

## **Uwagi Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, uporządkowanej likwidacji banków oraz o zmianie niektórych innych ustaw (projekt z dnia 23 kwietnia 2013 r.):**

### **I. Uwagi szczegółowe:**

#### **A. Uwaga do art. 2 pkt. 13 pkt. a) – c) projektu:**

W ocenie Konfederacji Lewiatan, projekt niepotrzebnie tworzy koncepcję (definicję) „podmiotów uprawnionych do reprezentacji”, jako „podmiotów” niejako oderwanych od banku jako osoby prawnej będącej jednocześnie spółką kapitałową. To samo dotyczy oddziałów banków zagranicznych i instytucji kredytowych. Zgodnie z k.c. i k.s.h., osoby uprawnione do reprezentacji działają w imieniu (lub za) i na rzecz osoby prawnej/spółki kapitałowej i w duchu tej koncepcji powinny być projektowane zmiany do ustawy o BFG. Wobec powyższego wprowadzanie odrębnej definicji zawartej w art. 2 pkt. 13 jest zbędne.

#### **B. Uwaga do art. 3 ust. 1 projektu oraz Działu IV:**

Art. 3 ust. 1 projektu odwołuje się do obecnie obowiązującej ustawy z dnia 14 grudnia 1994 r. o BFG. Zabieg taki z legislacyjnego punktu widzenia nie jest zrozumiały. Z chwilą wejścia w życie projektowanej ustawy, ustawa z 1994 r. utraci moc zgodnie z przepisem art. 223 projektu, a odwołanie zawarte w projektowanym art. 3 ust. 1 stanowić będzie pustą normę.

W tym kontekście nie zrozumiała jest również informacja zawarta w Dziale IV projektu z dnia 23 kwietnia 2013 r., zgodnie z którą przepisy tego działu, dotyczącego udzielania pomocy ze środków funduszu stabilizacyjnego, zostaną uzupełnione po przyjęciu rządowego projektu nowelizacji dotychczasowej ustawy o BFG.

#### **C. Uwaga do art. 5 ust. 5 projektu:**

W ocenie Konfederacji Lewiatan, zawarta w analizowanym przepisie delegacja ustawowa, znacząco wykracza poza uzasadniony zakres delegacji. Przepis ten uprawnia Ministra właściwego do spraw instytucji finansowych do określenia w rozporządzeniu „dodatkowych działań BFG na rzecz stabilności systemu finansowego oraz tryb ich wykonania”. Taka delegacja jest za szeroka i jej ramy powinny być określone w akcie rangi ustawy, a nie pozostawione do uregulowania w akcie rangi rozporządzenia.

Przyznać należy, że podobna delegacja zawarta jest również w obecnie obowiązującym art. 4 ust. 3 ustawy o BFG, na podstawie której Minister właściwy do spraw instytucji finansowych po zasięgnięciu opinii Prezesa NBP i Przewodniczącego KNF, może w drodze rozporządzenia określić dodatkowe działania BFG, ale tylko w zakresie udzielania pomocy podmiotom objętym systemem gwarantowania. W projektowanym art. 5 ust. 5 mowa jest z kolei o dodatkowych działaniach BFG na rzecz stabilności systemu finansowego, co w istocie oznacza zupełnie nieokreślony i otwarty katalog działań.

Podsumowując, zgodnie z utrwaloną w doktrynie konstytucyjnej i przyjętej również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasadą prymatu ustawy w porządku prawnym i wyłączności ustawy w regulowaniu wzajemnych praw i obowiązków między władzą a podmiotami prawa prywatnego, zarazem zasadą demokratycznego państwa prawnego, kompetencje (działania) BFG, jako że mają istotny wpływ na prywatne podmioty jakimi są banki, winny być ściśle określone na poziomie ustawy.

W wyroku z dnia 25 maja 1998 r., U 19/97 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że: *„Nie jest bowiem dopuszczalne, aby prawodawczym decyzjom organu władzy wykonawczej pozostawić kształtowanie zasadniczych elementów regulacji prawnej, np. przez „dozowanie” zakresu stosowania instytucji ustawowych za pomocą definiowania kluczowych pojęć. Wymaganie umieszczenia bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej musi być stosowane ze szczególnym rygoryzmem, gdy regulacja ta dotyczy władczych form działania organów administracji publicznej wobec obywateli, praw i obowiązków organu administracji i obywatela w ramach stosunku publicznoprawnego lub korzystania przez obywateli z ich praw i wolności (por. orzeczenia: z 5 listopada 1986 r., sygn. U 5/86, OTK w 1986 r., poz. 1; z 30 listopada 1988 r., sygn. K 1/88, OTK w 1988 r., poz. 6; z 25 lutego 1997 r., sygn. K 21/95, OTK ZU Nr 1/1997 poz. 7; z 22 września 1997 r., sygn. K 25/97, OTK ZU Nr 3-4/1997 r., poz. 35).”*

**Dodatkowe uwagi do analizowanego przepisu z powołaniem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zawarte są w pkt. II.M., str. 10 niniejszej opinii.**

#### **D. Uwagi do art. 12 projektu:**

Przepis ten określa „organy” BFG i zakres ich uprawnień do reprezentowania (do składania oświadczeń woli w imieniu) BFG. Przepis ten sformułowany jest w sposób niejasny i nieprzejrzysty, jest wewnętrznie sprzeczny i niezgodny z utrwaloną terminologią dotyczącą chociażby reprezentacji spółek.

