

Marek Szydło

## Opinia prawna w sprawie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji<sup>1</sup>

**Legal opinion on a bill on the Bank Guarantee Fund, the deposit guarantee system and forced restructuring:** The author provides a critical evaluation of the bill, pointing out that, among others, it does not contain a legal definition of the term “equity facility”, which can give rise to numerous interpretative doubts. The author proposes improvement of this definition due to the significant size of that concept and the need to efficiently navigate the text of the act at the time of its existence. He also puts forward changes to avoid a conflict with a European Union rule. The provisions concerning the organization and operation procedure of the Bank Guarantee Fund does not provide the operational and structural independence of each individual function of the Fund, which also is in conflict with European Union law. In the author’s opinion, the bill deserves further legislative consideration.

**Keywords:** Bank Guarantee Fund | restructuring

**Słowa kluczowe:** Bankowy Fundusz Gwarancyjny | restrukturyzacja

Profesor doktor hab., Uniwersytet Wrocławski,  
ekspert ds. legislacji BAS; m.szydlo@prawo.uni.wroc.pl.

### Ogólna charakterystyka przepisów projektu

Projekt ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (druk sejmowy nr 215; dalej: projekt) reguluje w swoim zakresie przedmiotowym następujące zagadnienia: 1) cel działalności, zadania oraz organizację Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (dalej: BFG, Fundusz), 2) zasady funkcjonowania obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów, 3) zasady umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych, 4) zasady przygotowywania i przeprowadzania postępowania przymusowej restrukturyzacji, 5) zasady gromadzenia i wyko-

<sup>1</sup> Opinia sporządzona 24 lutego 2016 r. na zlecenie Klubu Parlamentarnego Platforma Obywatelska (druk sejmowy nr 215/VIII kad.); BAS-WAL-288/16.

rzystywania informacji w celu realizacji zadań BFG (art. 1 ust. 1 projektu). Powyższe wyliczenie w art. 1 ust. 1 projektu najważniejszych merytorycznych zagadnień objętych zakresem przedmiotowym projektu znajduje następnie swoje odzwierciedlenie (choć niestety nie w pełni symetrycznie) w formalnej systematyce całego projektu. Jest on podzielony na 8 działów, które normują następujące kwestie szczegółowe. Dział I (art. 1–16) projektu zawiera przepisy ogólne, w tym legalne definicje ustawowych pojęć, a także normuje status, zadania, organy oraz odpowiedzialność BFG. Dział II (art. 17–63) projektu reguluje system gwarantowania depozytów, w tym system wyliczania wierzytelności oraz wypłaty środków gwarantowanych, włączając w to wypłaty transgraniczne. Dział III (art. 64–260) projektu zajmuje się przymusową restrukturyzacją, w tym umorzeniem lub konwersją instrumentów kapitałowych, planami przymusowej restrukturyzacji, minimalnym poziomem funduszy własnych i zobowiązań podlegających umorzeniu lub konwersji, postępowaniem przymusowej restrukturyzacji, uprawnieniami BFG w postępowaniu przymusowej restrukturyzacji, skutkami postępowania przymusowej restrukturyzacji dla zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji, szczególnymi instrumentami postępowania przymusowej restrukturyzacji (jakimi są: przejęcie przedsiębiorstwa, instytucja pomostowa, umorzenie lub konwersja zobowiązań, wydzielenie praw majątkowych), likwidacją podmiotu rezydualnego, ochroną praw właścicieli i wierzycieli oraz uznawaniem i wykonywaniem zagranicznych postępowań przymusowej restrukturyzacji. Dział IV (art. 261–309) projektu reguluje gospodarkę finansową BFG, w tym źródła finansowania, fundusze własne BFG, podział zysku lub pokrycie straty, obowiązkowe składki na rzecz BFG, pożyczki między BFG a innymi systemami gwarantowania depozytów, sprawozdania finansowe oraz aktywa finansowe i zobowiązania finansowe BFG. Dział V (art. 310–324) projektu normuje obowiązki informacyjne, wymianę i ochronę informacji. Dział VI (art. 325–328) projektu zawiera przepisy karne, zaś dział VII (art. 329–348) projektu zawiera zmiany (nowelizacje) w 20 ustawach odrębnych, w tym zwłaszcza w ustawach zajmujących się regulacją rynków finansowych. Wreszcie dział VIII (art. 349–360) projektu zawiera przepisy przejściowe i końcowe.

Projekt dokonuje wdrożenia (implementacji) dwóch unijnych dyrektyw, a mianowicie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/49/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów (Dz.Urz. UE L 173/149 z 2014 r.; dalej: dyrektywa 2014/49/UE) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15 maja 2014 r. ustanawiającej ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniającej 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 rozporządze-

nia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz.Urz. UE L 173/190 z 2014 r.; dalej: dyrektywa 2014/59/UE). Obie te dyrektywy unijne zostały wydane w reakcji na systemowy kryzys finansowy, który dotknął kilka lat temu instytucje finansowe działające w wielu państwach Unii Europejskiej i mają one na celu m.in. zwiększenie stabilności systemu bankowego i ochronę deponentów (zob. pkt 3 preambuły do dyrektywy 2014/49/UE), a także stworzenie wiarygodnego zestawu instrumentów umożliwiającego wystarczająco wczesną i szybką interwencję w stosunku do instytucji mających problemy finansowe lub będących na progu upadłości (zob. pkt 5 preambuły do dyrektywy 2014/59/UE). Dyrektywa 2014/49/UE powinna być zasadniczo wdrożona przez państwa członkowskie do dnia 3 lipca 2015 r., choć niektóre jej przepisy mogą zostać implementowane do dnia 31 maja 2016 r. (art. 20 dyrektywy 2014/49/UE). Z kolei dyrektywa 2014/59/UE powinna być zasadniczo wdrożona do wewnętrznych porządków prawnych do dnia 31 grudnia 2014 r., z zastrzeżeniem możliwości stosowania niektórych jej przepisów od dnia 1 stycznia 2016 r. (art. 130 dyrektywy 2014/59/UE).

### **Uwagi o formalnej systematyce projektu**

Podczas gdy przepis art. 1 ust. 1 projektu dokonuje bardzo trafnego zidentyfikowania najważniejszych merytorycznych zagadnień objętych przedmiotowym zakresem projektu, formalna systematyka projektu (w podziale na poszczególne działy i mniejsze jednostki systematyzacyjne) nie w pełni symetrycznie odzwierciedla to dokonane przez samych jego twórców pozycjonowanie głównych merytorycznych zagadnień projektu. Wydaje się, że skoro twórcy projektu w pierwszym jego przepisie sami wymienili pięć najważniejszych rodzajów merytorycznych zagadnień, którymi zajmuje się projekt (tzn. cel działalności, zadania oraz organizację BFG; zasady funkcjonowania obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów; zasady umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych; zasady przygotowywania i przeprowadzania postępowania przymusowej restrukturyzacji; zasady gromadzenia i wykorzystywania informacji w celu realizacji zadań BFG), to poszczególne działy projektu, a mianowicie te zawierające szczegółowe przepisy merytoryczne, powinny się zajmować właśnie tymi pięcioma rodzajami merytorycznych zagadnień, co z kolei powinno znajdować wyraźne odzwierciedlenie w tytule tych poszczególnych działów. W obecnej wersji projektu tego rodzaju symetria między wyliczeniem pięciu najważniejszych merytorycznych zagadnień projektu (z jednej strony) a tytułami (i treścią) poszczególnych merytorycznych działów projektu (z drugiej strony) nie jest niestety zachowana w sposób idealny. Co prawda, w projekcie istnieją osobne działy zajmujące się systemem gwarantowania depozytów (dział II), przymusową restrukturyzacją (dział III) oraz

gromadzeniem i wykorzystywaniem informacji w celu realizacji zadań BFG (dział V), ale brak jest odrębnego działu poświęconego specjalnie umorzeniu lub konwersji instrumentów kapitałowych (umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych jest obecnie unormowana w dziale III projektu zajmującym się zasadniczo przymusową restrukturyzacją), zaś problematyka szeroko rozumianego statusu, organizacji i zasad funkcjonowania BFG nie jest zebrana w jednym dziale, lecz jest podzielona między dział I (zatytułowany „Przepisy ogólne”) oraz dział IV (zatytułowany „Gospodarka finansowa Funduszu”).

