być przestrzegane przez instytucje objęte nadzorem w ramach CRDIV. Zakres zastosowania pakietu CRDIV/CRR obejmuje zatem zasadniczo wszystkie banki krajowe.

Natomiast w zakresie rynku kapitałowego przepisy wdrażające pakiet CRDIV/CRR mają zastosowanie wyłącznie do tych domów maklerskich, które zostały wskazane w art. 4 ust. 1 pkt 2 CRR. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 CRR pojęcie „firma inwestycyjna” oznacza osobę fizyczną lub prawną określone w art. 4 ust. 1 pkt 1 MiFID¹⁸, z wyjątkiem instytucji kredytowych, przedsiębiorstw

¹³ Uchwała KNF Nr 390/2008 z 17.12.2008 r. w sprawie sposobu prowadzenia wykazu holdingów, trybu składania i aktualizacji zgłoszeń holdingów oraz wzoru zgłoszenia holdingu (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 44).

¹⁴ Uchwała KNF Nr 76/2010 z 10.03.2010 r. – w sprawie zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania wymogów kapitałowych z tytułu poszczególnych rodzajów ryzyka (Dz. Urz. KNF nr 2, poz. 11).

¹⁵ T.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 94 z późn. zm.

¹⁶ Dz. U. z 2013 r. poz. 959.

¹⁷ Dz. U. z 2009 r. Nr 210, poz. 1615 z późn. zm.

¹⁸ Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21.04.2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/ EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz. Urz. UE L 145 z 30.04.2004 r., s. 1 z późn. zm.).

miejscowych oraz firm, które nie mając zezwolenia na przechowywanie lub rejestrowanie instrumentów finansowych¹⁹ prowadzą działalność maklerską wyłącznie w zakresie, o którym mowa w art. 69 ust. 2 pkt 1, 2, 4 i 5 uoif²⁰, przy czym nie mają zezwolenia na przechowywanie środków pieniężnych ani papierów wartościowych swoich klientów i z tego powodu nie mogą w żadnym momencie być zadłużone wobec tych klientów. Zatem przepisy pakietu CRDIV/CRR stosuje się zawsze do tych domów maklerskich, które mają zezwolenie na przechowywanie lub rejestrowanie instrumentów finansowych oraz do tych domów, które tego zezwolenia nie mają, ale prowadzą działalność w zakresie określonym w art. 69 ust. 2 pkt 3, 6, 7 lub 8 uoif²¹. Celem podkreślenia, iż przepisy transponujące CRDIV nie mają zastosowania do wszystkich domów maklerskich, przepisy art. 110a–110zh uoif stanowiące transpozycję CRDIV zostały zamieszczone w odrębnym oddziale 2a tej ustawy, jednocześnie uchylone zostały przepisy art. 98a–98j, oraz 105–105g, które stanowiły dotychczas transpozycję dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006.

Dodatkowo odnosząc się do zakresu podmiotowego stosowania przepisów pakietu CRDIV/CRR w przypadku domów maklerskich, wskazać należy na treść art. 95 ust. 2 CRR, który, podobnie jak art. 96 i art. 97 CRR, nie miał swojego odpowiednika we wcześniej obowiązujących przepisach unijnych. Przepis ten wprowadza obowiązek stosowania części przepisów CRR odnoszących się do obliczania kwoty łącznej ekspozycji do domów maklerskich nieobjętych definicją zamieszczoną w art. 4 ust. 1 pkt 2 CRR, tj. takich, które nie mają zezwolenia na przechowywanie lub rejestrowanie instrumentów finansowych i prowadzą działalność określoną w art. 69 ust. 2 pkt 2 i 4 uoif, czyli są co do zasady wyłączone ze stosowania przepisów pakietu CRDIV/CRR. Nadto art. 31 CRDIV (transponowany w art. 98 ust. 9 uoif), dotyczący ochrony przed ryzykiem w odniesieniu do firm nieuprawnionych do przechowywania środków pieniężnych ani papierów wartościowych klientów, ma zastosowanie do firm inwestycyjnych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. c CRR, czyli do domów maklerskich wyłączonych ze stosowania pakietu CRDIV/CRR.

W kontekście zakresu podmiotowego obowiązywania pakietu CRDIV/CRR wskazać należy również na problemy związane ze stosowaniem do domów maklerskich przepisów tego pakietu pierwotnie projektowanych z myślą o instytucjach kredytowych. Problemy te nie były tak widoczne przed wejściem w życie bezpośrednio stosowanego CRR, gdy wszystkie przepisy unijne zawarte były w dyrektywach podlegających transpozycji. Obecnie, gdy znaczna część omawianych regulacji została zamieszczona w CRR, bardziej zauważalny jest brak pełnego dostosowania niektórych wymogów do specyfiki rynku firm inwestycyjnych w UE. Należy w tym kontekście wskazać w szczególności na przepisy części czwartej („Duże ekspozycje”), części szóstej („Płynność”) oraz części siódmej („Dźwignia finansowa”) CRR. Ponadto część przepisów pakietu CRR jest niejako ukierunkowana na mające zasadnicze znaczenie w działalności banków ryzyko kredytowe, które z punktu widzenia domów maklerskich nie stanowi tak istotnego zagadnienia.

Jednocześnie w zakresie przepisów wspomnianej części czwartej CRR należy zwrócić uwagę na art. 388 CRR, który wyłącza z zakresu tych przepisów CRR (przepisy dotyczące limitów dużych ekspozycji) tylko domy maklerskie, o których mowa w art. 95 ust. 1 i 96 ust. 1 CRR, zatem przepis

¹⁹ Art. 69 ust. 4 pkt 1 uoif.

²⁰ Przyjmowanie i przekazywanie zleceń, wykonywanie zleceń, zarządzanie portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych oraz doradztwo inwestycyjne.

²¹ Nabywanie i zbywanie na własny rachunek instrumentów finansowych, oferowanie instrumentów finansowych, świadczenie usług w wykonaniu umów o subemisję inwestycyjne i usługowe oraz organizowanie ASO.

ten nie eliminuje problemów związanych ze stosowaniem przepisów części czwartej CRR do domów maklerskich. Należy przypuszczać, że domy maklerskie z uwagi na wspomnianą specyfikę prowadzonej działalności mogą mieć problem ze spełnieniem tych wymogów.

Zauważone na poziomie europejskim problemy związane z dostosowaniem przepisów CRR do specyfiki działalności firm inwestycyjnych w UE zostały opisane w raporcie EBA *Report on investment firms* EBA/Op/2015/20²².

III. Zagadnienia definicyjne związane z transpozycją CRDIV i obowiązaniem CRR

Pojęcie „firma inwestycyjna”, którym posługuje się CRR, ma swoje od lat utarte znaczenie w systemie prawa polskiego, związane z czterema kategoriami podmiotów określonymi w art. 3 pkt 33 uoif. Pojęcie to obejmuje zatem w szczególności obok domów maklerskich również banki prowadzące działalność maklerską, zagraniczne firmy inwestycyjne oraz zagraniczne osoby prawne. Nie było zatem trafne użycie w polskiej wersji CRR pojęcia „firma inwestycyjna”, w odniesieniu do określonej wyodrębnionej kategorii domów maklerskich (pojęcie zdefiniowane w art. 95 uoif). Należy stwierdzić, że CRR w tym zakresie nie jest spójny z siatką pojęciową używaną w ustawie o obrocie i innych ustawach odnoszących się do rynku finansowego w Rzeczypospolitej Polskiej.

Na uwagę zasługuje również odwołująca się art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR definicja „instytucji kredytowej” sformułowana na potrzeby oddziału 2a ustawy o obrocie. Właściwe odczytanie tej definicji wymaga powiązania jej z treścią art. 1 akapit 1 CRR, który wskazuje, że przepisy CRR mają zastosowanie do instytucji objętych nadzorem w ramach CRDIV, zatem w przypadku polskiego systemu prawnego z zakresu zastosowania pakietu CRDIV/CRR wyłączone są w szczególności SKOK-i.

Natomiast z uwagi na fakt, że ustawa – Prawo bankowe posługuje się pojęciem „instytucja kredytowa” na określenie banków z UE, natomiast art. 4 ust. 1 pkt 1 CRR używa tego samego pojęcia na określenie wszystkich instytucji przyjmujących depozyty i udzielających kredytów (w tym banków krajowych), w art. 4 ust. 4 Pb wprowadzono następujący przepis: „Bank krajowy i bank zagraniczny są instytucją, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nr 575/2013”.

Innego rodzaju problemem jest kwestia używanego w pakiecie CRDIV/CRR pojęcia „organ zarządzający” w rozumieniu monistycznym²³, w obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej systemie dualistycznym pojęcie to oznacza w zależności od kontekstu radę nadzorczą albo zarząd. W związku z powyższym w art. 110d uoif wskazano, iż na potrzeby stosowania CRR zarząd domu maklerskiego uznaje się za organ zarządzający w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 9 tego rozporządzenia, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej.

Na uwagę zasługują również definicje pojęć „podmiot dominujący” i „podmiot zależny”. W obu omawianych ustawach zostały te pojęcia zdefiniowane przez odwołanie do CRR²⁴, sam CRR w art. 4 ust. 1 pkt 15 i 16 definiuje omawiane pojęcia (odpowiednio „jednostka dominująca” oraz „jednostka zależna”) przez odwołanie do definicji zawartych w *nota bene* nieobowiązującej już

²² <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/983359/EBA-Op-2015-20+Report+on+investment+firms.pdf> (31.01.2016).

²³ *Vide* art. 3 ust. 1 pkt 3 CRDIV.

²⁴ Art. 4 ust. 1 pkt 8 lit. a oraz pkt 9 ustawy – Prawo bankowe oraz art. 110a ust. 1 pkt 10 i 11 uoif.

dyrektywie 83/349/EWG²⁵, zastąpionej przez dyrektywę 34/2013/UE²⁶ (*vide* ustawa z dnia 23 lipca 2015 r.²⁷ o zmianie ustawy o rachunkowości oraz niektórych innych ustaw w związku z wdrożeniem dyrektywy 34/2013/UE; omawiane definicje znajdują się w art. 22 tej dyrektywy). Obie zawarte w CRR definicje odwołują się zatem do treści dyrektywy 34/2013/UE transponowanej w ustawie o rachunkowości²⁸, tam też w szczególności w art. 3 ust. 1 pkt 37 i 39 należy szukać definicji ww. pojęć, nie zaś bezpośrednio w art. 22 dyrektywy 34/2013/UE. Powyższe podejście polegające na sięganiu do aktu prawnego stanowiącego transpozycję przywołanych przez CRR przepisów jest uzasadnione, z uwagi na przykład na fakt, że art. 22 ust. 2 ww. dyrektywy zawiera opcję narodową, co uniemożliwia jego bezpośrednie (niejako bez „pośrednictwa” ustawodawcy polskiego) stosowanie. Innym argumentem przemawiającym za słusznością wspomnianego podejścia jest okoliczność, że CRR jako akt wydawany przez ustawodawcę europejskiego powołuje się na akty przez tego ustawodawcę wydane na poziomie UE, co na poziomie krajowym (tj. na poziomie poszczególnych państw członkowskich) należy interpretować poprzez odwołanie do konkretnych przepisów transponujących daną dyrektywę w danym państwie członkowskim.

Pozytywnie należy ocenić fakt, iż skutkiem omawianych zmian jest ujednoczenie zakresu znaczeniowego pojęcia „podmiot dominujący” oraz „podmiot zależny” w obu ww. ustawach, dotychczas bowiem ustawa – Prawo bankowe definiowała pojęcie „podmiot dominujący” przez odwołanie do art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych²⁹, natomiast ustawa o obrocie przez odwołanie do art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy o rachunkowości. Zaznaczyć należy, że niejako specyfiką polskiej transpozycji jest pozostawienie zarówno w ustawie o obrocie³⁰, jak i w ustawie – Prawo bankowe³¹ możliwość uznania przez KNF określonego podmiotu za dominujący. Rozwiązanie to stanowi rozszerzenie definicji pojęcia „podmiot dominujący” zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 15 CRR.

W kontekście ustawy – Prawo bankowe zwrócić należy również uwagę na fakt, że w art. 4 ust. 1 pkt 22 CRR została zamieszczona definicja pojęcia „holding mieszany”, pojęciem tym posługuje się również ustawa – Prawo bankowe³², jednak nadając mu inne niż CRDIV znaczenie. Konieczne jest w tym miejscu wyjaśnienie, że holding mieszany, o którym mowa w CRR (*mixed activity holding company*), to *de facto* spółka holdingowa o działalności mieszanej. Należy uznać, że użycie w polskim tłumaczeniu pojęcia „holding mieszany” nie było trafne, na co wskazuje przytoczone powyżej brzmienie wersji angielskiej. Na gruncie ustawy o obrocie, która posługuje się pojęciem „spółka holdingowa o działalności mieszanej”, celem doprecyzowania powyższej kwestii w art. 110a ust. 1 pkt 12 wskazano, że ilekroć w oddziale 2a jest mowa o „spółce holdingowej

²⁵ Siódma Dyrektywa Rady z 13.06.1983 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) Traktatu w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych 83/349/EWG (Dz. Urz. UE L 193 z 18.07.1983 r., s. 1 z późn. zm.).

²⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/34/UE z 26.06.2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, zmieniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE oraz uchylająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG.

²⁷ Dz.U. z 2015 r. poz. 1333.

²⁸ Ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 330 z późn. zm.).

²⁹ T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1382 z późn. zm.

³⁰ Art. 110a ust. 2.

³¹ Art. 4 ust. 1 pkt 8 lit. b.

³² Art. 4 ust 1 pkt 11 tej ustawy.

o działalności mieszanej – rozumie się przez to holding mieszany, o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 22 rozporządzenia 575/2013”.

Odnośnie do pojęcia „instytucja istotna ze względu na wielkość, strukturę organizacyjną, a także charakter, zakres i złożoność prowadzonej działalności” używanego w CRDIV w kontekście obowiązku utworzenia komitetu ds. wynagrodzeń³³ oraz komitetu ds. ryzyka³⁴, a także w kontekście możliwości łączenia funkcji sprawowanych w organach różnych instytucji³⁵, wskazać należy, że zostało to pojęcie transponowane do obu omawianych ustaw w sposób odmienny. I tak zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 35 Pb za bank istotny – uznaje się bank istotny pod względem wielkości, organizacji wewnętrznej oraz rodzaju, zakresu i złożoności prowadzonej działalności, który spełnia co najmniej jeden ze wskazanych w tym przepisie warunków³⁶ albo bank, który został uznany za istotny przez KNF na podstawie art. 4b Pb³⁷. W ustawie – Prawo bankowe omawiane pojęcie zostało zdefiniowane na potrzeby art. 9cb i art. 22aa tej ustawy. Zgodnie z tymi przepisami banki istotne mają obowiązek powołania obu ww. komitetów³⁸, a członkowie organów banków istotnych są objęci ograniczeniami odnośnie do łączenia funkcji³⁹.

W ustawie o obrocie nie zdecydowano się na zdefiniowanie pojęcia „istotny dom maklerski”, wskazano natomiast, że w przypadku gdy uzasadnia to wielkość, struktura organizacyjna domu maklerskiego, charakter, zakres i złożoność prowadzonej działalności, dom maklerski ma obowiązek ustanowienia komitetu ds. wynagrodzeń i komitetu ds. ryzyka⁴⁰. W przypadku zaś zakazu łączenia funkcji przez członków organów domu maklerskiego odnosi się ten obowiązek, podobnie jak w ustawie – Prawo bankowe, do członków organów domów maklerskich spełniających analogiczne jednak nie identyczne, jak wymienione w art. 4 ust. 1 pkt 35 lit. a Pb warunki (*vide* art. 103 ust. 1h uoif)⁴¹. Podsumowując tę część rozważań odnoszącą się do kryteriów uznania danej instytucji za istotną, wskazać należy, że pomimo różnic w sposobie transpozycji omówione powyżej, regulacje ostatecznie zmierzają do tego samego celu, tj. objęcia określonymi w ww. przepisach obowiązkami (ustanowienie komitetów oraz zakaz łączenia funkcji) tylko tych instytucji, których wielkość, struktura organizacyjna, a także charakter, zakres i złożoność prowadzonej działalności to uzasadnia.

W związku z faktem, iż przede wszystkim w ustawie z 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym (dalej: unm)⁴², ale również w ustawie – Prawo bankowe oraz w ustawie o obrocie są używane zaczerpnięte z pakietu CRDIV/CRR pojęcia Tier I, Tier II oraz „fundusze własne” (w ustawie o obrocie zwane dotychczas funduszami nadzorowanymi), wyjaśnienia wymaga, że suma kapitałów Tier I i Tier II stanowi fundusze własne zgodnie z definicją zawartą w art. 4 ust. 1

³³ Art. 95 CRDIV.

³⁴ Art. 76 ust. 3 CRDIV.

³⁵ Art. 91 CRDIV.

³⁶ Akcje banku zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, udział banku w aktywach sektora bankowego jest nie mniejszy niż 2%, udział banku w depozytach sektora bankowego jest nie mniejszy niż 2%, udział banku w funduszach własnych sektora bankowego jest nie mniejszy niż 2%.

³⁷ KNF uznaje bank za istotny przy uwzględnieniu stopnia złożoności struktury organizacyjnej banku, złożoność użytkowanych systemów informatycznych, złożoność czynności wykonywanych przez bank, zidentyfikowania banku jako globalnej instytucji o znaczeniu systemowym albo innej instytucji o znaczeniu systemowym na podstawie przepisów ustawy o nadzorze makroostrożnościowym.

³⁸ Art. 9cb.

³⁹ Art. 22aa.

⁴⁰ Art. 110b ust. 3 oraz art. 110v ust. 8 uoif.

⁴¹ Ustawa o obrocie wymienia następujące warunki: instrumenty finansowe wyemitowane przez dom maklerski zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, udział domu maklerskiego w aktywach sektora domów maklerskich jest nie mniejszy niż 2%, udział domu maklerskiego w funduszach własnych sektora domów maklerskich jest nie mniejszy niż 2%.

⁴² Dz.U. poz. 1513.

pkt 118 CRR (definicję tę powtarza treść art. 72 CRR). Zgodnie z art. 25 CRR na kapitał Tier I składa się suma kapitału podstawowego Tier I (*Common Equity Tier I* w skrócie CET1, art. 26 CRR, w ustawie – Prawo bankowe najbardziej zbliżone do CET1 było dotychczas pojęcie „fundusz podstawowy” *vide* art. 79a przed zmianą) i kapitału dodatkowego Tier I (*Additional Tier I* w skrócie AT1, art. 51 CRR) danej instytucji. Poszczególne „warstwy” funduszy własnych zostały określone przez wskazanie kryteriów ich przyporządkowania, zatem w zależności od tego, które kryteria dany kapitał spełnia, jest przyporządkowywany do określonej kategorii kapitału (CET1, AT1 albo Tier II). Odnośnie Tier I wskazać należy, że kategoria ta obejmuje instrumenty kapitałowe spełniające wymogi określone w art. 28 i 29 CRR – przede wszystkim w przypadku banków krajowych, działających w formie spółki akcyjnej, będą to akcje i akcje emisyjne związane z tymi instrumentami oraz zysk. Do kategorii CET1 zostały też zaliczone dodatkowe pozycje, które mogą być uznane za kapitał. Natomiast w praktyce nadzorczej nie spotyka się instrumentów spełniających wymogi AT1. Odnośnie Tier II wskazać należy, że kapitał ten został uregulowany w art. 62 CRR i na gruncie prawa polskiego obejmuje głównie obligacje zamienne na akcje. Zgodnie z nowym przepisem art. 80 CRR jakość ww. funduszy w zakresie CET1 emitowanych przez instytucje w UE podlega szczególnemu monitoringowi Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority*) (dalej: EBA). W odniesieniu do powyższych funduszy własnych zostały określone następujące wymogi kapitałowe: współczynnik kapitału podstawowego Tier 1 tzw. CET1 wynoszący 4,5%⁴³, współczynnik kapitału Tier I wynoszący 6%⁴⁴ oraz łączny współczynnik kapitałowy (odnoszący się do funduszy własnych) wynoszący 8%⁴⁵ (art. 92 CRR). Do ważniejszych zasadniczych zmian należy zatem zniesienie rozróżnienia pomiędzy tzw. *upper* Tier 2 i *lower* Tier 1 oraz wyłączenie Tier 3. CRR reguluje także szczegółowo kwestię następujących filtrów ostrożnościowych: udziały mniejszościowe (udziały niesprawujące kontroli, tzw. *minority interests*), podatki odroczone (*deferred taxes*), wartości niematerialne i prawne (*goodwill*), inwestycje w akcje własne (*treasury stocks*), inwestycje w kapitały instytucji, które nie podlegają konsolidacji, oczekiwane straty (*expected losses*) oraz skumulowane zyski i straty. Zaznaczyć należy, że przepisy pakietu CRDIV/CRR wprowadziły zaostrenie kryteriów odnośnie do kwalifikowania określonych instrumentów do Tier I oraz Tier II w celu wzmocnienia jakości tzw. twardego kapitału (*equity*).

Nadto pojęcie „współczynnik wypłacalności” używane dotychczas w art. 128 oraz w uchylonym art. 42f Pb zostało zastąpione przez pojęcie „łączny współczynnik kapitałowy” w art. 92 ust. 1 lit. c CRR w ramach dostosowania przepisów prawa polskiego do siatki pojęciowej pakietu CRDIV/CRR.

IV. Nowe w odniesieniu do dyrektyw nr 48/2006 i 49/2006 regulacje zawarte w pakiecie CRDIV/CRR

Śledząc treść CRDIV od początku, wskazać należy, że nowy w odniesieniu do regulacji dyrektywy nr 48/2006 jest art. 4 ust. 6 CRDIV transponowany w art. 110p uoif oraz w art. 9cc Pb. Przepis ten wprowadza obowiązek rejestrowania przez instytucje wszystkich transakcji oraz obowiązek

⁴³ Współczynnik kapitałowy jest obliczany poprzez podzielenie kwoty CET1 przez łączną kwotę ekspozycji na ryzyko ustaloną zgodnie z art. 92 ust. 3 CRR; współczynnik jest wyrażany jako odsetek; kwoty ekspozycji są ważone ryzykiem dla poszczególnych rodzajów ryzyka, metody obliczania kwot ekspozycji ważonych ryzykiem (kredytowym, operacyjnym, rynkowym, rozliczenia i korekty wyceny kredytowej) zostały określone w art. 107–386 CRR.

⁴⁴ Współczynnik kapitału Tier I stanowi kapitał Tier I danej instytucji wyrażony jako odsetek łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko.

⁴⁵ Łączny współczynnik kapitałowy stanowi fundusze własne danej instytucji wyrażone jako odsetek łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko.

dokumentowania systemów i procesów, które podlegają przepisom pakietu CRDIV/CRR w sposób umożliwiający właściwym organom sprawdzenie w każdej chwili zgodności z CRDIV i CRR.

W zakresie przepisów CRDIV dotyczących warunków podejmowania działalności oraz swobody świadczenia usług przez instytucje kredytowe⁴⁶ zwrócić należy uwagę na transpozycję art. 40 akapit 2 i 3 oraz art. 41 ust. 2 i art. 43 ust. 2–5 CRDIV. Przepisy te odnoszą się do uprawnień przyjmującego państwa członkowskiego wobec instytucji kredytowych z innych państw członkowskich prowadzących działalność transgranicznie, w tym przez oddział. Przepisy te umożliwiają wymaganie od oddziałów przekazania określonych informacji⁴⁷, a także umożliwiają przekazanie do EBA sprawy, w przypadku gdy państwo członkowskie pochodzenia nie podejmie działań wobec instytucji kredytowej prowadzącej działalność transgranicznie z naruszeniem przepisów prawa lub gdy istnieje ryzyko naruszenia przepisów prawa przez daną instytucję kredytową⁴⁸. Omawiane przepisy CRDIV wprowadzają również możliwość stosowania środków zapobiegawczych wobec danej instytucji kredytowej⁴⁹.

Natomiast odnoszące się zarówno do instytucji kredytowych, jak i do domów maklerskich przepisy tytułu VII CRDIV dotyczące współpracy w zakresie nadzoru ostrożnościowego uzupełnione zostały o obowiązek wymiany informacji dotyczących nadzoru płynnościowego sprawowanego zgodnie z częścią szóstą CRR⁵⁰. Przepis ten został transponowany w art. 141e ust. 4 Pb oraz w nowododanym art. 21a ustawy z 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (dalej: unnrk)⁵¹. Ponadto w omawianym tytule dodano przepis umożliwiający państwu członkowskiemu przyjmującemu podjęcie stosownych środków służących zapobieżeniu dalszym naruszeniom, w przypadku gdy dana instytucja prowadząca działalność transgranicznie dopuściła się naruszeń, a państwo członkowskie pochodzenia takich środków nie podejmuje, pomimo otrzymania informacji od państwa członkowskiego przyjmującego o zaistniałych naruszeniach⁵². Przepis ten został transponowany w art. 141e Pb. Analogiczne prawa i obowiązki wobec banków krajowych działających transgranicznie zostały transponowane w art. 141e ust. 4–7 Pb. W ramach rynku kapitałowego omawiany przepis został transponowany w art. 169 ust. 11 uoif, który upoważnia KNF do nałożenia sankcji po uprzednim poinformowaniu właściwych organów EBA.

