

MICHAŁ DOROCIAK*

INTERES PUBLICZNY W PRZYMUSOWEJ RESTRUKTURYZACJI**

I. WSTĘP

Procedura przymusowej restrukturyzacji została wprowadzona do polskiego porządku prawnego przez ustawę z 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji¹. Niemniej dopiero trzy i pół roku po wejściu w życie tej ustawy doszło do pierwszego przypadku wszczęcia wyżej wskazanego postępowania wobec Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku. Trzy miesiące później postępowanie to zostało uruchomiono po raz drugi – wobec Banku Spółdzielczego w Przemkowie. Te pierwsze dwa przypadki zastosowania przymusowej restrukturyzacji przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny (BFG) pozwalają na dokonanie wstępnej analizy dopiero rozwijającej się praktyki decyzyjnej organu w tej materii. Spod analizy wyłączona zostanie decyzja BFG ws. przymusowej restrukturyzacji Idea Bank SA, która ze względu na znacznie większe znaczenie tego banku dla polskiego systemu finansowego zasługuje na oddzielne omówienie.

Celem artykułu jest zbadanie (na podstawie ww. dwóch pierwszych decyzji BFG ws. przymusowej restrukturyzacji) podejścia organu do przesłanki interesu publicznego. Jej spełnienie jest, zgodnie z art. 101 ust. 7 pkt 3) uBFG, warunkiem uruchomienia omawianego postępowania wobec instytucji kredytowych lub firm inwestycyjnych. Ma ona więc kluczowe znaczenie dla ochrony praw posiadaczy praw właścicielskich i wierzycieli podmiotu w restrukturyzacji, które ulegają poważnemu ograniczeniu w trakcie przymusowej restrukturyzacji mogącej prowadzić nawet do umorzenia instrumentów właścicielskich i części zobowiązań. Analiza tego, w jaki sposób organ interpretuje pojęcie interesu pu-

* Michał Dorociak, Uniwersytet Warszawski,
m.dorociak@wpia.uw.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0001-5384-3069>

** Artykuł powstał w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2017/27/B/HS5/02870, „Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przykładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na kształtowanie treści stosunków kontraktowych między przedsiębiorcami”, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

¹ Ustawa z 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji, Dz. U. 2016, poz. 996 (dalej jako: uBFG)).

blicznego, a tym samym w jaki sposób dąży do zapewnienia równowagi pomiędzy celem zapewnienia stabilności finansowej a ochroną praw jednostek, powinna doprowadzić do poszerzenia stanu wiedzy na temat funkcjonowania sieci bezpieczeństwa finansowego w Polsce, która od 2008 r. stała się przedmiotem intensywnych badań zarówno prawnych, jak i ekonomicznych. W części pierwszej artykułu po krótko omówiona zostanie procedura przymusowej restrukturyzacji. Następnie w sposób bardziej szczegółowy opisana zostanie przesłanka interesu publicznego. W części trzeciej przeanalizowane zostanie podejście BFG do interesu publicznego w ww. dwóch postępowaniach ws. przymusowej restrukturyzacji. Wnioski zostaną przedstawione w podsumowaniu.

II. PRZYMUSOWA RESTRUKTURYZACJA W PRAWIE UE I PRAWIE POLSKIM

Procedura przymusowej restrukturyzacji została uregulowana na poziomie unijnym w dyrektywie 2014/59² (Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD), która stworzyła nie tylko specjalny tryb postępowania wobec banku w razie jego upadłości, ale cały zespół działań – począwszy od zapobiegania, przez przygotowywanie, po przeprowadzanie samej restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji. Państwa członkowskie UE zobowiązane zostały do wyznaczenia specjalnych organów ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, którym przyznano szczególne kompetencje w zakresie przygotowywania i przeprowadzania przymusowej restrukturyzacji i które zobowiązano do współpracy z organami nadzoru nad rynkiem finansowym przy zapobieganiu upadłości instytucji kredytowych. W przypadku państw należących do strefy euro (tzw. państw uczestniczących) funkcję organu ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji dla instytucji kredytowych podlegających nadzorowi Europejskiego Banku Centralnego oraz transgranicznych grup bankowych pełni Jednolita Rada ds. Restrukturyzacji i Uporządkowanej Likwidacji (Single Resolution Board – SRB) powołana na mocy rozporządzenia 806/2014³.

Jak było wskazywane we wstępie, przepisy dotyczące restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego przez uBFG⁴. Na mocy tej ustawy BFG został wyznaczony organem ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji.

Z perspektywy tematu poniższego artykułu kluczowe znaczenia mają przepisy uBFG zawarte w dziale III rozdz. 7 regulujące samą przymusową restrukturyzację. Artykuł 110 ust. 1 uBFG w zgodzie z BRRD przewiduje cztery instrumenty

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15 maja 2014 r., Dz. Urz. UE L 173 z 17 czerwca 2014 r.

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 806/2014 z 15 lipca 2014 r., Dz. Urz. UE L 225 z 30 lipca 2014 r.

⁴ W dalszej części artykułu analizowane są przepisy uBFG w kształcie obowiązującym w momencie wydawania przez BFG decyzji ws. przymusowej restrukturyzacji Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku (15.01.2020) oraz decyzji ws. przymusowej restrukturyzacji Banku Spółdzielczego w Przemkowie (30.04.2020).

przymusowej restrukturyzacji: przejście przedsiębiorstwa, instytucję pomostową, umorzenie lub konwersję zobowiązań oraz wydzielenie praw majątkowych. Wszczęcie postępowania w sprawie przymusowej restrukturyzacji i zastosowanie jednego z powyższych instrumentów możliwe jest jednak tylko po łącznym spełnieniu następujących warunków określonych w art. 101 ust. 7 uBFG:

– podmiot krajowy jest zagrożony upadłością (tzw. FOLF – od ang. *failing or likely to fail*);

– brak jest przesłanek wskazujących, że możliwe działania nadzorcze lub działania podmiotu krajowego pozwalają we właściwym czasie usunąć zagrożenie upadłością;

– działania wobec podmiotu krajowego konieczne są w interesie publicznym.