Zgodnie z art. 38 k.c. osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Przyjmuje się, że organ osoby prawnej (zarząd) pełni dwie funkcje: prowadzi sprawy takiej osoby i reprezentuje ją na zewnątrz. Pojęcie „prowadzenia spraw” odnosi się wyłącznie do sfery wewnętrznej osoby prawnej, czyli jej wewnętrznego administrowania. Czym innym jest natomiast reprezentacja osoby prawnej, która odnosi się do jej zewnętrznej sfery i oznacza podejmowanie wszelkich czynności sądowych i pozasądowych. Obejmuje też składanie oświadczeń woli. Czym innym jest z kolei sposób reprezentacji osoby prawnej, który określa zasady składania oświadczeń woli przez osoby prawne (quorum, większość głosów itd.).

W kontekście powyższego, projektowany art. 12 ust. 1 jest niespójny z ustępami 3 i 4. Przepis ust. 1 reguluje, kto jest uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu BFG – tj.: dwaj członkowie zarządu lub pełnomocnicy. Zgodnie natomiast z przepisem ust. 4, BFG reprezentowany jest na zewnątrz tylko przez prezesa zarządu. Należy mieć na uwadze, że zakresy pojęć „reprezentowanie” i „składanie oświadczeń woli” częściowo się pokrywają. Jeżeli zatem, celem autorów projektu było przyznanie prezesowi zarządu uprawnienia do jednoosobowej reprezentacji BFG, to należałoby dodać odpowiedni (dodatkowy) punkt w ust. 1 i uchylić ust. 4.

Obecnie obowiązujący art. 10 w zw. z art. 11 ustawy o BFG jest jasny, przejrzysty i nie budzi wątpliwości. W art. 10 stwierdza się, że zarząd BFG kieruje BFG i reprezentuje go na zewnątrz, z kolei w art. 11 określony jest sposób składania oświadczeń woli. Warto więc

uporządkować brzmienie art. 12 projektu, wzorując się na obecnie obowiązującym art. 10 i 11 ustawy.

Wątpliwości budzi też projektowany art. 12 ust. 3. Nie wiadomo bowiem, czy do jednoosobowego dokonywania czynności z zakresu prawa pracy uprawniony jest tylko prezes zarządu, czy też inni członkowie zarządu. Kwestia ta wymaga doprecyzowania.

Interpretacja projektowanego art. 12 ust. 1 i ust. 2 budzi też wątpliwości w kontekście tego, czy zarząd może udzielić pełnomocnictwa tylko i wyłącznie do prowadzenia postępowania uporządkowanej likwidacji, czy też do wszelkich innych spraw. Kwestia ta wymaga doprecyzowania.

#### **E. Uwagi do art. 14 projektu:**

Negatywnie należy ocenić propozycję zawartą w art. 14, zgodnie z którą jedynym kryterium nadzoru działalności BFG przez Ministra właściwego do spraw instytucji finansowych jest kryterium legalności. Dla porównania, obecnie obowiązujący art. 3 ust. 5 ustawy o BFG przewiduje kryterium legalności i zgodności ze statutem.

#### **F. Uwagi do Rozdziału 3 (art. 15 – 18) projektu:**

W ocenie Konfederacji Lewiatan wyłączenie lub drastyczne ograniczenie odpowiedzialności osób działających w imieniu BFG tworzy ryzyko zbyt swobodnego podejmowania decyzji mogących nieść bardzo daleko idące i istotne (czasem negatywne) skutki wobec banków. Ponadto istnieje duża różnica pomiędzy wyposażeniem BFG w liczne kompetencje i uprawnienia informacyjne, a jednoczesnym wyłączeniem odpowiedzialności w zakresie podejmowanych czynności.

Wykładnia przepisów projektu ustawy wskazuje, że BFG wykonuje swoje czynności za pośrednictwem osób fizycznych, osób prawnych, pracowników Funduszu oraz jego pełnomocników (tak np. art. 15 projektu). Tak szeroki zakres podmiotów mogących działać w imieniu BFG bez jednoznacznego zdefiniowania zakresu współpracy i przy jednoczesnym wyłączeniu lub znaczącym ograniczeniu odpowiedzialności tych podmiotów (Dział I, Rozdział 3 projektu ustawy), oraz z drugiej strony – nadaniu uprawnień BFG do dysponowania i żądania bardzo szczegółowych informacji bankach rodzi uzasadnioną wątpliwość co do prawidłowego zapewnienia bezpieczeństwa informacji stanowiących informacje prawnie chronione (tajemnica bankowa, tajemnica przedsiębiorstwa) oraz prawidłowego zapewnienia interesu gospodarczego banków. Zakres współpracy BFG z podmiotami działającymi w imieniu i na jego rzecz powinien być bardzo szczegółowo i precyzyjnie określony.

Tymczasem, podstawą odpowiedzialności podmiotów wykonujących czynności w zakresie realizacji zadań BFG jest przesłanka „działania lub zaniechania mieszczącego się w granicach dopuszczalnego ryzyka” która jest bardzo ogólna i ma charakter klauzuli generalnej. W praktyce bankom które poniosą szkodę na skutek działania tychże podmiotów, bardzo trudno będzie udowodnić, że działanie nie mieściło się w „granicach dopuszczalnego ryzyka”.