W zakresie przepisów odnoszących się do kontroli w miejscu w art. 52 CRDIV wprowadzono ust. 3 i 4 odnoszące się do żądania udostępnienia informacji oraz przeprowadzania kontroli oddziału przez organy państwa przyjmującego, dotąd organy te miały jedynie umożliwiać przeprowadzenie kontroli organom państwa członkowskiego pochodzenia danej instytucji, zatem zmiana jest dość znacząca z punktu widzenia praktyki nadzorczej. Ponadto organy nadzorcze państwa pochodzenia mają obowiązek uwzględnić przy formułowaniu programu oceny nadzorczej informacje oraz ustalenia przekazane w następstwie ww. kontroli przeprowadzonej przez organ państwa przyjmującego. Kontrole są przeprowadzane zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym ma miejsce dana kontrola. Przepis został transponowany w art. 141d Pb i w art. 26 ust. 3b i 21a pkt 7 unnrk.

⁴⁶ Art. 8–27 i 33–48.

⁴⁷ Art. 40 akapit 2 i 3 CRDIV, który został uznany za transponowany w art. 48m Pb.

⁴⁸ Art. 41 ust. 2 CRDIV transponowany w art. 141a ust. 2 Pb.

⁴⁹ Art. 43 ust. 2–5 CRDIV transponowany w art. 141a ust. 6–14 i w art. 141b Pb.

⁵⁰ Art. 50 ust. 2 i 3 CRDIV.

⁵¹ T.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1537 z późn. zm.

⁵² Art. 50 ust. 4 CRDIV.

W odniesieniu do systemu sankcjonowania naruszeń przepisów stanowiących transpozycję CRDIV oraz naruszeń przepisów CRR wprowadzono nową sekcję IV w rozdziale I ww. tytułu VII CRDIV obejmującą art. 64–70 CRDIV. Omawiane regulacje w zakresie art. 64 należy uznać za wcześniej objęte obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej systemie prawnym. Natomiast na uwagę zasługuje art. 65 ust. 2 CRDIV odnoszący się do sankcji nakładanych również obok instytucji na finansowe spółki holdingowe i finansowe spółki holdingowe o działalności mieszanej oraz na członków organów zarządzających tych spółek i osoby fizyczne, które ponoszą odpowiedzialność za dane naruszenie. W dotychczasowym stanie prawnym odpowiedzialność ponosiły wyłącznie finansowe spółki holdingowe i osoby odpowiedzialne za dane naruszenie w tych spółkach. Obecnie katalog ten został poszerzony o finansowe spółki holdingowe o działalności mieszanej oraz o spółki holdingowe o działalności mieszanej. Przepis został transponowany w art. 167a uoif. Z powyższymi uprawnieniami do nakładania sankcji wiążą się również uprawnienia do żądania informacji od ww. podmiotów⁵³.

Przepis art. 66 ust. 2 CRDIV dotyczący sankcji administracyjnych za naruszenia przepisów dotyczących tworzenia instytucji kredytowych, prowadzenia działalności bankowej oraz nabywania i zbywania znacznych pakietów akcji został transponowany w art. 138 Pb. Przepis ten zawiera wymogi tożsame z omówionymi poniżej wymogami określonymi w art. 67 w odniesieniu do naruszeń przepisów stanowiących transpozycję CRDIV oraz naruszeń przepisów CRR.

Wspomniany art. 67 ust. 1 CRDIV dotyczący domów maklerskich i banków określa minimalny katalog sytuacji, w których powinny zostać zastosowane sankcje. Sytuacje określone w art. 67 ust. 1 CRDIV mieszczą się w dyspozycji art. 138 ust. 3 Pb oraz w dyspozycji art. 167 ust. 1 uoif, które odnoszą się do wszelkich działań niezgodnych z prawem. Stosownie natomiast do treści art. 67 ust. 2 lit. a–g CRDIV sankcja administracyjna powinna co najmniej obejmować podanie do publicznej wiadomości informacji o sankcji, nakaz zobowiązujący do zaprzestania określonego działania, w przypadku instytucji kredytowej cofnięcie zezwolenia (w odniesieniu do firm inwestycyjnych stosowny przepis znajduje się w MiFID) oraz tymczasowy zakaz sprawowania funkcji w organie zarządzającym. Nadto w przypadku osoby prawnej maksymalna sankcja powinna wynosić co najmniej 10% rocznych obrotów netto w poprzednim roku obrachunkowym, a w przypadku osoby fizycznej maksymalna wysokość sankcji pieniężnej powinna wynosić co najmniej 5 000 000 euro⁵⁴. W przypadku gdy możliwe jest ustalenie korzyści uzyskanej lub straty unikniętej w wyniku naruszenia, maksymalna sankcja finansowa powinna wynosić co najmniej dwukrotność uzyskanych korzyści lub unikniętych strat. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że wspomniany przepis art. 67 ust. 2 CRDIV w zdaniu wprowadzającym wyraźnie wskazuje, że „sankcje obejmują co najmniej (...)”, co jednoznacznie sugeruje, że w przepisie tym zostały wskazane minimalne wymogi dla poszczególnych sankcji, w tym dla maksymalnej wysokości sankcji pieniężnej zarówno w odniesieniu do osób fizycznych, jak i prawnych.

Na skutek regulacji art. 67 ust. 2 lit. f CRDIV podniesione zostały maksymalne progi sankcji finansowych w obu omawianych ustawach, co szczególnie jest widoczne w odniesieniu do osób fizycznych, w tym przypadku maksymalna sankcja została podniesiona ze 100 000 złotych do

⁵³ Art. 65 ust. 3 CRDIV.

⁵⁴ Art. 67 ust. 2 lit. f CRDIV.

1 000 000 złotych⁵⁵, zamiast pierwotnie w toku prac nad ustawą proponowanych 20 000 000 złotych, co pozostawało w zgodzie z wyżej opisanym literalnym brzmieniem art. 67 ust. 2 zdanie wprowadzające CRDIV, jednak zaznaczyć należy, że na gruncie polskiego prawa w odniesieniu do rynku domów maklerskich takie ograniczenie byłoby fikcją. Powyższa zmiana (obniżenie maksymalnej wysokości sankcji z 20 000 000 na 1 000 000 złotych) została wprowadzona na etapie prac w Sejmie na skutek argumentów podnoszonych przez Izbę Domów Maklerskich. Maksymalną karę dla osoby fizycznej w wysokości 20 000 000 złotych pozostawiono natomiast w art. 141 Pb, a także w art. 62 unm w katalogu sankcji za naruszenie przepisów tej ustawy w tym przepisów odnoszących się do obowiązku posiadania buforów kapitałowych przez instytucje oraz w art. 251 Pb w odniesieniu do akcjonariuszy nabywających znaczne pakiety akcji z naruszeniem przepisów prawa. Natomiast w karnym przepisie art. 171 ust. 1 Pb podwyższono maksymalną wysokość kary grzywny z 5 000 000 do 10 000 000 złotych z uwagi na brzmienie art. 67 ust. 2 lit. f CRDIV.

Nowa wysokość sankcji wzbudzała w toku prac nad projektem liczne kontrowersje w związku ze wspomnianym podwyższeniem górnych widełek, jak również w związku z usunięciem z przepisów odnoszących się do maksymalnej wysokości sankcji finansowej nakładanej na osoby prawne (tj. instytucje) w postaci 10% rocznych obrotów netto fragmentu przepisu przewidującego w art. 167 ust. 2 pkt 1 uoif oraz w art. 138 ust. 3 pkt 3a Pb, że w każdym razie kwota ta nie może przekroczyć 10 000 000 złotych. Obecnie takiego ograniczenia brak z uwagi na brzmienie art. 67 ust. 2 zdanie wprowadzające CRDIV.

Ponadto w odniesieniu do osób prawnych zamieszczono również przepisy analogicznie brzmiące w obu omawianych ustawach⁵⁶ wprowadzające możliwość nałożenia kary pieniężnej w wysokości do dwukrotności kwoty korzyści albo straty, w przypadku gdy jest możliwe ustalenie kwoty korzyści osiągniętej przez instytucję albo straty, której ta instytucja uniknęła w wyniku naruszenia. Analogiczne regulacje w zakresie sankcji nakładanych na akcjonariuszy zostały zamieszczone w art. 251 Pb. Przepisy te będą miały zastosowanie wyłącznie w sytuacjach, gdy możliwe będzie ustalenie kwoty korzyści albo straty. Zasadniczo więc przyjąć należy, że w praktyce będą to wyjątkowe przypadki.

W toku transpozycji problematyczne było również przeniesienie na grunt prawa polskiego sankcji przewidzianej w art. 67 ust. 2 lit. b oraz lit. d CRDIV. Ostatecznie, w przypadku sankcji polegającej na tymczasowym zakazie sprawowania funkcji⁵⁷, której zastosowanie w systemie polskiego prawa przez organ administracji publicznej nie zaś sąd nie wydaje się właściwym rozwiązaniem z uwagi na znaczącą ingerencję w sferę praw osoby fizycznej, zdecydowano się na wprowadzenie zakazu pełnienia funkcji w organach instytucji przez osoby, które zostały w okresie ostatnich trzech lat ukarane za naruszenie przepisów związanych z funkcjonowaniem rynku finansowego w Rzeczypospolitej Polskiej albo przepisów równoważnych stanowiących transpozycję CRDIV oraz przepisów CRR w innym państwie członkowskim⁵⁸. W przypadku członków zarządu banku ukaranie za naruszenie nie mogło mieć miejsca w okresie ostatnich pięciu lat. Osoby mające wchodzić w skład organów domu maklerskiego są obowiązane na podstawie art. 82 ust. 1 pkt 10 w zw. z ust. 2 uoif złożyć stosowne oświadczenie „pod rygorem odpowiedzialności karnej

⁵⁵ Vide art. 169a uoif.

⁵⁶ Art. 138 ust. 3b Pb oraz art. 167 i 169 uoif.

⁵⁷ Art. 67 ust. 2 lit. d CRDIV.

⁵⁸ Vide art. 103 ust. 1b uoif i art. 22b Pb.

za składanie fałszywych oświadczeń”. Na podstawie art. 31a Pb oświadczenie jest składane „pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań”. Różnica w treści obu oświadczeń wynika z poprawek wprowadzonych przez legislatorów sejmowych jedynie w obrębie ustawy o obrocie.

Odnosząc się do przesłanek miarkowania kar finansowych określonych w art. 70 CRDIV wskazać należy, że zgodnie z art. 138 ust 3c Pb oraz zgodnie z art. 167 ust. 2d, art. 167a ust. 2 i art. 176b uoif KNF, ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na bank albo na dom maklerski uwzględnia w szczególności wagę naruszenia oraz czas jego trwania, przyczyny naruszenia, sytuację finansową instytucji, na którą nakładana jest kara oraz uprzednie naruszenia przez instytucję przepisów. Natomiast w przypadku osób fizycznych, w szczególności członków zarządu instytucji, uwzględniane są w przypadku obu ustaw: waga naruszenia i czas jego trwania, stopień przyczynienia się do powstania naruszenia, sytuacja finansowa, skala korzyści uzyskanych lub strat unikniętych, straty poniesione przez osoby trzecie w związku z naruszeniem, gotowość do współpracy z KNF, uprzednie naruszenia przepisów prawa regulujących funkcjonowanie rynku finansowego oraz potencjalne skutki systemowe naruszenia⁵⁹. Zaznaczyć należy, że w przypadku osób fizycznych odpowiedzialnych za naruszenie przepisów przez finansową spółkę holdingową, finansową spółkę holdingową o działalności mieszanej lub spółkę holdingową o działalności mieszanej zgodnie z art. 167a uoif uwzględnia się w szczególności wagę naruszenia, czas jego trwania, przyczyny naruszenia oraz sytuację finansową danej osoby. Zatem przesłanki te, choć odnoszą się również do osób fizycznych, są znacznie ograniczone w porównaniu z treścią art. 169a uoif, podobnie jest w art. 167a ust. 2 tej ustawy, co stanowi pewną niekonsekwencję ustawodawcy w zestawieniu z uregulowaniem przesłanek nałożenia kary pieniężnej na osoby fizyczne na podstawie wspomnianego art. 169a uoif. Jednocześnie przesłanki miarkowania kar nie zostały w ogóle wyszczególnione w art. 62 un. Powyższy brak przesłanek miarkowania kary, jak również zróżnicowane katalogi przesłanek miarkowania kar nie powinny jednak mieć znaczenia w praktyce, ponieważ są to katalogi otwarte (na co wskazuje użycie formuły „w szczególności”), nadto okoliczności te były dotychczas przy braku stosownych regulacji brane pod uwagę przy nakładaniu kar. Wskazać bowiem należy, że większość znajdujących się w nowododanych przepisach przesłanek była uwzględniana przez KNF w toku wydawania decyzji sankcyjnych przed wejściem w życie omawianej noweli. Warto w tym miejscu dodać, że omawiana praktyka KNF wynikała z analizy orzecznictwa sądów administracyjnych. Tytułem przykładu należy powołać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2005 r.⁶⁰, w którym podkreślono, że każde działanie władzy w demokratycznym państwie prawnym, szczególnie w państwie akceptującym dorobek Wspólnot Europejskich, podporządkowane musi być zasadzie proporcjonalności wyrażającej się w zastosowaniu takich środków (nakazów i zakazów), które będą odpowiednie i konieczne do osiągnięcia uprawnionego celu. Zastosowana kara musi być zatem karą sprawiedliwą, adekwatną do wagi naruszenia prawa i odpowiadającą wymogom celowości (podobnie wyrok NSA z dnia 8 września 1999 r.⁶¹). W konsekwencji powyższej linii orzecniczej przy wymiarze kary KNF jeszcze przed wejściem w życie ustawy wdrażającej pakiet CRDIV/CRR,

⁵⁹ Art. 141 Pb oraz art. 169a uoif.