Kompetencje do uznania podmiotu za zagrożony upadłością oraz stwierdzenia, iż brak jest przesłanek wskazujących, że możliwe działania nadzorcze lub działania podmiotu krajowego pozwalają we właściwym czasie usunąć zagrożenie upadłością przysługują Komisji Nadzoru Finansowego (KNF). Po otrzymaniu informacji od KNF o spełnieniu powyższych dwóch przesłanek weryfikacja spełnienia ostatniej przesłanki dokonywana jest przez BFG. Zostanie ona opisana w bardziej szczegółowy sposób poniżej.

III. INTERES PUBLICZNY NA GRUNCIE BRRD I uBFG

Zgodnie z punktem 13 preambuły do dyrektywy 2014/59 uzasadnieniem dla wprowadzenia przesłanki interesu publicznego jest bardzo mocna ingerencja w prawa akcjonariuszy i wierzycieli w trakcie przymusowej restrukturyzacji. Polegać ona może na przeniesieniu akcji bądź całości lub części aktywów do podmiotu trzeciego (innej instytucji kredytowej lub do instytucji pomostowej) bez konieczności pozyskania zgody akcjonariuszy. Innym przykładem takiej ingerencji może być uprawnienie do umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych lub, posiadający jeszcze szerszy zakres, instrument umorzenia lub konwersji długu. W celu zapewnienia ochrony praw akcjonariuszy i wierzycieli poprzez ograniczenie do minimum przypadków stosowania przymusowej restrukturyzacji, unijny ustawodawca postanowił więc, że procedura ta powinna być uruchamiana tylko wtedy, kiedy interes publiczny przeważa nad interesami powyższych podmiotów.

Na mocy art. 101 ust. 10 uBFG, implementującym art. 32 ust. 5 BRRD przymusowa restrukturyzacja jest podejmowana w interesie publicznym, jeśli spełnione są dwie przesłanki: (1) działania podejmowane w ramach przymusowej restrukturyzacji muszą być konieczne dla zapewnienia realizacji co najmniej jednego z celów przymusowej restrukturyzacji oraz (2) osiągnięcie tych celów w takim samym stopniu nie jest możliwe w ramach sprawowanego nadzoru lub postępowania upadłościowego. Cele przymusowej restrukturyzacji wskazane zostały w art. 66 uBFG. Należą do nich utrzymanie stabilności finansowej; ograniczenie wykorzystania funduszy publicznych wobec sektora finansowego, zapewnienie kontynuacji realizowanych przez podmiot objęty przymusową restrukturyzacji funkcji krytycznych; ochrona deponentów i inwestorów objętych systemem re-

kompensat oraz ochrona środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów. Analizując pierwszą z przesłanek uznania przymusowej restrukturyzacji za podejmowaną w interesie publicznym, należy zwrócić uwagę na dwa aspekty.

Po pierwsze, cele przymusowej restrukturyzacji zostały w polskiej ustawie uporządkowane w innej kolejności niż w art. 32 ust. 1 BRRD, którego transpozycję do polskiego porządku prawnego stanowi właśnie art. 66 uBFG. W dyrektywie na pierwszym miejscu znajduje się zachowanie ciągłości funkcji krytycznych, które w polskiej ustawie przesunięte zostało do punktu trzeciego. Nie powinno mieć to jednak wpływu na wykładnię normy kompetencyjnej BFG do wszczęcia postępowania w sprawie przymusowej restrukturyzacji, gdyż zgodnie z art. 32 ust. 3 BRRD wszystkie cele przymusowej restrukturyzacji (restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji) są równie istotne i organy ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji powinny dokonywać ich wyważenia odpowiednio do charakteru i okoliczności każdego przypadku. Z drugiej jednak strony Rosa Maria Lastra, Constanza Russo i Marco Bodellini twierdzą, że uporządkowanie celów restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w BRRD nie jest przypadkowe, odzwierciedla ono – ich zdaniem – przekonanie unijnego ustawodawcy, że zachowanie ciągłości funkcji krytycznych oraz stabilności finansowej to cele nadrzędne, których zapewnienie może uzasadnić korzystanie ze środków publicznych przy ratowaniu banków⁵. Zmiana kolejności celów przymusowej restrukturyzacji w uBFG mogłaby więc sugerować, że polski ustawodawca jest bardziej przywiązany do egzekwowania „końca ery bail-outów”⁶ i dopuszcza używanie środków publicznych tylko do zapewnienia stabilności finansowej, ale już nie do zachowania ciągłości funkcji krytycznych.

Po drugie, art. 101 ust. 10 uBFG nakazuje BFG zbadanie wyłącznie tego, czy działania w ramach przymusowej restrukturyzacji są „konieczne” do osiągnięcia któregoś z powyższych celów – tym samym teoretycznie nakłada on na organ obowiązek przeprowadzenia testu o zakresie węższym niż ten opisany w art. 32 ust. 5 BRRD. We wskazanym przepisie dyrektywy nakazuje się bowiem organom ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji zbadanie nie tylko, czy działania te są konieczne, ale również czy są proporcjonalne. Niemniej nawet jeśli nie jest to bezpośrednio nakazane przez art. 101 ust. 10 uBFG, podejmując decyzję o zastosowaniu instrumentów przymusowej restrukturyzacji, BFG i tak powinien zbadać, czy są one proporcjonalne do celów przymusowej restrukturyzacji – obowiązek ten wynika z art. 52 ust. 1 KPP⁷, a także z art. 8 § 1 k.p.a., który zgodnie z art. 11 ust. 5 uBFG w zakresie nieuregulowanym przez tę ustawę ma zastosowanie do decyzji w sprawie zastosowania instrumentów przymusowej restrukturyzacji.

Przechodząc do analizy drugiej przesłanki wystąpienia interesu publicznego, należy zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do powyższych uwag, jej brzmienie zostało rozszerzone, a nie zawężone względem brzmienia art. 32

⁵ Lastra, Russo, Bodellini (2019): 14.

