

MICHAŁ ROMANOWSKI

ANNE-MARIE WEBER-ELŻANOWSKA

Kilka refleksji na temat kompetencji Komisji Nadzoru Finansowego do wydania *Zasad Ładu Korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych*

W 2014 roku Komisja Nadzoru Finansowego przyjęła dokument pod nazwą Zasady Ładu Korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych. Dokument ten dotyczy rekomendowanego przez Komisję ułożenia wewnętrznych stosunków korporacyjnych w podmiotach nadzorowanych przez KNF. Mimo iż pozornie Zasady Ładu Korporacyjnego mają charakter tzw. miękkiego prawa (soft law), to z uwagi na faktyczne uprawnienia Komisji, ich nieprzestrzeganie wiąże się z ryzykiem dotkliwych sankcji o charakterze faktycznym (np. niższa ocena BiON). Z systemowego punktu widzenia oznacza to niedopuszczalne poszerzenie kompetencji organu administracji publicznej o kreowanie norm prawnych o charakterze abstrakcyjnym i generalnym, co narusza zasadę legalizmu oraz praworządności.

Słowa kluczowe: Zasady Ładu Korporacyjnego, Komisja Nadzoru Finansowego, prawo miękkie (soft law), zasada legalizmu, zasada praworządności.

I. Uwagi wprowadzające

1. Na 222 posiedzeniu KNF w dniu 22 lipca 2014 r. jednogłośnie została przyjęta uchwała KNF o wydaniu *Zasad Ładu Korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych* („ZŁK”). Projekt ZŁK został uprzednio w terminie od 14 stycznia 2014 r. do 28 lutego 2014 r. przedstawiony do konsultacji¹. Stosownie do deklaracji KNF, celem ZŁK jest podniesienie poziomu ładu korporacyjnego w instytucjach finansowych oraz zwiększenie ich przejrzystości działania, co ma przyczynić się do pogłębiania zaufania do rynku finansowego w Polsce. Stosownie do komunikatu

1. Komunikat na stronie internetowej KNF: http://www.knf.gov.pl/aktualnosci/2014/Konsultacje_projektu_zasad_ladu_korporacyjnego.html [dostęp: 21.12.2016].

zamieszczonego na stronie internetowej, KNF oczekiwał, że zasady zostaną wprowadzone do dnia 1 stycznia 2015 r., a ich stosowanie począwszy od 2015 r. jest uwzględniane przy ocenie nadzorczej BION. Zasadami ładu korporacyjnego są objęte także zakłady ubezpieczeń jako instytucje nadzorowane.

2. KNF jest organem administracji publicznej (centralnej), podlegającym Prezesowi Rady Ministrów², wykonującym nadzór instytucjonalny³ i zintegrowany⁴ nad całym rynkiem finansowym (por. art. 3 ust. 3 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym). Celem funkcji nadzorczej KNF jest zapewnienie legalności działań podmiotów podlegających nadzorowi, tj. podmiotów administrowanych⁵. Tym samym, wszelkie działania KNF, będącej „emanacją Państwa”, muszą pozostawać w zgodności z Konstytucją RP i zasadami z niej wynikającymi. W konsekwencji punktem wyjścia dla analizy pytania o kompetencje KNF do wydania Zasad jest analiza konstytucyjnoprawna.

II. Zasada legalizmu i praworządności

A. Uwagi wstępne

1. Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Na podstawie przywołanego artykułu można wyodrębnić dwie zasady działania organów administracji publicznej:
 - 1) zasadę legalizmu, która oznacza, że każde działanie powinno posiadać podstawę prawną, a więc powinno być oparte na normie ustawowej, upoważniającej do jego podjęcia w określonej formie i w określonych warunkach;
 - 2) zasadę praworządności, która oznacza, że każde działanie mieści się w granicach prawa, a więc nie może być sprzeczne z jakimkolwiek elementem porządku prawnego.Innymi słowy, zasady wynikające z art. 7 Konstytucji RP kreują nakaz czynienia przez organy administracji publicznej jedynie tego, na co pozwala obowiązujące prawo.
2. Wyodrębnione zasady legalizmu i praworządności wywodzą się wprost z zasady demokratycznego państwa prawnego, która wynika z art. 2 Konstytucji RP. Podstawowym założeniem tej zasady jest przyznanie prymatu prawa („rządy prawa, a nie rządy ludzi”) oraz obowiązek poszanowania przez „władzę”, w tym organy administracji publicznej, praw i wolności obywateli. Zasada demokratycznego państwa prawnego ma na celu wykluczenie wszelkiej arbitralności działania organów władzy publicznej w interesie wolności jednostki. Gwarancje realizacji zasady demokratycznego państwa prawnego, a tym samym również zasady legalizmu oraz zasady praworządności, stanowią rozwiązania proceduralne kreujące formy kontroli administracji pod

2. Por. wyrok TK z dnia 15 czerwca 2011 r., K 2/09, OTK-A 2011, Nr 5, poz. 42.

3. H. Gronkiewicz-Waltz, *Ewolucja pozycji banku centralnego w świetle zmian w prawie bankowym*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 6, s. 39.