⁶⁰ VII SA/Wa 300/04.

⁶¹ III SA 7707/98.

brała pod uwagę czynniki, takie jak cel regulacji, waga oraz rodzaj naruszenia, charakter naruszonego dobra, ewentualne skutki naruszenia oraz możliwości finansowe strony postępowania, chociaż żadna z ww. przesłanek nie została wcześniej wprost wyrażona w przepisach prawa. Przesłanki te były dotychczas wyprowadzane z zasad ogólnych postępowania oraz prawa administracyjnego, nakazujących zachowanie racjonalności działań KNF i sprawiedliwości reakcji nadzorczej wobec przypadków naruszeń.

Problemy w zakresie transpozycji związane były również z art. 67 ust. 2 lit. b CRDIV odnoszącym się do nakazu zaprzestania określonego działania. Ostatecznie przepis ten został transponowany w art. 93b uoif, zgodnie z którym w celu zapewnienia przestrzegania przez firmę inwestycyjną przepisów ustawy, przepisów wykonawczych lub CRR, KNF może zalecić tej firmie zaprzestanie w wyznaczonym terminie działania naruszającego te przepisy lub niepodejmowanie takiego działania w przyszłości.

CRDIV wprowadza również obowiązki w zakresie publikowania informacji o sankcjach (art. 68 CRDIV transponowany w art. 25 unnrk i w art. 10b ust. 1 Pb) oraz odnoszące się do informowania EBA o nałożonych sankcjach⁶² i wymiany informacji o sankcjach ramach systemu ECRIS⁶³. Nadto przepis art. 69 ust. 3 CRDIV nakłada na właściwe organy obowiązek sprawdzania zgodnie z prawem krajowym czy rejestr karny nie zawiera informacji o odnośnym wyroku skazującym zapadłym wobec danej osoby⁶⁴.

Kolejnym przepisem CRDIV, zawierającym nowe w odniesieniu do dyrektywy nr 48/2006 regulacje, jest art. 71 ust. 3 CRDIV, który wprowadza obowiązek posiadania przez instytucje procedur anonimowego zgłaszania naruszeń, tzw. *whistleblowing*. Przepis został transponowany w art. 9 ust. 2a i 2b Pb oraz w art. 83a ust. 1a–1c uoif. Wymienione przepisy odnoszą się do procedury anonimowego zgłaszania wskazanemu członkowi zarządu, a w szczególnych przypadkach (dotyczących członków zarządu) – radzie nadzorczej banku, naruszeń prawa oraz obowiązujących w banku procedur i standardów etycznych w ramach systemu zarządzania. Celem omawianych regulacji, które znajdują rozwinięcie w przepisach stosownych rozporządzeń wydanych na podstawie art. 9f ust. 1 Pb oraz art. 94 ust. 1 pkt 5 uoif, jest zapewnienie możliwości zgłaszania przez pracowników instytucji zauważonych przez nich nieprawidłowości w szeroko pojętym funkcjonowaniu instytucji. Zgodnie z art. 9 ust. 2b Pb i odpowiednio art. 83a ust. 1b uoif w ramach omawianych procedur instytucja zapewnia pracownikom, którzy zgłaszają naruszenia, ochronę co najmniej przed działaniami o charakterze represyjnym, dyskryminacją lub innymi rodzajami niesprawiedliwego traktowania. Zauważyć trzeba, że w praktyce funkcjonowania mniejszych podmiotów, w szczególności domów maklerskich, zastosowanie tych przepisów może okazać się znacznie utrudnione w kontekście obowiązku zapewnienia anonimowości. Innym problemem jest stosownie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych⁶⁵, nakładających na administratora danych obowiązek uzyskania od osoby, której dane dotyczą zgody na

⁶² Art. 69 ust. 1 CRDIV transponowany w art. 10b ust. 4 Pb i w art. 110r i 169b uoif.

⁶³ Wymiana informacji prowadzona jest zgodnie z decyzją 2009/316/WSiSW i decyzją ramową 2009/315/WSiSW.

⁶⁴ KNF może korzystać z bazy EBA dotyczącej sankcji administracyjnych, badając rękojmię prawidłowego wykonywania powierzonych obowiązków przez członków organu zarządzającego banku lub domu maklerskiego (badanie dobrej opinii). Ponadto KNF przysługuje prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Krajowym Rejestrze Karnym zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7b ustawy z 24.05.2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 654 z późn. zm.).

⁶⁵ T.j. Dz.U. z 2014 poz. 1182 z późn. zm.

ich przetwarzanie⁶⁶. Na koniec w odniesieniu do rynku domów maklerskich podkreślić należy, że w ustawie o obrocie procedury anonimowego zgłaszania naruszeń zostały zamieszczone poza oddziałem 2a, co oznacza, że mają one zastosowanie do wszystkich domów maklerskich, tj. nie tylko tych objętych przepisami pakietu CRDIV/CRR.

Natomiast przewidziana w przepisie art. 71 ust. 1 i 2 CRDIV (przepis ten nie ma swojego odpowiednika w dyrektywie nr 48/2006) możliwość zgłaszania naruszeń do organu nadzoru została transponowana w art. 13b uoif i art. 133a ust. 9 Pb, nadto zauważyć trzeba, że zgłaszanie naruszeń do KNF jest obecnie realizowane w praktyce nadzorczej, jednocześnie planowe jest szersze i bardziej szczegółowe uregulowane tej kwestii w przepisach rangi ustawowej.

Kolejnym ważnym zagadnieniem uregulowanym w CRDIV są określone w rozdziale 2 tytułu VII „Procedury przeglądu” (*review processes*) służące utrzymywaniu odpowiedniej kwoty rodzaju i struktury kapitału wewnętrznego. Nadmienić należy w tym miejscu, że w zakresie procesu oceny adekwatności kapitału wewnętrznego tzw. ICAAP (*Internal Capital Adequacy Assessment Process*) określonego w art. 73 CRDIV nie ma regulacji nowych w odniesieniu do art. 123 dyrektywy nr 48/2006. Natomiast w zakresie zasad ogólnych zarządzania ryzykiem⁶⁷ zamieszczono nowy przepis art. 74 ust. 4 CRDIV odnoszący się do planów naprawy oraz do planów przymusowej restrukturyzacji, które będą wprowadzone do polskiego systemu prawa w następstwie transpozycji BRRD⁶⁸. Prace nad stosownymi regulacjami toczą się obecnie w Sejmie w ramach prac nad ustawą o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji⁶⁹. Organem przygotowującym ustawę o przymusowej restrukturyzacji będzie Bankowy Fundusz Gwarancyjny (dalej: BFG), natomiast plany naprawy będą przygotowywane przez instytucje i przedkładane KNF, która również będzie stosować środki wczesnej interwencji (w ramach tzw. *early intervention*). BFG będzie natomiast stosował instrumenty *resolution*, powyższe będzie się wiązało z nakładaniem przez BFG sankcji na instytucje. Pojawią się zatem w systemie prawa dwa nowe obok programów postępowania naprawczego instrumenty, których praktyczne zastosowanie związane jest z pogorszeniem sytuacji finansowej instytucji. Wspomnieć należy, że przepis art. 74 ust. 4 CRDIV odnoszący się do planów naprawy oraz przymusowej restrukturyzacji został uchylony przez art. 124 BRRD.

W zakresie art. 74 ust. 1 i 2 oraz art. 76 ust. 1 CRDIV odnoszącego się do zarządzania ryzykiem nie ma nowych regulacji w zestawieniu z treścią dyrektywy nr 48/2006, dla porządku jednak trzeba wskazać, że w art. 9b Pb wprowadzono powiązane z wdrożeniem pakietu CRDIV/CRR zmiany porządkujące i doprecyzowujące brzmienie dotychczasowych przepisów, obowiązujących w zakresie systemu zarządzania ryzykiem. Natomiast w zakresie ustawy o obrocie na poziomie ustawowym został określony obowiązek opracowania i wdrożenia systemu zarządzania ryzykiem⁷⁰. Obowiązek ten odnosi się wyłącznie do domu maklerskiego, o którym mowa w art. 110a ust. 1 pkt 4 tej ustawy, oraz do domu maklerskiego będącego firmą inwestycyjną, o której mowa

⁶⁶ Art. 23 tej ustawy.

⁶⁷ Art. 74 CRDIV.

⁶⁸ 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. Urz. UE L 173 z 12.06.2014 r., s. 190).

⁶⁹ <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/161376> (31.01.2016).

⁷⁰ Art. 110b ust. 1 tej ustawy.

w art. 95 ust. 2 CRR z zachowaniem proporcjonalności w stosunku do charakteru, skali i złożoności rodzajów ryzyka związanych z modelem biznesowym i działalnością prowadzoną przez dom maklerski. Pozostałe domy maklerskie są zaś obowiązane zarządzać ryzykiem w swojej działalności (art. 83 ust. 5 uoif), tak jak dotychczas zgodnie z zasadami określonymi w § 26 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 5 uoif.

Natomiast w zakresie systemu kontroli wewnętrznej, o którym mowa również w ww. art. 74 1 i 2 CRDIV zostały doprecyzowane cele tego systemu oraz zadania komórek i funkcji wyodrębnianych w ramach tego systemu (art. 9c Pb). Rozwinięcie tej regulacji znajduje się w § 30 i n. rozporządzenia wydanego na podstawie art. 9f ust. 1 Pb. Jednocześnie brak szczegółowych regulacji odnoszących się do systemu kontroli wewnętrznej w ustawie o obrocie, stosownych regulacji szukać należy w § 14 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 5 uoif, gdzie są określone cele kontroli oraz gdzie został dodany obecnie obowiązek opracowania i wdrożenia regulaminu kontroli. Regulacje art. 74 ust. 1 i 2 CRDIV nie uległy znaczącej zmianie w relacji do dyrektywy nr 48/2006, jednak dzięki modyfikacjom wprowadzonym w ww. przepisach ustawowych, należy uznać, że art. 74 ust. 1 i 2 CRDIV został w pełni transponowany.

W zakresie kolejnych przepisów art. 76–87 CRDIV odnoszących się do traktowania ryzyka wskazać należy na art. 76 ust. 2 CRDIV, który nakłada na organ zarządzający obowiązek poświęcania „wystarczająco dużo czasu analizom kwestii ryzyka” oraz przydzielania odpowiednich „zasobów w tym celu”. Przepis został transponowany w odniesieniu do obowiązków zarządu w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 9f ust. 1 Pb i w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 110x uoif. Kolejną nową regulacją jest art. 76 ust. 3 CRDIV, wprowadzający dla instytucji, które są istotne, obowiązek ustanawiania komitetu do spraw ryzyka. Przepis został transponowany w art. 9cb ust. 1 pkt 2 Pb i w art. 110b ust. 3 uoif. Obowiązek ustanowienia tego komitetu odnosi się do banku istotnego pod względem wielkości, organizacji wewnętrznej oraz rodzaju, zakresu i złożoności prowadzonej działalności, który spełnia co najmniej jeden z warunków określonych w art. 4 ust. 1 pkt 35 tej ustawy albo do domu maklerskiego, w przypadku gdy uzasadnia to wielkość, struktura organizacyjna, charakter, zakres i złożoność działalności prowadzonej przez dany dom maklerski. Kryteria istotności, jak zostało to wskazane w pkt IV niniejszego opracowania, są w obu ustawach określone nieco odmiennie z uwagi na specyfikę rynku bankowego i kapitałowego. Natomiast art. 76 ust. 4 CRDIV wprowadzający obowiązek zapewnienia członkom organu zarządzającego pełniącego funkcję nadzorczą, tj. radzie nadzorczej w polskim systemie prawa, dostępu do informacji dotyczących ryzyka i do doradztwa ekspertów zewnętrznych został transponowany w art. 9cb ust. 4 Pb, gdzie obowiązek ten wprowadzono wyłącznie w odniesieniu do komitetu ds. ryzyka oraz w art. 110c ust. 4 uoif. Przepis ten stanowi próbę szerszego i rzeczywistego zaangażowania rady nadzorczej w proces zarządzania ryzykiem instytucji. Warto w tym miejscu również zwrócić uwagę na art. 76 ust. 3 akapit 4 CRDIV transponowany w art. 9cb ust. 5 Pb, który wprowadza możliwość połączenia komitetu ds. audytu z komitetem ds. ryzyka w bankach nieistotnych.