⁶ Lienemeyer, Kerle, Malikova (2014): 277.

⁷ Na temat związania polskich organów Kartą praw podstawowych zob. np. Półtorak (2014): 17–28; Grzeszczak, Szmigielski (2015): 11–18.

ust. 5 dyrektywy 2014/59. Dyrektywa nakazuje bowiem organom ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji zbadanie wyłącznie, czy cele restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji nie mogłyby być osiągnięte w takim samym stopniu w drodze likwidacji instytucji w ramach standardowego postępowania upadłościowego. Artykuł 101 ust. 10 uBFG ustanawia natomiast jako punkt odniesienia nie tylko postępowanie upadłościowe, ale również działania w ramach sprawowanego nadzoru. Za działania takie należałoby w szczególności uznać opisywaną powyżej kompetencję KNF do wydania decyzji o przejęciu banku zagrożonego upadłością przez inny bank zgodnie z art. 158 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Prawo bankowe⁸. Choć więc wydawać się może, że polski ustawodawca narzucił BFG standard kontroli wyższy niż przewidziany w BRRD, w istocie stanowi to właściwą implementację zaleceń unijnego ustawodawcy, aby stosować przymusową restrukturyzację jako „ostateczną ostateczność”⁹, o czym wyraźnie mowa w punkcie 49 preambuły do BRRD.

Powyższe uwagi mogą pomóc lepiej zrozumieć znaczenie przesłanki interesu publicznego w przymusowej restrukturyzacji. Niemniej nie pozwalają one w pełni przewidzieć działań BFG, któremu przepisy pozostawiają szeroki zakres swobody uznania. Wynika to przede wszystkim z ogólnego charakteru celów przymusowej restrukturyzacji, które mogą być dowolnie interpretowane przez BFG. Z tej perspektywy kluczowe wydaje się dokładne przeanalizowanie dotychczasowej praktyki decyzyjnej BFG z zakresu przymusowej restrukturyzacji.

IV. INTERES PUBLICZNY W PRAKTYCE DECYZYJNEJ BFG

Jak wskazywano, procedura przymusowej restrukturyzacji została jak dotąd (stan na maj 2021 r.) trzykrotnie uruchomiona przez BFG. Trzeci przypadek dotyczący Idea Bank SA został jednak wyłączony z zakresu analizy w niniejszym artykule.

Po raz pierwszy przymusowa restrukturyzacja została zastosowana wobec Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku (PBS). W uzasadnieniu decyzji z 15 stycznia 2020 r. BFG stwierdzał, że powodem zastosowania przymusowej restrukturyzacji był fakt, iż zgodnie z oszacowaniem wartości aktywów i pasywów przeprowadzonym przez niezależny podmiot aktywa PBS nie wystarczały na zaspokojenie jego zobowiązań (druga przesłanka wydania oceny FOLF). Wobec powyższego BFG zdecydował się zastosować instrument instytucji pomostowej.

Drugi przypadek uruchomienia procedury przymusowej restrukturyzacji przez BFG miał miejsce w kwietniu 2020 r., a objęty nią został również bank spółdzielczy – Bank Spółdzielczy w Przemkowie (BSP). W informacji podanej na stronie internetowej BFG stwierdzał, że przyczyną zastosowania przymusowej restrukturyzacji był „głęboko ujemny” poziom kapitałów własnych¹⁰.

⁸ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, t.jedn.: Dz. U 2020, poz. 1896.

⁹ Binder (2020): 456.

¹⁰ BFG, Przymusowa restrukturyzacja Banku Spółdzielczego w Przemkowie – informacja o przyczynach i skutkach, 30 kwietnia 2020 r.

Podobnie jak w przypadku PBS, spełniało to drugą z przesłanek oceny FOLF („aktywa podmiotu nie wystarczają na zaspokojenie jego zobowiązań”). Wobec powyższego BFG zastosował instrument przejęcia przedsiębiorstwa.

Jako że ocena FOLF stanowi tylko jedną z trzech omawianych powyżej przesłanek wszczęcia przymusowej restrukturyzacji, w obu powyższych przypadkach BFG stwierdzał również, że zdaniem KNF brak było przesłanek wskazujących, że możliwe działania nadzorcze lub działania wskazanych banków pozwolą we właściwym czasie usunąć zagrożenie upadłością.

Z perspektywy tematu poniższego artykułu kluczowe jest jednak zbadanie podejścia BFG w powyższych przypadkach do trzeciej przesłanki przymusowej restrukturyzacji BFG, którą jest występowanie interesu publicznego.

1. Interes publiczny w przymusowej restrukturyzacji Podkarpackiego Banku Spółdzielczego

W przypadku PBS BFG stwierdzał, że interes publiczny w przymusowej restrukturyzacji wynikał z konieczności zapewnienia kontynuacji realizowanych przez podmiot funkcji krytycznych (trzeci z celów przymusowej restrukturyzacji). Analiza spełnienia przesłanki interesu publicznego w przymusowej restrukturyzacji PBS wymaga więc w pierwszej kolejności analizy pojęcia funkcji krytycznych.