**Po drugie, wbrew temu, co wynika z uzasadnienia do projektu (str. 14) z projektowanych przepisów nie wynika, że: „w stosunkach zewnętrznych w razie wyrządzenia szkody osobie trzeciej (np. bankowi) przez osobę zatrudnioną w Funduszu przy wykonywaniu obowiązków służbowych, wyłącznie**

**odpowiedzialny będzie BFG”. Większość przepisów zawartych w Rozdziale 3 ma charakter negatywny w tym sensie, że opisuje zdarzenia, za które BFG nie będzie ponosił odpowiedzialności. Z kolei podstawowy przepis tego rozdziału, mianowicie art. 15 odnosi się do wszystkich podmiotów z wyjątkiem BFG! Zatem żaden z projektowanych przepisów nie stanowi podstawy odpowiedzialności BFG. Przepisy te nie są więc spójne i nie jest jasne, kto i w jakiej sytuacji oraz na jakich zasadach będzie odpowiadał z wyrządzenie bankom, instytucjom kredytowym lub oddziałom szkody.**

**Wobec powyższego Konfederacja Lewiatan postuluje, aby za wszystkie działania i zaniechania niezgodne z prawem, wszystkich osób, które działały na rzecz, w imieniu, lub w inny sposób reprezentując BFG (tj.: osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, członkowie organów BFG, pracownicy, pełnomocnicy i inni) odpowiadał Bankowy Fundusz Gwarancyjny jako osoba prawna (lub Skarb Państwa).**

Inną kwestią jest natomiast ukształtowanie charakteru i zasad odpowiedzialności (regresowej) osób działających w imieniu BFG w stosunku do samego BFG. Precyzyjne uregulowanie tej kwestii w ustawie z całą pewnością byłoby pożądane. Przykładowo, w projektowanym art. 16 ust. 3 wyłączono odpowiedzialność członków organów i pozostałych pracowników wobec BFG za szkodę spowodowaną brakiem realizacji zadań BFG. Co ciekawe, odpowiedzialnością nie objęto (jak rozumiemy nieumyślnie) pełnomocników działających w imieniu BFG. Nie jest też do końca jasne, dlaczego podstawą odpowiedzialności wobec BFG jest przesłanka „należytej staranności” (art. 16 ust. 3). Z kolei podstawą odpowiedzialności, o której mowa w art. 15 projektu, jest przesłanka „działania lub zaniechania w granicach dopuszczalnego ryzyka”. Czy *a contrario* w tym drugim przypadku dopuszczalne będzie działanie bez należytej staranności? Wątpliwości budzi też stosunek projektowanego art. 15 projektu i innych przepisów Rozdziału 3 do art. 417<sup>1</sup> k.c. Koniecznym jest więc precyzyjne ukształtowanie przepisów Rozdziału 3 – i zasad odpowiedzialności BFG.

#### **G. Uwagi do art. 26 ust. 2 projektu:**

Niezrozumiałe jest ograniczenie miejsca utrzymywania systemu wyliczania jedynie do terytorium Polski. Podobnie jak w przypadku innych ewidencji (np. rachunkowych lub podatkowych) należy dopuścić możliwość utrzymywania takiego systemu w innych krajach UE i EOG pod warunkiem obowiązku zapewnienia pełnej dostępności do takiego systemu i wynikających z niego informacji na terytorium kraju (w Polsce).

#### **H. Uwagi do art. 62 projektu:**

W ocenie Konfederacji Lewiatan, plany uporządkowanej likwidacji banku powinny być wypracowywane przez BFG w ścisłej współpracy z bankami i ich akcjonariuszami strategicznymi, którzy powinni mieć wpływ na propozycje tych planów i możliwość ich opiniowania. Powinna również istnieć możliwość odwołania lub zmiany zatwierdzonego planu przez KNF na wniosek zainteresowanych stron, w przypadkach gdyby założenia planu rodziły istotne zagrożenie dla praw banku, klientów, wierzycieli i akcjonariuszy.

Nakłada się na to brak trybu odwoławczego od wydanych zaleceń BFG w celu usunięcia przeszkód dla wdrożenia planów i potencjalna dotkliwość sankcji które może nałożyć KNF za niezrealizowanie zaleceń BFG. Zalecenia takie mogą bowiem w nadmierny sposób wpływać

na bieżącą działalność banku a niekoniecznie uwzględniać jego specyficzną sytuację lub prawa stron trzecich.

Wobec powyższego postulujemy, żeby banki (zainteresowane strony) miały możliwość odwołania się do sądu, w przypadku, gdy uznają, że plany uporządkowanej likwidacji naruszają ich prawa. Poddajemy również pod rozagę wprowadzenie mechanizmu zaskarżenia zalecenia BFG, w sytuacji w której bank uzna, że jest ono zbyt daleko idące, lub narusza jego prawa.

#### **I. Uwagi do art. 93, 104 i 105 projektu:**

W projekcie proponowane są przepisy – np. art. 93, art. 104 lub art. 105, pozwalające na uznanie bezskuteczności zapisów umownych, także w stosunku do umów lub rozporządzeń mieniem dokonanych przed wszczęciem postępowania uporządkowanej likwidacji banku. W naszej ocenie należy określić w sposób bardziej zobiektywizowany przesłanki uznania bezskuteczności, zwłaszcza w przypadku umów lub czynności prawnych, zawartych w dobrej wierze i prawnie skutecznych, które będą właściwie chronić prawa wierzycieli i podmiotów trzecich. Narzędzia tego typu, jako naruszające m.in. swobody działalności gospodarczej i przepływu kapitału w ramach UE, muszą spełniać warunki proporcjonalności i być stosowane w przypadkach rażących naruszeń interesów banku objętego uporządkowaną likwidacją.

