

ALTERUM

Ośrodek Badań i Analiz Systemu Finansowego

Zakład Warszawskiego Instytutu Bankowości

Stanisław Kasiewicz

Lech Kurkliński

Włodzimierz Szpringer

Zasada proporcjonalności a polski sektor bankowy. Uwarunkowania, narzędzia, szanse, zagrożenia¹

Spis treści:

1. Regulacje rynku finansowego a zasada proporcjonalności (*W. Szpringer*)
 - 1.1. Wprowadzenie
 - 1.2. Ocena skutków regulacji – kwestia kluczowa
 - 1.3. Przykłady regulacji rynku finansowego
 - 1.3.1. CRD
 - 1.3.2. MiFID
 - 1.3.3. EMIR
 - 1.4. Podsumowanie
2. Regulacyjna zasada proporcjonalności. Zastosowanie w sektorze bankowym – weryfikacja, wyzwania, doświadczenia (*S. Kasiewicz, L. Kurkliński*)
 - 2.1. Wprowadzenie
 - 2.2. Alternatywne definicje zasady proporcjonalności
 - 2.3. Rola zasady proporcjonalności
 - 2.4. Charakterystyka dotychczas stosowanych kryteriów
 - 2.5. Propozycje mierników przydatnych w stosowaniu zasady proporcjonalności
 - 2.6. Doświadczenia w stosowaniu zasady proporcjonalności – Unia Europejska, Polska
 - 2.7. Podsumowanie
3. Słowniczek skrótów
4. Bibliografia

Warszawa, listopad 2013

¹ Niniejszy raport ukazał się w grudniowym numerze z 2013 r. „Miesięcznika Finansowego BANK”

1. Regulacje rynku finansowego a zasada proporcjonalności

1.1. Wprowadzenie

Idea jednolitych, jednakowych dla wszystkich, powszechnie obowiązujących reguł prawa, stanowi istotę regulacji. Jedną z najważniejszych z tych reguł jest niewątpliwie zasada proporcjonalności. Jednakże praktyka jej stosowania pokazuje, że nie jest traktowana jak powszechnie obowiązująca reguła, którą przyjmuje się bezkrytycznie. Okazuje się, że może być skutecznie podważana zarówno przez instytucje regulacyjne (w tym zwłaszcza regulatora krajowego), jak i same podmioty finansowe działające na rynku europejskim, czy rynkach narodowych. Dlatego też warto wskazać te obszary najważniejszych regulacji finansowych, w których dostrzega się przesłanki, czy nawet podejrzenie, że zasada proporcjonalności może nie być przestrzegana. Te regulacje powinny stać się przedmiotem bardziej pogłębionych analiz.

Implementowane regulacje powinny gwarantować równe warunki konkurencji dla podmiotów ponoszących podobne ryzyko („*same activity – same risks – same rules*”), bez względu na ich status prawny np. banki i parabanki. Idea ta znalazła poprzednio wyraz w dyrektywie CAD w sprawie adekwatności kapitałowej, która zmierzała do kreowania równych reguł gry („*the level playing field*”). Ta sama koncepcja legła u podstaw obecnych regulacji rynku finansowego CRD, CRR, MIFiD, EMIR - przekazywania bardziej technicznych kwestii do regulacji wykonawczych, które powinny być elastyczne (procedura Lamfalussy'ego) i funkcjonalnego podejścia do nadzoru nad rynkiem finansowym. Nie znaczy to wszelako, że regulacji nie należy w ogóle różnicować przedmiotowo czy podmiotowo czy uzależniać jej obowiązywania od określonych okoliczności (np. kontekstu, wielkości czy ryzyka).

Ważkim aspektem regulacji jest też zachowanie „złotego środka” między standaryzacją a możliwościami zindywidualizowania poszczególnych instrumentów, gdy od tego często zależy podleganie danej regulacji lub nie (np. EMIR). Mam na myśli przedmiotowy zakres regulacji. Zbyt restrykcyjne podejście do regulacji może blokować - korzystne dla rozwoju rynku i dające wartość dodaną dla klientów - innowacje finansowe i

karac działalność podmiotów bardziej aktywnych, innowacyjnych, przedsiębiorczych i odnoszących sukcesy rynkowe. Zbyt łagodne, permissive podejście z kolei może zahamować rozwój rynku ze względu na brak poczucia zaufania i bezpieczeństwa. Odrębną kwestią jest zasięg podmiotowy regulacji, który powinien uwzględniać potencjalny wpływ konkretnego typu instytucji na ryzyko systemowe, zagrożenie kryzysami i stabilność finansową (np. banki globalne a małe, lokalne banki).

W legislacji europejskiej mamy do czynienia z pewnym paradoksem. Z jednej strony dyrektywy bankowe są bardzo pojemne i wykazują zdolność regulacyjną zarówno w systemie kontynentalnym, zdominowanym przez bankowość uniwersalną, jak i w systemie anglosaskim (np. brytyjskim), nieco podobnym instytucjonalnie do systemu amerykańskiego, którego punktem ciężkości jest rynek kapitałowy. Harmonizacja prawa w drodze dyrektyw przebiega różnymi metodami (minimalna, maksymalna, kierunkowa), przy coraz większej obecności dyrektyw pełnej harmonizacji (np. dyrektywa o kredycie konsumenckim, dyrektywa o usługach płatniczych). Co ciekawe, nawet dyrektywy pełnej harmonizacji zawierają szereg możliwości odstępstw lub uwzględniania specyficznych uwarunkowań na poziomie krajowym. Z drugiej zaś strony można stwierdzić pewną sztywność regulacji w zakresie norm ostrożnościowych, zasad dopuszczania do rynku bankowego itp. Mimo to wiele krajów wybrało strategię selektywnej implementacji, której wprowadzenie nie zawsze można wprost zarzucić łamanie prawa europejskiego, ale ewidentnie zmierza ona do ochrony interesów krajowego sektora bankowego.

1.2. Ocena skutków regulacji – kwestia kluczowa

W związku z regulacją systemu finansowego w okresie kryzysu powstaje wiele kwestii, które wymagają analizy. Co robić, by nie przeregulować rynku? Jaki powinien być zakres i poziom norm ostrożnościowych, by banki i parabanki działały bezpiecznie, a konsumenci nie popadali w pułapkę zadłużenia, lecz by równocześnie nie wpędzać całych grup konsumentów wrażliwych w objęcia parabanków, co miało miejsce w ostatnim czasie w konsekwencji Bazylei II oraz rekomendacji KNF²? Ciekawe, że analiza *shadow banking* nie potwierdza poglądu, że jest to sektor całkowicie pozbawiony regulacji. Po pierwsze, są to liczne regulacje w dziedzinie ochrony konsumenta.³ Po drugie, są to regulacje dotyczące

² Por. S. Kasiewicz, L. Kurkliński (red.), *Szok regulacyjny a konkurencyjność i rozwój sektora bankowego* Warszawski Instytut Bankowości, Warszawa, marzec 2012.

³ Por. W. Szpringer, *Wnioski i rekomendacje dla polityki w zakresie maksymalnych stóp procentowych* [w]: P. Białowolski (red.), *Skutki maksymalnego oprocentowania – wpływ na polski rynek*

wymogów kapitałowych lub norm płynności, a także nadzoru (rozumianego funkcjonalnie), które wykraczają często daleko poza sektor bankowy.⁴

Interesujące jest spojrzenie na modele regulacji rynku finansowego z perspektywy teorii instytucji, nauk politycznych i polityki regulacyjnej. O ile merytorycznie następuje (czy już obecnie ma miejsce) daleko posunięta konwergencja norm i standardów (np. Układ Bazylejski), o tyle w sferze instytucjonalnej (np. modelu nadzoru, rodzajów organów, struktur i kompetencji) można skonstatować dywergencję – ogromne różnice między modelem amerykańskim a europejskim (kontynentalnym). Globalizacja niewiele w tej mierze pomogła. W tej sytuacji pozornie te same normy np. normy ostrożnościowe, wymogi kapitałowe czy płynnościowe są różnie stosowane, niejednolite są metody wyliczania (zwłaszcza biorąc pod uwagę zróżnicowane standardy rachunkowości) różnych składników bazy kapitałowej banków czy innych instytucji finansowych. Oznacza to więc w istocie zawodność państwa (*government failure*), prowadząc do skrzywiania czy wypaczania konkurencji globalnej i ujawniania się negatywnych cech konkurencji regulacyjnej.⁵

Model niemiecki często określa się jako stopniowe, „przyrostowe” („*incremental*”) dostosowywanie się do zmieniających się realiów rynku, globalizacji, konkurencji tradycyjnych, kluczowych rynków (Frankfurt, Londyn, Nowy Jork). Cechą tego modelu jest sieciowa i w pewnej mierze zinstytucjonalizowana kooperacja państwa (federacji i krajów) z samorządem gospodarczym i kluczowymi interesariuszami (BaFin, Bundesbank) - z silnym wspieraniem interesów krajowego sektora bankowego. Przykładem jest problem ograniczeń wynagrodzeń, które z perspektywy konkurencji nie powinny być nadmiernie regulowane.⁶

Dyskusja dotyczy wpływu państwa na kształtowanie struktury sektora finansowego. Sektor bankowy korzysta z publicznych gwarancji bezpieczeństwa. Banki centralne gwarantują bankom dostęp do awaryjnej płynności finansowej. Publiczne systemy

finansowy raport SGH i KPF, Warszawa, 2013

⁴ Zanim się uchwalą nowe regulacje wobec parabanków, należy sprawdzić, kiedy, co i jak je w istocie obowiązuje. Najgorszym rozwiązaniem byłoby kreowanie równoległego systemu regulacyjnego czy dublowanie organów nadzoru. Należy ponadto pamiętać, że shadow banking spełnia pozytywną rolę, dostarczając bankom wielu dodatkowych usług, które poprzedzają czynności bankowe lub im towarzyszą, a także np. poprzez fundusze rynku pieniężnego, stanowią dla banków źródło kapitału i płynności. Por. M. Szakun, M. Bieszki *Analiza regulacji dotyczących funkcjonowania niebankowych instytucji finansowych pod kątem należytej ochrony interesów ekonomicznych i prawnych ich klientów*, Kancelaria Senatu RP, Warszawa, 2013

⁵ Por. A. Busch *Banking Regulation and Globalization* Oxford University Press, Oxford - New York, 2009, por też: W. Dolfsma *Government Failure. Society, Markets and Rules* Edgar Elgar, Northampton, 2013, E. Helleiner, S. Pagliari, H. Zimmermann *Global Finance in Crisis. The Politics of International Regulatory Change*. London: Routledge, 2009

⁶ Por. N. Röbber, LLM, G. Zeppenfeld, LLM *Germany: German Legislator Decides To Cap Bonuses For Bank Staff – CRD IV Implementation Act Adopted*
<http://www.mondaq.com/x/257748/Employee+Benefits+Compensation/German+Le+Gislator+Decides+To+Cap+Bonuses+For+Bank+Staff+CRD+IV+Implementation+Act+Adopted>

gwarantowania depozytów zabezpieczają banki przed wybuchami paniki na rynku. Za pomocą instrumentu wsparcia w formie pomocy publicznej kraje rozwinięte gospodarczo nie dopuszczają do upadku banków „zbyt dużych by upaść” lub „istotnych systemowo”. Wreszcie szereg krajów stara się nie dopuścić do zdominowania banków krajowych przez obcy kapitał (banki krajowe traktują one bowiem jako podstawę rozwoju krajowych centrów finansowych).⁷

1.3. Przykłady regulacji rynku finansowego

1.3.1. CRD

W UE uchwalono Capital Requirements Directive (CRD IV)⁸, której realizacja byłaby aktualna od stycznia 2014 roku. CRD IV realizuje koncepcję Bazylei III (tj. definicja kapitału, kapitału nowego, buforów antycyklicznych, wskaźnika dźwigni finansowej, ryzyka kontrahenta oraz wymogów w zakresie płynności, a także buforów dla globalnych banków o znaczeniu systemowym (G-SIFI).

