

NADZÓR NAD RYNKIEM FINANSOWYM. WYBRANE PROBLEMY NADZORU TRANSGRANICZNEGO

Aleksander Chłopecki¹

<https://dx.doi.org/10.65748/fiqf-2009-0016>

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie pewnych problemów, głównie prawnych, odnoszących się przede wszystkim do nadzoru nad firmami inwestycyjnymi, a w pewnym zakresie również i bankami². Chodzi w szczególności o te ograniczenia polskiego systemu prawnego, które mogą utrudniać, lub wręcz uniemożliwiać sprawną realizację funkcji nadzorczych poza granicami Polski. Ze względu na zakres tego artykułu a jednocześnie tematykę wymagającą pogłębionej analizy (również prawno porównawczą) możliwe jest jedynie zasygnalizowanie pewnych wybranych problemów, uznawanych przez autora subiektywnie za istotne. Można przyjąć, że znacząca część tych problemów dotyka również systemy prawne innych państw unijnych. **W konsekwencji główną tezą tego tekstu, czy słuszną – Czytelnik sam oceni, jest teza iż przyjęta na rynkach finansowych Unii zasada nadzoru państwa siedziby instytucji finansowej jest albo błędna albo w niepokojąco znaczącym zakresie niedopracowana.**

Prawne podstawy nadzoru transgranicznego w Polsce

Jak zasygnalizowano już powyżej, jedną z podstawowych zasad nadzoru nad zagranicznymi firmami inwestycyjnymi jest zasada nadzoru państwa siedziby, a w prawie polskim wyraża ją min. art.118 FinNadzU³. Zgodnie tym przepisem zagraniczna firma inwestycyjna prowadząca działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej podlega w innym państwie członkowskim nadzorowi właściwego organu, który udzielił jej zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej z zastrzeżeniem, że nadzór nad przestrzeganiem określonych w przepisach prawa polskiego zasad świadczenia usług maklerskich sprawuje Komisja. Zasada ta, określana mianem zasady nadzoru państwa siedziby, jest zawarta w wielu Dyrektywach i innych aktach prawnych Unii Europejskiej. W przypadku prowadzenia działalności maklerskiej przez firmę inwestycyjną z siedzibą na terenie jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej na terenie innego państwa członkowskiego Dyrektywy wskazują na kilka podstawowych zasad. Do najważniejszych należą tu zasada single paszport (prawo do działania na obszarze Unii bez uzyskiwania dodatkowego zezwolenia) i wspomniana już zasada nadzoru Państwa siedziby. Reguły te wynikają z odpowiednich zapisów Dyrektywy MIFID⁴ (por. art. 31 i 32 Dyrektywy

¹ Prof. UW dr hab., Kierownik Katedry Prawa Cywilnego, Kierownik Pracowni Prawa Rynku Kapitałowego WPiA, Uniwersytet Warszawski.

² W szczególności nie jest przedmiotem rozważań tzw. nadzór skonsolidowany, ubezpieczeniowy etc.

³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (Dz.U.z 2005 r., Nr 183, poz. 1537 z późn. zmianami).

⁴ Dyrektywa MIFID - Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG.

MIFID) jak również z inkorporujących je przepisów prawa lokalnego państwa członkowskiego.

Generalnie, chociaż nieco upraszczając, wskazać można, że nadzór realizuje się w trzech podstawowych zakresach – poprzez uzyskiwanie i wymianę informacji o firmie inwestycyjnej/banku, poprzez możliwości kontroli firmy inwestycyjnej/banku (w tym kontroli w miejscu świadczenia usług) i poprzez możliwość stosowania sankcji.

Odnosząc się do pierwszej z tych kwestii, przepisy FinNadzU zawierają szereg norm odnoszących się o wymiany informacji między organami nadzoru. Przykładowo zatem, zgodnie z art. 20 FinNadzU Komisja Nadzoru Finansowego (dalej – „Komisja”) lub jej upoważniony przedstawiciel może przekazywać i otrzymywać od zagranicznego organu nadzoru nad rynkiem papierów wartościowych lub rynkiem finansowym informacje niezbędne w celu prawidłowego wykonywania określonych zadań w zakresie nadzoru, w tym zadań określonych ustawą o nadzorze uzupełniającym. Art. 20 ust 2 FinNadzU wskazuje, że **zasady i tryb udzielania informacji określają porozumienia zawarte przez Komisję z innymi organami nadzoru.** Przepisy wskazują dalej na przesłanki, gdy może nastąpić udzielenie informacji na podstawie tych porozumień. Są to w szczególności przesłanki negatywne. Informacja może być zatem udzielona, o ile jej udzielenie nie spowoduje niekorzystnego wpływu na suwerenność bezpieczeństwo lub interes publiczny Rzeczypospolitej Polskiej jak również przepisy prawa obowiązujące w państwie siedziby zagranicznego organu nadzoru, któremu informacje są przekazywane, zapewniają wykorzystanie takich informacji wyłącznie na potrzeby wykonywania nadzoru lub prowadzenia postępowań administracyjnych lub sądowych w sprawach związanych z wykonywaniem tego nadzoru⁵.