Natomiast art. 76 ust. 5 CRDIV został transponowany w ww. rozporządzeniach wykonawczych. W powołanych rozporządzeniach zostały transponowane również dwa nowe, ważne z punktu widzenia zarządzania ryzykiem i nadzoru nad zarządzaniem ryzykiem, przepisy art. 77 i art. 78 CRDIV określające wewnętrzne metody obliczania wymogów w zakresie funduszy własnych oraz analizę porównawczą metod wewnętrznych stosowanych do obliczania wymogów w zakresie tych

funduszy. Zgodnie z założeniami CRDIV przepisy te mają zachęcać do stosowania metod i modeli wewnętrznych do oceny ryzyka w szczególności kredytowego tzw. IRB (*internal ratings-based approach – credit risk*). Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przepisy te w zakresie odnoszącym się do ryzyka kredytowego w niewielkim stopniu są dostosowane do specyfiki funkcjonowania rynku domów maklerskich. Nadto ważnymi nowymi przepisami w CRDIV dotyczącymi ryzyka są również art. 85 ust. 3 i art. 87 odnoszące się do ryzyka płynności oraz do ryzyka nadmiernej dźwigni.

W nawiązaniu do wzmiankowanego ryzyka nadmiernej dźwigni zaznaczyć należy, że celem minimalizowania tego ryzyka w części siódmej CRR⁷¹ został wprowadzony tzw. współczynnik lewarowania zwany też wskaźnikiem dźwigni (LRR – *Leveraged Requirement Ratio*) obliczany jako miara kapitału instytucji podzielona przez miarę ekspozycji całkowitej (tj. nieważonej ryzykiem) tej instytucji i wyrażany jako wartość procentowa. Wskaźnik ten zastąpił obowiązujące dotychczas w tym zakresie regulacje krajowe, w tym wskaźnik określony w § 21 uchylanego przez ustawę o nadzorze makroostrożnościowym rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.⁷².

W kolejnych art. 88–96 CRDVI zostały uregulowane zasady zarządzania (*corporate governance*) w tym regulacje odnoszące się do organu zarządzającego. Podkreślić należy, że na gruncie prawa polskiego nie zdecydowano się na wprowadzenie obowiązku ustanawiania komitetu ds. nominacji, o którym mowa w art. 88 ust. 2 CRDIV, z uwagi na fakt, że zgodnie z przepisami krajowymi organ zarządzający nie posiada uprawnień w zakresie procedury doboru i wyznaczania jakichkolwiek swoich członków. Należy bowiem przyjąć, że przepis art. 88 ust. 2 CRDIV odnosi się do tych państw członkowskich, w których obowiązuje opisany szczegółowo poniżej system monistyczny.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że przepisy pakietu CRDIV/CRR dotyczące organu zarządzającego na gruncie prawa polskiego mogą odnosić się zarówno do zarządu, jak i do rady nadzorczej. Przyjęty w prawie polskim system dualistyczny wprowadza bowiem podział kompetencji pomiędzy zarząd oraz radę nadzorczą, zgodnie z którym zarząd prowadzi sprawy spółki oraz reprezentuje ją na zewnątrz, a rada nadzorcza ma kompetencje kontrolne. Natomiast w systemie monistycznym (*vide* regulacje dotyczące spółki europejskiej, a także regulacje obowiązujące we Francji czy Wielkiej Brytanii) wszystkie kompetencje (tj. prowadzenie spraw spółki, reprezentowanie jej i kontrolę) wykonuje organ zarządzający. W praktyce w ramach organu zarządzającego są powoływani dyrektorzy wykonawczy oraz komitety. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w przepisach CRDIV odwołujących się do pojęcia organu zarządzającego w różnych funkcjach oraz do łączenia funkcji dyrektora wykonawczego i niewykonawczego. Powyższe znalazło wyraz w szczególności w treści art. 91 ust. 3 CRDIV, gdzie wskazano liczbę funkcji dyrektorskich wykonawczych i nie wykonawczych, jaką członek organu zarządzającego może pełnić jednocześnie. Przepis ten został transponowany w obu ustawach z uwzględnieniem różnic wynikających z obowiązywania w Rzeczypospolitej Polskiej systemu dualistycznego poprzez wprowadzenie zakazów łączenia funkcji pełnionych w zarządzie i w radzie nadzorczej odpowiednio banku i domu maklerskiego. Zaznaczyć należy, że przepis art. 91 ust. 3 CRDIV został transponowany analogicznie w art. 22aa Pb oraz w art. 103 ust. 1c i n. uoif. Zasadniczo regulacja ta ma na celu uniknięcie sytuacji, w której zbyt wiele pełnionych jednocześnie funkcji uniemożliwia danym członkom organów wypełnianie obowiązków we właściwy sposób.

⁷¹ Art. 429 i 430 CRR.

⁷² Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

W nowododanym art. 91 CRDIV wskazano ponadto, że członkowie organu zarządzającego zawsze cieszą się wystarczająco dobrą opinią i posiadają wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie do wykonywania swoich obowiązków. Ogólny skład organu zarządzającego odzwierciedla odpowiednio szeroki zakres doświadczeń. Przepis został transponowany w art. 103 ust. 1a uoif oraz w art. 22aa ust. 1 Pb, gdzie zostały wskazane wymogi odnośnie do wiedzy, umiejętności i doświadczenia, które powinni posiadać członkowie obu organów banku, tj. tak zarządu, jak i rady nadzorczej. W przypadku domów maklerskich z uwagi na specyfikę tego rynku omawiane obowiązki odnoszą się do członków zarządu. Zauważyć należy, że przepis art. 22aa Pb nadal posługuje się charakterystycznym dla regulacji bankowych pojęciem rękojmi należytego wykonywania obowiązków przez członka danego organu.

Zaznaczenia wymaga, że obowiązki przewidziane w art. 103 ust. 1–1h uoif mają zastosowanie również do członków organów finansowej spółki holdingowej oraz finansowej spółki holdingowej o działalności mieszanej⁷³. Analogiczny choć nie identyczny (ponieważ nieobejmujący finansowej spółki holdingowej o działalności mieszanej) przepis wskazujący, że osoby wchodzące w skład zarządu podmiotu dominującego w holdingu finansowym (pojęcie holdingu finansowego zostało zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 10 Pb) powinny dawać rękojmię stabilnego i ostrożnego zarządzania tym podmiotem, znajduje się w art. 141i Pb.

Krótkiego omówienia wymagają ponadto zmiany w art. 22–22d Pb. Podkreślenia wymaga, że w art. 22a ust. 4 tej ustawy wskazano, że w zarządzie banku wyodrębnia się stanowisko członka zarządu nadzorującego zarządzanie ryzykiem (również w banku spółdzielczym może zostać wyodrębnione to stanowisko, zgodnie z art. 20a ust. 2 Pb). Stosownie do treści art. 22b ust. 1 Pb powołanie tego członka zarządu, podobnie jak powołanie prezesa banku, wymaga zgody KNF. Na uwagę zasługuje również art. 22a ust. 3 Pb, który na poziomie ustawowym stanowi, że prezesowi zarządu banku podlega komórka audytu wewnętrznego, dotąd art. 22a ust. 2 tej ustawy wskazywał jedynie, że rada nadzorcza banku ma obowiązek poinformować KNF o członkach zarządu, którym w ramach podziału kompetencji podlega w szczególności zarządzanie ryzykiem i komórka audytu wewnętrznego. Nadto w ust. 5 i 6 tego artykułu wprowadzono obowiązek posiadania przez zarząd banku wewnętrznego podziału kompetencji. Zwrócić należy uwagę na uchylene ust. 5 w art. 22b tej ustawy. Nadto należy zwrócić uwagę na wspomniany powyżej art. 20a Pb nakazujący stosowanie przepisów art. 22–22b i 22d tej ustawy również do banku spółdzielczego.

W związku z transpozycją art. 92–96 CRDIV w art. 9ca i art. 9cb Pb oraz w art. 110v uoif zostały wprowadzone przepisy odnoszące się do polityki wynagrodzeń zamiast obowiązującej dotychczas polityki zmiennych składników wynagrodzeń. Zgodnie z zamysłem ustawodawcy europejskiego polityka wynagrodzeń ma obejmować, tak jak dotychczas, kadre kierowniczą wyższego szczebla, osoby podejmujące ryzyko działalności oraz personel sprawujący funkcje kontrolne i wszystkich pracowników, którzy otrzymują łącznie wynagrodzenie mieszczące się w tym samym przedziale co wynagrodzenie powyżej wymienionych osób. W przedmiotowym zakresie zostało wydane rozporządzenie delegowane Komisji (UE) Nr 604/2014⁷⁴, które określa

⁷³ Art. 103 ust. 3 tej ustawy.

⁷⁴ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) Nr 604/2014 z 4.03.2014 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych w odniesieniu do kryteriów jakościowych i właściwych kryteriów ilościowych ustalania kategorii pracowników, których działalność zawodowa ma istotny wpływ na profil ryzyka instytucji (Dz. Urz. UE L 167 z 6.06.2014 r., s. 30 z późn. zm.).

„kryteria jakościowe i ilościowe” ustalania kategorii pracowników, których działalność zawodowa ma istotny wpływ na profil ryzyka instytucji.

Polityka wynagrodzeń dotyczy wszystkich ww. osób niezależnie od tego, jaka jest podstawa wykonywanych w instytucji funkcji w odróżnieniu od obecnie obowiązujących przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2011 r.⁷⁵, które odnosiło się wyłącznie do pracowników bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy. W odnoszącej się do banków uchwale KNF Nr 258/2011⁷⁶ zagadnienie to było dotychczas uregulowane szerzej niż w ustawie o obrocie i ww. rozporządzeniu z dnia 2 grudnia 2011 r., odnosiło się bowiem do „osób”, nie zaś wyłącznie do „pracowników”. Obecnie obie projektowane regulacje będą obejmować wszystkie osoby niezależnie od podstawy prawnej wykonywania obowiązków. Katalog osób objętych polityką wynagrodzeń został określony w przypadku obu ustaw identycznie.

Do nowości w zestawieniu z regulacjami dyrektywy nr 48/2006 zaliczyć należy przepis art. 92 ust. 2 lit. g CRDIV, nakładający na instytucje obowiązek uwzględnienia krajowych kryteriów ustalania płac w zakresie stałych i zmiennych składników wynagrodzenia oraz art. 94 ust. 1 lit. i CRDIV, gdzie wskazano, że pakiety wynagrodzenia związane z odprawami lub wykupem umów poprzedniego zatrudniania muszą być zgodne z długoterminowymi interesami instytucji. Na uwagę zasługuje także nowy, w relacji do brzmienia dyrektywy nr 48/2006, przepis art. 94 ust. 1 lit. d CRDIV (transponowany w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 9f ust. 1 Pb i w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 110x uoif) wprowadzający zasadę, że tzw. gwarantowane zmienne składniki wynagrodzenia nie są zgodne z należytyym zarządzaniem ryzykiem lub zasadą wynagradzania za wyniki. Podkreślenia wymaga również, że *novum* w CRDIV stanowi art. 94 ust. 1 lit. g CRDIV, który określa maksymalny stosunek zmiennych składników wynagrodzenia do stałych składników wynagrodzenia na maksymalnym poziomie 100%, przy jednoczesnym zastrzeżeniu dla państw członkowskich możliwości uprawnienia akcjonariuszy lub udziałowców instytucji do określenia omawianego wskaźnika na wyższym nieprzekraczającym jednak 200% poziomie z opcją zastosowania stopy dyskontowej na maksymalnym poziomie 25% pod warunkiem, że zmienne składniki wynagrodzenia są wypłacane w instrumentach, które są odraczane na okres minimum pięciu lat⁷⁷. Powyższa możliwość zostanie przewidziana w obu ww. rozporządzeniach wykonawczych.