Aby wszelako osiągnąć "maksymalną harmonizację" w całej UE, państw, CRD IV ponownie formułuje całościowo ramy ostrożnościowe dla banków zawierających przepisy Bazylei II (ryzyko kredytowe) i Bazylei 2,5 (nowe zasady księgi handlowej), jak również wcześniejsze zmiany w określaniu ryzyka rynkowego - Bazylei I. Wszystkie te wcześniejsze teksty zostały ponownie napisane, aby zapewnić wspólne ramy regulacyjne. Część najważniejszych regulacji ma formę rozporządzenia CRR, będą więc bezpośrednio stosowane. Kluczem do osiągnięcia porozumienia był UE kompromis w sprawie traktowania

⁷ W tej mierze ciekawe są doświadczenia Kanady. Istnieje tam obawa, że banki kontrolowane przez obcy kapitał byłyby mniej skłonne niż banki kanadyjskie do dostarczania finansowania kanadyjskim przedsiębiorstwom, w szczególności w okresach osłabienia koniunktury. Zagraniczna dominacja nad bankami mogłaby skutkować utratą kontroli nad kreacją kredytu i jego alokacją. W Kanadzie banki o kapitale powyżej 8 mld. dolarów kanadyjskich nie mogą mieć udziałowca posiadającego więcej niż 20% praw głosu na walnym zgromadzeniu. Prawo przewiduje jednak wyjątki i pozwala na posiadanie więcej niż 20% udziału w kapitale banki w przypadku akcjonariusza, który jest instytucją finansową o rozproszonym akcjonariacie. Wraz ze zmniejszeniem skali banku zmniejsza się zakres ograniczeń dotyczących struktury akcjonariatu, a w przypadku banków o kapitale poniżej 1 mld brak jest tego typu ograniczeń. Por. S. Kawalec, M. Gozdek, *Raport dotyczący optymalnej struktury polskiego systemu bankowego* Capital Strategy, Warszawa, 31.10.2012

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywę 2006/48/WE oraz 2006/49/WE <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:01:PL:HTML>, Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0001:01:PL:HTML>

premier związanych z podejmowaniem ryzyka do szerokiego zakresu wyższych pracowników banków, który znalazł się w tekście CRD IV. Kompromis ogranicza stosunek premii do wynagrodzenia stałego. CRD IV wprowadza ogólnoeuropejskie ramy sprawozdawczości nadzorczej, która będzie realizowana od stycznia 2014 roku.⁹

Podczas, gdy Bazylea III określa wspólne zasady pokrycia kapitałowego Tier 1 (CET 1) jako obejmujący tylko zachowane dochody i wspólne akcje, UE nadal będzie stosować zasady podejścia do określenia jakości instrumentów kapitałowych. W praktyce oznacza to, że główną różnicą w porównaniu z Bazyleą III w kwestii definicji kapitału może być zgoda w celu umożliwienia różnym bankom liczenia cichych udziałów w kierunku CET 1, podobnie, jak to się dzieje w stosunku do spółek ubezpieczeniowych, którym umożliwiono alternatywną opcję wobec Bazylei III. Wskaźnik dźwigni jest ustawiony zgodnie z Bazyleą III, choć jest jeszcze debata wśród niektórych państw członkowskich o potrzebie zmian względem ukształtowania niektórych szczegółów wskaźnika dźwigni.¹⁰

Nadal trwa dyskusja na temat definicji "sprzedaży detalicznej" w odniesieniu do standardowych wag ryzyka Bazylei II, z możliwością, że próg zostanie zniesiony od € 1.000.000 do € 2.000.000, aby umożliwić zaliczenie więcej małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) jako ekspozycji detalicznych. Dla transakcji z przedsiębiorstwami, które mają być wyłączone z korekty wyceny kredytowej (CVA) istotne są wymogi dla ryzyka kredytowego kontrahenta. Chociaż CRD IV ustala zasady, które nie mogą być zmieniane przez władze krajowe, pozostaje otwarty problem umożliwienia państwom członkowskim nakładanie bardziej surowych środków w celu łagodzenia zwiększonego ryzyka makroostrożnościowego dla stabilności finansowej.

Osią krytyki CRD IV jest to, że regulacja nie jest wystarczająco ambitna. W niektórych kluczowych obszarach, takich jak wskaźnik dźwigni i długoterminowych wymogów płynnościowych przyjętych w ramach Bazylei III, CRD IV - CRR powstrzymuje

⁹ Realizacja Bazylei III w Europie będzie opóźniona w stosunku do krajów Dalekiego Wschodu, gdzie, na przykład, Hong Kong i Singapur realizują te zasady od stycznia a Japonia od marca tego roku. Europejska implementacja jest zbliżona do tekstu Bazylei III. Ale istnieje kilka kluczowych obszarów różnic, w tym szczegółowe zasady płynności, wskaźnik pokrycia płynności (LCR) oraz stabilnego finansowania netto (NSFR) zostanie ustalony przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (EBA), ale oczekuje się, że przepisy te będą zgodne z umową Bazylea III. Por. *Recent agreements on implementation of Basel III in Europe and implications for banks* Global Regulatory Network Executive Briefing, March 2013 [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Global_Regulatory_Network_Executive_Briefing_-_Recent_agreements/\\$FILE/Global_Regulatory_Network_Executive_Briefing_Recent_agreements.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Global_Regulatory_Network_Executive_Briefing_-_Recent_agreements/$FILE/Global_Regulatory_Network_Executive_Briefing_Recent_agreements.pdf), *Liquidity Management under Basel III – A Briefing Note* Moodys Analytics, <http://www.moodysanalytics.com/Microsites/ERS/2011/Basel-III-Liquidity.aspx>, *Basel III - Issues and Implications*, KPMG, <http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/basel-III-issues-implications.pdf>

¹⁰ Por. *Basel III-Handbook*, <http://www.accenture.com/SiteCollectionDocuments/PDF/Accenture-Basel-III-Handbook.pdf>

się od nakładania ścisłych i jednoznacznych zobowiązań do wprowadzenia wiążących wymogów. Rozbieżne wymogi dotyczą również ujawniania informacji). Pozostaje więc pole dla różnych implementacji krajowych.¹¹

Kluczowa jest polityka wynagrodzeń dla instytucji i osób, które podejmują ryzyko. Polityka ta nie zawsze czyniła zadość zasadzie proporcjonalności, tworząc fałszywe i nieadekwatne bodźce motywujące do nadmiernych ekspozycji na ryzyko. W świetle CRD III wymogi w zakresie motywowania powinny być zróżnicowane w zależności od wielkości, zakresu i złożoności działalności, struktury wewnętrznej instytucji kredytowych czy firm inwestycyjnych.

Interesujący w tej mierze jest przykład Luksemburga, gdzie w drodze regulacji krajowych wydanych przez urząd nadzoru nad rynkiem finansowym (*Commission de Surveillance du Secteur Financier*) podjęto próbę przybliżenia koncepcji dyrektywy do ekonomii zarządzania ryzykiem. Instytucja kredytowa może odstąpić od wymogów systemów motywacji do ekspozycji na ryzyko, jeżeli jej suma bilansowa nie przekracza 5 mld. Euro, a wymogi kapitałowe są niższe niż 125 mln Euro.¹²

W przypadku firm inwestycyjnych wymogów motywacji do ekspozycji na ryzyko można nie stosować, jeżeli co najmniej 50% udziału w wynagrodzeniu ma charakter zmienny i składa się z akcji i innych instrumentów finansowych, przynajmniej 40% składnika zmiennego w systemie wynagradzania jest odroczone od 3 do 5 lat, a także, owa część zmienna musi co do kwoty być w proporcji do wyników instytucji, co podlega ewaluacji przez specjalnie powołany komitet. Jeżeli zarządzanie ryzykiem można przypisać osobie (nie tylko instytucji jako całości), zasadę proporcjonalności polegającą na możliwości odstąpienia od rygorów motywacji w kontekście ryzyka, można stosować tylko wtedy, gdy część zmienna wynagrodzenia nie przekracza 100.000 Euro rocznie.

Podobny przykład kierowania się zasadą proporcjonalności można znaleźć w implementacji dyrektywy Alternative Investment Fund Managers Directive ("AIFMD". W Wielkiej Brytanii wydano wytyczne FSA, które zmierzają do uelastyczenia przepisów i promowania konkurencji, przy zachowaniu wymogów bezpieczeństwa. Małe alternatywne fundusze inwestycyjne (ZAFI)¹³ nie muszą spełniać wszelkich wymogów. Równocześnie w określonych sytuacjach muszą spełniać dodatkowe wymogi kapitałowe. Zależy to także od

¹¹ Por. R. Ayadi, E. Arbak, W. P. de Groen *Implementing Basel III in Europe: Diagnosis and Avenues for Improvement* Centre for European Policy Studies, Brussels, 2012

¹² Por. *Proportionality principle for banks' remuneration requirements* Luxembourg, 2011, <http://www.internationalallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=5721f92f-665a-4171-b337-cd96de1c1c61>, Por. też: *CRD IV / CRR – Frequently Asked Questions* http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-272_en.htm

działalności transgranicznej np. bycia przez ZAFI depozytariuszem firm inwestycyjnych spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego.¹⁴

1.3.2. MiFID

Dyrektywa MiFID¹⁵ wywiera w zasadzie pozytywny wpływ, w szczególności poprzez wspieranie bardziej konkurencyjnego otoczenia, które promuje między innymi obniżki cen i marż i ogromne inwestycje w technologie i infrastrukturę rynku finansowego. Kryzys finansowy ujawnił słabości w regulacji instrumentów innych niż akcje, w szczególności instrumentów pochodnych. Znaczenie dyrektywy pozostaje jednak kontrowersyjne pod względem jakości danych i kosztów jej wdrażania.