4. T. Nieborak, *Komisja Nadzoru Finansowego jako gwarant stabilności polskiego systemu finansowego*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, tom 5, red. B. Guzik, N. Buchowska, P. Wiliński, Wydawnictwo Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 2008, s. 360.

5. K. Jaroszyński [w:] C. Banasiński, K. Glibowski, H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, R. Kaszubski, M. Wierzbowski, *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 200.

kątem legalności (zgodności z prawem), w tym w szczególności w postaci sądowej kontroli administracji⁶.

3. Weryfikacja danego działania organu administracji publicznej pod kątem zgodności z zasadą praworządności sprowadza się do porównania treści tego działania z obowiązującym porządkiem prawnym. Ocena działania organu administracji publicznej z perspektywy zasady legalizmu polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, czy istnieje norma prawna upoważniająca organ do podjęcia danego działania.

B. Pojęcie działania organu administracji publicznej

1. W kontekście weryfikacji zgodności działania organu administracji publicznej z zasadą legalizmu, wyjaśnienia wymaga pojęcie „działania” organu administracji publicznej. Cechą administracji publicznej jest jej „wielka aktywność”⁷, co oznacza, iż formy działania administracji, w tym formy działania organów administracji publicznej, są zróżnicowane.
2. Istnieje wiele możliwości klasyfikacji form działania administracji. Na potrzeby niniejszej analizy kluczowe, a zarazem wystarczające, jest wskazanie, że działanie organu administracji publicznej w rozumieniu zasady legalizmu może polegać na (i) stosowaniu prawa, (ii) staniu w prawa oraz (iii) organizowaniu życia społecznego. Działania społeczno-organizatorskie organu administracji publicznej nie mogą być obwarowane przymusem państwowym. Innymi słowy, nie mogą one przybierać charakteru władczego. **Zasadą legalizmu organy administracji są związane zawsze – niezależnie od tego, na czym polega ich działanie**⁸. Innymi słowy, niezależnie od formy działania, zawsze musi istnieć podstawa prawna dla jego podjęcia.

C. Pojęcie podstawy prawnej – norma zadaniowa a norma kompetencyjna

1. W świetle konkluzji, iż niezależnie od formy działania organu administracji musi istnieć stosowna podstawa prawna do podjęcia tego działania, wyjaśnienia wymaga pojęcie postawy prawnej dającej możliwość legalnego (zgodnego z prawem) działania.
2. W tym zakresie kluczowe jest rozróżnienie tzw. norm zadaniowych oraz norm kompetencyjnych. Normy zadaniowe należy utożsamiać z kierunkami działań, jakie zostały wyznaczone organowi administracji publicznej. Określając zadania i cele, ustawodawca wyznacza wartości, których realizację nakazuje się organom administracji. Adresatem norm zadaniowych są wyłącznie organy administracji publicznej⁹. Normy zadaniowe nakazują podjęcie działań prowadzących do realizacji wyznaczonego celu **w stopniu wyznaczonym przez faktyczne i prawne możliwości**. Z normy zadaniowej **nie wynika automatycznie zdolność organu administracji do podejmowania określonych działań**.
3. W przeciwieństwie do norm zadaniowych, **normy kompetencyjne mają moc upoważniającą**. Innymi słowy, zawierają one upoważnienie do działania w określonych kategoriach spraw administracyjnych (właściwość rzeczowa), na określonym obszarze (właściwość miejscowa) i na określonym szczeblu (właściwość funkcjonalna czy instancyjna)¹⁰. Ingerencja w prawa i obowiązki

6. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 62.

7. *Ibidem*, s. 289.

8. *Ibidem*, s. 63.

9. *Ibidem*, s. 41.

10. *Ibidem*.

podmiotów administrowanych może nastąpić jedynie na podstawie precyzyjnego upoważnienia organu administracji do działania w normie kompetencyjnej. Tylko precyzyjność upoważnienia organu administracji do działania władczego daje rękojmię realizacji zasady legalizmu.