Przy czym należy wyraźnie podkreślić, że ten wspomniany wyżej brak idealnej (pełnej) symetrii między wyliczeniem dokonany w art. 1 ust. 1 projektu a tytułami (i treścią) poszczególnych merytorycznych działów projektu nie jest wcale problemem o znaczeniu jedynie porządkowym lub estetycznym (jak by się mogło *prima facie* wydawać). Przeciwnie, ów brak symetrii doprowadził w swojej konsekwencji do wielu dalszych błędnych merytorycznie przyporządkowań poszczególnych grup zagadnień do konkretnych działów projektu. I tak, problematyka umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych, zamiast zostać uregulowana w osobnym dziale, została w aktualnej wersji projektu unormowana w dziale III projektu zatytułowanym „Przymusowa restrukturyzacja” (w ramach działu III projektu zajmuje się tą problematyką rozdział 2). Tymczasem, w myśl stosownych przepisów projektu, proces umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych (za którego dokonywanie odpowiedzialny jest BFG) bynajmniej nie jest przeprowadzany wyłącznie (i jedynie) w ramach przymusowej restrukturyzacji (co wydaje się być – błędnie – sugerowane przez systematyczne przyporządkowanie przepisów o umorzeniu lub konwersji instrumentów kapitałowych do działu III projektu zajmującego przymusową restrukturyzacją), lecz równie dobrze proces ten może zostać przeprowadzony (przez BFG) bez podejmowania decyzji o rozpoczęciu postępowania przymusowej restrukturyzacji, jeżeli spełnione są stosowne przesłanki normatywne (zob. art. 70 ust. 1 i 2 projektu). Umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych nie jest zatem problemem związanym wyłącznie z przymusową restrukturyzacją (jak to na pierwszy rzut oka wydaje się wynikać z uregulowania tego problemu w ramach działu III projektu), lecz ma wymiar znacznie szerszy, wykraczający poza zagadnienie przymusowej restrukturyzacji. Stosownie do tego poszczególne szczegółowe przepisy zamieszczone w obecnym rozdziale 2 działu III projektu (tzn. w rozdziale zatytułowanym „Umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych”) będą mogły po wejściu projektu w życie znajdować swoje zastosowanie bądź do umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych przeprowadzanych w ramach przymusowej restrukturyzacji, bądź do umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych przeprowadzanych poza ramami przymusowej restrukturyzacji, bądź też będą mogły znajdować swoje zastosowanie w obu wymienionych wyżej przypadkach. Z tego względu *de lege ferenda* byłoby warto, by obecny rozdział 2 działu III projektu, zatytułowany

„Umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych”, uzyskał status osobnego działu projektu, zamieszczonego przed działem projektu poświęconym przymusowej restrukturyzacji.

Kolejnym błędnym merytorycznie przyporządkowaniem określonych grup zagadnień do konkretnych działów projektu jest rozdzielenie uregulowania statusu, organizacji i funkcjonowania BFG między dwa działy projektu, tzn. między dział I zatytułowany „Przepisy ogólne” (gdzie znajduje się rozdział 2 – „Status, zadania i organy Funduszu”) oraz między dział IV projektu zatytułowany „Gospodarka finansowa Funduszu”. W tym przypadku błędem systematycznym twórców projektu jest nie tylko brak dedykowania statusowi, organizacji i funkcjonowaniu BFG (w tym również finansowym aspektom funkcjonowania BFG) osobnego działu projektu, ale błędem jest również zamieszczenie w dziale IV projektu („Gospodarka finansowa Funduszu”) wielu takich grup przepisów, które nawet jeżeli w pewien sposób wiążą się z szeroko rozumianą gospodarką finansową BFG, to jednak w znacznie bliższy i ściślejszy sposób są merytorycznie związane z innymi konkretnymi działami projektu, zajmującymi się poszczególnymi najważniejszymi zagadnieniami merytorycznymi projektu. I tak, w omawianym tutaj dziale IV projektu (w jego obecnej wersji) zamieszczony jest rozdział 2, który dotyczy obowiązkowych składek na rzecz BFG („Obowiązkowe składki na rzecz Funduszu”); tenże rozdział 2 jest podzielony na cztery oddziały, z których dwa pierwsze zajmują się regulacją, odpowiednio, finansowania obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów (oddział 1) oraz finansowaniem przymusowej restrukturyzacji (oddział 2). Otóż merytoryczna analiza przepisów zamieszczonych w obu tych oddziałach rozdziału 2 działu IV projektu prowadzi do jednoznacznego wniosku, że z punktu widzenia systematyczno-merytorycznego byłoby znacznie lepiej i przejrzystej, gdyby problematyka finansowania obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów była uregulowana w dziale II projektu, zajmującym się systemem gwarantowania depozytów (finansowanie systemu gwarantowania depozytów jest bowiem immanentnie związane z samym istnieniem i funkcjonowaniem tego systemu), oraz gdyby problematyka finansowania przymusowej restrukturyzacji była uregulowana w dziale III projektu (według obecnej numeracji) specjalnie dedykowanym przymusowej restrukturyzacji (również w tym przypadku można zauważyć, że finansowanie przymusowej restrukturyzacji jest immanentnie związane z samą przymusową restrukturyzacją jako taką, co przemawia za unormowaniem tych zagadnień w jednym wspólnym dziale projektu). Również problematyka pożyczek między BFG a innymi systemami gwarantowania depozytów, unormowana obecnie w rozdziale 3 działu IV projektu, powinna być *de lege ferenda* unormowana w dziale II projektu zajmującym się systemem gwarantowania depozytów (z uwagi na ściśle merytoryczne związki obu tych zagadnień), zaś z kolei problematyka pożyczek między BFG a innymi podmiotami zarządzającymi funduszami przy-

musowej restrukturyzacji w państwach członkowskich, unormowana obecnie w rozdziale 4 działu IV projektu, powinna być *de lege ferenda* unormowana w dziale III projektu (według obecnej numeracji) poświęconym zagadnieniu przymusowej restrukturyzacji (co także jest uzasadnione wzajemnymi merytorycznymi związkami obu wchodzących w grę zagadnień).