W ostatnich latach, europejskie rynki finansowe przeszły jednak znaczące zmiany, takie jak rozwój technologiczny, nowe platformy obrotu i integracja rynku finansowego, które mają duży wpływ na ich strukturę rynku i warunki konkurencji. Dyrektywa MiFID miała na celu promowanie integracji rynków papierów wartościowych w Unii Europejskiej oraz zachęcanie do bardziej zharmonizowanych i skutecznych praktyk rynkowych i demontaż niektórych barier w zakresie praktyk rynkowych, procedur prawnych i podatkowych.¹⁶

Szczególną cechą MiFID jest to, że usuwa ona "zasadę koncentracji" stosowaną dotychczas w niektórych państwach członkowskich, wymagającą od przedsiębiorstw inwestycyjnych prowadzenia transakcji wszystkich swoich klientów tylko na giełdach papierów wartościowych w tych państwach. Inną cechą było wprowadzenie jednolitych poziomów ochrony inwestorów w całej Europie. MiFID daje firmom inwestycyjnym i ich

¹³ Dyrektywa 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi i zmiany dyrektyw 2003/41/WE i 2009/65/WE oraz rozporządzeń (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 1095/2010 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:174:0001:0073:PL:PDF>

¹⁴ Por. *Financial Institutions e-briefing: AIFMD implementation - FSA publishes policy statement 13/5* [http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?](http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Financial_institutions/FIG_AIFMD_implement_FSA_publishes_policy)

ArticleID=en/Financial_institutions/FIG_AIFMD_implement_FSA_publishes_policy

¹⁵ MiFID tworzą 3 akty prawne:

1. MiFID I. Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFID)
2. MiFID II. Dyrektywa Komisji 2006/73/WE z 10 sierpnia 2006 roku wprowadzająca środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (akt wykonawczy).
3. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1287/2006 z 10 sierpnia 2006 roku wprowadzające środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do zobowiązań przedsiębiorstw inwestycyjnych w zakresie prowadzenia rejestrów, sprawozdań z transakcji, przejrzystości rynkowej, dopuszczenia instrumentów finansowych do obrotu oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (akt wykonawczy). Por. http://www.mifid.com.pl/podstawa_prawne/

¹⁶

Por. B. Assi, D. Valiante *MiFID Implementation in the midst of the Financial Crisis: Results of an ECMI Survey* Centre for European Policy Studies, Brussels, 2011

klientom dostęp do wszystkich rynków regulowanych w Europie, o podobnym poziomie ochrony inwestorów na każdym rynku. Dodatkowo MiFID wymaga od firm inwestycyjnych jasnej polityki w zakresie kwestii takich, jak: konflikty interesów, outsourcing, systemy motywacji, zarządzania, informacji i prowadzenia dokumentacji.¹⁷

Istnieje pogląd, że MiFID II może przynieść więcej trudności, niż korzyści dla uczestników rynku. Wydaje się, że z uwagi na znaczenie *compliance* dla instytucji finansowych zatarciu ulegają niektóre idee, które legły u podstaw regulacji MiFID – zmniejsza się zakres swobody obu stron transakcji na rynkach: firm inwestycyjnych i banków, ze względu na takie restrykcje, jak planowana regulacja OTF, rozszerzenie zakresu dyrektywy na „produkty inwestycyjne w pakietach” (PRIPs), czy rozszerzenie sankcji, oraz klientów – którzy mogą coraz mniej - za coraz więcej. Być może należy przyznać prymat bardziej „miękkim” regulacjom, które powinny stanowić element dawnego 3. poziomu procedury Lamfalussy’ego. Elastyczność propozycji na poziomie ESMA powinna zostać wykorzystana w praktyce relacji firma inwestycyjna – klient, dając instytucjom finansowym narzędzia realizacji zamierzeń prawodawcy.¹⁸

Ostatnio pojawiła się wśród prawodawców – zarówno unijnych, jak i krajowych – tendencja do coraz szerszego regulowania nieuregulowanych dotąd obszarów rynku obrotu instrumentami finansowymi. Po rozporządzeniu EMIR, obecnie trwają dyskusje dotyczące OTF (Organised Trading Facility), czyli nowej kategorii zorganizowanego obrotu, której wyodrębnienie zaproponowała Komisja Europejska w swojej propozycji MiFID II oraz MiFIR. Obszar nieregulowanego rynku zorganizowanego zmniejsza się więc z każdym rokiem. Należy zwrócić uwagę, że regulowanie kolejnych rynków w praktyce wywrze negatywny wpływ na dotychczasowe rynki regulowane (giełdy, MTF), gwarantujących najwyższy poziom bezpieczeństwa inwestorów. Jak podnosi m.in. , FESE (Federation of European Securities Exchanges), regulacja OTF będzie oznaczała odpływ inwestorów z dotychczasowych rynków regulowanych na rynki o niższym poziomie ochrony. Logiczne staje się więc pytanie – po co nam rynki regulowane, skoro chcemy regulować wszystkie rynki?¹⁹

17

Por. H. Raschen *MiFID II: Progress and post-trade implications* <http://www.hsbcnet.com/gbm/global-insights/insights/2012/mifid-2-progress-and-post-trade-implications.html>

¹⁸ Por. M. Pacak *MiFID II, a MiFID – czy zmiany coś zmienią?* materiały II. Polskiego Kongresu Regulacji Rynków Finansowych, Instytut Allerhanda, Warszawa, 16-17.10.2013

¹⁹ Por. W. Iwański *Czy poszerzenie regulacji rynków nieregulowanych negatywnie wpłynie na rynki dziś regulowane i na ochronę inwestora?* (wywiad z M. Szuszkiewiczem) http://www.skslegal.pl/publikacje_naszycy_pracownikow.php?news_id=871

Szwajcaria traktuje niektóre regulacje unijne jako wyraz protekcjonizmu wobec centrów finansowych UE. Dotyczy to pakietu MiFID 2, który wprowadza wyższą ochronę inwestorów i wymóg obrotu papierami wartościowymi spoza UE za pośrednictwem spółek usytuowanych w UE. Status tych spółek podlega kontroli z punktu widzenia porównywalności regulacji, którym podlegają w kraju pochodzenia. Podobne uwagi Szwajcaria zgłasza wobec wielu regulacji np. EMIR, AIFMD). Akceptując kluczowe założenia Bazylei 3, nie pochwała trybu, sekwencji czasowej, nadmiernej sztywności we wdrażaniu tych regulacji. Celem regulacji jest bowiem poprawa płynności, wypłacalności i bezpieczeństwa, ale nie ograniczanie akcji kredytowej, na czym ucierpią i banki i firmy.²⁰

1.3.3. EMIR

Rozporządzenie EMIR²¹ weszło w życie w dniu 16 sierpnia 2012 r., ale dla podmiotów obecnych na tym rynku kluczowy jest rok 2013, w którym zaczynają obowiązywać przepisy wykonawcze do rozporządzenia EMIR, tj. regulacyjne standardy techniczne. Głównym zadaniem EMIR jest ograniczenie ryzyka na rynku transakcji pochodnych i dostarczenie nadzorcom informacji, które nie pozwolą dopuścić do kolejnego kryzysu finansowego. Uznano, że transakcje pozagiełdowe miały istotny wpływ na rozprzestrzenienie się kryzysu finansowego i wymagają większej kontroli. Najwcześniej zareagowały Stany Zjednoczone, gdzie wprowadzono ustawę Dodd – Frank Act (2010 rok), nieco później do prac nad podobnym rozwiązaniem przystąpiły Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej.²² Ich efektem jest obowiązujące w UE rozporządzenie w sprawie instrumentów pochodnych, będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, kontrahentów centralnych i repozytoriów transakcji EMIR.²³

²⁰ “Reforms should take account of the impact on the real economy and be calibrated, timed and sequenced so as not to extinguish the fragile economic recovery”. Por. *Swiss Banking. Insight 2/2012*, <http://www.swissbanking.org/en/shop.htm>

²¹ Regulation No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties (CCPs) and trade repositories (TRs) (EMIR) - <http://www.esma.europa.eu/page/European-Market-Infrastructure-Regulation-EMIR>

²² Zgodnie z zasadą ogólną przewidzianą w art. 9 rozporządzenia EMIR kontrahenci i CCP zapewniają zgłaszanie szczegółowych informacji na temat każdego zawartego przez siebie kontraktu pochodnego oraz na temat wszelkich zmian lub rozwiązania tego kontraktu repozytorium transakcji zarejestrowanemu zgodnie z właściwymi przepisami rozporządzenia EMIR. Por. *Rozporządzenie EMIR* <http://www.deloittelegal.pl/content/rozporzadzenie-emir-european-market-infrastructure-regulation-ograniczy-ryzyko-kolejnego>

²³ W tym samym czasie Polska znowelizowała ustawę o obrocie instrumentami finansowymi, co pozwoliło na dostosowanie naszego prawa do specyfiki unijnego rozporządzenia w zakresie rozliczania transakcji. Chodziło o to, aby wprowadzić specjalny mechanizm prawny (tzw. nowację rozliczeniową), dzięki któremu w Polsce izby rozliczeniowe będą mogły działać w charakterze centralnych kontrpartnerów (CCP). Por. *Rozporządzenie EMIR, czyli czy jest o co kopie kruszyć?* <http://compliancemifid.wordpress.com/2012/06/23/rozporzadzenie->

Istotną kwestią jest określenie, jakiego typu kontrakty należy uznać za dostatecznie standardowe, aby podlegały obowiązkowi rozliczenia przez CCP. Proponowane podejście jest dwojakie: z jednej strony oddolne, gdzie to CCP decyduje o rozliczaniu określonych kontraktów i uzyskuje na to zezwolenie właściwego organu, czyli w przypadku Unii Europejskiej nowo powstałej ESMA (European Securities Market Authority – Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych). System ten uzupełniony jest o podejście odgórne, zgodnie z którym to ESMA wspólnie z Europejską Radą ds. Ryzyka Systemowego ustalają, jakie kontrakty powinny podlegać obowiązkowi rozliczania²⁴.