4. W doktrynie prawa administracyjnego i konstytucyjnego jest przyjęty pogląd, stosownie do którego działania społeczno-organizacyjne o charakterze niewładczym mogą być podejmowane przez organy administracji publicznej na podstawie normy zadaniowej. Przyjmuje się, że **nie-władcze, społeczno-organizatorskie działanie organu administracji publicznej nie wymaga oparcia o normę kompetencyjną**. Nie zmienia to jednak wniosku, iż organ administracji publicznej jest związany zasadą legalności w tym sensie, że jego działanie musi znajdować oparcie w normie zadaniowej.

D. Wydanie i stosowanie zasad w świetle zasady legalizmu

1. W świetle powyższych wniosków, ocena wydania przez KNF – jako organu administracji publicznej – ZŁK pod kątem zgodności z zasadą legalizmu wymaga (i) ustalenia, czy istnieje norma kompetencyjna upoważniająca KNF do podjęcia tego działania oraz (ii) określenia, jakiej formie działania administracji należy przyporządkować wydanie ZŁK.
2. Jak wskazuje sama nazwa Zasad Ładu Korporacyjnego, dotyczą one wszystkich podmiotów nadzorowanych przez KNF. Tym samym, zasady odnoszą się do różnych nadzorowanych przez KNF rynków, które zostały wskazane w art. 1 ust. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym. Stosownie do przywołanego przepisu nadzór nad rynkiem finansowym obejmuje (i) nadzór bankowy, (ii) nadzór emerytalny, (iii) nadzór ubezpieczeniowy, (iv) nadzór nad rynkiem kapitałowym, (v) nadzór nad instytucjami płatniczymi, biurami usług płatniczych, instytucjami pieniądza elektronicznego, oddziałami zagranicznych instytucji pieniądza elektronicznego, (vi) nadzór nad agencjami ratingowymi, (vii) nadzór uzupełniający oraz (viii) nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi i Krajową Spółdzielczą Kasą Oszczędnościowo-Kredytową. W konsekwencji, normy kompetencyjnej wskazującej precyzyjnie na uprawnienie KNF do wydania Zasad należałoby poszukiwać w ustawie o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz w tzw. ustawach sektorowych regulujących nadzór KNF nad rynkami wyżej wskazanymi.
3. Analiza wymienionych ustaw wskazuje, że **brak normy kompetencyjnej uprawniającej KNF do wydania Zasad**. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w treści pisma Przewodniczącego KNF z dnia 19 maja 2014 r. odpowiadającego na prośbę Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2014 r. (SPRM-4813–206-(1)/14) o ustosunkowanie się do wniosków jednego z senatorów złożonych podczas 52 posiedzenia Senatu RP w dniu 10 kwietnia 2014 r.¹¹ („Pismo z 19 maja”). We wskazanym piśmie Przewodniczący ustosunkowuje się do zagadnienia podstaw prawnych wydania ZŁK i wyraźnie stwierdza, że jako podstawę prawną wydania ZŁK przyjęto normę zadaniową wynikającą z art. 4 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym. Przewodniczący KNF we wskazanym piśmie nie powołuje się na jakąkolwiek normę kompetencyjną stanowiącą

11. Pisma Przewodniczącego KNF z dnia 19 maja 2014 r. odpowiadającego na prośbę Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2014 r. (SPRM-4813–206-(1)/14) o ustosunkowanie się do wniosków Senatora Grzegorza Biereckiego złożonych podczas 52 posiedzenia Senatu RP w dniu 10 kwietnia 2014 r.: http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/stenogram/oswiadczenia/bierecki/5201o.pdf [dostęp: 21.12.2016].

podstawę do wydania ZŁK. Co więcej, również w treści ZŁK [s. 2] KNF powołuje się jedynie na ogólne zadania nadzorcze i nie wskazuje konkretnych norm kompetencyjnych.