Równocześnie pozostałe zagadnienia unormowane obecnie w dziale IV projektu zatytułowanym „Gospodarka finansowa Funduszu”, a mianowicie zobowiązania do zapłaty składek, tzn. wszelkich rodzajów tych składek (oddział 3 w rozdziale 2 działu IV projektu), wnoszenie składek (oddział 4 w rozdziale 2 działu IV projektu), sprawozdania finansowe BFG (rozdział 5 działu IV projektu), aktywa finansowe i zobowiązania finansowe BFG (rozdział 6 działu IV projektu) oraz pozostała gospodarka finansowa BFG (rozdział 7 działu IV projektu), powinny być *de lege ferenda* unormowane w osobnym dziale projektu dedykowanym specjalnie statusowi, organizacji i funkcjonowaniu BFG, razem z tymi przepisami projektu, które są obecnie zamieszczone w rozdziale 2 działu I projektu i które dotyczą statusu, zadań i organów BFG. W tym ostatnim zakresie nie ma bowiem większego sensu, by status, zadania i organy BFG były normowane w dziale I projektu zawierającym przepisy ogólne projektu. Przepisy ogólne projektu (tak jak przepisy ogólne każdej ustawy) powinny określać zakres spraw regulowanych w projekcie, objaśniać użyte w projekcie określenia oraz zawierać inne postanowienia wspólne dla wszystkich albo dla większości przepisów merytorycznych zawartych w projekcie ustawy<sup>2</sup>. Tymczasem w przekonaniu autora niniejszej opinii do tej ostatniej kategorii przepisów nie należą przepisy o statusie, zadaniach i organach BFG, które *de lege ferenda* trzeba by zaklasyfikować do grupy szczegółowych (a nie ogólnych) przepisów merytorycznych projektu, pomieszczonych w jednym (osobnym) dziale razem ze wskazanymi wyżej przepisami normującymi finansowe aspekty funkcjonowania Funduszu.

Ogólnie rzecz biorąc, celem proponowanych w niniejszej opinii zmian w systematyce projektu w zakresie dotyczącym BFG jest to, by w jednym dziale projektu pomieszczone zostały wszystkie te przepisy, które bezpośrednio dotyczą Funduszu, tzn. jego zadań, celów, organizacji, organów oraz funkcjonowania, w tym również finansowych aspektów jego funkcjonowania (m.in. pobieranych składek, aktywów finansowych, sprawozdań finansowych). Natomiast te merytoryczne zagadnienia, które w obecnej wersji projektu są unormowane w dziale IV projektu zatytułowanym „Gospodarka finansowa Funduszu” i które normują nie tyle pewne horyzontalne (ogólne) zagadnienia funkcjonowania BFG, lecz zajmują się raczej uprawnieniami i funkcjonowaniem Funduszu w ramach konkretnych rodzajów systemów, za których funkcjonowanie pono-

<sup>2</sup> Zob. § 21 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. nr 100, poz. 908.

si on odpowiedzialność (tzn. chodzi o system gwarantowania depozytów) lub w ramach konkretnych rodzajów postępowań przeprowadzanych przez BFG (tzn. chodzi o postępowania przymusowej restrukturyzacji), powinny być unormowane nie w dziale projektu zajmującym się ogólnie (horyzontalnie) statusem i funkcjonowaniem Funduszu, lecz w działach projektu zajmujących się regulacją wspomnianych wyżej szczegółowych merytorycznych zagadnień, takich jak system gwarantowania depozytów i przymusowa restrukturyzacja.

Ostatecznie więc proponowana w niniejszej opinii prawnej systematyka projektu przedstawia się następująco: dział I – Przepisy ogólne; dział II – Bankowy Fundusz Gwarancyjny; dział III – System gwarantowania depozytów; dział IV – Umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych; dział V – Przymusowa restrukturyzacja; dział VI – Obowiązki informacyjne, wymiana i ochrona informacji; dział VII – Przepisy karne; dział VIII – Zmiany w przepisach obowiązujących; dział IX – Przepisy przejściowe i końcowe.

Na zakończenie tej części rozważań należałoby mocno podkreślić, że omówiona wyżej problematyka systematyki i wewnętrznej budowy projektu nie jest kwestią wyłącznie formalną czy też porządkową, lecz odgrywa istotną rolę merytoryczną, w tym również w ramach systemowej (wewnętrznej) wykładni przepisów (przyszłej) ustawy. Przy czym trzeba pamiętać, że ze względu na ogromne rozmiary całego projektu, liczącego łącznie aż 360 artykułów, szczególnie istotne jest to, by bardzo przejrzysta i czytelna była jego wewnętrzna systematyka, ułatwiająca proste, szybkie i bezbłędne odnajdywanie w projekcie poszczególnych merytorycznych przepisów lub ich grup. Wspomniane przepisy lub ich grupy powinny być mianowicie pomieszczone w takim miejscu projektu, w którym intuicyjnie i ze względów merytorycznych można by się spodziewać ich obecności.

## **Uwagi o pojęciu instrumentów kapitałowych**

Projekt nie zawiera legalnej definicji pojęcia „instrumentów kapitałowych”. Legalna definicja wymienionego pojęcia nie została zamieszczona ani w tzw. słowniczku wyrazów ustawowych znajdującym się w art. 2 projektu, ani też w innych (dalszych i bardziej szczegółowych) przepisach projektu. Tymczasem pojęcie „instrumentów kapitałowych” jest z punktu widzenia przepisów projektu pojęciem jak najbardziej prawnym, gdyż występuje ono w projekcie *expressis verbis*, i to występuje nadzwyczaj często. W szczególności pojęcie „instrumentów kapitałowych” występuje w kontekście instytucji prawnej umorzenia lub konwersji tychże instrumentów. Umorzenie lub konwersja instrumentów kapitałowych zostały wymienione w art. 1 ust. 1 pkt 3 projektu jako jedno z najważniejszych zagadnień regulowanych przez projekt, zaś szczegółowa regulacja prawna tej instytucji ma miejsce przede wszystkim w przepisach

rozdziału 2 w dziale III projektu. Ponadto wymieniona instytucja prawna jest przywoływana w wielu innych przepisach projektu, znajdujących się poza wymienioną jednostką systematyzacyjną (np. art. 94, 95, 111 ust. 6–7, art. 121, 138 ust. 3–4 i 7, art. 139 ust. 3, art. 210 ust. 3 pkt 1, art. 248 projektu).

W toku wcześniejszych prac legislacyjnych nad projektem zwracano już uwagę na to, że nie zdefiniowano w nim pojęcia „instrumentów kapitałowych”, co może utrudnić interpretację niektórych przepisów przyszłej ustawy<sup>3</sup>. Odnosząc się do tego rodzaju uwagi, Ministerstwo Finansów stwierdziło, że: *instrumenty kapitałowe są uregulowane w sposób kazuistyczny w bezpośrednio stosowanym rozporządzeniu 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 648/2013 (Dz. Urz. UE L 176 z 27.06.2013 r., str. 1, z późn. zm.) („CRR”), w związku z czym nie jest celowe ponowne ich definiowanie w projekcie [dalej: rozporządzenie (UE) nr 575/2013, rozporządzenie]*<sup>4</sup>.

Komentując powyższą uwagę Ministerstwa Finansów, należałoby przede wszystkim zauważyć, że wbrew zawartemu tam stwierdzeniu pojęcie „instrumentów kapitałowych” nie jest wcale legalnie zdefiniowane w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013, a przynajmniej nie jest tam zdefiniowane bezpośrednio i wprost (nawiasem mówiąc, we wspomnianym piśmie Ministra Finansów w tytule przywołanego tam rozporządzenia (UE) nr 575/2013 został popełniony widoczny błąd: otóż nowelizowane wymienionym tam unijnym rozporządzeniem rozporządzenie (UE) nr 648 zostało w rzeczywistości wydane w 2012 r., a nie, jak tam wskazano, w 2013 r.; co wszakże istotniejsze, identyczny błąd został też popełniony w przepisie art. 2 pkt 57 projektu [„rozporządzenie (UE) nr 648/2013”], co obecnie wymaga stosownej korekty). Przede wszystkim pojęcie „instrumentów kapitałowych” nie jest legalnie zdefiniowane w słowniczku wyrazów używanych w tym rozporządzeniu, zawierającym *nota bene* aż 128 legalnych definicji różnych pojęć<sup>5</sup>. W art. 4 ust. 1 pkt 116 rozporządzenia (UE) nr 575/2013 zostało natomiast legalnie zdefiniowane pojęcie „innych instrumentów kapitałowych”. W myśl powołanego przepisu „inne instrumenty kapitałowe” oznaczają: *instrumenty kapitałowe emitowane przez podmioty sektora finansowego, które nie kwalifikują się jako kapitał podstawowy Tier I, instrumenty dodatkowe w Tier I lub instrumenty w Tier II lub pozycje ubezpieczeniowe funduszy własnych Tier I, dodatkowe pozycje ubezpie-*

<sup>3</sup> Zob. pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z 6 października 2015 r., DL-X-085-55/15/4, s. 1, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/161376/161407/161409/dokument187771.PDF>.