Zgodnie z art. 2 pkt 17) uBFG, stanowiącym transpozycję art. 2 ust. 1 pkt 35) BRRD, funkcje krytyczne stanowią „usługi, operacje lub inną działalność podmiotu lub grupy, których zaprzestanie mogłoby prowadzić, w jednym lub kilku państwach członkowskich będących członkiem Unii Europejskiej, do zakłóceń w funkcjonowaniu gospodarki lub zagrożić stabilności finansowej ze względu na wielkość podmiotu lub grupy, ich udział w rynku, złożoność, działalność transgraniczną, powiązania gospodarcze lub finansowe, w szczególności uwzględniając możliwość wykonywania tych usług, operacji lub innej działalności przez inne podmioty”. Powyższa definicja uległa rozwinięciu w rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) 2016/778, które zawiera dalsze kryteria służące identyfikacji funkcji krytycznych. Artykuł 6 ust. 1 tego rozporządzenia wskazuje, że funkcję uznaje się za krytyczną, jeśli „jest pełniona na rzecz osób trzecich niepowiązanych z daną instytucją ani grupą, a nagłe zaburzenie pełnienia tej funkcji prawdopodobnie wywarłoby istotny negatywny wpływ na osoby trzecie, zapoczątkowałoby efekt domina lub podważyłoby ogólne zaufanie uczestników rynku z powodu znaczenia systemowego tej funkcji dla osób trzecich oraz znaczenia systemowego danej instytucji lub grupy w pełnieniu tej funkcji”. Rozporządzenie to następnie wskazuje, jakie kryteria musi uwzględniać ocena negatywnego wpływu wywieranego na osoby trzecie oraz ocena substytucyjności danej funkcji. Niemniej ani polska ustawa, ani przytaczane akty prawa UE nie zawierają wyliczenia funkcji, które mogłyby zostać uznane za krytyczne. Oznacza to, że BFG, pomimo związania powyższymi kryteriami, otrzymał dosyć szeroką swobodę uznania w określaniu funkcji krytycznych. Swoje podejście organ zaprezentował w „Wyciągu z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych”. W dokumencie tym znajduje się lista

dziwięciu funkcji, które dla każdego banku mają być przez BFG poddawane analizie pod kątem oceny ich krytyczności. Lista ta pokrywa się częściowo z listami funkcji krytycznych zaproponowanymi przez Radę Stabilności Finansowej (Financial Stability Board – FSB)¹¹ oraz SRB¹².

W decyzji ze stycznia 2020 r. BFG uznał, iż funkcją krytyczną świadczoną przez PBS była obsługa jednostek samorządu terytorialnego polegająca na przyjmowaniu od nich depozytów. W zgodzie z ww. Wyciągiem z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych funkcja ta potencjalnie może być uznana za funkcję krytyczną. Niemniej przy analizie decyzji BFG pojawia się pytanie o to, czy przyjmowanie depozytów od jednostek samorządu terytorialnego (JST) przez PBS rzeczywiście spełniało wyżej przytaczane kryteria funkcji krytycznych, jeśli chodzi o negatywny wpływ zaburzenia pełnienia tej funkcji na osoby trzecie oraz jej substytucyjność.

Odpowiedzi na to pytanie nie można znaleźć w samej decyzji BFG. Porównując treść publicznie dostępnej decyzji BFG z treścią analogicznych publicznie dostępnych decyzji w sprawie restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji podejmowanych przez SRB, należy stwierdzić, że w zakresie standardu (publicznie dostępnego) uzasadnienia porównanie to wypada zdecydowanie na niekorzyść BFG¹³. BFG ograniczył się do stwierdzenia, że „obsługa jednostek samorządu terytorialnego uznana została przez Fundusz za funkcję krytyczną PBS, ze względu na wysoką wartość depozytów do nich należących”¹⁴. Ani w samej decyzji, ani w Informacji o przyczynach i skutkach przymusowej restrukturyzacji nie zostało jednak podane, jaka jest to wartość. Choć być może uzasadnienie decyzji doręczone podmiotowi w restrukturyzacji na mocy art. 103 ust. 3 uBFG jest dużo bardziej szczegółowe i zawiera wszystkie niezbędne informacje, rekonstrukcja motywów BFG na podstawie publicznie dostępnych informacji jest mocno utrudniona. Wartość depozytów JST możliwa jest do odzyskania dopiero w Raporcie z Oszacowania 1, gdzie wskazane jest, że według danych finansowych przedstawionych przez podmiot na dzień 28 lutego 2019 r. zobowiązania PBS wobec podmiotów sektora rządowego i samorządowego stanowiły ponad 203 671 656,15 zł. Przyjmując, że zobowiązania te wynikały wyłącznie z umowy rachunku bankowego, a jej stronami były tylko JST, należy stwierdzić, że depozyty JST w PBS (na dzień 28.02.2019) wynosiły ponad 203 mln zł.

Sama ta informacja z pewnością nie jest wystarczająca, aby w zgodzie z ww. rozporządzeniem delegowanym 2016/778 stwierdzić, że przyjmowanie depozytów JST przez PBS stanowi funkcję krytyczną. Niemniej jest już wystarczająca do wydania takiej oceny na gruncie wyżej omawianego Wyciągu

¹¹ Financial Stability Board (2013). Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Identification of Critical Functions and Critical Shared Services.

¹² SRB (2018). Critical functions: SRB Approach.

¹³ Por. Decyzje SRB ws. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji: Banco Popular Español z 7 czerwca 2017 r.; Veneto Banca z 23 czerwca 2017 r.; ABLV Bank z 23 lutego 2018 r.; PNB Banka z 15 sierpnia 2019 r

¹⁴ BFG, Przymusowa restrukturyzacja Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku – Informacja rozszerzona, 17 stycznia 2020 r.

z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych. Stwierdza się tam bowiem wyraźnie, iż „w przypadku krajowych banków spółdzielczych, uznaje się, że dany bank pełni funkcję krytyczną polegającą na przyjmowaniu depozytów jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli średnioroczne saldo depozytów przyjętych od JST w roku poprzednim przekracza wartość referencyjną, ustaloną w 2018 roku na 60 mln zł”¹⁵.