4. Przewodniczący KNF w Piśmie z 19 maja zmierza do wykazania, że wydanie ZŁK nie wymagało powołania się na normę kompetencyjną. Przewodniczący wskazuje, że ZŁK są „formą realizacji obowiązku podejmowania przez organ nadzoru działań służących prawidłowemu funkcjonowaniu rynku finansowego. W takim przypadku brak jest konieczności wyposażenia organu w szczególną normę kompetencyjną, albowiem wystarczające jest odnalezienie łączności między zadaniami organu nadzoru a podejmowanym działaniem organizatorsko-społecznym. Art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym [...] stanowi samodzielną podstawę do przedstawiania stanowisk, opinii, ostrzeżeń publicznych [...]. Na podstawie tego przepisu KNF może podejmować działania o charakterze niewładczym, w tym realizować inicjatywy, które będą realizować cele określone przez ustawodawcę”.
5. Rozumowanie przedstawione w Piśmie z 19 maja opiera się na założeniu, że wydanie ZŁK i następnie ich stosowanie jest społeczno-organizatorskim działaniem KNF o charakterze niewładczym. Takie założenie jest punktem wyjścia dla stwierdzenia, że wystarczające jest powołanie się na podstawę prawną w postaci normy zadaniowej.
6. Twierdzenie Przewodniczącego KNF o społeczno-organizatorskim i niewładczym charakterze działania wyrażone w Piśmie z 19 maja jest nietrafne. Stosownie do treści ZŁK, niestosowanie określonego ich postanowienia jest dopuszczalne z powodu jego nadmiernej uciążliwości według modelu *comply-or-explain* (czyli przestrzegaj lub wytłumacz, dlaczego nie przestrzegasz). Z drugiej strony, w Piśmie z 19 maja, jak również w piśmie Przewodniczącego KNF z dnia 14 stycznia 2014 r. skierowanym do organizacji i instytucji rynku finansowego, wskazuje się, że stosowanie ZŁK przez podmioty nadzorowane, począwszy od 2015 roku, będzie uwzględniane przy ocenie nadzorczej z zastosowaniem metodyki BION (badanie i ocena nadzorcza) oraz w toku przeprowadzanych inspekcji. Należy zatem przyjąć, iż nieprzestrzeganie ZŁK może wpłynąć na ocenę BION. W przypadku niestosowania danej zasady z uwagi na jej nadmierną uciążliwość, ocenie KNF będzie tym samym podlegało, czy decyzja o niestosowaniu zasady była usprawiedliwiona. Faktyczną konsekwencją wydania przez KNF ZŁK jest zatem konieczność uwzględnienia ich treści przez podmioty nadzorowane, ponieważ będą one determinować przyzmat, przez który KNF będzie dokonywać ocen nadzorczych z wynikającymi stąd skutkami w sferze stosowania instrumentów władczych przez KNF wobec podmiotu nadzorowanego.
7. Wydając ZŁK oraz wskazując na uwzględnienie ich stosowania w ocenie nadzorczej oraz w ramach inspekcji, KNF w istocie **kreuje źródło obowiązków podmiotów nadzorowanych. ZŁK nie są działaniem społeczno-organizatorskim o charakterze niewładczym.** *De facto* następuje zrównanie ZŁK z powszechnie obowiązującymi przepisami, co oczywiście jest sprzeczne z zamkniętym katalogiem źródeł prawa wskazanym w Konstytucji. Należy zatem przyjąć, iż wydając ZŁK, KNF *podjęła działanie o charakterze władczym*, które wobec podmiotów administrowanych (tu: podmiotów nadzorowanych) posiada **charakter wiążący mimo braku wyraźnej podstawy prawnej**.
8. W świetle powyższego wniosku o władczym i wiążącym charakterze ZŁK traci moc podnoszony w Piśmie z 19 maja argument, iż norma zadaniowa stanowi wystarczającą podstawę prawną dla wydania ZŁK. Skoro ZŁK są instrumentem ingerującym w sferę praw i obowiązków podmiotów nadzorowanych w sposób władczy i wiążący, **wydanie ZŁK wymagało powołania się na normę kompetencyjną.** Wobec faktu, że z Pisma z 19 maja jednoznacznie wynika, iż sam Przewodniczący Komisji nie kwestionuje braku „zaczepienia” ZŁK o normę kompetencyjną, należy uznać, że KNF

naruszyła zasadę legalizmu poprzez podjęcie działania bez umocowania w stosownej normie ustawowej upoważniającej do jego podjęcia w określonej formie i w określonych warunkach.