<sup>4</sup> Pismo Ministra Finansów z 6 października 2015 r., s. 9, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/161376/161407/161409/dokument187773.pdf>.

<sup>5</sup> Zob. art. 4 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 575/2013.



*czeniowe funduszy własnych Tier I, pozycje ubezpieczeniowe funduszy własnych Tier II lub pozycje ubezpieczeniowe funduszy własnych Tier III. Z tej dosyć skomplikowanej definicji można by a contrario wnosić, że „instrumenty kapitałowe” niebędące „innymi instrumentami kapitałowymi” są to te instrumenty kapitałowe emitowane przez podmioty sektora finansowego, które kwalifikują się do kategorii kapitałów, instrumentów lub pozycji wymienionych w art. 4 ust. 1 pkt 116 tego rozporządzenia, takich jak np. kapitał podstawowy Tier I lub instrumenty dodatkowe w Tier I lub instrumenty w Tier II (aczkolwiek jest to tylko jedno z możliwych stanowisk interpretacyjnych, bo w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013 nie zostało to wcale zapisane wprost). Z kolei pojęcie kapitału podstawowego Tier I zostało opisane w szczególności w art. 26 ust. 1 tego rozporządzenia, gdzie stwierdzono, że pozycje kapitału podstawowego Tier I instytucji składają się z wymienionych w tym przepisie elementów, w tym m.in. z „instrumentów kapitałowych”, o ile spełnione zostały warunki określone w art. 28 lub, w stosownych przypadkach, w art. 29 tego rozporządzenia (nawiasem mówiąc, pozycje kapitału podstawowego Tier I składają się również z elementów niebędących w ogóle instrumentami kapitałowymi, w tym np. z zysków zatrzymanych). Tak opisane pozycje kapitału podstawowego Tier I instytucji nie tworzą wszakże same przez się kapitału podstawowego Tier I danej instytucji, gdyż tenże kapitał podstawowy Tier I składa się z pozycji kapitału podstawowego Tier I (czyli m.in. z instrumentów kapitałowych spełniających stosowne warunki określone w art. 28 lub 29 powołanego rozporządzenia) po wprowadzeniu do nich stosownych korekt wymaganych w art. 32–35 oraz po zastosowaniu odliczeń na podstawie art. 36, a także wyłączeń i opcji alternatywnych określonych w art. 48, 49 i 79 powołanego rozporządzenia (art. 50 rozporządzenia (UE) nr 575/2013). W podobnie skomplikowany i wielopiętrowy sposób opisywane są w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013 pojęcia kapitału i instrumentów dodatkowych w Tier I lub instrumenty w Tier II.*

W tym kontekście pojawia się przede wszystkim pytanie, które z tych wszystkich pojęć opisanych w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013 należy kwalifikować jako definiujące pojęcie „instrumentów kapitałowych” na potrzeby przepisów projektu? Czy na potrzeby projektu „instrumentami kapitałowymi” są wszelkie możliwe instrumenty kapitałowe powołane w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013, w tym również „inne instrumenty kapitałowe” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 116 tego rozporządzenia? Czy też raczej „instrumentami kapitałowymi” na potrzeby projektu są tylko te instrumenty kapitałowe powołane w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013, które nie są jednocześnie „innymi instrumentami kapitałowymi” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 116 tego rozporządzenia? Cały ten problem pojęciowy jest dodatkowo komplikowany przez okoliczność, że, jak wspomniano, rozporządzenie (UE) nr 575/2013 nie definiuje bezpośrednio i wprost pojęcia „instrumentów kapitałowych”, lecz co najwyżej określa warunki, po których spełnieniu określone instrumenty kapitałowe (tu

pojawia się zresztą problem definicyjny *idem per idem*) kwalifikują się jako instrumenty w kapitale podstawowym Tier I (zob. art. 28 i 29 rozporządzenia) lub kwalifikują się jako instrumenty dodatkowe w Tier I (zob. art. 52 ust. 1 rozporządzenia) lub kwalifikują się jako instrumenty w Tier II (zob. art. 63 rozporządzenia) itd. Można by więc powziąć wątpliwość, czy rzeczywiście jest tak, żeby zostać zakwalifikowanym jako „instrument kapitałowy” na potrzeby przepisów projektu, dany instrument kapitałowy musi obligatoryjnie spełniać wszystkie te warunki, które wynikają z powołanych przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013, tzn. odpowiednio z art. 28, 29, 52 ust. 1, art. 63 (i ewentualnie z dalszych jeszcze przepisów tego rozporządzenia, określających warunki kwalifikacji do stosownych pozycji ubezpieczeniowych funduszy własnych), oraz czy trzeba w tym zakresie dodatkowo uwzględniać stosowne korekty, odliczenia, wyłączenia lub opcje alternatywne, o których mowa w przepisach powołanego rozporządzenia?

Powyższa wątpliwość nie jest bynajmniej w pełni rozwiewana przez przepisy dyrektywy 2014/59/UE, a więc dyrektywy, która jest implementowana przez projekt, w tym w zakresie restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych. Otóż przepisy dyrektywy 2014/59/UE również nie zawierają legalnej definicji pojęcia „instrumentów kapitałowych”, natomiast definiują one pojęcie „odpowiednich instrumentów kapitałowych”. Pojęcie „odpowiednich instrumentów kapitałowych” oznacza mianowicie „do celów tytułu IV rozdział IV sekcja 5 i tytułu IV rozdział V, instrumenty dodatkowe w Tier I oraz instrumenty w Tier II” (art. 2 ust. 1 pkt 74 tej dyrektywy). Należy przy tym wyjaśnić, że sekcja 5 w rozdziale IV tytułu IV dyrektywy 2014/59/UE jest zatytułowana „Instrument umorzenia lub konwersji długu”, zaś rozdział V w tytule IV dyrektywy 2014/59/UE jest zatytułowany „Umorzenie instrumentów kapitałowych”. Oznacza to, że zamieszczona w art. 2 ust. 1 pkt 74 tej dyrektywy legalna definicja pojęcia „odpowiednich instrumentów kapitałowych” ma zastosowanie do instytucji prawnej (czy też do instrumentu) umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych, a więc do tej samej instytucji prawnej, w kontekście której pojęcie „instrumentów kapitałowych” występuje w projekcie. W takim układzie można przyjąć, że na potrzeby przepisów dyrektywy 2014/59/UE mówiących o umorzeniu lub konwersji instrumentów kapitałowych pojęcie „odpowiednich instrumentów kapitałowych” oznacza, po pierwsze, instrumenty dodatkowe w Tier I, czyli instrumenty kapitałowe spełniające warunki określone w art. 52 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 575/2013, oraz, po drugie, instrumenty w Tier II, czyli instrumenty kapitałowe (i pożyczki podporządkowane) spełniające warunki określone w art. 63 rozporządzenia (UE) nr 575/2013. Natomiast na potrzeby wspomnianych przepisów dyrektywy 2014/59/UE pojęcie „odpowiednich instrumentów kapitałowych” nie obejmuje już – zaliczanych do instrumentów kapitałowych zgodnie z przepisami rozporządzenia (UE) nr 575/2013 – instru-

mentów kapitałowych kwalifikujących się jako kapitał podstawowy Tier I, czyli spełniających warunki określone w art. 28 lub 29 tego rozporządzenia.