#### **J. Uwagi do art. 139 projektu:**

Negatywnie należy ocenić niektóre zapisy projektu ustawy uzależniające zastosowanie instytucji prawnych od wypełnienia norm niestanowiących w polskich systemie prawnym źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Tak m.in. przepis art. 139 projektu, który zakłada, że umorzenie lub konwersja zobowiązań jest dopuszczalna, jeżeli w jej wyniku bank w likwidacji wypełni normy nadzorcze, w tym określone zaleceniami Komisji Nadzoru Finansowego, spełni warunki prowadzenia działalności bankowej oraz istnieją realne perspektywy, że w wyniku restrukturyzacji, o której mowa w art. 152, osiągnie długoterminową stabilność finansową. Przypominamy, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia.

#### **K. Uwagi do art. 184 i 190 projektu:**

**a)** Zastrzeżenia, zwłaszcza w kontekście projektowanego kształtu art. 190, budzi obciążenie banków kolejną nową opłatą na rzecz BFG, która może wynieść maksymalnie 0,2 proc. stawki bazowej, wynoszącej 12,5-krotność kwoty kapitału wymaganego od banków przez nadzór. Oznacza to, że obok istniejącej już stałej opłaty związanej z gwarancją depozytów bankowych oraz przygotowywanej opłaty ostrożnościowej, banki będą zobowiązane uiszczać kolejną – trzecią – opłatę na rzecz BFG, tym razem związaną z uporządkowaną likwidacją banków. Oznacza to dalszy ogromny wzrost obciążeń finansowych sektora bankowego i to w sytuacji coraz trudniejszych zewnętrznych warunków działania.

**b)** Przepis art. 190 ust. 8 projektu zakłada, że opłaty na fundusze wypłaty środków gwarantowanych oraz na fundusz uporządkowanej likwidacji banków, stanowią koszt

uzyskania przychodu, z kolei art. 217 przewiduje zmianę w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych zakładającą, że opłata na fundusz stabilizacyjny nie stanowi kosztu uzyskania przychodu. W ocenie Konfederacji Lewiatan wprowadzenie takiego rozróżnienia pod względem podatkowym jest zupełnie nieuzasadnione i niezrozumiałe z następujących powodów:

- 1)** Wpłaty na fundusz stabilizacyjny są opłatami obowiązkowymi, które bank będzie zmuszony ponosić, aby móc prowadzić działalność bankową, podobnie jak opłaty na fundusz wypłaty środków gwarantowanych i fundusz uporządkowanej likwidacji. Nie ma żadnych racjonalnych powodów, dla których, z punktu widzenia podatkowego, miałyby być te opłaty traktowane odmiennie. Wszystkie te opłaty powinny stanowić koszt uzyskania przychodu. Wprowadzenie „wyjątku” wobec jednej z nich jest zupełnie nieuzasadnione.
- 2)** Ze środków gromadzonych na tych funduszach mają być finansowane określone wydatki. Wydatki te są zdefiniowane w art. 184 projektu. Zgodnie z art. 184 ust. 2 projektu, fundusz wypłaty środków gwarantowanych jest tworzony w celu pokrycia zobowiązań z tytułu środków gwarantowanych oraz w celu pokrycia ewentualnych strat funduszu. Zgodnie z art. 184 ust. 3 projektu, fundusz uporządkowanej likwidacji banków jest tworzony w celu zapewnienia środków na finansowanie zadań BFG w zakresie postępowania uporządkowanej likwidacji banków oraz w celu pokrycia ewentualnych strat BFG. Natomiast zgodnie z art. 184 ust. 4 projektu, fundusz stabilizacyjny jest tworzony w celu zapewnienia środków na finansowanie zadań BFG w zakresie udzielania bankom pomocy, o której mowa w dziale IV ustawy, wypłaty środków gwarantowanych, w przypadku o którym mowa w art. 53 ust. 3 projektu, oraz w celu pokrycia ewentualnych strat BFG. Skoro z funduszu stabilizacyjnego mają być finansowane również te same wydatki, które mają być finansowane z pozostałych dwóch funduszy, to tym bardziej brak jest racjonalnego uzasadnienia, dla którego opłata na fundusz stabilizacyjny nie może stanowić kosztu uzyskania przychodu.
- 3)** Zgodnie z art. 188 projektu, Rada BFG może przenosić środki pomiędzy funduszami. Na szczególną uwagę zasługuje treść art. 188 ust. 1 projektu, zgodnie z którym, całość lub część funduszu stabilizacyjnego może być przeniesiona na fundusz wypłaty środków gwarantowanych lub funduszu uporządkowanej likwidacji banków, jednak transfery funduszy mogą się odbywać w każdym możliwym kierunku. Czyli nie tylko jest możliwe bezpośrednie finansowanie ze środków zgromadzonych na funduszu stabilizacyjnym zadań, których finansowanie jest przewidziane ze środków funduszu wypłaty środków gwarantowanych lub ze środków uporządkowanej likwidacji banków (o czym pisaliśmy w punkcie 2 powyżej), ale jest również możliwe pośrednie finansowanie tych celów poprzez przeniesienie środków z funduszu stabilizacyjnego na te fundusze.
- 4)** Na marginesie warto także dodać, że również w obecnie procedowanej w Sejmie nowelizacji ustawy o BFG (druk nr 1045), autorzy projektu przyjęli – w ocenie Konfederacji Lewiatan nieuzasadnione – założenie, że opłata ostrożnościowa nie będzie stanowić kosztu uzyskania przychodu. Tymczasem podkomisja stała do spraw instytucji finansowych na posiedzeniu, które odbyło się w dniu 22 maja 2013 r., zdecydowała inaczej i zgodnie z obecną wersją ww. projektu wniesiona przez banki opłata ostrożnościowa stanowić będzie koszt uzyskania przychodu.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Konfederacji Lewiatan, wprowadzenie 3 różnych opłat *de facto* jest fikcją. W istocie jest tak, że z punktu widzenia celu ich wprowadzenia i finansowanych zadań jest to jedna opłata, która może być alokowana do danych funduszy zgodnie z przyjętym podziałem. Co więcej alokacja ta może być później