9. Gdyby wbrew powyższej argumentacji jednak uznać, iż działanie KNF polegające na wydaniu ZŁK miało charakter społeczno-organizatorski i niewładczy (niewiązący), ocena zgodności takiego działania z zasadą legalizmu wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy znajduje ono oparcie w treści normy zadaniowej. Zgodnie z powołaną w Piśmie z 19 maja przez Przewodniczącego KNF normą zadaniową stanowiącą podstawę do wydania Zasad (z art. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym) celem nadzoru KNF nad rynkiem finansowym jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zagwarantowanie ochrony interesów uczestników tego rynku przez realizację celów określonych w odrębnych ustawach regulujących funkcjonowanie instytucji nadzorowanych. Zgodnie zaś z – również przywołanym w treści Pisma z 19 maja – art. 4 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym, do zadań Komisji należy (i) sprawowanie nadzoru nad rynkiem finansowym określonego w art. 1 ust. 2; (ii) podejmowanie działań służących prawidłowemu funkcjonowaniu rynku finansowego; (iii) podejmowanie działań mających na celu rozwój rynku finansowego i jego konkurencyjności; (iv) podejmowanie działań edukacyjnych i informacyjnych w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, jego zagrożeń oraz podmiotów na nim funkcjonujących w celu ochrony uzasadnionych interesów uczestników rynku finansowego, w szczególności poprzez nieodpłatne publikowanie – w formie i czasie przez siebie określonym – ostrzeżeń i komunikatów w publicznym radiu i telewizji w rozumieniu przepisów o radiofonii i telewizji; (v) udział w przygotowywaniu projektów aktów prawnych w zakresie nadzoru nad rynkiem finansowym; (vi) stwarzanie możliwości polubownego i pojednawczego rozstrzygnięcia sporów między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności sporów wynikających ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi Komisji a odbiorcami usług świadczonych przez te podmioty oraz (vii) wykonywanie innych zadań określonych ustawami.
10. Nie ulega wątpliwości, iż powyżej przywołane normy zadaniowe – zgodnie ze swoją istotą – zostały sformułowane w sposób ogólny. Potencjalnie, w ich zakresie mogą się mieścić różnorodne działania KNF. Nie oznacza to jednak, że norma zadaniowa jest dla KNF swoistą „zgodą *in blanco*”, która umożliwia podejmowanie jakichkolwiek działań, byleby posiadały charakter niewiązący. Rozstrzygnięcie o dopuszczalności podjęcia przez KNF działania w ramach normy zadaniowej wymaga weryfikacji danego działania pod kątem kolizji jego treści z obowiązującym porządkiem prawnym. Zazębia się wówczas ocena działania KNF pod kątem zasady legalizmu z weryfikacją tego działania przez pryzmat zasady praworządności, o której była mowa powyżej. Punktem wyjścia dla ustalenia, czy dane społeczno-organizatorskie działanie KNF mieściło się w normie zadaniowej, jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy treść tego działania narusza przepisy powszechnie obowiązujące. **Działanie KNF zawsze pozostaje poza granicami normy zadaniowej, jeżeli jest sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym.** Norma zadaniowa nie upoważnia przy tym do nakładania obowiązków zagrożonych sankcją na podmiot nadzorowany, w tym niemożliwych do wykonania (np. zapewnienie przestrzegania ZŁK przez wszystkich akcjonariuszy spółki giełdowej, znanych i nieznanych).
11. Wyrzedzając w tym miejscu wnioski płynące ze szczegółowej analizy ZŁK przez pryzmat zasady praworządności, należy wskazać, że KNF, wkraczając w materię regulacji k.s.h., tę zasadę naruszyła. W świetle koncepcji racjonalnego ustawodawcy, niedopuszczalna jest taka wykładnia normy

zadaniowej, która dopuszczałaby działanie KNF pozostające w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym. Innymi słowy, wydając ZŁK KNF **nie posiadała stosownej podstawy prawnej w normie zadaniowej**. Należy zatem uznać, że wydając ZŁK, KNF wykroczyła poza granice normy zadaniowej, na którą się powołuje Przewodniczący KNF w Piśmie z 19 maja. W konsekwencji, **nawet gdyby przyjąć, iż wydanie ZŁK miało charakter społeczno-organizatorski i niewładczy, i zatem nie wymagało powołania się przez KNF na normę kompetencyjną, KNF naruszyła zasadę legalizmu**.

