

Jan Koleśnik

Ograniczenie swobody przepływu kapitału instytucji kredytowych : unijne i polskie rozwiązania prawnoregulacyjne

Ekonomiczne Problemy Usług nr 38, 46-52

2009

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

JAN KOLEŚNIK

Szkola Główna Handlowa w Warszawie

**OGRANICZENIE SWOBODY PRZEPIYU KAPITAŁU
INSTYTUCJI KREDYTOWYCH
– UNIJNE I POLSKIE ROZWIĄZANIA PRAWNOREGULACYJNE**

Wprowadzenie

Ograniczenia i kontrola w zakresie nabywania znaczących pakietów akcji instytucji kredytowych są dopełnieniem i logiczną konsekwencją wprowadzenia wymogów w zakresie udzielania zezwoleń na prowadzenie instytucji kredytowej. Brak takich ograniczeń mógłby bowiem spowodować, iż po rozpoczęciu działalności przez nowo utworzoną instytucję kredytową kontrolę nad nią przejęłyby osoby lub podmioty, które na etapie udzielania licencji nie zostałyby uznane za podmioty spełniające określone standardy. Należy jednak zaznaczyć, iż z uwagi na możliwość wykorzystania regulacji w tym zakresie także do ingerowania przez właściwe organy państw członkowskich w rynkowe procesy fuzji i przejęć na rynku bankowym kryteria, jakie mogą być stosowane w ograniczaniu nabywania akcji instytucji kredytowych budziły od dawna liczne kontrowersje i dyskusje.

Celem niniejszego opracowania jest analiza wspólnotowych i polskich rozwiązań prawnoregulacyjnych w zakresie ograniczenia swobody przepływu kapitału instytucji kredytowych, pod kątem bezpieczeństwa sektora bankowego.

Zakres podmiotowy regulacji wspólnotowych

Istniejąca duża różnorodność struktur organizacyjnych sektora bankowego w państwach Unii Europejskiej wymagała jasnego zdefiniowania, jakie podmioty prowadzące działalność bankową będą podlegały obowiązkowi licencjonowania. W przepisach wspólnotowych do określenia podmiotów poddanych regulacji użyto pojęcia: instytucja kredytowa, która – w myśl art. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 roku (2006/48/WE) w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe¹ – jest:

¹ Official Journal nr L 177 z 30 VI 2006 r.

- przedsiębiorstwem, którego działalność polega na przyjmowaniu depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi od ludności oraz na przyznawaniu kredytów na swój własny rachunek lub
- instytucją pieniądza elektronicznego.

Powyższa definicja obejmuje zatem zarówno banki, jak i instytucje parabankowe, tzn. instytucje wykonujące określone w Dyrektywie czynności bankowe, ale nieokreślające się mianem banku². Nie wszystkie jednak instytucje kredytowe podlegają wspólnotowym przepisom dotyczącym licencjonowania działalności³. Z obszaru zastosowania tych przepisów zostały wyłączone:

- banki centralne państw członkowskich,
- instytucje świadczące żyro pocztowe,
- konkretne instytucje lub ich rodzaje pochodzące z 18 Państw Członkowskich.

Aktualny kształt wspólnotowych regulacji w zakresie kontroli przepływu kapitału instytucji kredytowych

Dyskusja nad koniecznością zmian przepisów wspólnotowych w zakresie kontroli przepływu kapitału instytucji kredytowych przybrała na sile na początku obecnego stulecia wraz z coraz częstszymi sytuacjami ingerowania krajowych organów nadzoru w realizację decyzji biznesowych prowadzących do konsolidacji podmiotów sektora bankowego.

Uznano, iż konieczna jest zmiana przepisów w tym zakresie, która jasno określi, jakimi przesłankami mogą kierować się organy nadzoru ingerując w procesy fuzji i przejęć na wspólnotowym rynku bankowym. Po trwającej kilka lat dyskusji, jaka miała miejsce na szczeblu Unii Europejskiej, stosowna dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady, tj. Dyrektywa 2007/44/WE zmieniająca dyrektywę Rady 92/49/EWG oraz dyrektywy 2002/83/WE, 2004/39/WE, 2005/68/WE i 2006/48/WE w zakresie zasad proceduralnych i kryteriów oceny stosowanych w ramach oceny ostrożnościowej przypadków nabycia lub zwiększenia udziałów w przedsiębiorstwach sektora finansowego⁴ została przyjęta w dniu 5 września 2007 roku. Należy jednak zaznaczyć, iż pomimo wejścia w życie Dyrektywy w dniu 21 września 2007 roku, państwa członkowskie mają czas na wprowadzenie jej postanowień do prawodawstwa krajowego (poprzez przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne) do dnia 21 marca 2009 roku⁵.