zmieniona poprzez transfery środków pomiędzy funduszami. **Pomimo formalnego rozróżnienia trzech opłat, analiza projektowanych przepisów prowadzi do wniosku, że w praktyce banki ponosić będą jedną opłatę. Z kolei tytuł pod jakim będą je ponosić nie ma nic wspólnego z późniejszym wykorzystaniem tych środków, ponieważ zgodnie z proponowanymi zapisami, przeznaczenie tych środków może być w późniejszym czasie zmienione. Wyposażenie więc BFG w znaczną swobodę przenoszenia środków pomiędzy poszczególnymi funduszami, bez precyzyjnego określenia warunków takich transferów, należy ocenić negatywnie.**

Wobec tego brak jest więc uzasadnionych podstaw do różnicowania traktowania podatkowego opłat na fundusze BFG. Opłata na fundusz stabilizacyjny powinna stanowić koszt uzyskania przychodu w rozumieniu przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych tak samo jak opłaty na fundusz gwarancyjny czy fundusz uporządkowanej likwidacji banków. Wyłączenie z kosztów podatkowych działa kontrproduktywnie w stosunku do celu opłaty na fundusz stabilizacyjny, dodatkowo obciążając wyniki finansowe netto banków. Opłata na fundusz stabilizacyjny, jak każdy inny rodzaj wydatku obciążający koszty działalności gospodarczej banku i stanowiący realne uszczuplenie majątku banku zgodnie z kanonami prawa podatkowego, powinna stanowić koszt podatkowy.

**Podsumowując, każda z trzech opłat rocznych, w tym opłata na fundusz stabilizacyjny, powinna stanowić koszt uzyskania przychodu. Takie rozwiązanie będzie nie tylko uzasadnione w kontekście definicji kosztu uzyskania przychodu zawartej w art. 15 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ale zapewni też spójność i zgodność z zasadami logiki, projektowanych przepisów. Jednocześnie należy wykreślić art. 217 z projektu.**

- c) Biorąc pod uwagę fakt, że fundusz stabilizacyjny oraz fundusz uporządkowanej likwidacji banków mają taki sam cel, tj. zapewnienie stabilności finansowej sektora bankowego proponujemy rozważyć, czy zasadne jest tworzenie dwóch odrębnych funduszy, zwłaszcza że zgodnie z projektem środki mogą być przesuwane między tymi funduszami, a straty BFG mogą być pokrywane z tych funduszy. Poddajemy więc pod rozwagę utworzenie tylko jednego dodatkowego funduszu – funduszu stabilizacyjnego, w ramach którego będą również gromadzone środki na cele uporządkowanej likwidacji banków. Opłata na ten fundusz stanowiłaby natomiast koszt uzyskania przychodu.
- d) Należy też podkreślić, że brak jest podania docelowej wysokości tworzonych w ramach BFG funduszy. Oznacza to, że w założeniu ta forma „obciążenia finansowego” ma obowiązywać bezterminowo, co w naszej opinii jest dyskusyjne zwłaszcza w kontekście celów, które poszczególne fundusze mają spełniać. Mając to na uwadze, wydaje się, że koniecznym byłoby, bądź ustalenie konkretnej wysokości funduszy, bądź też określenie ścisłego terminu w którym instytucje finansowe byłyby obowiązane do wnoszenia opłat na dany fundusz. Podsumowując, w ustawie powinno się zdefiniować limit kwotowy (docelową wartość) funduszy w ramach BFG oraz długofalowy harmonogram osiągnięcia takich wartości.

- e) Celowym byłoby też zróżnicowanie sytuacji banków pozostających w dobrej kondycji finansowej, od tych, które muszą w danym momencie radzić sobie ze zwiększonymi obciążeniami wynikającymi z konieczności rozbudowy bazy kapitałowej ze względu na przykładowo generowane straty, lub objęcie programem naprawczym. Sensowne w takiej sytuacji byłoby bezpośrednie wsparcie takiego podmiotu poprzez zmniejszenie lub zwolnienie z opłaty na rzecz poszczególnych funduszy.

Opłaty na fundusze BFG powinny być więc zróżnicowane w zależności od sytuacji finansowej konkretnego banku. Prawo nie powinno bowiem dopuszczać do sytuacji, w której na skutek opłat bank popadnie w stratę, bądź też, będzie zmuszony do przekazania większej części zysku na pokrycie tych opłat. Wzorując się np. na rozwiązaniach przyjętych w Niemczech proponowana ustawa powinna określać górny próg (np. 20%-50% zysku rocznego) dla opłat rocznych i nadzwyczajnych na BFG oraz opłaty minimalne (np. 5% należnej opłaty rocznej) ponoszone przez banki, których zysk nie wystarcza na pokrycie opłaty. W przypadku ograniczenia opłaty, banki mogą być zobowiązane do dopłaty różnicy w kolejnych 5 latach, jednakże w granicach powyższego progu. Analogicznie, banki realizujące program naprawczy powinny otrzymać odroczenie płatności opłat na fundusz stabilizacyjny lub uporządkowanej likwidacji banków w okresie realizacji tego planu.