Przyjęcie takiego kryterium należy uznać za kontrowersyjne. Nie znajduje ono uzasadnienia ani w ustawodawstwie unijnym, ani jakichkolwiek wytycznych międzynarodowych instytucji, takich jak omawiane powyżej FSB i SRB. Pozwala ono potencjalnie na zastosowanie przymusowej restrukturyzacji wobec nawet najmniejszych banków, o aktywach nieprzekraczających 100 mln zł. Choć to nie wyłącznie wielkość decyduje o systemowym znaczeniu instytucji (kluczowe przy ocenie systemowości są również wzajemne powiązania pomiędzy instytucjami finansowymi w systemie bankowym oraz omawiana powyżej zastępowalność¹⁶), zazwyczaj stanowi ona podstawowy czynnik. Systemowość jest zaś w tym kontekście o tyle istotna, iż przymusowa restrukturyzacja została zaprojektowana jako procedura skierowana właśnie do banków o systemowym znaczeniu¹⁷. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że SRB w swoich dotychczasowych decyzjach odstępowała od uruchamiania procedury restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji wobec banków nawet kilkudziesięciokrotnie większych od PBS, którego aktywa wynosiły 2,9 mld zł: Veneto Banca – aktywa grupy o łącznej wartości 27,9 mld EUR; Banca Popolare di Vicenza – aktywa grupy o łącznej wartości 34,4 mld EUR; ABLV – aktywa banku o wartości 3,87 mld EUR.

Takie zawężenie stosowania przymusowej restrukturyzacji może być teoretycznie tłumaczone jako efekt wyłącznie politycznego kompromisu podczas procesu legislacyjnego prowadzącego do przyjęcia BRRD¹⁸. Kluczowe wydaje się jednak dostrzeżenie jeszcze jednego aspektu – odmiennych celów przymusowej restrukturyzacji oraz standardowego postępowania upadłościowego. Podczas gdy celem tego ostatniego jest wyłącznie likwidacja upadłego przedsiębiorstwa w sposób gwarantujący maksymalne możliwe zaspokojenie wierzycieli, nadrzędnym celem przymusowej restrukturyzacji powinno być ograniczenie systemowego ryzyka i zapewnienie stabilności finansowej¹⁹. Nie oznacza to jednak, że przymusowa restrukturyzacja zupełnie pomija interesy wierzycieli i właścicieli banku – są one zabezpieczone przez tzw. zasadę „niepogarszania sytuacji wierzycieli” (*No Creditors Worse Off* – NCWO)²⁰, zgodnie z którą żaden z wierzycieli oraz właścicieli nie powinien ponieść w ramach przymusowej restrukturyzacji strat większych niż te, które ponieśli w sytu-

¹⁵ BFG (2018): 3.

¹⁶ Zob. np. Międzynarodowy Fundusz Walutowy, Bank Rozliczeń Międzynarodowych, Rada Stabilności Finansowej (2019). *Guidance to Assess Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations*: 9.

¹⁷ Deslandes, Dias, Magnus (2019): 2.

¹⁸ Gelpern, Veron (2019): 8.

¹⁹ Binder (2019): 3–4.

²⁰ Pkt 5 preambuły do BRRD.

acji, gdyby dana instytucja została zlikwidowana w ramach standardowego postępowania upadłościowego²¹.

Postawienie tak nisko poprzeczki dla przymusowej restrukturyzacji banków – powodujące, iż będzie można się spodziewać, że w praktyce wszystkie upadające banki będą podlegać tej procedurze – zbliża BFG bardziej do amerykańskiej Federalnej Korporacji Gwarancji Depozytów (Federal Deposit Insurance Corporation – FDIC) niż do roli przewidzianej dla organów ds. restrukturyzacji i uporządkowanej przez BRRD. W odróżnieniu bowiem od reguł unijnych, amerykańskie prawodawstwo nie wprowadza ścisłego rozróżnienia procedury przymusowej restrukturyzacji od likwidacji banków w zgodzie ze standardowym postępowaniem upadłościowym. W efekcie FDIC posiada kompetencje – wobec wszystkich banków objętych systemem gwarancji depozytów – zarówno do stosowania szczególnych rozwiązań stworzonych na potrzeby sektora bankowego (takich jak procedura *Purchase and Assumption – P&A* – „kupno i przejęcie” czy instytucja pomostowa), jak i prowadzenia bardziej standardowej likwidacji w zastępstwie sądu upadłościowego²².

Niemniej nawet uznawszy, iż przyjmowanie depozytów JST o wartości 60 mln zł może stanowić funkcję krytyczną, należy zwrócić uwagę, że zarówno BRRD, jak i rozporządzenie delegowane 2016/778 nakazują każdorazowo przeprowadzić test substytucyjności danej funkcji świadczonej przez dany bank. Tymczasem Wyciąg z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych stwierdza, że samo przekroczenie przez depozyty JST wartości 60 mln zł jest wystarczające do stwierdzenia pełnienia przez bank funkcji krytycznej – nie ma tam mowy o konieczności dalszego zbadania substytucyjności tej funkcji.

Drugi problem z decyzją BFG ws. przymusowej restrukturyzacji PBS polega na tym, iż jej analiza może prowadzić do wniosku, że działania BFG były sprzeczne z zasadami stojącymi za systemem gwarancji depozytów. BFG stwierdzał bowiem, że w jego ocenie podjęcie przymusowej restrukturyzacji było konieczne, aby zapewnić kontynuację funkcji krytycznej, gdyż „zgodnie z ustawą o BFG, środki JST nie są objęte gwarancjami Funduszu i zgodnie z wykonanym oszacowaniem JST straciłyby je w całości w przypadku upadłości PBS”²³. Takie ujęcie sugerowałoby więc, że prawdziwym celem przymusowej restrukturyzacji PBS była ochrona deponentów. Teoretycznie nie powinno być w tym nic dziwnego, gdyż jak było wskazywane powyżej, stanowi ona jeden z celów przymusowej restrukturyzacji na mocy art. 66 uBFG. Problem polega na tym, że zgodnie z art. 2 pkt 3) w związku z art. 20 i 21 uBFG pojęciem deponenta nie zostały objęte JST. Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1 lit. j) dyrektywy 2014/49 depozyty JST jako organów władzy publicznej zostały wyraźnie wyłączone z wypłaty przez system gwarancji depozytów. Na mocy art. 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/49 państwa członkowskie mogą włączyć do wypłaty z systemu gwarancji depozytów wyłącznie władze lokalne o budżecie rocznym nieprzekraczającym 500 000 EUR. Polska nie zdecydowała się jednak nawet na takie rozwiązanie. Choć Europejski Urząd

²¹ Zob. art. 241–242 uBFG.