Mimo braku w dyrektywie 2014/59/UE legalnej definicji pojęcia „instrumenty kapitałowe”, zamieszczona tam legalna definicja pojęcia „odpowiednich instrumentów kapitałowych” prowadzi na zasadzie swoistego wnioskowania *per analogiam* lub wnioskowania pośredniego do konkluzji, że na gruncie przepisów dyrektywy 2014/59/UE pojęcie „instrumentów kapitałowych”, występujące tam bez dodatkowego kwalifikatora „odpowiednie”, należy rozumieć tak samo jak rozumie się to pojęcie w przepisach rozporządzenia (UE) nr 575/2013, choć akurat brak w przepisach dyrektywy 2014/59/UE wyraźnej legalnej definicji pojęcia „instrumenty kapitałowe” (wyrażonej chociażby przez stosowne odesłanie w tym zakresie do przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013) należy oceniać negatywnie. Tak więc ostatecznie trzeba zgodzić się z twierdzeniem, że na potrzeby przepisów dyrektywy 2014/59/UE (w tym na potrzeby instytucji umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych w zakresie dotyczącym restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych) pojęcie „instrumentów kapitałowych” musi być rozumiane w sposób identyczny, jak to ma miejsce na gruncie przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013. Inna sprawa, że w samych tych przepisach rozporządzenia (UE) nr 575/2013 pojęcie „instrumentów kapitałowych” może wywoływać zasygnalizowane już wyżej wątpliwości interpretacyjne.

Skoro więc nawet w relewantnych w tym zakresie przepisach prawa unijnego znaczenie pojęcia „instrumentów kapitałowych” nie jest do końca jednoznaczne, to tym bardziej można się spodziewać, że bez zamieszczenia w projekcie legalnej definicji tego pojęcia będzie ono niejasne również na gruncie projektu (oraz przyszłej ustawy).

Przy czym, nawet zakładając, że z przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013 rzeczywiście dałoby się wyprowadzić określoną definicję (nawet nieklasyczną) pojęcia „instrumentów kapitałowych” (w szczególności przesądzającą, że dany instrument kapitałowy musi obligatoryjnie spełniać wszystkie warunki określone w art. 28 lub 29 powołanego rozporządzenia), to z tego jeszcze nie wynika w sposób dostatecznie jednoznaczny (i samo przez się), że akurat taka sama definicja „instrumentów kapitałowych” musi być stosowana również na potrzeby przepisów projektu. Jeżeli twórcy projektu rzeczywiście pragną (jak to można wnioskować z przywołanego wyżej pisma Ministra Finansów), by na potrzeby przepisów projektu pojęcie „instrumentów kapitałowych” było definiowane identycznie, jak to ma miejsce na gruncie przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013, to – pomijając już w tym miejscu omówione wyżej problemy interpretacyjne z definiowaniem pojęcia „instrumentów kapitałowych” w rozporządzeniu (UE) nr 575/2013 – powinni oni być w projekcie (a konkretnie w słowniczku wyrazów ustawowych w art. 2 projektu) wyraź-

nie zapisać, że użyte w ustawie określenie „instrumenty kapitałowe” oznacza instrumenty kapitałowe w rozumieniu przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013 (lub że oznacza instrumenty kapitałowe, o których mowa w przepisach rozporządzenia (UE) nr 575/2013).

W tym kontekście warto zauważyć, że w słowniczku wyrażeń ustawowych twórcy projektu zdefiniowali wiele prawnych pojęć w ten sposób, że odwołali się w danym zakresie do rozumienia danego pojęcia na gruncie przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013 (zob. np. następujące definicje ze słowniczka wyrażeń ustawowych: „dominująca instytucja z państwa członkowskiego” – art. 2 pkt 4 projektu; „dominująca finansowa spółka holdingowa o działalności mieszanej z państwa członkowskiego” – art. 2 pkt 5 projektu; „dominująca finansowa spółka holdingowa z państwa członkowskiego” – art. 2 pkt 6 projektu; „finansowa spółka holdingowa” – art. 2 pkt 16 projektu; „finansowa spółka holdingowa o działalności mieszanej” – art. 2 pkt 17 projektu; „fundusze własne” – art. 2 pkt 21 projektu; „grupa” – art. 2 pkt 23 projektu). Skoro zaś pojęcie „instrumentów kapitałowych” nie zostało w projekcie w ogóle zdefiniowane, w tym nie zostało ono zdefiniowane przez odwołanie się do przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013, to ów brak – przy jednoczesnym istnieniu w projekcie legalnych definicji różnych pojęć odsyłających w definiensie do przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013 – może na zasadzie swoistego wniosku *a contrario* prowokować do postawienia tezy, że akurat w przypadku pojęcia „instrumentów kapitałowych” był on świadomym zabiegiem ze strony twórców projektu, mającym na celu niedopuszczenie do odwoływania się w tym zakresie do przepisów rozporządzenia (UE) nr 575/2013. Warto przy tym pamiętać, że legalna definicja pojęcia „instrumentów kapitałowych” znajduje się w przepisach ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 2013, poz. 330, ze zm.), co może rodzić pokusę odwoływania się w trakcie stosowania przepisów projektu (przyszłej ustawy) właśnie do rozumienia omawianego pojęcia przyjętego w ustawie o rachunkowości (zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 26 ustawy o rachunkowości, pod pojęciem „instrumentów kapitałowych” rozumie się: *kontrakty, z których wynika prawo do majątku jednostki, pozostałego po zaspokojeniu lub zabezpieczeniu wszystkich wierzycieli, a także zobowiązanie się jednostki do wyemitowania lub dostarczenia własnych instrumentów kapitałowych, a w szczególności udziały, opcje na akcje własne lub warranty*).

Biorąc to wszystko pod uwagę, należałoby rekomendować ustawodawcy zamieszczenie w słowniczku wyrażeń ustawowych wyraźnego przepisu stanowiącego, że użyte w ustawie określenie „instrumenty kapitałowe” oznacza „instrumenty kapitałowe, o których mowa w przepisach rozporządzenia (UE) nr 575/2013”. Wszelkie zaś ewentualne niejasności znaczeniowe pojęcia „instrumenty kapitałowe” istniejące na gruncie rozporządzenia (UE) nr 575/2013 będą w takim układzie rozstrzygane przez praktykę stosowania prawa.