Nieco odmienna sytuacja istnieje na gruncie prawa bankowego⁶. Zgodnie z art. 131 ust. 1 ust. 1 PrBankU działalność banków, oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych, oddziałów i przedstawicielstw instytucji kredytowych podlega nadzorowi bankowemu sprawowanemu przez Komisję Nadzoru Finansowego. Również nadzór nad działalnością oddziału lub przedstawicielstwa banku zagranicznego w kraju oraz oddziału lub przedstawicielstwa banku krajowego za granicą, w tym zakres i tryb dokonywania czynności kontrolnych, może być wykonywany w zakresie uzgodnionym w porozumieniu Komisji Nadzoru Bankowego z właściwymi władzami nadzorczymi. PrBankU zachowuje zasadę nadzoru państwa siedziby, tj. zgodnie z art.141c PrBankU nadzór nad działalnością instytucji kredytowej prowadzącej działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez oddział lub w ramach działalności transgranicznej sprawują, z zastrzeżeniem pewnych kwestii odnoszących się do płynności płatniczej) właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. PrBankU zawiera również, analogiczne jak FinInstrU regulacje odnoszące się do porozumień. PrBankU zawiera również regulacje odnoszące się do sytuacji (art.141a PrBankU), gdy instytucja kredytowa prowadząca działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez oddział lub w ramach działalności transgranicznej nie przestrzega przepisów prawa polskiego, Komisja Nadzoru Finansowego początkowo wzywa ją, w formie pisemnej, do przestrzegania przepisów prawa polskiego i wyznacza jej odpowiedni termin do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Następnie, po bezskutecznym upływie tego terminu, zawiadamia właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego o stwierdzonych nieprawidłowościach. Dopiero w przypadku gdy pomimo zastosowania środków przez właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego oddział instytucji kredytowej nadal nie przestrzega przepisów prawa polskiego oraz w przypadku

⁵ Podana tu lista ma charakter przykładowy.

⁶ PrBank - Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jednolity: Dz.U.z 2002, Nr 72, poz. 665z późn. zmianami).

nieadekwatności tych środków do zaistniałego naruszenia prawa lub niemożności ich zastosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Komisja Nadzoru Finansowego może zastosować adekwatne środki. Zastosowanie sankcji z pominięciem powyższej procedury możliwe jest jedynie w nagłych przypadkach. Interesujący i budzący szczególne wątpliwości jest przepis art. 141b PrBankU stwierdzający, że Komisja Nadzoru Finansowego po otrzymaniu od właściwych władz nadzorczych państwa goszczącego informacji, iż bank krajowy wykonujący czynności na jego terytorium poprzez oddział lub w ramach działalności transgranicznej narusza obowiązujące w państwie goszczącym przepisy prawa, może zastosować w stosunku do banku sankcje przewidziane w PrBankU⁷. Przepisy prawa zawierają również szereg innych przepisów odnoszących się do konsultacji z organami nadzoru w innych państwach członkowskich konsultacje (np. w sprawie planowanych działań w zakresie przeciwdziałania zachowaniom naruszającym przepisy prawa, które miały lub mają miejsce na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i tych innych państw).