Podkreślenia wymaga, że instytucje będą miały obowiązek przekazywania do KNF informacji na temat liczby osób, których łączne wynagrodzenie w poprzednim roku wyniosło co najmniej równowartość 1 000 000 euro, jednak wyłącznie w odniesieniu do osób określonych w art. 9ca ust. 1 Pb i art. 110v ust. 1 uoif. Zaznaczyć należy, że obecnie obowiązek ten dotyczy wszystkich osób, nie tylko tych, które spełniają warunki określone w art. 9ca ust. 1 Pb i art. 110v ust. 1 uoif, zatem obowiązek ten został zawężony w stosunku do regulacji § 34 uchwały nr 258/2011 oraz regulacji § 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2011 r.

Odnosząc się do rozważań dotyczących polityki wynagrodzeń, wskazać należy, że w omówionych powyżej przepisach przejawia się dążenie ustawodawcy europejskiego do ograniczenia

⁷⁵ Rozporządzenie Ministra Finansów z 2.12.2011 r. w sprawie zasad ustalania przez dom maklerski polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze (Dz. U. Nr 263, poz. 1569).

⁷⁶ Uchwała KNF Nr 258/2011 z 4.10.2011 r. w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz szczegółowych warunków szacowania przez banki kapitału wewnętrznego i dokonywania przeglądów procesu szacowania i utrzymywania kapitału wewnętrznego oraz zasad ustalania polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze w banku (Dz. Urz. KNF nr 11, poz. 42).

⁷⁷ Sposób obliczania stopy dyskontowej został opisany w wytycznych EBA dotyczących hipotetycznej stopy dyskontowej mającej zastosowanie do wynagrodzenia zmiennego.

praktyki wypłacania zmiennych składników wynagrodzenia w sumie znacznie przewyższających wynagrodzenie stałe oraz „ukrywania” wypłat wynagrodzenia pod pretekstem wypłaty odpraw czy ponoszenia kosztów, na przykład przedterminowego rozwiązania umowy w poprzednim podmiocie. Zauważyć należy, że ograniczenia te dotyczą również m.in. osób, które nie pełnią funkcji w organach instytucji, jednak ich wynagrodzenie pozostaje na poziomie wynagrodzenia wypłacanego osobom pełniącym funkcje kierownicze. Dodać należy, że nowy w stosunku do dyrektywy nr 48/2006, art. 96 CRDIV⁷⁸ wprowadza obowiązek wyjaśniania na stronie internetowej, w jaki sposób dana instytucja przestrzega wymogów dotyczących polityki wynagrodzeń oraz ładu korporacyjnego. Za duży plus omawianej regulacji należy uznać fakt, że kwestie dotyczące polityki wynagrodzeń zostały określone w zasadzie identycznie w obu omawianych ustawach.

W zakresie nowych regulacji w odniesieniu do procesu badania i oceny nadzorczej (*Supervisory Review and Evaluation Process* – SREP) (dalej: BION) uregulowanego w art. 98 ust. 6 CRDIV uwzględniono ryzyko nadmiernej dźwigni określone w art. 87 CRDIV (ryzyko to nie było objęte regulacją dyrektywy nr 48/2006). Natomiast również nowy art. 98 ust. 7 CRDIV nakłada obowiązek uwzględniania w SREP zasad zarządzania instytucją, kulturę i wartości korporacyjne, a także zdolność członków organu zarządzającego (tj. zarządu i rady nadzorczej) do wykonywania swoich obowiązków. Przepisy te zostały transponowane w art. 133a i 133e Pb oraz w § 2 wydanego na podstawie art. 133e rozporządzenia, a w zakresie firm inwestycyjnych w art. 110r i art. 110s uoif oraz w § 22–24 wydanego na podstawie art. 110x rozporządzenia.

Całkowitą nowością w stosunku do dyrektywy nr 48/2006 jest również przewidziany w art. 99 CRDIV (transponowanym w art. 133c i 133e Pb i w art. 110s uoif) obowiązek przygotowywania przez właściwy organ nadzoru programu oceny nadzorczej. W ramach transpozycji w zakresie rynku kapitałowego przyjęto, że wszystkie domy maklerskie, do których zastosowanie mają przepisy pakietu CRDIV/CRR spełniają kryteria określone w art. 99 ust. 2 CRDIV, natomiast w zakresie rynku bankowego w art. 133c ust. 2 Pb zamieszczono katalog podmiotów, dla których będą sporządzane programy oceny nadzorczej w zależności od wyników BION, testów warunków skrajnych tzw. *stress test* (o których mowa w art. 133b Pb) oraz w zależności od ryzyka systemowego i innych uzasadnionych przypadków. W powołanych powyżej przepisach wskazano również, które instytucje zostaną objęte tzw. zwiększonym nadzorem polegającym na zwiększeniu częstotliwości bądź zakresu czynności nadzorczych, zwiększeniu obowiązków informacyjnych oraz częstszym przeglądom planów operacyjnych, strategicznych lub biznesowych. Nowym rozwiązaniem jest również wprowadzenie możliwości zastosowania środka nadzorczego w postaci stałej obecności przedstawiciela właściwego organu⁷⁹. W ustawie – Prawo bankowe został ten środek transponowany w art. 138c ust. 2 pkt 3 poprzez wprowadzenie możliwości delegowania pracownika Urzędu KNF w ramach zwiększonego nadzoru, natomiast w ustawie o obrocie przyjęto, że możliwość skierowania do domu maklerskiego stałego przedstawiciela zawiera się w uprawnieniu do ustanowienia kuratora, o którym mowa w nowododanym oddziale 2b w art. 110ze uoif.

Kolejną nowością w stosunku do regulacji dyrektywy nr 48/2006 jest obowiązek przeprowadzania przez nadzorcę, co najmniej raz do roku, tzw. nadzorczych testów warunków skrajnych określony w art. 100 CRDIV oraz transponowany w art. 110t uoif i w art. 133b Pb.

⁷⁸ Transponowany w art. 110w ust. 4 i 5 uoif oraz w art. 111a ust 4 i 5 Pb.

⁷⁹ Art. 99 ust. 3 lit. b CRDIV.

Przepisy CRDIV nakładają również na nadzorców obowiązek dokonywania bieżących przeglądów pozwolenia na stosownie metod wewnętrznych⁸⁰ co najmniej raz na trzy lata⁸¹. Stanowiące transpozycję art. 101 CRDIV przepisy art. 110u uoif oraz art. 133d i art. 138d Pb przewidują możliwość nakazania instytucji przez KNF przyjęcia wyższych mnożników niż określone w stosowanej metodzie wewnętrznej, nałożenia dodatkowego wymogu w zakresie funduszy własnych lub podjęcia innych działań zmierzających do przywrócenia zgodności stosowanej metody z przepisami CRR. Powyższe przepisy są elementem wspierania stałej wiarygodności metod wewnętrznych w UE.

Przechodząc do omówienia nowych regulacji w zakresie środków i uprawnień nadzorczych wskazać należy, że nowością w porównaniu z dyrektywą nr 48/2006 jest możliwość zastosowania określonych w art. 104 CRDIV tzw. uprawnień nadzorczych w sytuacji, gdy instytucja nie spełnia wymogów CRDIV lub CRR albo gdy istnieje prawdopodobieństwo, że tych wymogów nie spełni w ciągu najbliższych 12 miesięcy. Transponowane w art. 110y uoif oraz w art. 138 Pb, uprawnienia nadzorcze obejmują możliwość nałożenia dodatkowych (ponad bufory) wymogów kapitałowych lub płynnościowych, ograniczenia wypłaty zysków czy też ograniczenia zakresu prowadzonej działalności. Przedmiotowe uprawnienia nadzorcze w przeważającej mierze obowiązywały na gruncie dotychczasowych przepisów stanowiących transpozycję dyrektywy nr 48/2006. Główna różnica polega na możliwości zastosowania tych środków również w sytuacji, gdy istnieje prawdopodobieństwo wystąpienia niezgodności z prawem, a zatem w sytuacji, gdy ta niezgodność jeszcze nie miała miejsca.

W zakresie środków nadzorczych warto również zauważyć, że art. 103 CRDIV wprowadza możliwość stosowania tych środków oraz programów oceny nadzorczej i BION w sposób podobny lub identyczny wobec instytucji o podobnym profilu ryzyka⁸². Przepis został transponowany w art. 110y ust. 5 uoif oraz w art. 133a ust. 8 Pb.

Ważnym nowym środkiem nadzorczym jest określony w art. 105 CRDIV⁸³ środek polegający na możliwości nałożenia szczególnego wymogu w zakresie funduszy własnych w celu uwzględnienia ryzyka płynności, na które może być narażona instytucja. Zwrócić w tym miejscu trzeba uwagę na regulacje CRR odnoszące się do płynności. Zasadniczo bowiem jedną z największych nowości w CRR jest część szósta poświęcona w całości przepisom regulującym wymogi w zakresie płynności instytucji. W odniesieniu do banków wymogi płynnościowe zbliżone do regulacji LCR (*Liquidity Coverage Ratio*) oraz NSFR (*Net Stable Funding Ratio*) były do czasu wejścia w życie CRR uregulowane w uchwale KNF nr 386/2008⁸⁴. Jednocześnie przepisy te nie były dotychczas stosowane na rynku domów maklerskich i wydają się nie uwzględniać specyfiki ich działalności. Warto zaznaczyć, że na poziomie unijnym trwają prace nad wyłączeniem domów maklerskich spod wymogów płynnościowych określonych w CRR, przy jednoczesnym wprowadzeniu wymogów dostosowanych do specyfiki funkcjonowania tych instytucji⁸⁵. Nie zmienia to jednak faktu, że obecnie obowiązujące przepisy muszą być przez te firmy bezwzględnie przestrzegane. Zauważyć

⁸⁰ Pojęcie metod wewnętrznych zostało zdefiniowane w art. 110u uoif jako metody, których zastosowanie wymaga zezwolenia KNF zgodnie z częścią trzecią rozporządzenia 575/2013. Pojęcie „metody wewnętrzne” zostało nieco bardziej szczegółowo zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 33 Pb, zastępując dotychczas używane na gruncie tej ustawy pojęcie „metody statystyczne”.

⁸¹ Art. 101 CRDIV.

⁸² Tj. instytucji o podobnym modelu biznesowym lub podobnej lokalizacji geograficznej ekspozycji, które mogą być narażone na podobne ryzyko lub stwarzają podobne ryzyko dla systemu finansowego.

⁸³ Transponowany w art. 138 ust. 1 pkt 1a Pb oraz w art. 110y ust. 1 pkt 9 uoif.

⁸⁴ Uchwała nr 386/2008 z dnia 17 grudnia 2008 r. w sprawie ustalenia wiążących banki norm płynności (Dz. Urz. KNF nr 8, poz. 40).

⁸⁵ *Vide* powołany powyżej raport EBA EBA/Op/2015/20.

należy, że ponieważ art. 6 ust. 4 CRR wprowadza możliwość zwolnienia domów maklerskich z wymogów płynnościowych, KNF wobec nieadekwatności tych wymogów do domów maklerskich stosuje ten przepis, jednak jest to możliwe tylko do czasu sporządzenia przez KE sprawozdania zgodnie z art. 508 ust. 3 CRR.

Kolejnym przepisem CRDIV zawierającym nowe w relacji do dyrektywy nr 48/2006 uregulowania jest art. 106 ust. 2 odnoszący się do obowiązków instytucji w zakresie ujawnień. Wskazać należy, że co do zasady sposób dokonywania ujawnień uregulowany został w części ósmej CRR. Fakt poświęcenia temu zagadnieniu całej odrębnej części CRR świadczy o randze tych uregulowań stanowiących tzw. trzeci filar Bazylei III. W art. 106 CRDIV znajduje się jedynie szczątkowa regulacja w omawianym zakresie, w szczególności nowo dodany art. 106 ust. 2 CRDIV⁸⁶ wprowadza uprawnienie dla organów nadzoru do nałożenia na jednostki dominujące wymogu corocznego publikowania opisu struktury prawnej i organizacyjnej oraz struktury zarządzania grupy instytucji.

Nowy jest także przepis art. 107 CRDIV⁸⁷ nakładający na organy nadzoru obowiązki informacyjne wobec EBA.