²² Deslandes, Dias, Magnus (2019): 2.

²³ BFG, Przymusowa restrukturyzacja Podkarpackiego Banku Spółdzielczego w Sanoku – Informacja rozszerzona.

Nadzoru Bankowego („EUNB”) w swojej opinii z sierpnia 2019 r. wskazywał, że jest to rozwiązanie „suboptymalne”, stanowi ono świadomą decyzję unijnego ustawodawcy uzasadnioną m.in. przekonaniem, że organy władzy publicznej, w odróżnieniu od osób fizycznych, powinny podejmować decyzje co do tego, gdzie umieścić swoje środki w sposób świadomy i poinformowany²⁴.

Istotne jest jednak uświadomienie sobie, że zawężenie pojęcia deponenta, skutkujące wyłączeniem JST z systemu gwarancji depozytów oraz ograniczające możliwość wszczęcia przez BFG przymusowej restrukturyzacji dla ochrony interesów JST, nie oznacza, że JST nie mogą otrzymać żadnego wsparcia od państwa w razie utraty depozytów. Sam EUNB w wyżej przytaczanej opinii stwierdza, że wyłączenie JST z systemu gwarancji depozytów uzasadnione jest możliwością zapewnienia przez państwo innych form ochrony depozytów władz lokalnych²⁵. W przypadku upadłości PBS i utraty depozytów przez JST mogły one otrzymać rekompensatę od państwa. W świetle aksjologii uBFG (i implementowanych przez nią BRRD i DGSD) ich depozyty nie powinny być jednak chronione przy użyciu składek wszystkich banków na system gwarancji depozytów oraz dzięki udziałowi w podziale obciążenia akcjonariuszy, wierzycieli podporządkowanych i uprzywilejowanych.

2. Interes publiczny w przymusowej restrukturyzacji Banku Spółdzielczego w Przemkowie

Ocena wystąpienia interesu publicznego w przymusowej restrukturyzacji Banku Spółdzielczego w Przemkowie okazuje się znacznie trudniejsza niż w przypadku Podkarpackiego Banku Spółdzielczego. Jak było omawiane powyżej, już publicznie dostępna treść decyzji BFG ze stycznia 2020 r. charakteryzowała się bardzo zdawkowym uzasadnieniem, odbiegającym znacznie od standardów w zakresie uzasadniania stosowanych przez SRB. Niestety w sprawie BSP swoje uzasadnienie BFG jeszcze bardziej ograniczył. Ani w decyzji ws. zastosowania instrumentu przejęcia przedsiębiorstwa wobec BSP, ani w informacji o przyczynach i skutkach przymusowej restrukturyzacji BSP, znajdującej się na stronie internetowej BFG, Fundusz w żaden sposób nie odniósł się do trzeciego warunku wszczęcia przymusowej restrukturyzacji w postaci interesu publicznego. Co istotne, analiza Raportu z Oszacowania 1 wartości aktywów i pasywów BSP wskazuje na to, że inaczej niż w przypadku PBS, interes publiczny raczej nie mógł wynikać z konieczności zapewnienia ciągłości funkcji krytycznej polegającej na przyjmowaniu depozytów od JST. Łączna wartość depozytów władz lokalnych w BSP – które stanowiły zaledwie ok. 5% wszystkich depozytów – wynosiła bowiem jedynie 9,6 mln zł. Zgodnie z omawianym powyżej Wyciągiem z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych, kluczowe dla stwierdzenia, że dany bank pełni funkcję krytyczną polegającą na przyjmowaniu depozytów JST, jest co prawda średnioroczne saldo depozytów przyjętych od JST (przekraczające wartość 60 mln zł) w roku po-

²⁴ EUNB (2019). Opinion of the European Banking Authority on the eligibility of deposits, coverage level and cooperation between deposit guarantee schemes. EBA-Op-2019-10: 46–48.

²⁵ EUNB (2019): 46.

przedzającym wydanie decyzji ws. przymusowej restrukturyzacji, ale wydaje się mało prawdopodobne, żeby wartość depozytów JST w BSP tak mocno (co najmniej sześciokrotnie) spadła w przeciągu kilku miesięcy poprzedzających dzień 29 lutego 2020 r., według stanu, na który dokonano Oszacowania 1.

Zgodnie z wyżej przytaczanym Wyciągiem z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych i w świetle informacji nt. aktywów i pasywów BSP zawartych w Raporcie z Oszacowania 1 i 2 za funkcje krytyczne świadczone przez BSP potencjalnie mogłyby być uznane również przyjmowanie depozytów przedsiębiorstw lub gospodarstw domowych albo udzielanie kredytów dla JST, dużych przedsiębiorstw, małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) lub gospodarstw domowych. Żeby któraś z ww. funkcji świadczonych przez BSP mogła być uznana za krytyczną, zgodnie z Wyciągiem z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych, BSP musiałby zajmować co najmniej 7 pozycję na rynku lub jego udział w rynku lub w liczbie klientów musiałby być równy co najmniej 5%. O tym, czy tak było, nie można się jednak dowiedzieć z decyzji BFG. Choć rozmiar sumy bilansowej BSP nie wskazywałby na jego znaczny udział w rynku krajowym, w razie wytyczenia rynku właściwego w wąski sposób, o jedynie lokalnym zasięgu – co jest zalecane w Wyciągu z Modelu Identyfikacji Funkcji Krytycznych dla banków spółdzielczych²⁶ – tak aby obejmował tylko kilka gmin, przekroczenie progu 5% przez BSP było możliwe.