² Por. J. Koleśnik, M. Zaleska: *Polskie a unijne prawo bankowe w zakresie norm nadzorczych – wybrane zagadnienia*. Studia i Prace nr 23/2002, Zeszyt Naukowy Kolegium Zarządzania i Finansów, Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie, s. 55–62.

³ L. Góral: *Nadzór bankowy*. PWE, Warszawa 1998, s. 145.

⁴ Official Journal nr L 247 z 21 IX 2007 r.

⁵ Szerzej o pierwotnym projekcie Dyrektywy 2007/44/WE w: J. Koleśnik: *Regulacje nadzorcze*. W: J. Koleśnik, M. Zygierewicz: *Wpływ zmian rozwiązań regulacyjnych na działalność banków w Polsce w 2006 roku*. Centrum Prawa Bankowego i Informacji Sp. z o.o., Warszawa 2007, s. 85–86.

Nowa regulacja, podobnie jak dotychczas obowiązujące ramy prawne, normuje sytuację, w której nabywca pragnie nabyć lub zwiększyć pakiet akcji w instytucji kredytowej bądź przedsiębiorstwie inwestycyjnym zarówno w kontekście krajowym, jak i międzynarodowym. Właściwe organy krajowe w dalszym ciągu będą mogły wyrazić sprzeciw wobec takiej transakcji, jeśli mając na uwadze potrzebę zapewnienia prawidłowego i ostrożnego zarządzania instytucją nie są one przekonane, że nabywca jest odpowiedni. Nowa regulacja w przeciwieństwie do dotychczasowej zawiera szczegółowe kryteria oceny nabywcy, przez co właściwe organy praktycznie nie dysponują marginesem dowolności, jeśli chodzi o zatwierdzenie planowanego nabycia.

W Dyrektywie określona została procedura, jaką właściwe organy będą musiały stosować dokonując ostrożnościowej oceny nabycia pakietu akcji. Wprowadzony został jasny i przejrzysty tryb powiadamiania i podejmowania decyzji obowiązujących potencjalnych nabywców i właściwe organy. Dokonane zostało skrócenie terminów, a możliwość wstrzymania biegu oceny przez właściwe organy została ograniczona do jednego przypadku obwarowanego jasnymi warunkami.

Zgodnie z nową regulacją podmiot, który postanowi nabyć pośrednio lub bezpośrednio znaczny pakiet akcji w instytucji kredytowej albo pośrednio lub bezpośrednio zwiększyć posiadany znaczny pakiet akcji, w wyniku czego proporcja posiadanych praw głosu lub posiadanego kapitału osiągnie bądź przekroczy 20, 30 lub 50% albo instytucja kredytowa stanie się przedsiębiorstwem zależnym od takiego podmiotu, będzie musiał powiadomić na piśmie o tym fakcie organ nadzoru właściwy dla danej instytucji kredytowej. Organ ten od dnia pisemnego potwierdzenia odbioru powiadomienia będzie miał maksymalnie sześćdziesiąt dni roboczych na przeprowadzenie oceny transakcji.

Podczas okresu oceny, nie później jednak niż do pięćdziesiątego dnia roboczego jej trwania, właściwe organy będą mogły w razie konieczności zwrócić się pisemnie o dalsze informacje. W takiej sytuacji bieg okresu oceny zostanie wstrzymany na czas od dnia przekazania prośby o informacje przez właściwy organ do dnia otrzymania odpowiedzi od potencjalnego nabywcy, ale nie dłużej niż na dwadzieścia dni roboczych. Kolejne prośby o uzupełnienie lub sprecyzowanie informacji kierowane przez właściwy organ nie będą powodować wstrzymania biegu okresu oceny.

Jeśli po zakończeniu oceny właściwy organ postanowi wyrazić sprzeciw wobec planowanego nabycia, zobowiązany jest poinformować o tym potencjalnego nabywcę na piśmie w ciągu dwóch dni roboczych, przedstawiając jednocześnie uzasadnienie podjęcia takiej decyzji.