12. Naczelny Sąd Administracyjny potwierdził prezentowany powyżej pogląd orzekając, że „Podstawową zasadą, sformułowaną w art. 6 k.p.a. jest to, że organy administracji państwowej działają na podstawie przepisów prawa. Przepisy prawa, to znaczy ustawa i wydane na podstawie ustaw i w celu ich wykonania przepisy wykonawcze, decydują w szczególności o tym, kiedy organ administracji państwowej wydaje decyzję administracyjną¹². Przedstawiony powyżej wniosek dotyczący rozstrzygnięcia o zindywidualizowanym obowiązku danego podmiotu prawa przez organ administracji publicznej w formie decyzji administracyjnej (wydania normy o charakterze indywidualnym) należy tym bardziej odnieść do próby wprowadzenia przez organ administracji publicznej norm o **charakterze generalnym (abstrakcyjnym)**. W polskim porządku prawnym przyjmuje się bowiem, że funkcjonuje **zamknięty katalog krajowych źródeł prawa pozytywnego** (art. 87 Konstytucji RP). Prawo pozytywne to normy postępowania tworzone przez Państwo, które są skierowane do nieoznaczonego imiennie adresata (stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego¹³. Oznacza to, że normy takie są skierowane do wszystkich podmiotów spełniających daną przesłankę (hipotezę normy) – a nie tylko podmiotów ściśle oznaczonych w danym akcie władczym organów Państwa (w przeciwieństwie np. do decyzji administracyjnej). Tym większa powinna być zatem restrykcyjność w stosunku do regulowania przez organy administracji publicznej sytuacji prawnej podmiotów prywatnoprawnych w sposób generalny, na przykład do obowiązku dokapitalizowania spółki giełdowej adresowanego do jej akcjonariuszy. Oznacza to bowiem próbę zastępowania ustawodawcy w sposób sprzeczny z wyrażoną w Konstytucji zasadą legalizmu (art. 7) oraz zasadą zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego (art. 87).
13. Ewentualna ocena, że ustawodawca popełnił błąd, nie regulując ZŁK w sposób ściślejszy niż zostało to przewidziane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, jest prawnie obojętna, ponieważ zasada legalizmu z art. 7 Konstytucji RP oraz zasada zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego wyrażona w art. 87 Konstytucji RP wyklucza wypełnianie rzekomych luk przez organ administracji publicznej (tu: KNF) w drodze **wydawania quasi-przepisów prawa**. Jednostka (nawet instytucja finansowa poddana nadzorowi) nie może ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnych zaniechań ustawodawcy, które dotyczą obszaru jej praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 stycznia 2005 r. stwierdził, że „art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. stanowiący, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, zawiera normę zakazującą domniemywania kompetencji takiego organu i tym samym nakazuje, by wszelkie działania

12. Wyrok NSA z 10 czerwca 1983 r., I SA 217/83, Legalis.

13. Abstrahujemy w tym miejscu od problematyki stosowania i obowiązywania nieskodyfikowanych norm etycznych i moralnych.

organu władzy publicznej były oparte na wyraźnie określonej normie kompetencyjnej¹⁴. Zasada legalizmu w znaczeniu przedstawionym powyżej jest ugruntowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, którego przegląd przekracza ramy niniejszej analizy.

Żaden organ władzy, w tym KNF, w braku upoważnienia ustawowego nie może siły argumentów zastępować argumentami siły.

14. Trzeba bowiem pamiętać, że każda forma reglamentacji lub ograniczania podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej jest dopuszczalna tylko w ściśle wyznaczonych przez prawo granicach. Wynika to z konstytucyjnej zasady **swobody działalności gospodarczej** wyrażonej w art. 22 Konstytucji RP („Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.”), wzmocnionej przez centralną rolę **własności** w ustroju gospodarczym i społecznym Rzeczypospolitej (art. 20, 21, 64 Konstytucji RP) i nierozłącznie z nią związaną zasadą pełnej ochrony tego prawa. Podobnie jak swoboda działalności gospodarczej, tak i własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim ograniczenie nie narusza istoty tego prawa (art. 64 ust. 3 Konstytucji RP).
15. Z zasadami wolności podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej oraz ochrony własności silnie związana jest konstytucyjna **zasada proporcjonalności**. Dopuszcza ona ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw jednostki ustanawiane tylko w ustawie i jedynie wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą jednak naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Pod zasadą proporcjonalności kryje się więc **konstytucyjny zakaz nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności jednostki**. W obszarze gospodarki oznacza to, że z jednej strony ustawodawca (a tym bardziej organ administracji publicznej) nie może ograniczać swobody działalności gospodarczej w sposób przekraczający pewien stopień uciążliwości. Z drugiej strony zasada proporcjonalności jest też traktowana jako dyrektywa stosowania i wykładni prawa. Zmusza do takiej interpretacji przepisów ograniczających wolności, która pozwoli zrealizować cel stawiany przez ustawodawcę przy najmniejszej uciążliwości dla adresatów norm prawnych¹⁵.

E. ZŁK jako *soft law*

1. Powyższa ocena nie zmieniałaby się nawet gdyby od strony teoretycznoprawnej ZŁK mogłyby być kwalifikowane jako tzw. *soft law* (choć taka kwalifikacja byłaby nietrafna jako sprzeczna z naturą tego rodzaju norm). Praktyka wydawania rekomendacji i ich egzekwowania (czego doświadczył rynek bankowy), czyli *law in action* raczej skłania do tezy, iż – parafrazując znaną łacińską paremię *Dura lex, sed lex* – w odniesieniu do rekomendacji mamy do czynienia z *Mollis lex, sed lex* (miękkie prawo, ale prawo). Jak podkreśla David V. Snyder, „Dużo prawa jest tworzonego prywatnie. Innymi słowy, istnieje coś, co powinniśmy określać mianem prawa, które wiąże się z efektami właściwymi prawu tworzonemu przez ustawodawcę, które jednak jest tworzone prywatnie¹⁶. *Soft law* jest prawem tworzoną poza ramami ustawodawczej roli państwa w pry-

14. Postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2005 r., sygn. akt WK 22/04. Opublikowane w: OSNKW 2005/3/29, Biul. SN 2005/3/23.