Przyjęcie, że przymusowa restrukturyzacja BSP była uzasadniona z perspektywy interesu publicznego ze względu na konieczność realizacji któregośkolwiek z innych celów przymusowej restrukturyzacji, wydaje się bardzo mało prawdopodobne. Wyjątkowo trudna do udowodnienia byłaby teza, że upadłość banku tych rozmiarów (łącna wartość aktywów w wysokości 111 mln zł) mogła w jakikolwiek zagrozić stabilności finansowej. Brak również przesłanek, by stwierdzić, że przymusowa restrukturyzacja konieczna była do ochrony „środków powierzonych podmiotowi przez jego klientów” – z Raportu z Oszacowania 1 wynika, iż do zobowiązań banku należały prawie wyłącznie depozyty. W odniesieniu do celu ochrony deponentów trudno wytłumaczyć, dlaczego nie mógłby być on zrealizowany przez wypłatę środków gwarantowanych z systemu gwarancji depozytów. Cel ograniczenia zaangażowania funduszy publicznych nie może być natomiast analizowany jako odrębna przesłanka – jak wskazuje sam art. 66 pkt 2) uBFG, konieczność realizacji tego celu zawsze zależna jest od realizacji pozostałych celów przymusowej restrukturyzacji.

W świetle powyższego wydaje się, że interes publiczny w przymusowej restrukturyzacji BSP mógł wynikać jedynie z konieczności zachowania ciągłości świadczenia funkcji krytycznych z perspektywy danego rynku lokalnego. Za funkcje takie z największą dozą prawdopodobieństwa mogło być uznane przyjmowanie depozytów przedsiębiorstw lub gospodarstw domowych. Niemniej ze względu na bardzo zdawkową treść decyzji BFG ws. BSP i jej uzasadnienia niemożliwe jest wyjście poza sferę przypuszczeń. O ile w przypadku decyzji BFG ze stycznia 2020 r. dostępny publicznie mate-

²⁶ BFG (2018): 7.

riał pozwalał na przeprowadzenie krytycznej analizy podejścia Funduszu do interesu publicznego, o tyle w przypadku BSP przeprowadzenie podobnej analizy wydaje się wykluczone.

V. PODSUMOWANIE

Niniejszy artykuł miał na celu krytyczną analizę sposobu interpretacji przesłanki interesu publicznego w praktyce decyzyjnej BFG dot. przymusowej restrukturyzacji. Wykorzystanym materiałem badawczym były dwie pierwsze decyzji Funduszu ws. przymusowej restrukturyzacji wydane w 2020 r. Przeprowadzona analiza pozwala na sformułowanie następujących wniosków.

Po pierwsze, dotychczasowa praktyka BFG w zakresie przymusowej restrukturyzacji wskazuje na to, że Fundusz nie stara się podawać do publicznej wiadomości szczegółowego uzasadnienia wydawanych decyzji. Działania BFG wypadają niekorzystnie zwłaszcza na tle działań SRB, której publicznie dostępne decyzje zawierają znacznie bardziej rozbudowane uzasadnienie. Co więcej, standard publicznie dostępnego uzasadnienia decyzji BFG zamiast się podnosić, wręcz odwrotnie, z decyzji na decyzję obniżał się. O ile decyzji wydanej w sprawie PBS towarzyszyła publikacja Informacji o przyczynach i skutkach przymusowej restrukturyzacji – w której Fundusz m.in. tłumaczył, jak rozumiał interes publiczny uzasadniająca uruchomienie przymusowej restrukturyzacji wobec tego banku – o tyle w sprawie BSP Fundusz w żaden sposób nie odniósł się do interesu publicznego w przymusowej restrukturyzacji BSP. Podejście Funduszu nie tylko utrudnia naukową analizę działalności BFG i stosowania przepisów uBFG, ale przede wszystkim negatywnie wpływa na realizację zasady zaufania obywateli do władzy publicznej²⁷. Inne banki zostają bowiem pozbawione możliwości zapoznania się z wykładnią przepisów prawa stosowaną przez BFG, co mogłoby im pozwolić przygotować się na odpowiedni scenariusz w razie upadłości.

Po drugie, analiza opublikowanych przez BFG materiałów ws. przymusowej restrukturyzacji PBS prowadzi do wniosku, że Fundusz opierał się przy wydawaniu decyzji w tej sprawie na opracowanej wcześniej metodologii identyfikacji funkcji krytycznych. Interesem publicznym w przymusowej restrukturyzacji tego banku była według BFG konieczność zapewnienia ciągłości funkcji krytycznej świadczonej przez ten bank – za taką funkcję uznane zostało przyjmowanie depozytów JST o łącznej wartości 203 mln zł. Wartość ta przekraczała próg „krytyczności”, który zgodnie z Wyciągiem z Modelu Identyfikacji Krytycznych wynosi 60 mln zł dla banków spółdzielczych. O ile, jak było wskazywane powyżej, brak publikacji szczegółowych uzasadnień negatywnie wpływa na przewidywalność działań organu, o tyle stworzenie jasnych, ilościowych kryteriów identyfikacji funkcji krytycznych – oraz późniejsze używanie ich przy wydawaniu decyzji – należałoby ocenić pozytywnie z perspektywy zasady zaufania obywateli do państwa. Jednocześnie zastanawiające może być

²⁷ Skrenty (2013): 98–104.

ustanowienie owego kryterium „krytyczności” funkcji polegającej na przyjmowaniu depozytów od JST przez banki spółdzielcze na bardzo niskim poziomie. Jak wskazywano, prowadzi ono do upodobnienia roli BFG do roli amerykańskiego FDIC, który powołany jest do likwidacji wszystkich banków w upadłości. Zasadność takiego podejścia w przypadku BFG jest o tyle wątpliwa, że BRRD, która została implementowana do polskiego porządku prawnego przez przepisy uBFG, miała na celu utworzeniu specjalnych procedur restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji tylko dla instytucji kredytowych o systemowym znaczeniu. Ograniczenie stosowania tych przepisów tylko do nielicznych, najistotniejszych z perspektywy stabilności finansowej, banków wydaje się tym właściwsze, że kompetencje przyznane organom ds. restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, takim jak BFG, pozwalają na bardzo głęboką ingerencję w wolność działalności gospodarczej instytucji kredytowych²⁸ oraz prawa własności ich właścicieli i wierzycieli²⁹.