W Dyrektywie wprowadzono przy tym jasną zasadę, zgodnie z którą brak sprzeciwu wobec planowanego nabycia ze strony właściwego organu wyrażonego przed upływem okresu oceny jest jednoznaczny z zatwierdzeniem planowanego nabycia. Właściwy organ może jednak ustalić maksymalny termin na sfinalizowanie planowanego nabycia. W Dyrektywie określono także zamkniętą listę kryteriów oceny nabywcy, które będą z góry znane uczestnikom rynku. Zwiększy to zatem poziom pewności i przewidywalności odnośnie

do kryteriów stosowanych przez właściwe organy podczas dokonywania oceny danego nabycia oraz ograniczy możliwość odmowy wyrażenia zgody.

Kryteriami tymi zostały:

- reputacja potencjalnego nabywcy,
- reputacja i doświadczenie wszelkich osób, które będą kierować działalnością instytucji kredytowej powstałej w wyniku transakcji,
- kondycja finansowa potencjalnego nabywcy,
- przestrzeganie stosownych dyrektyw sektorowych,
- ryzyko prania pieniędzy i finansowania terroryzmu.

Bardzo ważna jest przy tym przyjęta w Dyrektywie zasada, iż właściwy organ może wyrazić sprzeciw wobec planowanego nabycia jedynie, jeśli ustali, że powyższe kryteria nie zostały spełnione lub że informacje dostarczone przez potencjalnego nabywcę są niekompletne. Państwa członkowskie nie tylko nie mogą ustanowić bardziej restrykcyjnych wymogów w odniesieniu do powiadomienia właściwych organów i zatwierdzenia przez nie danej transakcji niż wymogi określone w Dyrektywie, ale także nie mogą narzucać żadnych wstępnych warunków dotyczących wielkości pakietów, jakie muszą być nabywane. Nie mogą także oceniać transakcji pod kątem potrzeb ekonomicznych rynku.

Państwa członkowskie zostały przy tym zobowiązane do publicznego udostępnienia wykazu informacji, które są niezbędne do przeprowadzenia oceny oraz muszą być przekazane właściwym organom w chwili powiadomienia o zawarciu transakcji. Zakres wymaganych informacji musi być przy tym proporcjonalny i dostosowany do charakteru potencjalnego nabywcy i planowanego nabycia. Państwa członkowskie nie mogą także wymagać od potencjalnego nabywcy informacji, które nie będą istotne do przeprowadzenia oceny.

W Dyrektywie zostały precyzyjnie określone działania, jakie muszą być podjęte, jeśli potencjalny nabywca jest podmiotem regulowanym, mającym siedzibę w innym państwie członkowskim. W takiej sytuacji właściwe organy zobowiązane zostały do dostarczania sobie nawzajem, bez nieuzasadnionej zwłoki, wszelkich informacji niezbędnych lub istotnych do oceny transakcji nabycia. Przy czym obowiązek ten dotyczy zarówno informacji przekazywanych na żądanie, jak i informacji przekazywanych z własnej inicjatywy. Mocą Dyrektywy nałożony został ponadto wymóg, aby decyzja właściwego organu, który wyda zezwolenie, zawierała wszelkie opinie lub zastrzeżenia wyrażone przez właściwy organ odpowiedzialny za nadzór nad potencjalnym nabywcą.

Dyrektywa 2007/44/WE nieznacznie zmodyfikowała wymogi, jakie obowiązują podmioty (zarówno osoby fizyczne, jak i prawne) w przypadku zamiaru zbycia posiadanego, znacznego pakietu akcji w instytucji kredytowej. O takim zamiarze należy pisemnie powiadomić właściwe organy oraz podać wielkość pakietu akcji, który dana osoba zamierza posiadać po dokonaniu transakcji. Osoba taka musi także powiadomić właściwe organy w przypadku podjęcia decyzji o zmniejszeniu posiadanego znacznego pakietu akcji, skutkującej obniżeniem udziału praw głosu lub posiadanego przez nią kapitału poniżej poziomu

20%, 30% bądź 50% lub w sytuacji, kiedy instytucja kredytowa przestałaby być przedsiębiorstwem od niej zależnym.