15. T. Długosz [w:] *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hausner, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, CH Beck, Warszawa 2013, s. 178.

16. D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, „Ohio State Law Journal” 2003, vol 64, s. 373.

watno-autonomicznym¹⁷ trybie samoregulacji (*self-regulatory system*)¹⁸ pod nazwą kodeksów, wytycznych, zaleceń czy dobrych praktyk. *Soft law* wypełnia przestrzeń między prawem, stanowiącym przez władzę państwową, a rynkiem, który dyscyplinująco oddziałuje na swoich aktorów. Popularność prawa miękkiego jest związana z przekonaniem, iż pozwala to chronić przed interwencją ustawodawcy. Jak trafnie wskazuje Christoph Teichmann, taka ingerencja zawsze będzie kosztowna i czasochłonna, a jej skutkiem jest ograniczenie swobody gospodarczej¹⁹.

2. Co do zasady, adresaci norm *soft law* nie mają obowiązku przestrzegania zawartych tam regulacji, jednakże stanowią one punkt odniesienia, który powinien być brany pod uwagę przy działalności tych podmiotów (np. pod względem wizerunkowym, wyceny spółek akcji publicznych – zjawisko głosowania „nogami”). *Soft law* w określonych przypadkach może uzupełniać prawo pozytywne przy wykorzystaniu klauzul generalnych typu zasady współżycia społecznego, dobrych obyczajów, uczciwego obrotu, dobre praktyki rynkowe.
3. Oznacza to, że w przeciwieństwie do modelowego *soft law* (dla którego zasadą jest koncepcja *comply-or-explain*), podmiot niestosujący (w całości lub w części) ZŁK potencjalnie zagrożony jest dotkliwą sankcją o charakterze faktycznym (w takim ujęciu zasada *comply or explain* w odniesieniu do ZŁK różni się istotnie od klasycznej zasady *comply or explain* w odniesieniu do *soft law*). To, że jakieś zasady nazwiemy *soft law* i nawet wprowadzimy zasadę *comply or explain*, nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia z *soft law*. *Soft law* zakłada prymat prawa w działaniu (*law-in-action*) nad nieprzestrzeganym prawem papierowym (*law-in-books*). Objęcie danego podmiotu zintensyfikowanymi działaniami nadzorczymi stanowi bowiem od strony faktycznej sankcję znacznie dalej idącą od ewentualnych ryzyk wizerunkowych, charakterystycznych dla naruszenia norm typu *soft law*. Co więcej, zważywszy na zakres kompetencji kontrolno-nadzorczych organu nadzoru finansowego, wskazane powyżej sankcje faktyczne mogą być nawet znacznie bardziej dotkliwe dla nadzorowanej instytucji niż sankcje przewidziane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Powyższe okoliczności uzasadniają **daleko idącą ostrożność** w formułowaniu przez organ nadzoru finansowego norm typu *soft law*, także w reakcji na przypadki niestosowania takich norm.
4. Należy przy tym pamiętać, że nadzór prewencyjny stosowany wobec kontrolowanych podmiotów może niekiedy przybrać formy sankcji bardziej dotkliwej niż nadzór następczy, skierowany na eliminowanie stwierdzonych już nieprawidłowości. W istocie rzeczy nadzór prewencyjny sprowadza się bowiem do zastosowania wobec **wszystkich** podmiotów pewnej abstrakcyjnej sankcji (ograniczenia swobody prowadzenia danej działalności, w tym sposobu organizacji wewnętrznej danego podmiotu), bez zindywidualizowanej analizy, czy w przypadku danego podmiotu dane działanie rodzi faktyczne ryzyko nieprawidłowości. Nie oznacza to naturalnie braku możliwości stosowania przez organ nadzorczy (szczególnie wobec podmiotów działających na rynku finansowym) instrumentów nadzoru prewencyjnego, ale wymaga bardzo skrupulatnego przestrzegania **zasady proporcjonalności** oraz **zasady legalności**, przy

17. Ch. Teichmann, *Corporate Governance – między prawem a rynkiem*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, t. 3, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 37.

18. A. Chłopecki, *Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa” jako alternatywy dla regulacji ustawowych – na przykładzie rynku finansowego*, [w:] *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym – ich rola, wartość, dobre praktyki*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 3 (numer specjalny), s. 33.