Nadzór a podstawy prawne udzielania i wymiany informacji

W tym miejscu dochodzimy do problemu, jaki stwarza analiza przyjętego rozwiązania – **kwestii charakteru prawnego porozumienia**. Porozumienia, o których mowa powyżej zawierane są w formule dwustronnej („zwykle” *Memorandum of Understanding*) i wielostronnej („*Multilateral Memorandum of Understanding*”⁸). Porozumienia te w istocie są **instytucjami właściwie niemożliwymi do „dopasowania” do polskiego systemu prawnego**. Z jednej strony zawierane są przez organy nadzoru (z reguły- a w prawie polskim zawsze będącymi organami administracji) – z punktu widzenia polskiego systemu prawa będące *statio fisci* – nie są jednak umowami międzynarodowymi (przewodniczący KNF nie posiada umocowania do zawierania takowych) i nie są też oczywiście ratyfikowane. W tym sensie – nie stanowią źródła prawa w znaczeniu systemowym (konstytucyjnym⁹) jednocześnie zaś są nimi funkcjonalnie, skoro od ich zawarcia ustawodawca uzależnia przekazywanie informacji, będących co więcej informacjami objętymi niejednokrotnie tajemnicą zawodową. Z drugiej strony porozumienia te obejmują określone działania i funkcje organów administracji wiążące się wyłącznie ze sferą *imperium* (wykonywaniem funkcji władczych) a ze sferą *dominium* (prawa majątkowe, zobowiązania etc) nie mające nic wspólnego. W związku z tym nie sposób potraktować ich również jako umów cywilnoprawnych. W tym sensie stanowią one rozwiązania *sui generis* o nieokreślonej „przynależności” w systemie prawa i można mówić nawet o pewnej odwadze organu nadzoru w zakresie ich praktycznego stosowania. Dla porządku dodać należy, że zawarcie porozumienia implikuje pewne swoiste obowiązki Komisji. Tak więc, zgodnie z art. 21 ust 2 FinNadzU w przypadku gdy podmioty, będące stronami porozumienia wystąpiły o przekazanie informacji, a Komisja ich nie posiada, niezwłocznie podejmuje ona czynności w celu ich uzyskania lub zawiadamia te podmioty, podając przyczyny braku możliwości uzyskania żądanych informacji.

⁷ Czyli, zgodnie z art. 138 ust 3 PrBankU wystąpić do właściwego organu banku z wnioskiem o odwołanie prezesa, wiceprezesa lub innego członka zarządu banku bezpośrednio odpowiedzialnego za stwierdzone nieprawidłowości, zawiesić w czynnościach członków zarządu, do czasu podjęcia uchwały w sprawie wniosku o ich odwołanie przez radę nadzorczą na najbliższym posiedzeniu; zawieszenie w czynnościach polega na wyłączeniu z podejmowania decyzji za bank w zakresie jego praw i obowiązków majątkowych, ograniczyć zakres działalności banku lub jego jednostek organizacyjnych, nałożyć na bank karę finansową w wysokości do 1.000.000 zł, uchylić zezwolenie na utworzenie banku i podjąć decyzję o likwidacji banku.

⁸ Ściśle rzecz biorąc - MOU – Multilateral Memorandum of Understanding concerning consultation and cooperation and the exchange of information,

⁹ Por. art. 87 Konstytucji.

Reasumując – instrumentarium prawne nadzoru nad firmami inwestycyjnymi w zakresie udzielania i wymiany informacji nasuwa poważne wątpliwości od strony konstytucyjnej i systemowej.

Nadzór a podstawy prawne wykonywania kontroli transgranicznej

W zakresie prawa administracyjnego – a w tym obszarze systemu prawnego mieszczą się regulacje kontrolne i nadzorcze zasadą jest terytorialny zasięg norm¹⁰. Udzielanie pomocy prawnej i uznawania wyroków sądów innych państw nie prowadzą *per se* do umożliwienia transgranicznego stosowania prawa. Wydaje się, że terytorialny zasięg norm – w tym przypadku – przepisów FinInstrU i PrBankU, prowadzić powinny w analizowanej kwestii do następujących wniosków. Uprawnienia nadzorcze i kontrolne Komisji stosunku do danego podmiotu odnoszą się do jego działalności w całej (objętej nadzorem) sferze organizacyjnej. Oznacza to również nadzór nad działalnością oddziałów. Literalne brzmienie przepisów prowadzić powinno zatem do wniosku, że Komisja ma prawo przeprowadzać czynności kontrolne również w oddziale zlokalizowanym na obszarze innego państwa. Firma inwestycyjna lub bank mają zaś obowiązek umożliwić taką kontrolę, również na obszarze innego państwa. Teza przeciwna mogłaby być teoretycznie postawiona, wyłącznie w przypadku kolizji praw – tj. w przypadku, gdyby wykonywanie kontroli przez przedstawicieli Komisji, pozostawałoby w sprzeczności z porządkiem prawnym tego państwa trzeciego. Z reguły prawa krajowe nie wypowiedają się w kwestii możliwości nadzoru państwa siedziby innego niż państwo członkowskie (por. art. 26 ust.6 FinNadzU) – dopuszczając konkludentnie możliwość dokonywania takiej kontroli zarówno przez państwo siedziby jak i państwo przyjmujące. Przykładowo zatem – oddział zagranicznego banku np. z USA podlegały nadzorowi zarówno kraju przyjmującego jak i macierzystego (por. art. 41 i 131 PrBankU) i jakkolwiek w FinInstrU i FinNadzU brak jest rozwiązań analogicznych zawartych w powoływanych przepisach PrBank, to należy uznać, że samo prawo kontroli organu nadzoru państwa macierzystego, nie pozostawałoby w sprzeczności z zasadami prawa polskiego, jakkolwiek niewątpliwie prawo krajowe Rzeczypospolitej Polskiej nie zawiera norm odnoszących się do przymusu podlegania kontroli lub sankcji za niedopuszczenie do przeprowadzenia kontroli przez organy państwa obcego, w którym znajduje się siedziba podmiotu nadzorowanego. Dodać w tym miejscu należy, że zawarta w prawie unijnym zasada nadzoru państwa siedziby oznaczać ma co do zasady ograniczenie nadzoru państwa przyjmującego a nie nadanie uprawnień nadzorczych organowi państwa siedziby, które to uprawnienia wynikają z prawa krajowego państwa członkowskiego.