Pakiet CRD IV / CRR wprowadza obowiązek spełniania nowych norm płynności wskaźnika LCR (Liquidity Coverage Ratio - CRR, art. 412), który ma być stopniowo wprowadzany od 2015 r. oraz projektowanego wskaźnika NSFR (Net Stable Funding Ratio - CRR, art. 413, pkt 3.), który ma obowiązywać najwcześniej od 2018 r. Ryzyko regulacyjne CRD IV / CRR wiąże się z potencjalnym niespełnieniem np. przez sektor banków spółdzielczych tych norm, co wynika ze zmiany definicji aktywów płynnych (wyłączenie z tego rodzaju aktywów lokat w banku zrzeczającym).²⁵ Można podać liczne przykłady luk w regulacji lub praktyce stosowania zasady proporcjonalności również w Polsce.²⁶

1.4. Podsumowanie

Nasuujące się wnioski można sformułować następująco:

emir-czyli-czy-jest-o-co-kopie-kruszyc/

²⁴ Zaostrzenie norm ostrożnościowych polega na zwiększeniu obowiązkowych wymogów kapitałowych, wprowadzeniu obowiązkowych funduszy kompensacyjnych (do których będą uiszczać składki wszyscy członkowie izby) i na odpowiedniej segregacji aktywów kontrahentów w celu zapewnienia płynności centralnej izbie rozliczeniowej w przypadku upadłości jednego z członków. Dyspozycje te dotyczą zarówno CCP działających na rynku pozagiełdowych instrumentów pochodnych, jak i izb rozliczających instrumenty będące przedmiotem obrotów na rynkach pierwotnych.

²⁵ Osiągnięcie wskaźników płynności (dostosowanie się do norm CRD IV / CRR) nie może odbywać się kosztem rozwoju biznesu. Strategia biznesowa powinna determinować wybór modelu zarządzania płynnością. Właściwą strategią dla tych banków jest szybki wzrost wykorzystujący efekty skali, co wymaga przeformułowania dotychczasowego modelu biznesowego. Charakter działalności banków spółdzielczych (m.in. lokalny zakres) uniemożliwia wysoką specjalizację. Por. J. Pruski *Model biznesowy banków spółdzielczych na tle nowych wymogów regulacyjnych*
<http://www.alebank.pl/images/stories/konferencje/forum.liderow.bankow.spoldzielczych/2013/flbs.2013.prezentacja.d2.01.bfg.pdf>

²⁶ Uwaga ta dotyczy m.in. Rekomendacji KNF: M, T, D, czy Uchwały 258/2011.
Por. J. Bańka *Stosowanie zasady proporcjonalności* Forum Liderów banków Spółdzielczych, 9-10.09.2013,
<http://www.alebank.pl/images/stories/konferencje/forum.liderow.bankow.spoldzielczych/2013/flbs.2013.prezentacja.d1.02.zbp.zasada.proporcjonalnosci.pdf>

- Istnieje ogromna luka w badaniu zasadności czy implementowane regulacje finansowe zgodne są z zasadą proporcjonalności. Skala i głębokość dotychczasowych badań są bardzo ograniczone.
- Przestrzeganie zasad proporcjonalności koncentruje się na etapie tworzenia regulacji (ocena ex ante), a przypadki oceny ex post są tylko sporadyczne.
- Informacje na temat skutecznych metod procedowania i testowania zasady proporcjonalności są mało dostępne i w zasadzie nie ma praktyki publicznego, dzielenia się „know – how” w tej dziedzinie.

Prof. zw. dr hab. Stanisław Kasiewicz
Dr Lech Kurkliński

2. Regulacyjna zasada proporcjonalności. Zastosowanie w sektorze bankowym – weryfikacja, wyzwania, doświadczenia

2.1. Wprowadzenie

Coraz silniejsza jest świadomość dla kluczowych aktorów rynku usług bankowych, że inflacja prawa jest zagrożeniem dla wzrostu konkurencyjności i paradoksalnie bezpieczeństwa sektora bankowego. Autorzy raportu OECD, słusznie zauważają też, że „nadmiar obciążeń regulacyjnych ogranicza inicjatywy i kreuje możliwości korupcyjne, zachęca do wzrostu szarej strefy”.²⁷ W 2004 r. średnie obciążenia administracyjne działalności gospodarczej z tego tytułu dla 25 krajów UE wynosiły 3,4% PKB, to dla Polski szacowany ich udział był na poziomie 5%.²⁸

Inne badania jeszcze bardziej dobitnie pokazują, jakie znaczenie w szczególności dla sektora finansowego mają uwarunkowania regulacyjne. Pod tym kątem interesująco wypada porównanie przygotowane w 2013 r. przez IBM, dotyczące znaczenia czynników determinujących rozwój firm w skali globalnej, w zestawieniu z postrzeganiem ich przez sektor finansowy. W zasadzie w zestawieniu tym (Rys. nr 1) główne oceny są podobne, z jedną zasadniczą i istotną różnicą. Dla banków i firm ubezpieczeniowych priorytetowe znaczenie (niekwestionowany numer jeden) mają czynniki prawno-legislacyjne. Dominują one nad pozostałymi, układającymi się prawie w tej samej sekwencji zarówno dla wszystkich badanych firm, jak i tych z systemu finansowego.

Rys. nr 1 Czynniki zewnętrzne najbardziej wpływające na firmy (3 – 5 lat)

²⁷ *Administrative Simplification in Poland. Making policy per form. Cutting Red Tape.* OECD 2011, s. 16

²⁸ *Ibid.*, s. 50

Wyniki globalne	Sektor finansowy
1 Czynniki rynkowe	1 Czynniki prawno-legislacyjne
2 Czynniki technologiczne	2 Czynniki rynkowe
3 Czynniki makroekonomiczne	3 Czynniki technologiczne
4 Umiejętności ludzi	4 Czynniki makroekonomiczne
5 Czynniki prawno-legislacyjne	5 Umiejętności ludzi
6 Czynniki socjoekonomiczne	6 Czynniki socjoekonomiczne
7 Globalizacja	7 Czynniki geopolityczne
8 Środowisko (czynniki ekologiczne)	8 Globalizacja
9 Czynniki geopolityczne	9 Środowisko (czynniki ekologiczne)

Źródło: W. Szwoch, *Globalne badanie 2013 IBM C-Suite Study*, Kongres Bankowości Detalicznej, Warszawa, 15.10.2013.

Również badania dotyczące polskiego sektora bankowego potwierdzają tę prawidłowość. Ankieta przeprowadzona w listopadzie 2013 r. wśród banków działających w Polsce pokazała jednoznacznie, jakie wielkie znaczenie przykładają one do uwarunkowań regulacyjnych.²⁹

Powstaje zatem pytanie, czy można wykorzystać mechanizmy, które ograniczałyby implementacje projektowanych regulacji, których korzyści są niewspółmiernie niskie do kosztów jakie wynikają z ich wdrożenia (pośrednie i bezpośrednie koszty dostosowań o charakterze biznesowym oraz operacyjnym)? Uważamy, że do niewykorzystanych narzędzi należy stosowanie zasady proporcjonalności, która jest powszechnie znana, ale brakuje jej odpowiedniego oprzyrządowania analitycznego (w tym kryteriów i odpowiednich miar) oraz wiarygodnych danych. Przekonani jesteśmy również, że szersze wykorzystanie zasady proporcjonalności dla oceny projektowanych i obowiązujących regulacji będzie budować nowe solidniejsze relacje zaufania między regulatorami a bankami. Dlatego przedstawiamy w niniejszym opracowaniu definicje zasady proporcjonalności, potencjalną rolę jaką może spełniać przy ocenie regulacji, charakterystykę dotychczas stosowanych kryteriów, wstępną wersję podejścia do miar oceny skutków regulacji oraz niektóre doświadczenia ze stosowania/niestosowania tej zasady w odniesieniu do regulacji europejskich i polskich.

2.2. Alternatywne definicje zasady proporcjonalności

Genezy zasady proporcjonalności nie można jednoznacznie określić. Ma wiele wymiarów. Jej funkcje, elementy składowe i zakres stosowania są często nieuchwytnie, a

²⁹ Ankieta przeprowadzona przez ALTERUM Ośrodek Badań i Analiz Systemu Finansowego w listopadzie 2013 r. na temat stosowania zasady proporcjonalności w polskich i europejskich regulacjach dotyczących sektora bankowego.

zakres użycia w dużym stopniu zależy od systemu prawnego³⁰ i kontekstu legislacji³¹. W codziennej interpretacji jej istota sprowadza się do wykorzystania właściwego narzędzia, aby nie stało się słuszne stwierdzenie „Nie zabijaj muchy za pomocą armaty”. Genezę powstania zasady proporcjonalności przypisuje się orzeczeniu europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w 1956 r. ukształtował ją jako zasadę ogólną prawa wspólnotowego.³² Pojęcie zasady proporcjonalności podlegało ewolucji³³, występuje wiele jej alternatywnych określeń. Dla celów niniejszego opracowania przyjmuje się definicję, że „zasada proporcjonalności wymaga, żeby akty instytucji wspólnotowych nie przekraczały granic tego, co jest odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów zamierzonych przez dane uregulowanie, przez co należy rozumieć, że kiedy istnieje wybór między kilkoma odpowiednimi środkami, należy uciec się do najmniej ograniczającego oraz żeby spowodowane niedogodności nie były nadmierne w porównaniu do zamierzonych celów.”³⁴ Zatem zasada proporcjonalności obejmuje trzy istotne elementy: odpowiedności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. W związku z tym przestrzeganie zasady proporcjonalności w stanowieniu prawa sprowadza się do trzech ważnych etapów. Pierwszy etap, to interpretacja zakresu przedmiotowego co najmniej trzech już wspomnianych składowych. Drugi etap polega na przełożeniu (transformacji) przyjętego zakresu na zrozumiałe i w miarę proste kryteria. Trzeci etap dotyczy przypisania dla odpowiednich kryteriów właściwych miar (mierników).

Zasada proporcjonalności jest swego rodzaju testem na ile stanowione regulacje są wprowadzone zgodnie z wiedzą i umiejętnościami profesjonalnymi. Nie ulega wątpliwości, że wykorzystanie tej zasady w praktyce zależy od dziedziny i przedmiotu podejmowanej decyzji. Inaczej funkcjonuje w systemie sądowym, w systemie administracyjnym, a odmiennie w systemach ekonomicznych. Innymi słowy intensywność jej wykorzystania jest zróżnicowana w praktyce. Testowanie zasady proporcjonalności może dokonywać się w sposób syntetyczny, zagregowany w odniesieniu do całości danej regulacji, bądź odnosić się tylko do jej kluczowych elementów bądź też cząstkowe elementy służą do konstrukcji

³⁰ *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective*. EAIEL Policy Paper No. 2, November 2006, s. 14

³¹ Zasada proporcjonalności wymaga np. większego zakresu wprowadzenia ograniczeń dla tych instytucji finansowych i działań, które generują większe ryzyko.