19. Ch. Teichmann, *Corporate...*, s. 37.

abstrakcyjnym ograniczaniu swobody nadzorowanych podmiotów. Nadzór prewencyjny nie może bowiem zastępować ustawodawcy (krajowego czy też między- albo ponadnarodowego) w formułowaniu abstrakcyjnych norm prawnych, regulujących dany obszar działalności nadzorowanych podmiotów, czy też tym bardziej ich akcjonariuszy.

5. Ład korporacyjny to w pewnym uproszczeniu zasady wewnętrznej organizacji danego podmiotu (tu: instytucji nadzorowanej), w tym zasady funkcjonowania jego organów oraz relacje między tymi organami. W granicach określonych bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa (wynikającymi przede wszystkim z Kodeksu spółek handlowych, właściwej dla instytucji nadzorowanej ustawy – Prawa bankowego, Prawa ubezpieczeniowego, Prawa o funduszach inwestycyjnych, Prawa o funduszach emerytalnych itd., a w przypadku instytucji o statusie spółki publicznej – także ustawy o ofercie), kwestie będące przedmiotem regulacji w ZŁK stanowią sprawę wewnętrzną spółki, rozstrzyganą ostatecznie przez jej akcjonariuszy i domenę prawa prywatnego, a nie organu władzy publicznej.

Wykaz źródeł

Literatura:

- Chłopecki A., *Zakres, sposób i skutki stosowania „miękkiego prawa” jako alternatywy dla regulacji ustawowych – na przykładzie rynku finansowego*, [w:] *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym – ich rola, wartość, dobre praktyki*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 3 (numer specjalny).
- Długosz T [w:] *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hausner, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, CH Beck, Warszawa 2013.
- Gronkiewicz-Waltz H., *Ewolucja pozycji banku centralnego w świetle zmian w prawie bankowym*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 6.
- Jaroszyński K., [w:] Banasiński C., Glibowski K., Gronkiewicz-Waltz H., Jaroszyński K., Kaszubski R., Wierzbowski M., *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Nieborak T., *Komisja Nadzoru Finansowego jako gwarant stabilności polskiego systemu finansowego*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, tom 5, red. B. Guzik, N. Buchowska, P. Wiliński, Wydawnictwo Uniwersytetu Adama Mickiewicza, Poznań 2008.
- Pismo Przewodniczącego KNF z dnia 19 maja 2014 r. odpowiadające na prośbę Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2014 r. (SPRM-4813-206-[1]/14) o ustosunkowanie się do wniosków Senatora Grzegorza Biereckiego złożonych podczas 52 posiedzenia Senatu RP w dniu 10 kwietnia 2014 r.: http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/ste-nogram/oswiadczenia/bierecki/5201o.pdf [dostęp: 21.12.2016].
- Snyder D.V., *Private Lawmaking*, „Ohio State Law Journal” 2003, vol 64.
- Teichmann Ch., *Corporate Governance – między prawem a rynkiem*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, tom 3, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Wolters Kluwer, Warszawa 2006.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

Akty prawne i orzecznictwo:

Postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2005 r., sygn. akt WK 22/04. Opublikowane w: OSNKW 2005/3/29, Biul. SN 2005/3/23.

Uchwała KNF z dnia 22 lipca 2014 r. o wydaniu Zasad Ładu Korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych

Wyrok TK z dnia 15 czerwca 2011 r., K 2/09, OTK-A 2011, Nr 5, poz. 42.

Wyrok NSA z 10 czerwca 1983 r., I SA 217/83, Legalis.

Remarks on the authorization of the Polish Financial Supervision Commission to issue „Corporate Governance Rules for the supervised entities”

In 2014 Polish Financial Supervision Commission (Komisja Nadzoru Finansowego) adopted the „Corporate Governance Rules”. The document sets out the rules of internal corporate affairs in the supervised entities which are recommended by the Commission. Despite the fact that the “Corporate Governance Rules” seem to be a soft-law mechanism it has to be indicated that – because of the factual powers of the Commission – if the rules are not obeyed, it can implicate severe factual sanctions for a supervised entity (e.g. low so-called BiON scoring). Such situation has to be considered as an unacceptable widening of public authority powers to create legal rules which have abstract and general nature and therefore infringes the rule of legalism and the rule of law.

Keywords: Corporate Governance Rules, Polish Financial Supervision Commission, soft-law, the rule of legalism, the rule of law.

PROF. DR HAB. MICHAŁ ROMANOWSKI – Instytut Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski; od 2006 do 17 grudnia 2015, do chwili likwidacji, członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, przewodniczący zespołu ds. umowy ubezpieczenia; współnik w kancelarii Romanowski i Wspólnicy

DR ANNE-MARIE WEBER-ELŻANOWSKA – adwokat w kancelarii Romanowski i Wspólnicy