Teoretycznie zatem transgraniczna kontrola jest możliwa. Podstawowym problemem jest jednak **problem transgranicznego obowiązywania przepisów jednego kraju na obszarze drugiego i kwestii korelacji funkcji nadzorczych na obszarze Unii**. Zadajmy zatem kilka prostych pytań odnoszących się do funkcjonowania nadzoru założmy odnoszącego się do zagranicznej firmy

¹⁰ Problem transgranicznego obowiązywania prawa nie jest oczywiście kwestią nową. Jest on jednak przedmiotem rozwiązań przede wszystkim na gruncie prawa cywilnego i karnego, w pewnym jedynie i ograniczonym zakresie na gruncie prawa administracyjnego. Tak więc w prawie cywilnym wskazać można przykładowo na Konwencję o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (tzw. Konwencja z Lugano, Dz.U.z 2000, nr 10, poz. 132). W zakresie prawa karnego – por. np. Europejską Konwencję o pomocy prawnej w sprawach karnych (Dz.U. z 1999, Nr 76, poz. 854 z późn. zmianami) lub np. Europejską Konwencję o Ekstradycji (Dz.U.z 1994, Nr 70, poz.307 z późn. zmianami). W zakresie prawa administracyjnego por. np. Konwencję o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych (Dz.U. z 1998, Nr 141, poz. 913) lub też Konwencję sporządzoną na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie wzajemnej pomocy i współpracy między administracjami celnymi (Dz.U.z 2008, Nr 6, poz.31).

inwestycyjnej na obszarze Polski. Pierwszym i podstawowym pytaniem jest, czy normy prawa obcego są wiążące na terenie Polski i w jakim zakresie? Pomijając kwestie możliwości wyboru prawa w kontrakcie zawartym między stronami, co jest zasadniczo rolą prawa prywatnego międzynarodowego, nadzór wykonywany jest "przy pomocy" norm prawa administracyjnego i ewentualnie - karnego. Co do pierwszych nie ma generalnie wątpliwości iż są one zakresowo i terytorialnie ograniczone wyłącznie do obszaru państwa w którym są ustanowione. W przypadku drugich sytuacja jest w wielu punktach odmienna (ze względu na stosunkowo szerokie uregulowania umów międzynarodowych-por. przypis nr 9), ich rola w nadzorze jest jednak ograniczona. Konstatacja o jedynie terytorialnym obowiązywaniu norm prawa administracyjnego rodzi następane pytania - poczynając od tego, czy urzędnik zagranicznego organu nadzoru ma status funkcjonariusza państwowego - po fundamentalne pytanie, czy jest w ogóle uprawniony do wykonywania jakichkolwiek funkcji kontrolnych w sytuacji, gdy normy prawne dające mu to uprawnienie na danym obszarze o prostu... nie obowiązują. Są to pytania retoryczne. Nie obowiązują zaś nie tylko normy odnoszące się do kontroli ale i co do zasady wszelkie normy odnoszące się do administracyjnoprawnie ukształtowanych obowiązków danego podmiotu (czyli obowiązku poddania się owej kontroli¹¹), z wyjątkiem tych, które z istoty są "zlokalizowane" w siedzibie nadzorowanego podmiotu - np. obowiązek posiadania kapitału zakładowego w określonej wysokości.