³² T. Białek, M. Grabowska, P. Brewiński, *Ekspertyza prawna dotycząca zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym i polskim porządku prawnym*. Centrum Prawa Bankowego i Informacji ZBP Warszawa 2013, s. 5

³³ E. Engle, *The history of general principle of proportionality: a overview*. „The Dartmouth Law Journal” Vol. X Winter 2012

³⁴ Orzecznictwo National Farmers Union za T. Białek, M. Grabowska, P. Brewiński, *Ekspertyza prawna dotycząca*, ...op.cit. s. 17

zagregowanych miar. Niezależnie od podejścia do testowania zasady proporcjonalności niezbędne jest zdefiniowanie jej podstawowych elementów tj. odpowiedności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*.

Odpowiedność (*suitability*)

Odpowiedność określa czy projektowana regulacja jest właściwym (adekwatnym) instrumentem, który po wprowadzeniu prowadzi do osiągnięcia zamierzonego celu. Odpowiedność regulacji bada się, czy istnieje związek przyczynowy (logiczny) między regulacją a przyjętym celem. Z racji tego, że regulacja obowiązuje w dłuższym okresie niezbędne jest testowanie odpowiedności *ex ante* i *ex post*, bo mogą zmienić się istotne uwarunkowania (np. zdezaktualizują się cele, zmieni się sposób zachowań interesariuszy, powstanie inna infrastruktura technologiczna). Minimalny poziom przestrzegania odpowiedności regulacji oznacza, że wpływa korzystnie na realizację planowanego celu lub jest zgodna z obowiązującym stanem prawnym. Wydaje się, że ograniczenie się odpowiedności regulacji tylko do tych dwóch warunków nie zapewnia, że zostanie osiągnięty cel, ponieważ może pomijać inne okoliczności, które są niezbędne, aby wystąpił przyczynowy związek między regulacją a celem. Jeżeli wprowadza się regulację dotyczącą ograniczenia palenia w miejscach publicznych, to łatwo jest wykazać, że chociaż istnieje przyczynowy związek między ustawą a oczekiwaną redukcją śmiertelności palaczy, to regulacja może nie spełniać warunku adekwatności, jeśli nie wprowadzi się kar lub skutecznego systemu kontroli. Wąski zakres interpretacji kategorii odpowiedności regulacji jest pułapką przed wprowadzaniem pozornych legislacji.

Konieczność (*necessity*)

Ten element zasady proporcjonalności wymaga, aby stwierdzić czy projektowana regulacja nie może być osiągnięta przez inne rozwiązania mniej uciążliwe. Testowanie sprowadza się do rozpatrywania innych alternatyw zarówno w odniesieniu do zmiany parametrów, czy postanowień projektowanej regulacji, jak i innych instrumentów czy mechanizmów np. samoregulacja, kampanie reklamowe. Te alternatywy powinny być oceniane pod względem uciążliwości dla interesariuszy i skuteczności. Jednakże nie można jednostronnie rozpatrywać uciążliwości regulacji i alternatyw tylko od strony efektów administracyjnych (kosztów wynikających z biurokracji i kosztów dostosowania), lecz również uwzględniać poziom korzyści społecznych, jakie te rozwiązania generują. Mogą

bowiem wystąpić takie przypadki, że rozwiązanie jest mniej uciążliwe, ale generuje daleko mniejsze korzyści dla społeczeństwa niż rozpatrywane inne opcje.

Proporcjonalność *sensu stricto*

Wymaga zachowania odpowiedniej równowagi między kosztem (praktycznie szkodą) poniesionym przez jednostkę (kraj, adresatów regulacji, obywateli) a korzyścią uzyskaną przez społeczeństwo (regulatora). Jest to element zasady proporcjonalności najmniej stosowany w praktyce legislacyjnej, a najbardziej pożądanym. Oznacza, że każda wprowadzona regulacja wymaga rzetelnej, kompleksowej i wielookresowej oceny wszystkich korzyści i kosztów, jakie związane są z daną regulacją. Ważna tu jest alokacja i pomiar skutków w stosunku do różnych grup interesariuszy i nadrzędność interesów społeczeństwa. Przykładem może być słynny przypadek „Duńskich butelek” (*Danish bottles*) z 1988 r. – sprawy wniesionej przez Komisję Europejską przeciwko Danii do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Chodziło o wprowadzenie regulacji dotyczącej ochrony środowiska poprzez procedurę obligatoryjnego zatwierdzania przez władze duńskie rodzajów butelek do napojów (w tym piwa) dopuszczonych do obrotu handlowego, które powinny być wielokrotnego użycia. W ten sposób dostawcy importowanych napojów znaleźli się w gorszej sytuacji wobec producentów krajowych, już przygotowanych do wymogu praktycznie oznaczającego konieczność skupu butelek. Także aspekty kosztowe różnie rozkładały się pomiędzy te dwie grupy (silna dyskryminacja importu). Wśród zarzutów padł także argument o niezastosowaniu zasady proporcjonalności – użycie nieproporcjonalnie silnej regulacji. Występujący w imieniu Komisji Europejskiej G. Slynn wskazał, że efekty w dziedzinie ochrony środowiska określone jako rozsądny standard (*reasonable standard*) byłyby do osiągnięcia w sprawie „Duńskich butelek” za pomocą innych metod, nie mających tak poważnych skutków dla naruszenia zasad swobody handlu. Ostatecznie europejski Trybunał Sprawiedliwości oddalił zarzuty, wskazując na nadrzędność dobra w postaci ochrony środowiska naturalnego.³⁵ Ten głośny przypadek, jak i kilka innych przyczyniły się do wprowadzenia przez Trybunał mechanizmu weryfikacji zasady proporcjonalności w postaci (nie zawsze jednak w pełni stosowanych) odpowiednich testów – kryteriów odnoszących się odpowiednio do:

- a) odpowiedniości przyjętego narzędzia,
- b) konieczności jego zastosowania,
- c) proporcjonalności *sensu stricto* – efektów netto).

³⁵ M. L. Schemmel, B. de Regt, *The European Court of Justice and the Environmental Protection Policy of the European Community*, “Boston College International and Comparative Law Review”, Volume 17 | Issue 1, 1994

Dodatkowo należy jednak stwierdzić, że rozpatrywane przypadki pokazały również, jak zróżnicowane są indywidualne tego typu zagadnienia i jak trudno jest je oceniać.³⁶

2.3. Rola zasady proporcjonalności

Znaczenie zasady proporcjonalności zależy od tego w jakim stopniu jest przestrzegana w całościowym procesie legislacyjnym zarówno w fazie projektowania nowych regulacji jak i po jej wdrożeniu (analiza korzyści *ex ante* i *ex post*). Rola tej zasady wynika przede wszystkim z tego, że jest jedną z najważniejszych zasad wspólnotowych i determinantą dobrej jakości regulacji obok takich zasad jak: odpowiedzialność, zgodność, transparentność i celowość.³⁷ Część autorów upatruje korzyści ze stosowania zasady proporcjonalności akcentując aspekty decyzyjne takie jak:³⁸ kontrola i ograniczanie uznaniowości, znajdowanie kompromisów (*balancing*) w warunkach sprzecznych praw i interesów, w określaniu granic norm prawnych czy jako standard decyzji sądowniczych.

Według nas ważniejsze są pozytywne strony stosowania zasady proporcjonalności takie jak:

- stymuluje do podejmowania racjonalnych i efektywnych regulacji,
- ogranicza nieograniczoną swobodę regulatora w sferze projektowania i wdrażania regulacji,
- jest istotnym czynnikiem doskonalenia procesu regulacyjnego,
- demokratyzuje proces legislacyjny przez uwzględnianie opinii odmiennych grup interesariuszy i przedstawienie klarownych merytorycznych uzasadnień.

Warto również podkreślić, że zasada proporcjonalności występuje w ścisłym związku z zasadą subsydiarności (pomocniczości), która implikuje, że powinno regulować się tylko te sfery realizacji zadań, w których osoby fizyczne lub prawne nie są w stanie skutecznie samodzielnie rozwiązywać.

Wysoka ranga zasady proporcjonalności wynika także z tego, że zasada ta ma wymiar instytucjonalny i przedmiotowy, szczególnie dotyczy to implementacji międzynarodowych czy światowych regulacji do krajowego porządku prawnego.

Pozornie mogłoby się wydawać, że wykorzystanie zasady proporcjonalności w procesie legislacyjnym jest nadzwyczaj proste, bo wymaga odpowiedzi czy konkretna

³⁶ J. Ueda, M. Andenas, *Proportionality in EU environmental law*, http://www.eusa-japan.org/download/eusa_ap/paper_MadsAndenas_JunkoUeda.pdf (dostęp 7.10.2013).

³⁷ C. Jacobs, *Improving the quality of regulation impact assessment in the UK*, Working Papers No 102, CAR London 2005, s.7

³⁸ *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective...* op.cit. s. 16-19

regulacja spełnia tę zasadę czy też jej nie respektuje. Jednak jej skuteczność zależy od wielu czynników: jak jest formułowana, na ile jednoznaczne są kryteria weryfikujące tę zasadę, kto stoi na straży jej przestrzegania, jaki jest wymiar terytorialny regulacji, na ile mamy do czynienia z profesjonalnym regulatorem i aktywnymi, bezpośrednimi interesariuszami.

2.4. Charakterystyka dotychczas stosowanych kryteriów

Prowadzone badania regulacji w krajach Unii Europejskiej wskazują, że występują liczne zastrzeżenia co do respektowania zasady proporcjonalności. W Holandii dokonano przeprowadzenia analizy (testowania) jak zasada proporcjonalności i pomocniczości są przestrzegane w legislacjach europejskich.³⁹ Wynikają z niej liczne przypadki regulacji, które mają znamiona, iż naruszają istotę zasady proporcjonalności. Niestety to badanie nie ujawnia szczegółów testowania regulacji, lecz ogranicza się tylko ogólnego opisu argumentacji. Ponadto zastrzeżenia w dominującym zakresie nie obejmują problematyki finansowej poza kwestionowaniem jej respektowania w przypadku budżetu licznych programów finansowanych przez UE. W stosunku do tych programów strukturalnych krytykuje się w tym badaniu, że nie przedstawiają czytelnie wartości dodanej z ich realizacji i czy te środki trafiają w odpowiedniej skali do regionów i krajów najbiedniejszych. Co więcej uważają, że budżet UE nie powinien rosnać szybciej niż budżety członków krajów UE.