Zakres podmiotowy polskich regulacji

Zgodnie z obowiązującą w Polsce ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe⁶ bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych, obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Oznacza to, iż stosowane przez polskiego ustawodawcę pojęcie bank ma węższy zakres znaczeniowy niż instytucja kredytowa występująca w Dyrektywie, która obejmuje również te instytucje wykonujące czynności bankowe, które nie określają się mianem banku. Tym samym podmioty niemające statusu banku, a wykonujące na mocy odrębnych ustaw określone czynności bankowe znalazły się poza polem oddziaływania regulacji w zakresie kontroli przepływu kapitału.

Kontrola przepływu kapitału banku w polskich regulacjach

Podobnie jak prawodawca wspólnotowy, także polski ustawodawca wprowadził ograniczenia w zakresie nabywania znaczących pakietów akcji banków, opierając się na założeniu, iż ich brak mógłby spowodować, iż kontrolę nad bankiem mogłyby przejąć osoby lub podmioty, które na etapie udzielania licencji nie mogłyby zostać założycielami banku.

Zgodnie z tymi ograniczeniami osoba zamierzająca bezpośrednio lub pośrednio objąć lub nabyć akcje banku jest obowiązana wystąpić każdorazowo z wnioskiem o wydanie przez Komisję Nadzoru Finansowego zezwolenia na wykonywanie prawa głosu na walnym zgromadzeniu, jeżeli w wyniku objęcia lub nabycia akcji osiągnęłaby lub przekroczyła próg 10, 20, 25, 33, 50, 66 i 75% głosów na walnym zgromadzeniu.

Obowiązek uzyskania powyższego zezwolenia dotyczy także osoby, która po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na wykonywanie prawa głosu na walnym zgromadzeniu na poziomie określonym w zezwoleniu, w wyniku zbycia akcji lub z innej przyczyny utraciła prawo do wykonywania prawa głosu na tym poziomie. W przypadku, gdy zezwolenie dotyczy podmiotu dominującego, obejmującego lub nabywającego akcje pośrednio, obejmuje ono także podmioty zależne, w tym podmiot obejmujący lub nabywający akcje bezpośrednio.

Komisja Nadzoru Finansowego, udzielając zezwolenia, może także określić w jego treści warunek, że nieprzekroczenie określonego progu liczby głosów na walnym zgromadzeniu w terminie wskazanym w zezwoleniu powoduje jego wygaśnięcie. W ustawie określone zostały także przypadki, kiedy Komisja Nadzoru Finansowego może odmówić udzielenia zezwolenia, są to:

⁶ DzU 140, poz. 939 z późn. zm.

- niekorzystny wpływ osoby zamierzającej objąć lub nabyć akcje dla ostrożnego i stabilnego zarządzania bankiem, pochodzenie środków przeznaczonych na nabycie akcji z pożyczki, kredytu lub źródeł nieudokumentowanych,
- przepisy prawa obowiązujące w miejscu siedziby lub zamieszkania tej osoby, uniemożliwiające Komisji Nadzoru Finansowego wykonywanie efektywnego nadzoru.

Należy przy tym pamiętać, iż Komisja Nadzoru Finansowego może cofnąć udzielone zezwolenie, gdy stwierdzi wystąpienie powyższych przesłanek albo gdy osoba, która zezwolenie otrzymała, nie dotrzymała zobowiązań dotyczących funkcjonowania banku, złożonych Komisji Nadzoru Finansowego w trakcie postępowania zakończonego wydaniem zezwolenia. Komisja Nadzoru Finansowego może także nakazać w takiej sytuacji sprzedaż akcji w wyznaczonym terminie.

Ustawa nakłada ponadto dodatkowy obowiązek informacyjny na osobę, która objęła lub nabyła akcje banku. Osoba taka jest każdorazowo obowiązana niezwłocznie powiadomić o tym bank, którego akcje nabyła lub objęła, jeżeli stanowią one – wraz z akcjami objętymi lub nabytymi wcześniej – pakiet powodujący osiągnięcie lub przekroczenie progu 5, 10, 20, 25, 33, 50, 66 i 75% głosów na walnym zgromadzeniu. Bank ma natomiast obowiązek przesłać Komisji Nadzoru Finansowego takie powiadomienie w terminie 14 dni od daty jego otrzymania.