#### **L. Uwagi do art. 190 ust. 10 projektu:**

Bardzo duże zastrzeżenia budzi wyposażenie Rady BFG w kompetencję do ustalenia pobrania obowiązkowych opłat rocznych z góry za okres dłuższy niż okres roczny, sięgający nawet do 5 lat. W naszej ocenie okres ten jest za długi i pozostaje w sprzeczności z generalnym celem ustawodawstwa unijnego zmierzającego do zapewnienia sytuacji, w której banki będą posiadały wysokiej jakości kapitały, a nie odprowadzały środki, którymi dysponują do odrębnego funduszu (tak CRD IV). Podsumowując, Konfederacja Lewiatan postuluje uchylenie art. 190 ust. 10.

#### **M. Uwagi do art. 196 ust. 1 i 2 projektu:**

Zastrzeżenia budzą rozwiązania przyjęte w art. 196 projektu. Zgodnie z przepisem ust. 1, Minister właściwy do spraw instytucji finansowych może w drodze rozporządzenia (po zasięgnięciu opinii Prezesa NBP i Przewodniczącego KNF), podwyższyć stawki tworzenia funduszy ochrony środków gwarantowanych przez podmioty objęte systemem gwarantowania, nie więcej jednak niż do wysokości 0,8 %. Natomiast zgodnie z przepisem ust. 2, Minister właściwy do spraw instytucji finansowych może w drodze rozporządzenia (po zasięgnięciu opinii Prezesa NBP i Przewodniczącego KNF), podwyższyć wysokość stawki opłaty rocznej na rok bieżący, nie więcej jednak niż do wysokości 0,6%.

Choć podobne przepisy zawarte są w art. 16a obecnie obowiązującej ustawy o BFG, które dodane zostały ustawą z dnia 16.12.2010 r. (Dz.U. Nr 257, poz. 1724), która weszła w życie 30.12.2010 r., w ocenie Konfederacji Lewiatan ww. kwestie powinny być uregulowane na poziomie ustawy, nie zaś w rozporządzeniach. Zakres spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniach ministra właściwego do spraw instytucji finansowych jest tak istotny i tak szeroki, że w istocie celem nie jest wykonanie ustawy lecz jej modyfikacja, co należy uznać za niedopuszczalne. Rozporządzenie ma bowiem charakter wykonawczy wobec ustawy. Z kolei zmiana (istotna modyfikacja) zapisów ustawy wymaga nowej ustawy.



Co więcej, w przeciwieństwie do obecnie obowiązującej ustawy możliwość podwyższenia stawki opłaty odnosić się będzie nie do jednej, lecz do każdej z trzech opłat rocznych. W konsekwencji, w danym roku będzie istniała możliwość nawet trzykrotnego podwyższenia każdej ze stawek opłat rocznych na mocy rozporządzenia, bez konieczności zmiany ustawy. Rozwiązanie takie jest budzi co najmniej wątpliwości w świetle doktryny i bogatego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

W piśmiennictwie podkreśla się, że: „*dopuszczalność istnienia rozporządzenia regulującego materie ustawowe rodzi ważne problemy z punktu widzenia funkcjonowania podziału władz. Z tego też względu nie może dojść do tego, aby RM lub ministrowie otrzymali generalne pełnomocnictwo do wydawania takich aktów o charakterze abstrakcyjnym i generalnym, gdyż mogliby de facto zastąpić suwerena lub jego przedstawicieli w działalności prawodawczej*”<sup>1</sup>.

Z kolei w licznych swoich orzeczeniach, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że:

- „*w porządku prawnym proklamującym zasadę podziału władz, opartym na prymacie ustawy jako podstawowego źródła prawa wewnętrznego, parlament nie może w dowolnym zakresie cedować funkcji prawodawczych na organy władzy wykonawczej (...) Nie jest dopuszczalne, by prawodawczym decyzjom organu władzy wykonawczej pozostawiać kształtowanie zasadniczych elementów regulacji prawnej*” (wyr. z 25.5.1998 r., U 19/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 47; zob. też wyr. z 14.3.1998 r., K 40/97, OTK ZU 1988, Nr 2, s. 72, w którym uznano niekonstytucyjność "upoważnienia blankietowego");
- „*ustawa nie może upoważniać do normowania materii ustawowej w rozporządzeniu. Gdyby zawierała takie upoważnienie, należałoby je uznać za sprzeczne z Konstytucją. Im bliżej rozporządzenie ma być powiązane ze sferą normowania sytuacji prawnej jednostki (podmiotów podobnych), tym szersza musi być regulacja ustawowa i tym mniej miejsca pozostaje dla odesłań do aktów wykonawczych*” (por. wyr. z 6.3.2000 r., P 10/99, OTK 2000, Nr 2, poz. 56);
- „*w świetle ustalonej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasady, że sprawy istotne z punktu widzenia założeń ustawy nie mogą być przekazywane do uregulowania w aktach wykonawczych, należy jednak przyjąć, że konstytucyjne wyliczenie spraw z zakresu prawa daninowego zastrzeżonych dla ustawy nie ma charakteru wyczerpującego. Wszystkie istotne elementy stosunku daninowego powinny być uregulowane bezpośrednio w ustawie. Natomiast do unormowania w drodze rozporządzenia mogą zostać przekazane sprawy, które nie mają istotnego znaczenia dla konstrukcji danej daniny*” (por. wyrok z dnia 16 czerwca 1998 r., U 9/97).