W związku z tym powstaje teoretyczny i praktyczny problem według jakich kryteriów oceniać wykorzystanie zasady proporcjonalności w stanowieniu prawa. W pewnym stopniu można posłużyć się metodami zaczerpniętymi z rozwijającej się dyscypliny zarządzania projektami dla oceny regulacji, w tym stosowanych różnych kryteriów weryfikacji. Zespół prof. M. Trockiego rekomenduje cztery grupy mierników: adekwatność, efektywność, skuteczność i trwałość efektów.⁴⁰ W niniejszym opracowaniu proponujemy zastosowanie zbliżonych kryteriów tj.: zarządcze, prawne, finansowe i społeczno-ekonomiczne w stosunku do działalności regulacyjnej. Kryterium zarządcze określa stopień w jakim cały proces projektowania i implementacji regulacji jest skutecznie zarządzany. Kryterium prawne z kolei określa stopień w jakim dana regulacja jest spójna z istniejącym porządkiem prawnym. Kryterium finansowe odnosi się tego, na ile zasada proporcjonalności generuje obciążenia finansowe i wpływa na efektywność autonomiczną regulacji, wyrażoną w jednostkach

³⁹ *Testing European legislation for subsidiarity and proportionality – Dutch list of points for action*. Ministerie van Buitenlandse Zaken <http://www.government.nl/documents-and-publications/notes/2013/06/21/testing-european-legislation-for-subsidiarity-and-proportionality-dutch-list-of-points-for-action.html> (dostęp 10.10.2013).

⁴⁰ M. Trocki, M. Juchniewicz (red.) *Ocena projektów – koncepcje, modele, metody*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2013.

pieniężnych. Kryterium społeczno-ekonomiczne stara się ustalić na ile regulacja uwzględnia aspekty ogólnospołeczne i makroekonomiczne.

Tabela. Nr 1. Rekomendowane kryteria dla testowania zasady proporcjonalności

Elementy zasady proporcjonalności	Proponowane kryteria
Odpowiedniość	<p>1. Zarządcze</p> <ul style="list-style-type: none"> • Czy cele zostały właściwie sprecyzowane? • Czy regulacja prowadzi do osiągnięcia celów? • Czy są wystarczające zasoby (materialne, osobowe, niematerialne) i kompetencje do wdrożenia regulacji? • Czy jest wyznaczona jednostka odpowiedzialna za wdrożenie regulacji ? • Czy jest przygotowany harmonogram i budżet realizacji projektu regulacji? • Czy jest zachowana spójność działania w krótkim , średnim i długim horyzoncie? • Czy kultura organizacyjna jednostek objętych regulacją sprzyja jej wdrożeniu? • Czy jest silna determinacja dla realizacji regulacji? • Czy jest czytelnie sformułowany sukces regulacyjny? • Czy funkcjonuje system motywacyjny w procesie projektowania i wdrażania regulacji <p>2. Prawne</p> <ul style="list-style-type: none"> • Czy regulacja nie jest sprzeczna lub wysoce kolizyjna z dotychczasowym porządkiem prawnym? • Czy zostały zidentyfikowane kluczowe ryzyka prawne ? • Czy zidentyfikowano kluczowych interesariuszy regulacji? • Czy regulacja nie narusza zasad efektywnej konkurencji? • Czy regulacja nie narusza reguł mechanizmu rynkowego? • Czy przyjęty jest sposób monitorowania regulacji? (zakres, procedury, dokumentacja, terminy) <p>3. Finansowe:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Czy w wyniku regulacji nie nastąpi istotne pogorszenie sytuacji finansowej adresatów regulacji? <p>4. Społeczno-ekonomiczne</p> <ul style="list-style-type: none"> • Czy konsultacje związane z projektowaną regulacją obejmują istotnych interesariuszy? • Czy realizacja celów regulacji prowadzić będzie do wzrostu dobrobytu społeczeństwa?
Konieczność	<p>1. Zarządcze</p> <ul style="list-style-type: none"> • Czy wybrano uzasadnione alternatywne rozwiązania do regulacji? • Czy zidentyfikowane najważniejsze obciążenia z tytułu tych rozwiązań? • Czy obliczone obciążenia nie wygenerują dodatkowego ryzyka dla jednostek regulowanych (np. nadmierne skomplikowanie zarządzania, duży zakres kontroli itp.) • Czy dokonano szacunkowego pomiaru tych obciążeń? • Czy oceniono te rozwiązania pod względem skuteczności i ryzyka? <p>2. Prawne</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jak ocenia się zdolność regulowanych jednostek do akceptacji rozwiązań samoregulacyjnych <p>3. Finansowe</p>

	<ul style="list-style-type: none"> • jakie są szacunkowe obciążenia wynikające z projektowanej regulacji wpłyną na wyniki finansowe jednostek regulowanych • jakie szacunkowe obliczenia obciążenia rozwiązań alternatywnych wpłyną na wyniki finansowe jednostek regulowanych • jak ocenia się ryzyko popełnienia błędów przy wycenie obciążeń regulacyjnych? <p>4. Społeczno-ekonomiczne</p> <ul style="list-style-type: none"> • czy obciążenia nie spowodują spadku zaufania do państwa ze względu na nierówne traktowanie prawne jednostek, niesprawiedliwość, wzrost konkurencji regulacyjnej
<p>Proporcjonalność <i>sensu stricto</i></p>	<p>1. Zarządcze</p> <ul style="list-style-type: none"> • czy identyfikuje się i wycenia koszty związane z daną regulacją • czy identyfikuje i wycenia się korzyści związane z daną regulacją • czy określa się mierniki (miary) jakie ma osiągnąć regulator • czy dokonuje się oceny skutków regulacji w stosunku do jednostek regulowanych, sektorów i gospodarki • czy dostępne są zasoby i umiejętności dla wyceny kosztów i korzyści społecznych wynikających z danej regulacji <p>2. Prawne:</p> <ul style="list-style-type: none"> • czy określa się instytucje odpowiedzialne za monitorowanie i ocenę osiągniętych efektów całości procesu regulacyjnego? • czy występuje świadomość regulatora jaka jest hierarchia celów wprowadzanej regulacji? • czy tworzy się warunki do przebiegu obiektywnych i wiarygodnych społecznych konsultacji <p>3. Finansowe</p> <ul style="list-style-type: none"> • czy wykorzystuje się metodykę oceny skutków regulacji (OSR, <i>Benefit-Cost Analysis</i>) • czy mierzy się ryzyko prawne i regulacyjne • czy ocenia się wpływ regulacji na ograniczanie ryzyka <p>4. Społeczno-ekonomiczne</p> <ul style="list-style-type: none"> • czy adresuje się czytelnie preferencje w zakresie polityki regulacyjnej władz (krajowych, unijnych) • czy eksponuje się postęp dokonywany w procesie oceny skutków regulacji

Źródło: opracowanie własne.

2.5. Propozycje mierników przydatnych w stosowaniu zasady proporcjonalności

Do budowania mierników przydatnych dla testowania zasady proporcjonalności można podejść:

- a) stosując metodę rangowania kryteriów podanych w tabeli 1 odnoszących się do trzech kluczowych elementów zasady proporcjonalności bądź ograniczając się tylko do celowo wybranych
- b) badając współzależności między tym elementami np. wskazując że składnik odpowiedniości i konieczności spełnia funkcje podrzędną a kluczowym elementem jest proporcjonalność *sensu stricto*
- c) koncentrując się na wykorzystaniu Analizy Korzyści i Kosztów

d) stosując znane miary efektywności np. stopę zwrotu z regulacji⁴¹.

Proponowana przez nas metodyka nie jest jeszcze przetestowana i ma charakter kierunkowy. Opiera się na ogólnie znanych miarach efektywności finansowej i ekonomicznej projektów inwestycyjnych. Składa się z trzech etapów:

Etap 1. – Analiza przedwstępna, która koncentrować się będzie na weryfikacji celowości, wykonalności i użyteczności regulacji. Najważniejszym jej elementem koncepcyjnym jest to, aby analizować te kryteria z perspektywy strategicznej i poziomu zidentyfikowanego ryzyka

Etap 2. – Właściwa analiza efektywności *ex ante*. Ocena korzyści i kosztów regulacji w krótkim i długim horyzoncie jej działania. Badanie wrażliwości tej regulacji na różne scenariusze.

Etap 3. – Ocena efektywności regulacji *ex post*, zwłaszcza dotycząca faktycznie uzyskanych efektów w obszarze jakości i użyteczności badanej regulacji.

2.6. Doświadczenia w stosowaniu zasady proporcjonalności – Unia Europejska, Polska

Zasada proporcjonalności powoli torowała sobie drogę do zajęcia naczelnej pozycji w legislacji unijnej. Ostatecznie udało się to poprzez wejście do grona zasad ogólnych prawa wspólnotowego, uznawanych przez europejski Trybunał Sprawiedliwości, a od czasu przyjęcia Traktatu z Maastricht także jako urzędowej zasady traktatowej, potwierdzonej później przez Traktaty Amsterdamski i Lizboński. Również w węższym lub szerszym zakresie zasada proporcjonalności uznawana jest w państwach członkowskich Unii, w tym w Polsce.⁴²

Mamy zatem z jednej strony narastającą ilość regulacji, w szczególności w stosunku do systemu bankowego, których zakres i liczba (zwłaszcza w wyniku kryzysu finansowego) przybrała gigantyczne rozmiary. Natomiast z drugiej strony pojawia się coraz głośniejszemu artykułowana zasada proporcjonalności, dająca szansę choć w pewnym stopniu zracjonalizować „twórczą” aktywność regulatorów. Jak do tej pory niestety ta pierwsza tendencja zdecydowanie wygrywa. Według części opinii, zamiast budowy nowego ładu regulacyjnego tworzy się chaos.

Przykładem może być dyrektywa CRD IV i rozporządzenie CRR, przytaczane w tekście prof. W. Szpringera. Dokumenty te zawierają ponad 2.000 stron, a przy tym powiązane są z ok. 20 następnymi regulacjami. Dlatego też dobrze się stało, że we wstępie do CRR znalazło

⁴¹ P.A. Grout, A. Zalewska, *Profitability Measures and Competition Law*, Centre for Market and Public Organization, Working Paper No. 06/144, July 2006; P.A. Grout, A. Zalewska, *Measuring Rate of Return for Competition Law*, January 2007, www.people.bath.ac.uk/az212/GZ_FE_14_1_07.pdf (dostęp 12.10.2013).