Odnosząc się do przykładu kontroli można wprawdzie uznać, że podmiot kontrolowany jest wprawdzie uprawniony do „wpuszczenia” zagranicznego kontrolera, tak jak każdej osoby fizycznej, powstaje jednak pytanie czy sama zasada nadzoru państwa siedziby jest wystarczającą podstawą np. do umożliwienia uzyskania owemu „nieumocowanemu” kontrolerowi dostępu do tajemnicy zawodowej?

Reasumując – instrumentarium prawne nadzoru nad firmami inwestycyjnymi w zakresie kontroli oddziału zlokalizowanego na obszarze państwa obcego, nawet w granicach Unii nasuwa poważne wątpliwości co do swojej skuteczności i zakresu uprawnień przysługujących kontrolerom.

Nadzór a podstawy prawne transgranicznego nałożenia sankcji administracyjnych

Kolejnym element czynności nadzorczych to możliwość wymuszenia na podmiotach nadzorowanych określonych zachowań. Dokonuje się to poprzez nałożenie wskazanych w przepisach prawa sankcji administracyjnych. Zgodnie z zasadą nadzoru państwa siedziby, organ nadzoru może, za działania dokonywane na obszarze innego państwa nałożyć karę administracyjną.

Czy jednak istotnie może? Jeżeli wspomniane i wskazane przez organ administracji działanie dotyczyło bezpośrednio centrali (lub oddziału) banku znajdujących się na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej i Komisja w postępowaniu administracyjnym wykaże, że działanie takie jest sprzeczne z przepisami prawa polskiego – z pewnością możliwe jest ukaranie firmy inwestycyjnej/banku. O ile jednak określone działanie odnosić się będzie **wyłącznie** do działania zagranicznego oddziału powstaje oczywisty paradigmat. Zakres terytorialny obowiązywania prawa polskiego nie rozciąga się (wbrew sugestii płynącej z art. 141b PrBankU) na obszar innego państwa członkowskiego. **Komisja nie może zatem „sądzić” danego podmiotu na**

¹¹ Przykładowo oddział greckiego banku w Polsce może zasadnie wskazać, że przepisy prawa greckiego nie obowiązują w Polsce- nie jest zatem zobowiązany do umożliwienia kontroli greckiemu organowi nadzoru, z kolei polskie przepisy wskazują tu na zasadę wykonywania nadzoru przez grecki organ nadzoru...

podstawie prawa polskiego, skoro nie znajduje ono zastosowania na obszarze innego państwa, tym bardziej że określone działania lub zaniechanie może być przez to prawa oceniane zupełnie inaczej. Jednocześnie zaś Komisja nie ma żadnego uprawnienia do stosowania prawa obcego. Przykładowo – polski sąd grodzki nie będzie sądził obywatela polskiego za przekroczenie prędkości dokonane we Francji, skoro nie obowiązuje tam polskie prawo o ruchu drogowym, nie zastosuje również prawa francuskiego, bo co do zasady zobowiązany jest stosować prawo polskie...

Reasumując – instrumentarium prawne nadzoru nad firmami inwestycyjnymi w zakresie stosowania sankcji odnoszących się do działalności oddziału zlokalizowanego na obszarze państwa obcego (o ile działalność ta nie odnosi się do działania podmiotu nadzorowanego jako całości), nawet w granicach Unii nasuwa poważne wątpliwości co do swojej skuteczności.

Wnioski

Jak już wskazywałem ramy tego artykułu nie pozwalają na szczegółowa analizę – zwłaszcza prawnoporównawczą. Ekstrapolując (co według wiedzy autora tego artykułu jest zasadniczo uzasadnione) powyższe rozważania na obszar systemów prawnych innych państw Unii Europejskiej prowadzą do wniosku, że transgraniczne mechanizmy nadzoru Unii Europejskiej wymagają zasadniczego przemyślenia i reformy. Nie podejmuję się określić, czy i w jakim zakresie opisane powyżej problemy mogły lub mogą mieć wpływ na obecny kryzys gospodarczy. Z pewnością jednak obecny kryzys nie jest ani pierwszym ani ostatnim, a złagodzeniu kolejnych sprzyjałoby, być może, wypracowanie skutecznych transgranicznych mechanizmów nadzoru, które w wieku punktach po prostu nie działają.