W ocenie Konfederacji Lewiatan wysokość stawki opłat rocznych stanowi istotny o podstawowy jej element, który winien być uregulowany w ustawie.

- „*niedopuszczalne konstytucyjnie jest takie sformułowanie upoważnienia, które w istocie upoważnia nie do wydania rozporządzenia w celu wykonania ustawy (...), lecz do samodzielnego uregulowania całego kompleksu zagadnień (...), co do których w tekście ustawy nie ma żadnych bezpośrednich unormowań czy wskazówek*” (orzeczenie z 22 września 1997 r., K 25/97);

<sup>1</sup> Konstytucja RP, Komentarz, prof. dr hab. Bogusław Banaszak, komentarz do art. 92 Konstytucji RP;

Z powyższą kwestią związany jest jeszcze kolejny problem. Otóż wbrew swojej nazwie, „opłaty” na BFG, *de facto* posiadają wiele cech podatku. Zgodnie z ogólną definicją zawartą w art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (OP), podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej. Zatem niezależnie od tego, w jaki sposób ustawodawca nazwie konkretną daninę publiczną, jeżeli spełnia one cechy o których mowa art. 6 OP, mamy do czynienia z podatkiem. Z kolei wyróżniającą cechą opłaty jest ekwiwalentne świadczenie wzajemne ze strony podmiotu pobierającego opłatę na rzecz podmiotu uiszczającego opłatę. Tymczasem, w przypadku projektowanych opłat ekwiwalentność świadczeń ze strony BFG jest co najmniej wątpliwa. Projekt wprowadza możliwość dokonywania przeniesień pomiędzy funduszami własnymi BFG. Oznacza to, że zgromadzone w funduszu stabilizacyjnym środki w przyszłości być może w ogóle nie zostaną wykorzystane w sposób pierwotnie zakładany. Przyjmując, że opłaty na BFG w istocie spełniają cechy podatku, określenie podmiotów i przedmiotu opodatkowania, a co najważniejsze, również stawek podatkowych (w tym wypadku stawki „opłaty ostrożnościowej”), powinno nastąpić bezpośrednio w ustawie (art. 217 Konstytucji RP). Potwierdził to również Naczelny Sąd Administracyjny, stwierdzając, że nakładanie podatków i danin publicznych, a także ustalanie stawek podatkowych nie może nastąpić w innej formie niż w drodze ustawy – tak: wyrok NSA z dnia 2 marca 2006 r., I FSK 736/05. Na powyższe wątpliwości uwagę zwróciła również Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów w opinii z 2 marca 2012 r do projektu ustawy o zmianie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym i niektórych innych ustaw (obecnie druk nr 1045). Tymczasem wysokość stawki opłaty ostrożnościowej nie tylko nie będzie wynikać wprost z ustawy, lecz określana będzie przez Radę BFG, a w niektórych przypadkach (zgodnie z projektowanym art. 196 ust. 2) będzie mogła być podwyższona mocą rozporządzenia wydanego przez ministra właściwego do spraw instytucji finansowych. Rozwiązanie takie należy więc ocenić negatywnie.

**Powyższe uwagi i cytowane orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w dużej mierze odnoszą się również do projektowanego art. 5 ust. 5, który również zawiera delegację do wydania rozporządzenia, którego materia (zakres kompetencji BFG) bezwzględnie powinna być objęta rangą ustawową (por. pkt. II. C., str. 3 niniejszej opinii).**

#### **N. Uwagi do art. 205 projektu:**

Banki objęte systemem gwarantowania mają być zobowiązane do informowania korzystających oraz zainteresowanych korzystaniem z ich usług o swojej sytuacji ekonomiczno-finansowej. Warto aby takie obowiązki były w ustawie skonkretyzowane i dostosowane do wymogów stawianych przez inne ustawy, tak aby uniknąć sytuacji, w której banki pomimo obowiązków wynikających z faktu bycia spółkami akcyjnymi (niektóre są notowane na giełdzie papierów wartościowych) powtarzały swoje obowiązki informacyjne. Jednocześnie przywołana podstawa (art. 205 projektu) daje potencjalnym klientom i konkurentom prawo żądania nieokreślonego zakresu informacji, a ich nieudzielenie może narazić bank na zastosowanie sankcji. Prawo żądania bardzo szczegółowych informacji o bankach rodzi z kolei uzasadnioną wątpliwość co do prawidłowego zapewnienia bezpieczeństwa informacji stanowiących informacje prawnie chronione (tajemnica bankowa, tajemnica przedsiębiorstwa) oraz prawidłowego zapewnienia interesu gospodarczego banków. Postulujemy więc doprecyzowanie obowiązków informacyjnych, które projekt nakłada na banki.

#### **O. Uwaga do art. 216 projektu:**

Projekt w art. 216 wskazuje, że sądem właściwym dla spraw z zakresu postępowania uporządkowanej likwidacji jest sąd gospodarczy (art. 694<sup>15</sup> k.p.c.). Przypominamy, że postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych zostało zlikwidowane reformą k.p.c z 2011 r., które to zmiany weszły w życie w maju 2012 r. Art. 694<sup>15</sup> k.p.c. już nie obowiązuje.