⁴² Zob. T. Białek, M. Grabowska, P. Brewiński ... op. cit.

się m.in. stwierdzenie, choć tylko pośrednio nawiązującego do stosowania zasady proporcjonalności, a mianowicie „Aby zapewnić zrównoważoną i zróżnicowaną kulturę bankowości w Unii, która ma służyć przede wszystkim interesowi obywateli Unii, należy zachęcać do działalności bankowej na małą skalę, np. działalności unii kredytowych i banków spółdzielczych.”⁴³ Dalej w tym duchu zapisano już wprost odwołanie do zasady proporcjonalności, że „Komisja powinna (...) przyjąć projekty regulacyjnych standardów technicznych opracowanych przez EUNB⁴⁴ w dziedzinach (...) spółdzielni, instytucji oszczędnościowych lub podobnych instytucji, niektórych instrumentów funduszy własnych, dostosowań ostrożnościowych, pozycji odliczanych od funduszy własnych, dodatkowych instrumentów funduszy własnych, udziałów mniejszości, pomocniczych usług bankowych, sposobu ujmowania korekty z tytułu ryzyka kredytowego, prawdopodobieństwa niewykonania zobowiązania, straty z tytułu niewykonania zobowiązania, metod stosowanych w odniesieniu do wazenia aktywów ryzykiem, zbieżności praktyk nadzorczych, płynności oraz przepisów przejściowych w zakresie funduszy własnych. (...) Komisja i EUNB powinny zapewnić, aby wspomniane standardy i wymogi mogły być stosowane przez wszystkie zainteresowane instytucje w sposób proporcjonalny do charakteru, skali i stopnia złożoności tych instytucji oraz ich działalności.”⁴⁵ Jednakże w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej zasada proporcjonalności nie znalazła już takiego uznania (praktycznego przełożenia), gdyż zaproponowano jednakowe przepisy dla małych banków lokalnych i gigantów.⁴⁶ Taka sytuacja ułatwia polskiemu regulatorowi – KNF, zajęcie mało elastycznego stanowiska, m.in. przedstawionego na Forum Liderów Bankowości Spółdzielczej we wrześniu 2013 r. przez Zastępcę Przewodniczącego KNF W. Kwaśniaka. W ten sposób pojawia się dychotomia. Z jednej strony preambuły regulacji powołują się na zasadę proporcjonalności, a z drugiej w praktyce (w tym w szczegółowych zapisach) nie jest ona stosowana. Podobnie jest w odniesieniu do zapisów konstytucyjnych. Z jednej strony art. 31 ust. 3 Konstytucji wyznacza granice ingerencji w wolności i prawa, stwierdzając wprost, że: *"ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i*

⁴³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012, pkt 49 Wstępu, „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”, L 176, Tom 56, 27 czerwca 2013.

⁴⁴ Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (European Banking Authority – EBA).

⁴⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 ... op.cit. pkt.128 Wstępu.

⁴⁶ J. Bańka, *Stosowanie zasady ...* op.cit.

praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw".⁴⁷ Podkreślił to również Trybunał Konstytucyjny wskazując na takie cechy regulacji jak: niezbędność, przydatność i wprost proporcjonalność.⁴⁸ Trybunał wręcz sformułował trzy zasadnicze pytania (analogicznie do Trybunału Sprawiedliwości UE) dotyczące zastosowania zasady proporcjonalności:⁴⁹

1) czy regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków;

2) czy regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego;

3) czy efekty regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na społeczeństwo.

Natomiast z drugiej strony praktyka pokazuje, że stykamy się z wyjątkowo ograniczonym zasięgiem stosowania zasady proporcjonalności.

Przykładem wspomnianej dwoistości podejścia do tej zasady są rekomendacje KNF. Rekomendacja M dotycząca zarządzania ryzykiem operacyjnym w bankach, zawiera sformułowanie: „*Niniejsze wytyczne uwzględniają zasadę proporcjonalności, tj. przewidziano w nich, że powinny być wdrażane proporcjonalnie, z uwzględnieniem charakteru, skali i złożoności działalności danej instytucji, istotności procesów ich dotyczących, jak również jej profilu ryzyka.*”⁵⁰ Jednakże następne zapisy nie pozostawiają wątpliwości, że małe instytucje o prostej strukturze muszą stosować całą rekomendację. Nawet przy posługiwaniu się najprostszą metodą podstawowego wskaźnika, niewielkie banki są zobowiązane do wdrożenia elementów z metod zaawansowanych (macierzy bazylejskiej, zarządzania procesowego), a docelowo wszystkie banki mają stosować metody zaawansowane.

Rekomendacja T dotycząca dobrych praktyk w zakresie zarządzania ryzykiem detalicznych ekspozycji kredytowych nie zawiera bezpośredniego odwołania do zasady proporcjonalności, ale nie ma tam także jej praktycznego zastosowania. Na przykład nakłada na wszystkie banki, niezależnie od ich wielkości i poziomu portfela ekspozycji detalicznych, wymóg stosowania modeli statystycznych do oceny ryzyka, bardzo szczegółowych analiz i rozbudowanych stress testów.

Rekomendacja D dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach. Regulator przytacza zasadę proporcjonalności: „*Biorąc jednak pod uwagę specyfikę zagadnień związanych z technologią*

⁴⁷ Art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, Nr 78 poz. 483.

⁴⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2008 r. Sygn. Akt SK 16/07 i inne.

⁴⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r. Sygn. Akt K 11/94.

⁵⁰ *Rekomendacja M KNF dotycząca zarządzania ryzykiem operacyjnym w bankach*, s. 6.
http://www.knf.gov.pl/Images/Rekomendacja_M_8_01_2013_uchwala_8_tcm75-33017.pdf

i bezpieczeństwem środowiska teleinformatycznego oraz różnice w zakresie uwarunkowań, skali działalności oraz profili ryzyka banków, sposób realizacji tych rekomendacji i wskazanych w nich celów może być odmienny. W związku z tym, opisy i komentarze zawarte wraz z poszczególnymi rekomendacjami należy traktować jako zbiór dobrych praktyk, które jednak powinny być stosowane z zachowaniem zasady proporcjonalności."⁵¹ Od strony formalnej zapis ten w pełni upoważnia do dostosowania wymogów do wielkości i rodzaju banku, co należy jednoznacznie ocenić bardzo pozytywnie. Jednakże dopiero praktyka nadzorcza pokaże faktyczne stosowanie tej zasady.

Rekomendacja S dotycząca dobrych praktyk w zakresie zarządzania ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie w swojej wersji z czerwca 2013 r. wydaje się w największym stopniu spełniać zasadę proporcjonalności. Obok ogólnego odwołania wprost do tej reguły w odniesieniu do banków spółdzielczych, rekomendacja ta wskazuje na konkretne wymogi, które mogą być traktowane odmiennie od norm zaproponowanych do powszechnego zastosowania.

Najgłośniejszym jednak przypadkiem dotyczącym zasady proporcjonalności była uchwała KNF nr 258/2011 z dnia 4 października 2011 r. w części dotyczącej zasad ustalania polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze w banku. Pierwotne interpretacje wskazywały na rażące niezastosowanie zasady proporcjonalności, mimo istnienia zapisu w § 57 uchwały, że *"Przepisy uchwały dotyczące polityki zmiennych składników wynagrodzeń bank stosuje odpowiednio do formy prawnej w jakiej działa, rozmiaru działalności, ryzyka związanego z prowadzoną działalnością, wewnętrznej organizacji oraz charakteru, zakresu i stopnia złożoności prowadzonej działalności."*⁵² Dopiero kolejne wyjaśnienia - Przewodniczącego KNF A. Jakubiaka z 23 grudnia 2011 r. i jego zastępcy Przewodniczącego W. Kwaśniaka z 22 maja 2012 r. w częściowo rozwiązały najbardziej nabrzmiałe problemy związane z powadzeniem w życie tej uchwały. Aczkolwiek zawężyły jej stosowanie tylko do paragrafu 29 punkt 7 i 8,⁵³ chociaż stosowanie zasady proporcjonalności powinno dotyczyć całej uchwały albo co najmniej całej części dotyczącej

⁵¹ Rekomendacja D KNF dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach, s. 4. http://www.knf.gov.pl/Images/Rekomendacja_D_8_01_13_uchwala_7_tcm75-33016.pdf

⁵² Par. 57, Uchwały nr 258/2011 KNF z dnia 4 .10.2011 r. w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz szczegółowych warunków szacowania przez banki kapitału wewnętrznego i dokonywania przeglądów procesu szacowania i utrzymywania kapitału wewnętrznego oraz zasad ustalania polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze w banku, http://www.knf.gov.pl/Images/uchwala_258_tcm75-27888.pdf

⁵³ Pismo Zastępcy Przewodniczącego W. Kwaśniaka z 22 maja 2012 r. do Prezesa ZBP K. Pietraszkiewicza, http://www.knf.gov.pl/Images/stanowisko_z_22_05_2012_tcm75-30752.pdf (dostęp 24.10.2013).

wypłaty zmiennych składników wynagrodzenia, o czym mówi paragraf 57 (nie ma tam zawężeń do wybranych punktów). Dlatego też w dalszym ciągu właśnie ta uchwała wymieniana jest przez banki jako najwyraźniejszy przykład niezastosowania zasady proporcjonalności.⁵⁴

2.7. Podsumowanie

Na podstawie prowadzonych rozważań nasuwają się następujące konkluzje:

- 1) Występuje ogromna przepaść między uniwersalnością tej zasady a dotychczas podejmowanymi próbami jej operacjonalizacji dla budowania skutecznych regulacji sprzyjających rozwojowi sektora bankowego.
- 2) Potencjalne duże korzyści, jakie mogą wynikać dla sektora bankowego z możliwości czytelnej, wieloaspektowej i rzetelnej oceny implementowanych regulacji finansowych pod kątem przestrzegania zasady proporcjonalności skłania do podjęcia analitycznych prac nad tym problemem.
- 3) Zdobywane doświadczenia z przeprowadzenia empirycznych weryfikacji zasady proporcjonalności w odniesieniu do kluczowych regulacji finansowych może być także wykorzystane z pozytywnymi skutkami w sektorach pozafinansowych.
- 4) Eliminacja zbędnych, nieadekwatnych do aktualnych warunków konkurencji aktów prawnych ma bardzo wysoką cenę, gdyż oszczędza nakłady ponoszone na ich przygotowanie, redukuje niepotrzebne koszty dostosowania regulowanych podmiotów finansowych, prowadzi do marnotrawstwa zasobów materialnych i niematerialnych, które mogłyby być alokowane w dziedzinach generujących wysoką efektywność ekonomiczną.

Słowniczek skrótów:

AIFMD - Alternative Investment Fund Managers Directive
CAD - Capital Adequacy Directive
CCP - Central Counterparty Clearing House
CET 1 - Common Equity Tier 1

⁵⁴ Wyniki przytaczanej już ankiety ALTERUM z listopada 2013 r.