## Uwagi o kredycie krótkoterminowym NBP przewidzianym w art. 298 projektu

Artykuł 298 projektu przewiduje możliwość udzielenia przez Narodowy Bank Polski (NBP) na rzecz BFG kredytu krótkoterminowego, na określonych w tym przepisie warunkach. Artykuł 298 projektu stanowi mianowicie, że: *W przypadku wystąpienia zagrożenia stabilności finansowej oraz w celu pokrycia pilnych potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych w terminie wynikającym z art. 35 ust. 3, Narodowy Bank Polski, na wniosek Zarządu Funduszu zaakceptowany przez Radę Funduszu, może udzielić Funduszowi kredytu krótkoterminowego, pod warunkiem ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia.* Treść powołanego art. 298 projektu budzi pewne wątpliwości co do jej zgodności z przepisem art. 123 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), stanowiącym, że zakazane jest (w szczególności) udzielanie przez banki centralne państw członkowskich pożyczek na pokrycie deficytu lub jakichkolwiek innych kredytów rządowi centralnym, władzom regionalnym, lokalnym lub innym władzom publicznym, innym instytucjom lub przedsiębiorstwom publicznym państw członkowskich [legalne definicje pojęć używanych w art. 123 TFUE znajdują się w rozporządzeniu Rady (WE) nr 3603/93 z 13 grudnia 1993 r. określającym definicje w celu zastosowania zakazów „określonych w art. 104 i 104b ust. 1 Traktatu”<sup>6</sup>, Dz.Urz. UE L 332 z 1993 r., s. 1].

Zakaz zamieszczony w art. 123 ust. 1 TFUE stał się przedmiotem licznych wykładni ze strony Europejskiego Banku Centralnego (EBC), który swoje stanowisko interpretacyjne względem tego przepisu wyraża w wielu formalnych opiniach, powszechnie zresztą respektowanych, przynajmniej co do zasady, również w praktyce działania innych instytucji unijnych. W tym kontekście EBC uważa, że przepisy prawa krajowego przewidujące finansowanie przez krajowy bank centralny krajowego systemu gwarantowania depozytów dla instytucji kredytowych (a do takich właśnie przepisów należy art. 298 projektu) mogą być w pewnych wyjątkowych okolicznościach uznane za zgodne z art. 123 TFUE, ale pod ściśle określonymi warunkami. Mianowicie, zdaniem EBC: *Ustawodawstwo krajowe przewidujące finansowanie przez krajowy bank centralny krajowego systemu gwarantowania depozytów dla instytucji kredytowych lub krajowego systemu rekompensat dla inwestorów dla przedsiębiorstw inwestycyjnych jest zgodne z zapisem o zakazie finansowania ze środków banku centralnego tylko wtedy, gdy jest to finansowanie krótkoterminowe, odnoszące się do nagłych sytuacji, w grę wchodzi zagrożenie stabilności systemowej, a decyzję podejmuje wedle własnego uznania krajowy bank centralny. W związku z tym*

<sup>6</sup> Chodzi o Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, zgodnie z numeracją obowiązującej wówczas wersji tego traktatu.

należy rozważyć uwzględnienie w prawie krajowym odniesienia do art. 123 Traktatu. Uznaniowość decyzji o udzieleniu kredytu nie może oznaczać, że krajowy bank centralny *de facto* przejmuje zadania państwa. W szczególności wsparcie banku centralnego dla systemu gwarantowania depozytów nie może sprowadzać się do systematycznej operacji prefinansowania [w cytacie pominięto przypisy odsyłające do konkretnych opinii EBC – przyp. M.S.].<sup>7</sup>

Należy uznać, że treść przepisu art. 298 projektu jest zasadniczo zgodna z powołanymi wyżej wskazaniem EBC, gdyż w art. 298 projektu wyraźnie zastrzeżono, że przewidziany tam kredyt udzielany przez NBP na rzecz BFG musi być, po pierwsze, kredytem „krótkoterminowym”, po drugie, kredytem udzielanym w przypadku wystąpienia „zagrożenia stabilności finansowej” oraz, po trzecie, kredytem w celu pokrycia „pilnych” (czyli nagłych) potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych, a przy tym, po czwarte, kredyt ten ma być udzielany przez NBP na zasadzie uznaniowości [*Narodowy Bank Polski (...) może udzielić Funduszowi kredytu*]. Krytycznie należy natomiast zauważyć, że wbrew zaleceniom EBC twórcy projektu w art. 298 projektu nie odwołali się do art. 123 TFUE. Wprawdzie ten ostatni przepis jest stosowany bezpośrednio i ma pierwszeństwo przed sprzecznymi z nim przepisami prawa krajowego, niemniej to rekomendowane przez EBC wyraźne odwołanie się w prawie krajowym do art. 123 TFUE ma zawsze ważny walor dyscyplinujący zaangażowane w operację kredytu instytucje krajowe i przypomina im o ich wynikających z tego traktatu obowiązkach, w tym o obowiązkach wynikających z interpretacji art. 123 TFUE dokonywanych przez właściwe instytucje unijne oraz przez EBC.

O ile przy tym w opisanym powyżej zakresie treść art. 298 projektu jest zgodna z art. 123 TFUE (z zastrzeżeniem, że *de lege ferenda* zasadne byłoby wyraźne odwołanie się przez art. 298 projektu do art. 123 TFUE), o tyle o tego rodzaju zgodności nie można mówić w zakresie, w jakim treść art. 298 projektu w obecnym brzmieniu może umożliwiać przeznaczanie przez BFG krótkoterminowego kredytu udzielonego przez NBP nie tylko bezpośrednio na wypłatę środków gwarantowanych, ale również na potrzeby finansowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, w tym również na fundusz przymusowej restrukturyzacji banków lub fundusz przymusowej restrukturyzacji kas. W tym kontekście EBC podkreśla, że: *Zgodnie z zakazem finansowania ze środków banku centralnego krajowy bank centralny nie może finansować działania mechanizmów finansowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji*<sup>8</sup>. Europejski Bank Centralny to przytoczone wyżej twierdzenie przypominał

<sup>7</sup> Europejski Bank Centralny: Raport o konwergencji, czerwiec 2014, s. 42–43, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/conrep/cr201406pl.pdf?ea64189dbca068dacebe6b6bdaf737a8>.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 43.

w swojej opinii z 28 maja 2015 r. dotyczącej projektu polskiej ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (z wnioskiem o wydanie takiej opinii zwrócił się do EBC Minister Finansów RP). Bank uznał w tej opinii, że przepis art. 298 projektu, w poprzedniej wersji projektu mający numerację art. 273, narusza wspomniany wyżej zakaz wynikający z art. 123 TFUE. Stwierdził wówczas, że: *projekt ustawy nie wyklucza wprost użycia krótkoterminowego kredytu udzielonego Funduszowi przez NBP zgodnie z art. 273 projektu ustawy dla uzupełnienia środków funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, mimo iż art. 273 przewiduje, że NBP może udzielić takiego kredytu krótkoterminowego wyłącznie w celu pokrycia pilnych potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych. Udzielenie takiego finansowania dla funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji stanowiłoby zadanie rządu, a zatem jakkolwiek taki kredyt czy finansowanie udzielone przez NBP naruszyłyby zakaz finansowania ze środków banku centralnego przewidziany w Traktacie. Dla zapewnienia pewności prawnej EBC zaleca zatem dodanie do projektu ustawy przepisu wprost precyzującego, że kredyt krótkoterminowy udzielony zgodnie z art. 273 nie może być wykorzystany dla uzupełnienia funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków, funduszu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, ani w żadnych innych celach związanych z restrukturyzacją i uporządkowaną likwidacją*<sup>9</sup>.