Po trzecie, decyzja BFG o uruchomienie przymusowej restrukturyzacji PBS w celu ochrony depozytów JST zdaje się pozostawać w sprzeczności z zasadami stojącymi za systemem gwarancji depozytów ustanowionymi przez dyrektywę 2014/49. Ta ostatnia bowiem wyraźnie wyłączyła uprawnienie organów władzy publicznej do wypłaty przez system gwarancji depozytów, w konsekwencji czego, zgodnie z art. 2 pkt 3) w związku z art. 20 i 21 uBFG, pojęciem deponenta nie zostały objęte JST. Rozwiązania takie nie muszą pozbawiać JST wszelkiej ochrony zgromadzonych przez nie depozytów – dla zachowania spójności przepisów o uBFG należałoby jednak uznać, że ewentualne rekompensaty środków utraconych przez władze terytorialne powinny pochodzić od innych organów władzy centralnej, np. bezpośrednio z Ministerstwa Finansów.

Powyższe wnioski należy traktować z dużą dozą zachowawczości, biorąc pod uwagę ograniczoną jak dotąd liczbę przypadków uruchomienia procedury przymusowej restrukturyzacji, trudno jest na ten moment mówić o ustabilizowanej praktyce BFG w tym zakresie. Niemniej ze względu na bardzo poważne konsekwencje decyzji wydawanych przez Fundusz dla deponentów, a także właścicieli i wierzycieli banków działania organu powinny być poddawane wnikliwej analizie, a poczynione powyżej przez autora uwagi uwzględnione podczas ewentualnych kolejnych przypadków stosowania przepisów uBFG implementujących BRRD.

Binder, J.-H. (2019). Bank bail-in and disputed claims: can it cope? The case for and against a vis attractive resolutionis. EBI Working Paper Series 32.

Binder, J.-H. (2020). Proportionality at the Resolution Stage: Calibration of Resolution Measures and the Public Interest Test. *European Business Organization Law Review* 2(21): 453–474.

Deslandes, J., Dias, C., Magnus, M. (2019). Liquidation of Banks: towards an ‘FDIC’ for the Banking Union. Brussels: European Parliament In-depth analysis.

Dorociak, M. (2020). Restrukturyzacja i uporządkowana likwidacja z perspektywy zasady wolności gospodarczej, [w:] R. Grzeszczak (red.), *Wolność gospodarcza a regulacja rynków na przy-*

²⁸ Dorociak (2020): 287–302.

²⁹ Wojcik (2016): 116–126; Fucile (2019): 259–272.

- kładzie wpływu unijnych i krajowych regulatorów rynków na działalność przedsiębiorców. Warszawa: C.H. Beck: 287–302.
- Fucile, P. (2019). Resolution framework and the protection of fundamental rights, [w:] G. Lo Schiavo (red.), *The European Banking Union and the Role of Law*. Cheltenham: Edward Elga Publishing: 259–272.
- Gelpern, A., Veron, N. (2019). *An Effective Regime for Non-viable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform*. Brussels: European Parliament Study.
- Grzeszczak, R., Szmigielski, A. (2015). Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych. *Europejski Przegląd Sądowy* 10: 11–18.
- Lastra, R.M., Olivares-Caminal, R., Russo, C.A. (2017). *The Provision of Critical Functions at Global, National and Regional Level – Is there a need for further legal/regulatory clarification if liquidation is the default option for failing banks?* Brussels: In-depth analysis requested by the ECON committee.
- Lastra, R.M., Russo, C.A., Bodellini, M. (2019). *Stock take of the SRB's activities over the past years: what to improve and focus on?* Brussels: European Parliament Study.
- Lienemeyer, M., Kerle, C., Malikova, H. (2014). *The new state aid banking communication: the beginning of the bail-in era will ensure a level playing field of enhanced burden sharing*. *European State Aid Law Quarterly* 2(13): 277–288.
- Merler, S. (2017). *Critical functions and public interest in banking services: need for clarification?* Brussels: In-depth analysis requested by the ECON committee.
- Półtorak, N. (2014). Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej. *Europejski Przegląd Sądowy* 9: 17–28.
- Sibert, A. (2012). *Bank Resolution Regimes*. Brussels: European Parliament Study.
- Skrenty, Ż. (2013). Zaufanie obywateli do organów władzy publicznej w świetle orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny. *Studia Lubuskie* 9: 97–112.
- Wojcik, K.P. (2016). Bail-in in the banking union. *Common Market Law Review* 53: 91–138.

PUBLIC INTEREST IN BANK RESOLUTION

Summary

Resolution procedure was introduced into the Polish legal order by the Act of 10 June 2016 on the Bank Guarantee Fund, the deposit guarantee system and resolution. However, it was only three and a half years after the entry into force of this Act that the first case involving this resolution procedure was initiated against Podkarpacki Bank Spółdzielczy in Sanok. Three months later, similar proceedings were initiated against the Cooperative Bank in Przemków. These first two cases of launching resolution by the Bank Guarantee Fund allow us to make a preliminary analysis of the decision-making practice of the BFG in this matter. The analysis will not cover the decision of the BFG on the resolution of Idea Bank S.A., which, due to its much greater significance for the Polish financial system, deserves to be addressed separately. The article will focus in particular on examining the BFG's approach to the 'public interest' aspect, which, according to Article 101(7)(3) of the Act of 10 June 2016 on the Bank Guarantee Fund, is a prerequisite for launching resolution. This premise is of key importance for the protection of the rights of holders of ownership rights and creditors of the entity under resolution, which are severely curtailed in the course of a procedure that may even lead to the write-off of ownership instruments and part of the liabilities. Ensuring that the authority does not interpret this premise too broadly is very important from an individual rights perspective. The article is structured as follows. The first section briefly discusses the resolution procedure. Then the public interest premise is described in more detail. The third section analyses the BFG's approach to public interest in the above mentioned two resolution proceedings. Conclusions are presented in the last section.

Keywords: resotiolun; public interest; critical functions; cooperative bank; BRRD