CRD - Capital Requirements Directive
 CRR - Capital Requirements Regulation
 CVA - Credit Value Adjustment
 EBA (EUNB) - European Banking Authority (Europejski Urząd Nadzoru Bankowego)
 EMIR - European Market Infrastructure Regulation
 ESMA - European Securities Market Authority
 FSA - Financial Services Authority
 FESE - Federation of European Securities Exchanges
 G-SIFI - Global - Systematically Important Financial Institution
 LCR - Liquidity Coverage Ratio
 MiFID - Markets in Financial Instruments Directive
 MiFIR - Markets in Financial Instruments Regulation
 MTF - Multilateral Trading Facility
 NSFR - Net Stable Funding Ratio
 OTC - Over-the-counter (**rynek pozagieldowy**)
 OTF - Organised Trading Facility
 PRIPs - Packaged Retail Investment Products
 ZAFI - Zarządzający alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi

Bibliografia:

Administrative Simplification in Poland. Making policy per form. Cutting Red Tape. OECD 2011
 Assi B., Valiante D., *MiFID Implementation in the midst of the Financial Crisis: Results of an ECMI Survey*
 Centre for European Policy Studies, Brussels, 2011
 Ayadi R., Arbak E., de Groen W. P., *Implementing Basel III in Europe: Diagnosis and Avenues for Improvement*
 Centre for European Policy Studies, Brussels, 2012
 Bańka J., *Stosowanie zasady proporcjonalności* Forum Liderów banków Spółdzielczych, 9-10.09.2013,
<http://www.alebank.pl/images/stories/konferencje/forum.liderow.bankow.spoldzielczych/2013/flbs.2013.prezentacja.d1.02.zbp.zasada.proporcjonalnosci.pdf>
Basel III-Handbook, <http://www.accenture.com/SiteCollectionDocuments/PDF/Accenture-Basel-III-Handbook.pdf>
 Busch A., *Banking Regulation and Globalization* Oxford University Press, Oxford - New York, 2009
Basel III - Issues and Implications, KPMG, <http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/basel-III-issues-implications.pdf>
 Białek T., Grabowska M., Brewiński P., *Ekspertyza prawna dotycząca zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym i polskim porządku prawnym.* Centrum Prawa Bankowego i Informacji ZBP Warszawa 2013
CRD IV / CRR – Frequently Asked Questions http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-272_en.htm
 Dolfsma W., *Government Failure. Society, Markets and Rules* Edgar Elgar, Northampton, 2013
 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:01:PL:HTML> ,
 Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych, http://www.mifid.com.pl/podstawy_prawne/
 Dyrektywa Komisji 2006/73/WE z 10 sierpnia 2006 roku wprowadzająca środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, http://www.mifid.com.pl/podstawy_prawne/
 Dyrektywa 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi i zmiany dyrektyw 2003/41/WE i 2009/65/WE <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:174:0001:0073:PL:PDF>
 Engle E., *The history of general principle of proportionality: a overview.* „The Dartmouth Law Journal” Vol. X Winter 2012
Financial Institutions e-briefing: AIFMD implementation - FSA publishes policy statement 13/5
http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Financial_institutions/FIG_AIFMD_implement_FSA_publishes_policy
 Grout P. A., Zalewska A., *Profitability Measures and Competition Law*, Centre for Market and Public Organization, Working Paper No. 06/144 , July 2006
 Grout P. A., Zalewska A., *Measuring Rate of Return for Competition Law*, January 2007,
www.people.bath.ac.uk/az212/GZ_FE_14_1_07.pdf

Helleiner E., Pagliari S., Zimmermann H., *Global Finance in Crisis. The Politics of International Regulatory Change*. London: Routledge, 2009

Iwański W., *Czy poszerzenie regulacji rynków nieregulowanych negatywnie wpłynie na rynki dziś regulowane i na ochronę inwestora?* (wywiad z M. Szuszkiewiczem)
http://www.skslegal.pl/publikacje_naszycy_pracownikow.php?news_id=871

Jacobs C., *Improving the quality of regulation impact assessment in the UK*, Working Papers No 102, CAR London 2005

Kasiewicz S., Kurkliński L. (red.), *Szok regulacyjny a konkurencyjność i rozwój sektora bankowego* Warszawski Instytut Bankowości, Warszawa, marzec 2012

Kawalec s., Gozdek M., *Raport dotyczący optymalnej struktury polskiego systemu bankowego* Capital Strategy, Warszawa, 2012

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, Nr 78 poz. 483.

Liquidity Management under Basel III – A Briefing Note Moodys Analytics,
<http://www.moodysanalytics.com/Microsites/ERS/2011/Basel-III-Liquidity.aspx>

Pacak M., *MiFID II, a MiFID – czy zmiany coś zmienia?* materiały II. Polskiego Kongresu Regulacji Rynków Finansowych, Instytut Allerhanda, Warszawa, 16 -17.10.2013

Pismo Zastępcy Przewodniczącego W. Kwaśniaka z 22 maja 2012 r. do Prezesa ZBP K. Pietraszkiewicza,
http://www.knf.gov.pl/Images/stanowisko_z_22_05_2012_tcm75-30752.pdf

Proportionality principle for banks' remuneration requirements Luxembourg, 2011, <http://www.internationalallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=5721f92f-665a-4171-b337-cd96de1c1c61>

Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective. EAIEL Policy Paper No. 2, November 2006

Pruski J., *Model biznesowy banków spółdzielczych na tle nowych wymogów regulacyjnych*
<http://www.alebank.pl/images/stories/konferencje/forum.liderow.bankow.spoldzielczych/2013/flbs.2013.prezentacja.d2.01.bfg.pdf>

Raschen H., *MiFID II: Progress and post-trade implications*
<http://www.hsbcnet.com/gbm/global-insights/insights/2012/mifid-2-progress-and-post-trade-implications.html>

Recent agreements on implementation of Basel III in Europe and implications for banks Global Regulatory Network Executive Briefing, March 2013

Regulation No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties (CCPs) and trade repositories (TRs) (EMIR) - <http://www.esma.europa.eu/page/European-Market-Infrastructure-Regulation-EMIR>

Rekomendacja D KNF dotycząca zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach http://www.knf.gov.pl/Images/Rekomendacja_D_8_01_13_uchwala_7_tcm75-33016.pdf

Rekomendacja M KNF dotycząca zarządzania ryzykiem operacyjnym w bankach
http://www.knf.gov.pl/Images/Rekomendacja_M_8_01_2013_uchwala_8_tcm75-33017.pdf

Rozporządzenie EMIR, czyli czy jest o co kopie kruszyć?
<http://compliance.mifid.wordpress.com/2012/06/23/rozporzadzenie-emir-czyli-czy-jest-o-co-kopie-kruszyc/>

Rößler N., LLM, G. Zeppfeld, LLM Germany: *German Legislator Decides To Cap Bonuses For Bank Staff – CRD IV Implementation Act Adopted*, <http://www.mondaq.com/x/257748/Employee+Benefits+Compensation/German+Le+Gislator+Decides+To+Cap+Bonuses+For+Bank+Staff+CRD+IV+Implementation+Act+Adopted>

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1287/2006 z 10 sierpnia 2006 roku wprowadzające środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, http://www.mifid.com.pl/podstawy_prawne/

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”, L 176, Tom 56, 27 czerwca 2013

Schemmel M. L., de Regt B., *The European Court of Justice and the Environmental Protection Policy of the European Community*, “Boston College International and Comparative Law Review”, Volume 17 | Issue 1, 1994

Swiss Banking. Insight 2/2012, <http://www.swissbanking.org/en/shop.htm>

Szakun M., Bieszki M., *Analiza regulacji dotyczących funkcjonowania niebankowych instytucji finansowych pod kątem należytej ochrony interesów ekonomicznych i prawnych ich klientów*, Kancelaria Senatu RP, Warszawa, 2013

Szpringer W., *Wnioski i rekomendacje dla polityki w zakresie maksymalnych stóp procentowych* [w:] P. Białowolski (red.) *Skutki maksymalnego oprocentowania – wpływ na polski rynek finansowy* raport SGH i KPF, Warszawa, 2013

Szwoch W., *Globalne badanie 2013 IBM C-Suite Study*, Kongres Bankowości Detalicznej, Warszawa, 15.10.2013

Testing European legislation for subsidiarity and proportionality – Dutch list of points for action. Ministerie van Buitenlandse Zaken <http://www.government.nl/documents-and-publications/notes/2013/06/21/testing-european-legislation-for-subsidiarity-and-proportionality-dutch-list-of-points-for-action.html>

Trocki M., Juchniewicz M. (red.) *Ocena projektów – koncepcje, modele, metody*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2013

Uchwała nr 258/2011 KNF z dnia 4 .10.2011 r. w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz szczegółowych warunków szacowania przez banki kapitału wewnętrznego i dokonywania przeglądów procesu szacowania i utrzymywania kapitału wewnętrznego oraz zasad ustalania polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze w banku, http://www.knf.gov.pl/Images/uchwala_258_tcm75-27888.pdf

Ueda J., Andenas M., *Proportionality in EU environmental law*, http://www.eusa-japan.org/download/eusa_ap/paper_MadsAndenas_JunkoUeda.pdf

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r. Sygn. Akt K 11/94

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2008 r. Sygn. Akt SK 16/07

Autorzy:

Stanisław Kasiewicz - prof. zw. dr hab. sekretarz naukowy ALTERUM Ośrodka Badań i Analiz Systemu Finansowego, profesor Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (Instytut Przedsiębiorstwa, Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie), m.in. były członek rad nadzorczych PKO BP, OFE Warta, BFG, specjalista w dziedzinie finansów, bankowości, oceny skutków regulacji, członek rad programowych czasopism „Finansowanie Nieruchomości”, „Zarządzanie i Finanse - Journal of Management and Finance”.

Lech Kurkliński – doktor nauk ekonomicznych, dyrektor ALTERUM Ośrodka Badań i Analiz Systemu Finansowego, adiunkt w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie (Instytut Finansów Korporacji i Inwestycji, Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie), a poprzednio Katedry Finansów i Bankowości Uniwersytetu Warszawskiego (Wydział Nauk Ekonomicznych), m.in. były członek zarządów PBI SA, BIG-BG SA (Millennium), BIG Banku SA, HSBC Bank Polska SA i rad nadzorczych PolCard SA, GPW, specjalista w dziedzinie finansów, bankowości, zarządzania ryzykiem, oceny skutków regulacji.

Włodzimierz Szpringer - prof. dr hab. Szkoły Głównej Handlowej (Kolegium Nauk o Przedsiębiorstwie) oraz Uniwersytetu Warszawskiego (Wydział Zarządzania). Ekspert z zakresu bankowości i prawa bankowego, polityki i prawa konkurencji, prawnych i ekonomicznych zagadnień e-biznesu, prawa nowych technologii oraz ekonomicznej analizy prawa i oceny skutków regulacji. Współpracownik European Association of Law and Economics, Consumer Finance Network (European Credit Research Institute), European Consumer Debt Network, European Coalition for Responsible Credit, European Financial Inclusion Network. Kierował grupą badawczą European Network for Better Regulation. Członek European Association of Law and Economics (EALE). Ekspert m.in. Komisji „Przyjazne Państwo” Sejmu RP, Rządu, UOKiK, UKiE, ZBP, KPF i SKEF.