#### **P. Uwagi do przepisów karnych:**

W ocenie Konfederacji Lewiatan, projekt określa za szeroko zakres odpowiedzialności karnej za podjęte czynności przez osoby działające w imieniu banków. Przepisy karne (art. 214 i 215 projektowanej ustawy) stanowią podstawę do karnego sankcjonowania takich sytuacji jak nieutworzenie funduszu ochrony środków gwarantowanych w odpowiedniej wysokości (kara grzywny, ograniczenia wolności, pozbawienia wolności do lat 2) czy nierzetelne lub nieterminowe udzielanie informacji i wyjaśnień na żądanie Funduszu (grzywna do 1.000.000 zł lub karze pobawienia wolności do lat 5). Poddajemy pod rozagę usunięcie z projektu ww. przepisów albo przynajmniej złagodzenie odpowiedzialności z uwagi na nieproporcjonalność sankcji do czynu.

#### **II. Niedostateczna ochrona wierzycieli i akcjonariuszy:**

- A.** Przesłanki wszczęcia postępowania uporządkowanej likwidacji banków decyzją KNF, zdefiniowane w art. 218 projektu wprowadzającym nowe art. 157f i art. 157g prawa bankowego – powinny zostać ustalone bardziej precyzyjnie i bardziej obiektywnie, bez przestrzeni dla uznaniowości organów administracyjnych. Decyzja KNF może skutkować znaczącym naruszeniem praw akcjonariuszy i wierzycieli, (ograniczona możliwość naprawienia szkody w naturze, ryzyko niepokrycia całej szkody pieniężnej), musi więc z jednej strony wynikać z obiektywnych przesłanek, a z drugiej strony być uzasadniona wagą zagrożonego interesu publicznego.
- B.** Odpowiedzialność BFG za działania Funduszu, swoich pracowników i innych podmiotów za które jest odpowiedzialny jest nieuzasadnienie ograniczona. Z jednej strony, zgodnie z art. 180 - 181 projektu, odpowiedzialność finansowa BFG jest ograniczona do wartości masy upadłości banku, chyba że wierzyciele lub akcjonariusze udowodnią w postępowaniu przed sądem o ustalenie wysokości funduszy masy upadłości banku wyższą wartość banku w uporządkowanej likwidacji (co wynika z relacji między przepisem materialnoprawnym art. 181 ust. 5 pkt. 2 projektu a przepisem procesowym art. 216 Projektu (art. 694<sup>14</sup> k.p.c. ) – ograniczenie to może naruszać prawa wierzycieli, którzy np. nie zostali poinformowani o postępowaniu o ustaleniu wysokości funduszy masy upadłości.
- C.** Należy wykreślić art. 216 pkt. 2 projektu (zmiana w art. 519<sup>1</sup> § 4 pkt. 6 k.p.c.), który wyłącza możliwość złożenia skargi kasacyjnej w sprawie wyceny banku w likwidacji. Zamyka to w sposób nieuzasadniony drogę sądową i możliwość obrony w przypadkach uchybień w postępowaniu przed sądem niższej instancji.

- D.** Wątpliwe wydaje się ograniczenie odpowiedzialności BFG do wartości masy upadłości (wg. przepisów o upadłości likwidacyjnej) np. w przypadkach, w których postępowanie uporządkowanej likwidacji zostało wszczęte w przypadku banku o znacznej wartości rynkowej, lecz doświadczającego przejściowych problemów z płynnością (np. na skutek sytuacji rynkowej, poza bezpośrednią kontrolą takiego banku), które nie uzasadniałyby upadłości banku. Postulujemy, aby w przypadkach, gdy wszczęcie postępowania uporządkowanej likwidacji następuje jedynie na skutek problemów z płynnością, a aktywa banku pozwalają na zaspokojenie zobowiązań, aby przyjąć wyższą wartość niż wartość hipotetycznie do uzyskania z upadłości likwidacyjnej (bardziej kierować się zasadami postępowania naprawczego lub upadłości układowej niż upadłości likwidacyjnej).
- E.** Nie można wyłączać w pełni odpowiedzialności BFG za skutki decyzji w zakresie wyboru określonego narzędzia uporządkowanej likwidacji (art. 16 projektu). Taka odpowiedzialność nie powinna być wyłączana np. w przypadkach, gdyby BFG wybrał rozwiązanie nie wynikające z wcześniej przyjętego i zatwierdzonego przez KNF planu uporządkowanej likwidacji (**por. uwagi do pkt. II.F. str. 5 niniejszej opinii**).
- F.** Niezrozumiała jest relacja między art. 181 ust. 2, a art. 181 ust. 5 pkt. 1 projektu, tj. czy dopuszczalne jest dochodzenie szkody wywołanej nienależnym wykonaniem obowiązków przez BFG, a przekraczającej wartość masy upadłości w przypadku czynów niedozwolonych, o których mowa w art. 181 ust. 2.
- G.** Art. 174 ust. 5 projektu wyłącza prawo zwrotu kosztów poniesionych przez wierzyciela w postępowaniu uporządkowanej likwidacji. Postulujemy, aby taki zwrot był możliwy w przypadkach naruszeń prawa w postępowaniu uporządkowanej likwidacji banków lub stwierdzenia odpowiedzialności BFG..

**Konfederacja Lewiatan, 29 maja 2013 r.**