Nowe regulacje znajdują się również w rozdziale 3 tytułu VII CRDIV pt. „Nadzór skonsolidowany”. W zakresie zasad sprawowania nadzoru skonsolidowanego regulacje art. 113 CRDIV odnoszące się do procedury podejmowania wspólnych decyzji (*joint decision*) uzupełniono o przepisy⁸⁸ dotyczące nadzoru nad płynnością. W konsekwencji w świetle nowych regulacji CRDIV wspólne decyzje wydawane przez organy nadzoru w ramach kolegiów nadzorczych w odniesieniu do instytucji działających w grupie mogą dotyczyć płynności danej instytucji. Przepis został transponowany w art. 138 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 138b Pb i w art. 110y ust 1 pkt 9 w zw. z art. 110h ust. 6 uoif.

Odnosząc się do pojęcia „procedury *joint decision*”, wskazać należy, że w toku prac nad ustawą o nadzorze makroostrożnościowym zdecydowano się na transponowanie przepisów dotyczących wspólnej decyzji, zastępując je pojęciem „wspólne stanowisko”⁸⁹, z uwagi na używanie na gruncie prawa polskiego pojęcia „decyzja” w odniesieniu do władczych rozstrzygnięć organów administracji.

Na koniec tej części rozważań krótkiego omówienia wymaga zagadnienie spółek holdingowych z uwagi na fakt, że omawiany nadzór skonsolidowany wiąże się z tym zagadnieniem. Wyodrębnienie kategorii spółek holdingowych jest bowiem ściśle powiązane z systemem nadzoru skonsolidowanego, jako że celem wyodrębnienia tej kategorii podmiotów było objęcie nadzorem również „nie-instytucji” będących podmiotami dominującymi wobec nadzorowanych instytucji. Określony podmiot nienadzorowany uzyskuje bowiem status spółki holdingowej, jeżeli wśród jego podmiotów zależnych jest chociażby jedna instytucja. W systemie prawa polskiego podmiotem dominującym może być także osoba fizyczna, jeżeli w ocenie KNF wywiera znaczący wpływ na inny podmiot⁹⁰. Zaznaczyć należy, że z faktu uzyskania statusu spółki holdingowej wynikają konkretne obowiązki wobec nadzorcy⁹¹. Zasadniczym celem tych regulacji jest ułatwienie sprawowania nadzoru nad instytucją, a także wprowadzenie możliwości nakładania sankcji na spółki

⁸⁶ Transponowany w art. 110w ust. 7 uoif i w art. 111a ust. 7 Pb.

⁸⁷ Transponowany w art. 110r ust. 4 uoif i w art. 133a ust. 7 Pb.

⁸⁸ Art. 113 ust. 1 lit. b oraz ust. 2 lit. b CRDIV.

⁸⁹ Vide art. 138b Pb, art. 110h uoif.

⁹⁰ Art. 110a ust. 2 uoif albo art. 4 ust. 1 pkt 8 lit. b P.b.

⁹¹ Vide art. 65 ust. 2 lit. a CRDIV, art. 121 w zw. z 91 ust. 1 CRDIV, art. 119–127 CRDIV.

holdingowe⁹². Dla porządku jedynie zaznaczyć należy na marginesie przedmiotowych rozważań, iż w ustawie – Prawo bankowe pojęcie „holding” oznacza grupę podmiotów (jeden z holdingów wskazanych w art. 141f ust. 1 zdefiniowanych w art. 4 ust. 1 pkt 10–11b), w której działający bank krajowy jest objęty nadzorem skonsolidowanym sprawowanym przez KNF. Zawarta w ustawie – Prawo bankowe regulacja w tym zakresie jest specyficzna i występuje wyłącznie na gruncie tej ustawy. Używane w pakiecie CRDIV/CRR oraz w ustawie o obrocie pojęcie „spółka holdingowa” oraz błędnie przetłumaczone w wersji polskiej CRR pojęcie „holding mieszany” odnoszą się natomiast do określonego pojedynczego podmiotu (w polskim systemie prawa dotyczy to pojęcie osoby prawnej lub fizycznej), będącego podmiotem dominującym w grupie.

W ustawie – Prawo bankowe wprowadzono również znaczące zmiany związane z uregulowaniem bezpośrednio w CRR limitów dużych ekspozycji, w związku z powyższym odnoszący się do tej kwestii art. 71 Pb został zredukowany do upoważnienia dla ministra właściwego do spraw instytucji finansowych do wydania rozporządzenia wykonawczego do art. 400 ust. 2 i art. 493 ust. 3 CRR, natomiast w zakresie rynku domów maklerski uchylono rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.⁹³ regulujące dotychczas te kwestie w załączniku nr 10.

Natomiast część druga CRR reguluje kompleksowo i jednolicie dla całej UE zagadnienie funduszy własnych, w związku z powyższym treść art. 127 Pb, który wskazywał, że fundusze własne banku obejmują szczegółowo określone w tym przepisie fundusze podstawowe i uzupełniające, zredukowano do przepisu wprowadzającego obowiązek uzyskania zgody KNF na zaliczanie instrumentów kapitałowych oraz pożyczek podporządkowanych do funduszy własnych banku. Jednocześnie znacznym zmianom uległa treść art. 128 Pb, w którym uwzględniono obowiązujące bezpośrednio regulacje CRR w zakresie funduszy własnych, zezwolenia na stosowanie metod wewnętrznych oraz ocen wiarygodności kredytowej.

Jak wskazywano powyżej, w zakresie ustawy o obrocie większość regulacji odnoszących się do wyżej omówionych zagadnień znajdowała się w uchylanym przez ustawę o nadzorze makroostrożnościowym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.⁹⁴.

W odniesieniu do funduszy własnych podkreślić należy, że w obu ustawach pozostawiono niewynikający wprost z pakietu CRDIV/CRR obowiązek utrzymywania w każdym czasie (a nie tylko przykładowo na koniec dnia) poziomu funduszy własnych na poziomie nie niższym od poziomu kapitału wewnętrznego⁹⁵, analogiczną, choć nieco bardziej rozbudowaną regulację pozostawiono w art. 128 ust. 1 Pb. Przepis art. 110e uoif zastąpił uchylony art. 98a ust. 3 uoif, który nakazywał utrzymywanie kapitałów nadzorowanych (obecnie funduszy własnych) na poziomie nie niższym od wyższej z wartości: całkowitego wymogu kapitałowego albo kapitału wewnętrznego.

W związku z regulacjami CRR uchylono również art. 128b ust. 1 Pb, wyłączono tym samym możliwość zwalniania banków państwowych z wymogów ostrożnościowych, jako że obecnie jedynie dopuszczalne zwolnienie ze stosowania przepisów ostrożnościowych obejmuje (obok ww. SKOK) Bank Gospodarstwa Krajowego zgodnie z art. 2 ust. 5 pkt 18 CRDIV.

Natomiast uchylenie art. 128d Pb jest następstwem bezpośredniego obowiązywania art. 20 CRR („Wspólne decyzje w sprawie wymogów ostrożnościowych”), nadto uchylenie art. 137 pkt 3

⁹² Vide art. 67 ust. 2 lit. a CRDIV.

⁹³ Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

⁹⁴ Dz.U. z 2013 r. poz. 959.

⁹⁵ Art. 110e ust. 2 uoif.

Pb jest konsekwencją określenia norm płynności w CRR, zatem uchwała KNF w tym przedmiocie nie może być wydana. Jednocześnie mając na uwadze art. 412 ust. 5 CRR, który upoważnia państwa członkowskie do nałożenia na instytucje obowiązku utrzymywania wyższego wymogu dotyczącego pokrycia płynności w wysokości do 100% do czasu wprowadzenia minimalnego standardu w tej wysokości zgodnie z art. 460 CRR, w art. 128 ust. 6a pkt 5 Pb przewidziano delegację dla ministra właściwego do spraw instytucji finansowych do wydania rozporządzenia, w którym ten wyższy wymóg może zostać określony. Analogiczna delegacja została zamieszczona w art. 110za ust. 1 uoif.

Z wejściem w życie CRR związane jest również uchylenie art. 141j P.b. będącego podstawą wydania uchwały KNF Nr 76/2010 oraz uchylenie art. 92 ust. 1 pkt 2 uoif będącego podstawą wydania ww. rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 listopada 2009 r.

Nadto w obu omówionych powyżej ustawach zamieszczono przepisy stanowiące wdrożenie do prawa krajowego tzw. opcji narodowych przewidzianych w art. 93 ust. 2 CRR⁹⁶.

Przechodząc do omawiania przepisów CRDIV transponowanych w ustawie o nadzorze makroostrożnościowym, wskazać należy, że zasadniczą nowość w CRDIV stanowią przepisy art. 128–142 CRDIV dotyczące buforów kapitałowych. Przepisy te zostały transponowane jednolicie dla całego rynku finansowego w ww. ustawie. Na marginesie należy zauważyć, że z uwagi na fakt, iż regulacje CRDIV dotyczące buforów kapitałowych zostały transponowane w ustawie o nadzorze makroostrożnościowym, na etapie prac sejmowych zdecydowano się na połączenie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo bankowe i niektórych innych ustaw⁹⁷ oraz projektu ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym⁹⁸ w jeden wspólny projekt.

Szczegółowe omówienie zagadnienia buforów kapitałowych (*capital buffers*) wymagałoby odrębnego opracowania, stąd nie wchodząc w szczegóły tej dość skomplikowanej regulacji wskazać należy, że zasadniczo wyróżnia się cztery poniżej omówione bufory kapitałowe.

Bufor zabezpieczający (*capital conservation buffer*) zgodnie z art. 19 unm, polega na obowiązku utrzymywania przez instytucję kwoty kapitału podstawowego Tier 1 (*Common Equity Tier 1*) (dalej: CET1), dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 ust. 1 CRR, w wysokości 2,5% łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko (kwota ta jest obliczana w sposób wskazany w art. 92 ust. 3 CRR).

Drugim rodzajem bufora kapitałowego jest bufor antycykliczny (*institution specific countercyclical capital buffer*) specyficzny dla instytucji, zgodnie z którym instytucja ma obowiązek utrzymywania kwoty CET1 dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 ust. 1 CRR, na poziomie łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko, pomnożonej przez średnią ważoną wskaźników bufora antycyklicznego. Każdy kraj członkowski ma obowiązek określenia swojego wskaźnika bufora antycyklicznego⁹⁹.

Wskazać należy, że oba ww. bufory nie obejmują firm inwestycyjnych będących mikroprzedsiębiorcami, małymi albo średnimi przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności

⁹⁶ Vide art. 171a Pb i art. 110zb uoif.

⁹⁷ Wykaz Prac Legislacyjnych Rady Ministrów, numer UC102, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/216475> (31.01.2016).

⁹⁸ Wykaz Prac Legislacyjnych Rady Ministrów, numer UC128, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/170282> (31.01.2016).

⁹⁹ Art. 24 unm.

gospodarczej¹⁰⁰. Ponadto zaznaczenia wymaga fakt, że sposób ustalenia bufora antycyklicznego opiera się na ekspozycjach kredytowych danej instytucji, tymczasem ryzyko kredytowe w przypadku działalności prowadzonej przez domy maklerskie nie ma tak dużego znaczenia, jak w przypadku banków.

Trzecia kategoria buforów obejmuje dwa bufory dotyczące instytucji o znaczeniu systemowym (*systemically important financial institutions buffer*), bufor globalnej instytucji o znaczeniu systemowym oraz bufor innej instytucji o znaczeniu systemowym. Bufor globalnej instytucji o znaczeniu systemowym zgodnie z art. 33 unm dotyczy zasadniczo globalnych instytucji o znaczeniu systemowym (unijna instytucja dominująca, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa o działalności mieszanej lub instytucja). Globalna instytucja o znaczeniu systemowym ma obowiązek utrzymywania kwoty CET1 dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 CRR, na poziomie 1–3,5% łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko, zgodnie z jedną z sześciu kategorii, do której została przyporządkowana¹⁰¹. Na podstawie kryteriów określonych w art. 36 omawianej ustawy KNF, po zasięgnięciu opinii Komitetu Stabilności Finansowej, w drodze decyzji, identyfikuje globalne instytucje o znaczeniu systemowym oraz przyporządkowuje je do jednej z kategorii¹⁰².

W odróżnieniu od dwóch wcześniejszych buforów utrzymywanych na zasadzie indywidualnej i skonsolidowanej, globalna instytucja o znaczeniu systemowym jest obowiązana utrzymywać ww. bufor wyłącznie na zasadzie skonsolidowanej.