Te dość ogólne uwagi EBC, wskazujące na ryzyko niezgodności między art. 298 projektu (według obecnej numeracji) a art. 123 TFUE, warto byłoby w tym miejscu uzupełnić nieco szerszym wyjaśnieniem, dlaczego art. 298 projektu (w aktualnym brzmieniu) może skutecznie nie zapobiegać wykorzystywaniu kredytów przewidzianych w tym przepisie na potrzeby finansowania przez BFG restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, w tym również na fundusz przymusowej restrukturyzacji banków lub fundusz przymusowej restrukturyzacji kas, i w jaki ewentualnie sposób tego rodzaju niedozwolone przez art. 123 TFUE finansowanie mogłoby – na podstawie art. 298 projektu – nastąpić. Mianowicie, art. 298 projektu przewiduje, że przewidziany w tym przepisie krótkoterminowy kredyt może być udzielany na rzecz BFG przez NBP: *w celu pokrycia pilnych potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych*. Otóż tego rodzaju stwierdzenie wyraźnie i jednoznacznie nie przesądza, że przewidziany w art. 298 projektu krótkoterminowy kredyt musi być przeznaczany przez BFG tylko i wyłącznie oraz bezpośrednio na pokrycie pilnych potrzeb BFG związanych z wypłatą środków gwarantowa-

<sup>9</sup> Opinia EBC z 28 maja 2015 r. w sprawie ram prawnych systemu gwarancji depozytów oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji na rynkach finansowych, CON/2015/17, s. 4, [https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pl\\_con\\_2015\\_17\\_f\\_sign.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pl_con_2015_17_f_sign.pdf).

nych, bez możliwości finansowania tym kredytem innych potrzeb BFG, w tym związanych z przymusową restrukturyzacją. W takim układzie można sobie wyobrazić co najmniej dwie sytuacje, w których – z uwagi na takie, a nie inne brzmienie art. 298 projektu – kredyt przewidziany w art. 298 projektu mógłby być wykorzystywany na cele związane z przymusową restrukturyzacją.

Po pierwsze, można sobie wyobrazić, że finansowanie przez kredyt, o którym mowa w art. 298 projektu „pilnych potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych” mogłoby następować w ramach i w trakcie trwania postępowania przymusowej restrukturyzacji, tak iż kredyt przewidziany w art. 298 projektu służyłby dofinansowaniu wypłat środków gwarantowanych następujących (dokonywanych) w ramach toczącego się postępowania przymusowej restrukturyzacji (zob. np. art. 180, art. 189 ust. 5 i art. 264 ust. 3–9 projektu). Nawiasem mówiąc, nie ma do końca pewności, czy akurat tego rodzaju sytuacja również jest objęta zakazem z art. 123 TFUE, gdyż EBC w swoich opiniach wyraźnie tego nie rozstrzyga. W swoich opiniach stwierdza jedynie, że krótkoterminowe kredyty banku centralnego mogą wyjątkowo – pod określonymi warunkami – finansować krajowy system gwarantowania depozytów, natomiast nie mogą one finansować mechanizmów finansowania restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji. Bank nie wypowiada się natomiast wyraźnie odnośnie do sytuacji, w której finansowanie systemu gwarantowania depozytów przez bank centralny następowałoby w trakcie i w ramach postępowania przymusowej restrukturyzacji, tak że tego rodzaju finansowanie ze strony banku centralnego byłoby wówczas jednocześnie (i *de facto*) finansowaniem przymusowej restrukturyzacji. W przekonaniu autora niniejszej opinii tego rodzaju sytuacja byłaby zgodna z art. 123 TFUE (o ile byłyby spełnione zasadnicze warunki, o których jest mowa w opiniach EBC), ale jest to oczywiście tylko subiektywne stanowisko autora i należy się liczyć z możliwością istnienia w tym względzie również innych stanowisk interpretacyjnych.

Po drugie, może się zdarzyć, że kredyt przewidziany w art. 298 projektu będzie wprawdzie zaciągany przez BFG w związku z jego rzeczywście istniejącymi pilnymi potrzebami związanymi z wypłatą środków gwarantowanych, wywołującymi konieczność ponoszenia zwiększonych (w tym większych niż pierwotnie przewidywano) wydatków na ten cel w ramach Funduszu, ale akurat środki z kredytu, o którym mowa w art. 298 projektu, zostaną przeznaczone przez BFG nie bezpośrednio na wypłatę środków gwarantowanych, ale na zwiększenie lub wsparcie funduszu przymusowej restrukturyzacji banków lub funduszu przymusowej restrukturyzacji kas. Innymi słowy, w praktyce działania BFG może pojawić się próba takiej interpretacji przepisu art. 298 projektu, że cel polegający na pokryciu pilnych potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych, a o którym to celu jest mowa w powołanym przepisie, może być traktowany jako powód czy też pretekst do uzyskania przez BFG krótkoterminowego kredytu od NBP, i to w momencie, gdy takie pilne



potrzeby ze strony Funduszu rzeczywiście istnieją i gdy ponosi on związane z tymi potrzebami zwiększone wydatki, ale z zastrzeżeniem, że same te środki z kredytu, o którym mowa w art. 298 projektu, niekoniecznie muszą wówczas wprost służyć finansowaniu wypłaty środków gwarantowanych, lecz równie dobrze mogą finansować przymusową restrukturyzację, w tym być przeznaczone na zwiększenie funduszu przymusowej restrukturyzacji.

Aby zapobiec tego rodzaju ewentualnym interpretacjom i aby uwzględnić inne jeszcze omówione wyżej zastrzeżenia odnośnie do zgodności art. 298 projektu z art. 123 TFUE, należałoby rekomendować nadanie przepisowi art. 298 projektu następującego brzmienia: „W przypadku wystąpienia zagrożenia stabilności finansowej oraz wyłącznie w celu bezpośredniego pokrycia pilnych potrzeb Funduszu związanych z wypłatą środków gwarantowanych w terminie wynikającym z art. 35 ust. 3, Narodowy Bank Polski, na wniosek Zarządu Funduszu zaakceptowany przez Radę Funduszu, może udzielić Funduszowi kredytu krótkoterminowego, pod warunkiem ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia i bez uszczerbku dla wymagań wynikających z art. 123 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”.

### **Uwagi o braku operacyjnej (strukturalnej) niezależności funkcji BFG w zakresie przymusowej restrukturyzacji od innych funkcji BFG**

Artykuł 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE stanowi: *Organami ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji mogą być narodowe banki centralne, właściwe ministerstwa lub inne organy administracji publicznej czy organy, którym powierzono uprawnienia w zakresie administracji publicznej. Państwa członkowskie mogą wyjątkowo ustanowić, że organ ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji może być organem właściwym dla nadzoru do celów rozporządzenia (UE) nr 575/2013 i dyrektywy 2013/36/UE. Należy przyjąć odpowiednie uzgodnienia strukturalne dla zagwarantowania operacyjnej niezależności i uniknięcia konfliktu interesów między funkcjami nadzoru na mocy rozporządzenia (UE) nr 575/2013 i dyrektywy 2013/36/UE lub innych funkcji odpowiedniego organu z funkcjami organów ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji na mocy niniejszej dyrektywy, bez uszczerbku dla obowiązków w zakresie wymiany informacji i współpracy wymaganych na mocy ust. 4. W szczególności państwa członkowskie zapewniają, by w ramach właściwych organów, narodowych banków centralnych, właściwych ministerstw lub innych organów funkcje w zakresie restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji były operacyjnie niezależne od funkcji nadzoru lub innych funkcji odpowiedniego organu.* Ta wymagana przez powołany art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE strukturalna czy też operacyjna niezależność funkcji organów ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji

wynikająca z tej dyrektywy od innych ewentualnych funkcji tych organów nie jest niestety zagwarantowana w projekcie. Projekt przewiduje, że BFG ma wykonywać bardzo różne funkcje i zadania, w tym z jednej strony funkcje i zadania organu przymusowej restrukturyzacji (tzn. organu, który w szczególności prowadzi postępowania przymusowej restrukturyzacji, dokonuje restrukturyzacji określonych podmiotów przez umorzenie lub konwersję instrumentów kapitałowych oraz przygotowuje, aktualizuje i ocenia wykonalności planów przymusowej restrukturyzacji i grupowych planów przymusowej restrukturyzacji) oraz z drugiej strony funkcje związane z wykonywaniem obowiązków wynikających z gwarantowania depozytów, w szczególności wypłaty środków gwarantowanych deponentom (zob. art. 5 ust. 1 projektu). Co więcej, BFG ma wykonywać również określone działania na rzecz stabilności krajowego systemu finansowego, a przy tym minister właściwy do spraw instytucji finansowych może określić, w drodze rozporządzenia, dodatkowe jeszcze działania Funduszu na rzecz stabilności systemu finansowego oraz tryb i sposób ich wykonania (art. 5 ust. 1 pkt 7 i art. 5 ust. 6 projektu). W myśl art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE, wszystkie te wymienione wyżej funkcje czy też zadania BFG (tzn., po pierwsze, funkcje organu przymusowej restrukturyzacji, po drugie, funkcje wynikające z gwarantowania depozytów oraz, po trzecie, inne funkcje związane z zapewnianiem stabilności krajowego systemu finansowego) powinny być od siebie operacyjnie niezależne. A więc powinny zostać zastosowane (stworzone) w ramach Funduszu odpowiednie uzgodnienia strukturalne dla zagwarantowania operacyjnej niezależności i uniknięcia konfliktu interesów między wykonywanymi przez BFG funkcjami organu przymusowej restrukturyzacji oraz innymi jego funkcjami, w tym funkcjami wynikającymi z gwarantowania depozytów oraz pozostałymi funkcjami związanymi z zapewnianiem stabilności krajowego systemu finansowego.

W kształcie przewidzianym w projekcie rozwiązania prawne dotyczące BFG nie gwarantują istnienia wymaganej przez art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE operacyjnej czy też strukturalnej niezależności oraz unikania konfliktów interesów między różnymi funkcjami Funduszu. W szczególności Rada BFG oraz Zarząd BFG są przez przepisy projektu upoważnione do podejmowania działań, w tym wydawania decyzji, dotyczących zarówno gwarantowania depozytów, jak też przymusowej restrukturyzacji (zob. art. 8 i art. 11 projektu), tak że brak jest wyznaczenia w ramach Funduszu odrębnych ciał lub organów, które miałyby się zajmować wyłącznie jedną z wymienionych jego funkcji. Może to potencjalnie prowadzić do występowania konfliktu interesów między funkcjami (działaniami) BFG w obu wymienionych obszarach, w sposób naruszający art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE.

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że istnieją przekonujące merytoryczne argumenty na rzecz tezy, by powierzyć BFG zarówno funkcje organu przymusowej restrukturyzacji, jak też funkcje związane z gwarantowaniem depozytów,

a także inne jeszcze funkcje związane z zapewnianiem stabilności krajowego systemu finansowego<sup>10</sup>. Równocześnie jednak w ramach BFG powinny być (*de lege ferenda*) stworzone przynajmniej minimalne gwarancje zapewnienia operacyjnej niezależności od siebie wszystkich tych funkcji, tak jak tego wymaga art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE<sup>11</sup>. W szczególności należałoby rozważyć, by strukturalna i operacyjna separacja poszczególnych funkcji BFG następowała, jeśli nie na poziomie organów Funduszu, tzn. Rady i Zarządu BFG, to przynajmniej na poziomie określonych jednostek (komórek) organizacyjnych BFG (np. departamentów), mających się zajmować poszczególnymi jego funkcjami. Tego rodzaju separacja powinna być zagwarantowana przynajmniej w statucie BFG. Ponieważ zgodnie z przepisami projektu statut BFG jest tej instytucji nadawany przez ministra właściwego do spraw instytucji finansowych (zob. art. 3 ust. 4 projektu), należałoby w przepisie upoważniającym właściwego ministra do nadania statutu BFG zamieścić wytyczne, zgodnie z którymi właściwy minister określając w statucie organizację Funduszu, powinien się kierować m.in. koniecznością zapewnienia operacyjnej lub strukturalnej niezależności poszczególnych jego funkcji (np. „Minister właściwy do spraw instytucji finansowych, w drodze rozporządzenia, nadaje Funduszowi statut, w którym określa szczegółowo jego zadania, organizację oraz zasady tworzenia i wykorzystywania funduszy własnych, mając na uwadze sprawne działanie Funduszu, cele jego działalności oraz konieczność zapewnienia operacyjnej lub strukturalnej niezależności poszczególnych zadań Funduszu”).

## Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że projekt wymaga dalszych prac legislacyjnych z kilku powodów.

Po pierwsze, formalna systematyka projektu (w podziale na poszczególne działy) nie jest dostatecznie przejrzysta, czytelna i konsekwentna, a w szczególności nie w pełni symetrycznie odzwierciedla dokonane przez samych twórców projektu w jego przepisie art. 1 ust. 1 – bardzo trafne skądinąd – zidentyfikowanie najważniejszych merytorycznych zagadnień objętych przedmiotowym zakresem projektu. Należałoby rekomendować ustawodawcy, by dokonał przebudowy systematyki projektu zgodnie z zaproponowanym w niniejszej opinii schematem. W wypadku projektu poprawna (tzn. czytelna i konsekwentna) systematyka byłaby szczególnie pożądana z uwagi na jego ogromne rozmiary (łącznie projekt zawiera aż 360 artykułów) i z pewnością ułatwiłaby odnajdywanie i interpretowanie przepisów przyszłej ustawy.

<sup>10</sup> Na temat tych argumentów zob. np. uzasadnienie do projektu, s. 53–64.

<sup>11</sup> Zwraca na to uwagę m.in. EBC w swojej opinii z 28 maja 2015 r., *op. cit.*, s. 3–4.

Po drugie, projekt nie zawiera legalnej definicji pojęcia „instrumentów kapitałowych”, co może prowadzić do wielu niepożądanych wątpliwości interpretacyjnych. Należałoby rekomendować ustawodawcy zamieszczenie w słowniczku wyrażeń ustawowych wyraźnego przepisu stanowiącego, że użyte w ustawie określenie „instrumenty kapitałowe” oznacza „instrumenty kapitałowe, o których mowa w przepisach rozporządzenia nr 575/2013”.

Po trzecie, art. 298 projektu, przewidujący możliwość udzielenia przez Narodowy Bank Polski krótkoterminowego kredytu na rzecz Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, wywołuje pewne wątpliwości co do jego zgodności z art. 123 TFUE. W celu wyeliminowania tych wątpliwości należałoby nadać przepisowi art. 298 projektu nieco zmodyfikowane brzmienie, zaproponowane w niniejszej opinii.

Po czwarte, przepisy projektu dotyczące organizacji i zasad działania Bankowego Funduszu Gwarancyjnego nie zapewniają w żaden sposób operacyjnej lub strukturalnej niezależności od siebie poszczególnych funkcji Funduszu, w tym funkcji organu przymusowej restrukturyzacji, funkcji związanych z gwarantowaniem depozytów oraz innych funkcji związanych z zapewnianiem stabilności krajowego systemu finansowego. Brak zapewnienia tego rodzaju niezależności poszczególnych funkcji wymienionego organu narusza art. 3 ust. 3 dyrektywy 2014/59/UE.