Obowiązek informowania KNF ciąży również na osobie, która zamierza zbyć pakiet akcji uprawniający do wykonywania ponad 10% głosów na walnym zgromadzeniu lub pakiet akcji w wyniku zbycia którego pozostały w jej posiadaniu pakiet akcji będzie uprawniał do wykonywania mniej niż 10, 20, 25, 33, 50, 66 i 75% głosów na walnym zgromadzeniu. Powyższe obowiązki informacyjne stosuje się także w przypadku nabycia i zbycia obligacji zamiennych na akcje banku, kwitów depozytowych, jak również innych papierów wartościowych, z których wynika prawo lub obowiązek nabycia akcji banku.

Podsumowanie

Powyższa analiza wskazuje, iż zasady kontroli przepływu kapitału instytucji kredytowych/banków zawarte zarówno w regulacjach wspólnotowych, jak i polskich opierają się przede wszystkim na kryteriach związanych z wpływem osób, zamierzających nabyć akcje, na stabilne zarządzanie bankiem, przestrzeganiem przez nich prawa oraz zapewnieniem, iż środki przeznaczone na nabycie akcji nie pochodzą z przestępstwa. Ograniczenia te powodują bowiem, iż eliminowane jest ryzyko, iż po rozpoczęciu działalności przez nowo utworzony podmiot, kontrolę nad nim przejęłyby osoby lub podmioty, które na etapie udzielania licencji nie założyłyby akceptacji stosownych organów nadzoru.

Należy bowiem pamiętać, iż z uwagi na rolę i znaczenie banków w gospodarce to właśnie zapewnienie, iż właściciele i osoby zarządzające nie tylko dają rękojmię właściwe-

go prowadzenia działalności, ale także posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie jest jednym z kluczowych elementów zapewnienia bezpieczeństwa środków zgromadzonych w banku. Nieumiejętne zarządzanie przez kierownictwo jest bowiem jedną z podstawowych przyczyn upadłości banków. Drugim elementem bezpiecznego funkcjonowania banku (nie tylko na etapie jego tworzenia) jest kapitał. Jest on bowiem potrzebny nie tylko jako źródło finansowania, ale jako najważniejszy element absorbujący ewentualne straty banku. Dlatego też tak wielką wagę przywiązuje się do weryfikacji, czy nie pochodzi on ze źródeł nieudokumentowanych.

Reasumując powyższą analizę trzeba jednak zauważyć, iż polskie regulacje w zakresie kontroli przepływu kapitału banku odbiegają od zasad przyjętych w Dyrektywie 2007/44/WE, w szczególności w zakresie jasnego określenia czasu trwania i sposobu przeprowadzenia procedury oceny transakcji. Brak przedłożenia do chwili obecnej⁷ projektu zmian ustawy Prawo bankowe w tym zakresie może spowodować, iż od 22 marca br. banki w Polsce będą podlegały mniej korzystnym regulacjom w zakresie kontroli przepływu kapitału niż instytucje kredytowe w innych państwach Unii Europejskiej, co może ograniczyć rynkowe procesy fuzji i przejęć na polskim rynku bankowym. Z drugiej strony należy jednak stwierdzić, iż kontrola przepływu kapitału nie jest wystarczającym warunkiem bezpiecznego funkcjonowania zarówno pojedynczego podmiotu, jak i pośrednio całego systemu bankowego. Dlatego też pomimo jej ogromnej roli i znaczenia należy pamiętać, iż dopuszczenie właściwych osób do zarządzania bankiem oraz zapewnienie wyposażenia go w odpowiedni kapitał nie zwolni właściwych organów od sprawowania ciągłego nadzoru nad podmiotami sektora bankowego.

**THE LIMITATION OF FREEDOM IN MOVEMENT
OF CREDIT INSTITUTION'S CAPITAL
– EUROPEAN AND POLISH LAW AND REGULATIONS**

Summary

The aim of the paper is to analyze European and Polish legal regulations concerning acquisition of holdings in a credit institution. The special analysis was made on the procedure of controlling by the competent authorities if the acquirer ensures sound and prudent management of the credit institution. In this survey the Author also presents the criteria which can be used to assess the acquisition. According to the Author, unless new regulations introduced by Directive 2007/44/EC are implemented in the Polish law our banks could have more problems in acquisition than credit institutions in other European countries.

⁷ W opracowaniu przedstawiony został stan prac na dzień 5 lutego 2009 r.