W ramach buforów instytucji o znaczeniu systemowym wyróżnia się również, jak wskazano powyżej, bufor innej instytucji o znaczeniu systemowym inna (niż globalna) instytucja o znaczeniu systemowym (unijna instytucja dominująca, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa, unijna dominująca finansowa spółka holdingowa o działalności mieszanej lub instytucja) ma obowiązek utrzymywania kwoty CET1 dodatkowej w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 CRR, w wysokości określonej w decyzji KNF (o której mowa poniżej) nie większej niż 2% łącznej kwoty ekspozycji na ryzyko i na podstawie kryteriów określonych w tym przepisie¹⁰³. KNF, w drodze decyzji, po zasięgnięciu opinii Komitetu Stabilności Finansowej, identyfikuje inną instytucję o znaczeniu systemowym i nakłada na nią przedmiotowy bufor¹⁰⁴. Inna instytucja o znaczeniu systemowym jest obowiązana utrzymywać ww. bufor na zasadzie indywidualnej, subskonsolidowanej lub skonsolidowanej.

Co do zasady oba ww. bufory są stosowane niezależnie od bufora zabezpieczającego i antycyklicznego¹⁰⁵, co oznacza, że w przypadku gdy są spełnione przesłanki, należy stosować wszystkie ww. bufory jednocześnie. Wyjątki w odniesieniu do zbiegu buforów instytucji o znaczeniu systemowym i bufora ryzyka systemowego (o którym będzie mowa poniżej) przewiduje art. 43 unm, zgodnie z którym zasadniczo w tym wypadku ma zastosowanie bufor najwyższy. Wyjątki od tej reguły w przypadku zbiegu buforów instytucji o znaczeniu systemowym i bufora ryzyka systemowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej określa art. 49 unm.

¹⁰⁰ Art. 20 i 22 unm.

¹⁰¹ Art. 34 unm.

¹⁰² Art. 35 unm.

¹⁰³ Art. 37 i 38 unm.

¹⁰⁴ Art. 39 unm.

¹⁰⁵ Art. 42 unm.

Ostatnim z czterech buforów kapitałowych jest bufor ryzyka systemowego (*systemic buffer*) stosowany, w przypadku gdy instytucja stwarza niecykliczne ryzyko systemowe lub jest na nie narażona. W takiej sytuacji instytucja jest obowiązana utrzymywać dodatkową kwotę CET1 w stosunku do CET1 utrzymywanego zgodnie z art. 92 CRR, w celu zapobiegania długoterminowemu niecyklicznemu ryzyku systemowemu nieobjętemu CRR¹⁰⁶. Bufor ryzyka systemowego jest określany na poziomie co najmniej 1% i może być zmieniony o 0,5 punktu procentowego lub wielokrotność 0,5 punktu procentowego¹⁰⁷. Wskaźnik bufora ryzyka systemowego określa minister właściwy do spraw instytucji finansowych w drodze rozporządzenia¹⁰⁸. Również bufor ryzyka systemowego jest stosowany niezależnie od bufora zabezpieczającego i antycyklicznego¹⁰⁹. Bufor ryzyka systemowego jest obliczany zgodnie z art. 92 CRR w odniesieniu do kwoty ekspozycji na ryzyko instytucji, wobec których bufor ten ma mieć zastosowanie na zasadzie indywidualnej, skonsolidowanej lub subskonsolidowanej¹¹⁰.

Kolejne przepisy wprowadzają ograniczenia wypłat związanych z kapitałem podstawowym Tier 1 (tj. głównie wypłat z zysków), w przypadku gdy instytucja nie spełnia tzw. wymogu połączonego bufora (*combined buffer requirement*), który stanowi łączny CET1 (kapitał podstawowy Tier 1) wymagany do pokrycia bufora zabezpieczającego, powiększonego o bufor antycykliczny specyficzny dla instytucji, bufor globalnych instytucji o znaczeniu systemowym, bufor innych instytucji o znaczeniu systemowym lub bufor ryzyka systemowego¹¹¹.

Instytucja, która nie spełnia wymogu połączonego bufora, nie może dokonywać ww. wypłat z zysków w wysokości przekraczającej maksymalną kwotę podlegającą wypłacie (*Maximum Distributable Amount*) (dalej: MDA) ustalaną wyłącznie w odniesieniu do zobowiązań, które powodują obniżenie CET1, jeżeli ograniczenie to nie skutkuje niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem jej zobowiązań¹¹². Instytucja, która nie spełnia wymogu połączonego bufora przygotowuje również plan ochrony kapitału (*Capital Conservation Plan*), który przedstawia KNF w terminie 5 dni roboczych od dnia, w którym stwierdziła, że nie spełnia tego wymogu, KNF ocenia i zatwierdza plan ochrony kapitału¹¹³.

V. Inne istotne zmiany w ustawie o obrocie, w ustawie – Prawo bankowe oraz w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym

Zmiana art. 70 ust. 2 uoif w kontekście wcześniejszych prac nad tzw. jednolitą licencją bankową zasługuje na szczególną uwagę przede wszystkim ze względu na fakt, że w konsekwencji rozszerzenia katalogu instrumentów w art. 70 ust. 2 uoif poprzez dodanie pkt 3, bank może, bez zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej, nabywać lub zbywać na własny rachunek dopuszczone do obrotu zorganizowanego obligacje, listy zastawne oraz inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągniętego

¹⁰⁶ Art. 47 unm.

¹⁰⁷ Art. 50 ust. 2 unm.

¹⁰⁸ Art. 50 ust. 8 unm.

¹⁰⁹ Art. 48 unm.

¹¹⁰ Art. 50 unm.

¹¹¹ Art. 55 unm.

¹¹² Art. 56 unm.

¹¹³ Art. 60 i 61 unm.

długu, inne niż określone w art. 70 ust. 2 pkt 1 uoif lub instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym są ww. instrumenty, stopa procentowa lub waluta. Jednocześnie z powyższą zmianą nie wprowadzono przewidzianych w projekcie zakładającym wprowadzenie „jednolitej licencji bankowej” szeregu istotnych regulacji związanych z tą zmianą i przewidzianych w ww. projekcie w szczególności brak obowiązku wydzielenia działalności inwestycyjnej przez bank¹¹⁴. Z przedstawioną zmianą powiązana jest treść art. 90 unm – przepisu przejściowego wskazującego, że banki uprawnione do wykonywania w dniu wejścia w życie tej ustawy czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 3 uoif zgodnie z art. 70 ust. 2 uoif w brzmieniu dotychczasowym, są uprawnione od dnia wejścia w życie ustawy o nadzorze makroostrożnościowym do wykonywania czynności, o których mowa w art. 70 ust. 2 pkt 3 uoif w nowym brzmieniu.

Inną ważną zmianą jest wprowadzenie do ustawy o obrocie, wzorowanych na art. 142–146 Pb, przepisów odnoszących się do postępowania naprawczego we wszystkich (nie tylko tych podlegających przepisom CRDIV i CRR) domach maklerskich. Regulacje oddziału 2b stanowią istotne *novum* w ustawie o obrocie. W związku z wprowadzeniem tych przepisów do ustawy o obrocie dokonano również koniecznych korekt w obowiązujących dotychczas przepisach art. 142–146 Pb.

Ważna jest również zmiana w art. 171 ust. 2 Pb, w przepisie tym poprzez dodanie wyrazów „Prawo bankowe” doprecyzowano, że karze podlega ten, kto prowadzi działalność zarobkową wbrew warunkom określonym w ustawie – Prawo bankowe, zatem przepis ten nie sankcjonuje naruszenia przepisów jakiegokolwiek ustawy, ale wyłącznie naruszenie ustawy – Prawo bankowe poprzez używanie nazwy „bank” lub „kasa”.

Zwrócić należy również uwagę na wprowadzenie w ustawie – Prawo bankowe możliwości wystąpienia do właściwego organu o odwołanie członka rady nadzorczej banku. Jednocześnie pozostawiono możliwość wnioskowania do rady nadzorczej o odwołanie członka zarządu banku w art. 138 Pb. Rozwiązanie przewidujące możliwość wnioskowania przez KNF o odwołanie członków organów banku zostało przyjęte w nowododanym art. 22d Pb i jednocześnie powielone w odniesieniu do członków zarządu w art. 62 ust. 1 pkt 1 unm. Wskazać w tym miejscu należy, że obowiązujący od lat przepis przewidujący możliwość wnioskowania do rady nadzorczej o odwołanie członka zarządu, z uwagi na brak możliwości odwołania członka zarządu bezpośrednio przez KNF, w praktyce nadzorczej nie sprawdza się, ponieważ wnioski KNF nie są częstokroć realizowane. Wprowadzenie możliwości odwołania członka zarządu bezpośrednio przez KNF było jednym z postulatów nadzorca zaproponowanym w wersji ustawy przesłanej do Sejmu, gdzie legislatorzy przywrócili dotychczas obowiązujący nieefektywny system wnioskowania przez KNF o odwołanie członka zarządu zarówno w art. 138, jak i w art. 22d ww. ustawy, argumentując, że odwołać członka zarządu może tylko ten sam organ, który go uprzednio powołał. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 138 ust. 5 Pb od początku obowiązywania tej ustawy w przypadku popełnienia przestępstwa przez członka organu, może go odwołać KNF bezpośrednio, nie zaś organ, który go powołał. Ponadto w związku z wprowadzeniem możliwości wnioskowania do właściwego organu o odwołanie członka rady nadzorczej banku wskazać należy, że organem właściwym do odwołania członka rady nadzorczej jest walne zgromadzenie. Nie jest zatem jasne, w jaki sposób KNF ma swoją kompetencję realizować, konieczne będzie bowiem w takim wypadku wystąpienie do walnego zgromadzenia o podjęcie uchwały określonej przez KNF treści. Powstaje pytanie: czy

¹¹⁴ <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/19/pdf/54.pdf> (31.01.2016).

na podstawie powołanego przepisu art. 22d Pb KNF ma się zwrócić z prośbą do poszczególnych akcjonariuszy o podjęcie określonej uchwały i w ten sposób starać się wpływać na ich decyzje w zakresie realizowania praw wynikających z akcji.

Zauważyć należy, że ustawa o nadzorze makroostrożnościowym wprowadziła również liczne zmiany w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym w zakresie przepisów odnoszących się do procedury kontroli¹¹⁵. W ustawie tej dodano również nowy rozdział 3b dotyczący współpracy w zakresie nadzoru nad podmiotami prowadzącymi systemy rozrachunku papierów wartościowych oraz nadzoru nad tymi systemami.

Nadmienić na koniec trzeba również, że na etapie prac sejmowych nad ww. ustawą na skutek zgłaszanych przez GWP w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie uwag do ustawy, Minister Finansów zgłosił poprawkę, w wyniku której po art. 74b uoif dodano art. 74c mający na celu eliminację wątpliwości interpretacyjnych, jakie narosły wokół czynności pożyczania papierów wartościowych, ponieważ czynność ta występuje w praktyce często jako element innej usługi maklerskiej, zwłaszcza działalności na rachunek własny. Przepis ten mówi, że nie stanowi działalności maklerskiej (polegającej na nabywaniu i zbywaniu na własny rachunek instrumentów finansowych) przeniesienie przez firmę inwestycyjną instrumentów finansowych: na rzecz pożyczkobiorcy (w wykonaniu umowy pożyczki instrumentów finansowych zawartej w imieniu własnym przez firmę inwestycyjną działającą na rachunek pożyczkobiorcy lub pożyczkodawcy), na rzecz pożyczkodawcy (w wyniku zwrotu instrumentów finansowych będących przedmiotem pożyczki instrumentów finansowych lub w wyniku ustanowienia zabezpieczenia pożyczki instrumentów finansowych przez pożyczkobiorcę) oraz na rzecz pożyczkobiorcy (w wyniku zwrotu instrumentów finansowych będących przedmiotem zabezpieczenia pożyczki instrumentów finansowych).

VI. Wnioski końcowe

Należy stwierdzić, że przedstawione powyżej przepisy ustawy o nadzorze makroostrożnościowym, ustawy o obrocie, ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym oraz ustawy – Prawo bankowe stanowią pełną transpozycję CRDIV oraz wdrażają jednocześnie w koniecznym zakresie regulacje CRR. Dopełnienie wspomnianej transpozycji CRDIV i wzmiankowanego wdrożenia CRR stanowiąc będą stosowne rozporządzenia wykonawcze, które zostały powyżej wskazane. Szereg nowych regulacji odnoszących się do *whistleblowingu*, *corporate governance*, traktowania ryzyka, w tym ryzyka nadmiernej dźwigni, polityki wynagrodzeń, BION, sankcji za naruszenie przepisów pakietu CRDIV/CRR, nadzoru skonsolidowanego, funduszy własnych, płynności, wskaźnika dźwigni, ujawnień i wymiany informacji oraz określających bufor kapitałowe ma na celu zasadniczo wzmocnienie stabilności instytucji oraz zwiększenie gwarancji bezpieczeństwa klientów tych instytucji.

¹¹⁵ Art. 26–37a.