

- 1) W poprzedniej odpowiedzi odnieśliśmy się wyłącznie do wybranych kwestii, które uznaliśmy za istotne z punktu widzenia specyfiki całości uprawnień z BMR oraz prezentowanych w mediach fragmentów tych tez. Szczegółowe odniesienie się do wszystkich fragmentów tekstu w istocie wymaga polemiki naukowej, a nie medialnej. Serię kolejnych pytań kierowanych do ZBP pytań uznajemy za dowód braku pełnej świadomości w przestrzeni publicznej nt. kwestii dotyczących prawnych mechanizmów, które są powiązane ze zdarzeniem zaprzestania publikacji wskaźnika referencyjnego. Uważamy także, że publikacja w prawo.pl, do której nawiązywała Pani Redaktor w swoim pytaniu, odwołuje się do dwóch narracji, które powinny być bardzo wyraźnie rozdzielone. Pierwsza - dyskurs naukowy dotyczący prawnych aspektów związanych instrumentami prawnymi zapewniającymi przejście wszystkich umów i instrumentów finansowych na inny wskaźnik w związku z zaprzestaniem opracowywania tego, który dotychczas był stosowany. Drugą zaś narracją są medialne spekulacje na temat podstaw prawnych do funkcjonowania Narodowej Grupy Roboczej (dalej: NGR) ds. reformy wskaźników referencyjnych. Choć w istocie obydwie te zagadnienia są związane z reformą wskaźników referencyjnych w Polsce to jednak łączenie ich w jedno może utworzyć mylne wrażenie jakoby Narodowa Grupa Robocza ds. reformy wskaźników referencyjnych odpowiadała za kształt rozwiązań prawnych, a tak nie jest. Warto to wyraźnie podkreślić, że NGR nie odpowiada za przygotowanie rozporządzenia ministra właściwego ds. instytucji finansowych (dalej: Minister Finansów), które mogłoby być wydane na podstawie art. 61c Ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (dalej: Ustawa o nadzorze makroostrożnościowym). Narodowa Grupa Robocza ds. reformy wskaźników referencyjnych jest ciałem ekspercko - doradczym, na forum którego są rozważane różne aspekty związane z tym jak bezpiecznie przeprowadzić cały rynek przez proces przejścia z jednego wskaźnika na drugi, np. rozważane są sposoby w jakich nowy indeks typu risk free rate może być wykorzystywany w nowo powstających produktach.
- 2) W tym miejscu warto uporządkować kilka faktów:

- mechanizm ustawowego wyznaczenia zamiennika dla znikającego kluczowego wskaźnika referencyjnego został wprowadzony do rozporządzenia BMR na mocy Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/168 z dnia 10 lutego 2021 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) 2016/1011 w odniesieniu do wyłączenia dotyczącego niektórych walutowych wskaźników referencyjnych spot państw trzecich i wyznaczenia zamienników niektórych wskaźników referencyjnych, których opracowywania się zaprzestaje oraz w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 648/2012. Była to odpowiedź unijnego prawodawcy na dostrzeżone wyzwanie dla stabilności rynków finansowych w związku z zapowiadanymi już reformami na takich kluczowych rynkach jak reforma LIBOR. Celem tych rozwiązań jest ochrona stabilności rynku oraz zachowanie ciągłości zawartych umów, czyli ten mechanizm jest rozwiązaniem awaryjnym o charakterze ochronnym dla wszystkich uczestników rynku, w tym klientów instytucji finansowych. Ten mechanizm nie ma służyć jakiegokolwiek spekulacyjnej zamianie jednego wskaźnika na drugi, zatem wszelkie publikacje medialne spekulujące o tym czy kredyty po owej zamianie będą tańsze czy droższe nie wynikają z natury tego rozwiązania. Ponadto wprowadzony mechanizm ustawowego zastąpienia wskaźnika dotyczy wyłącznie takich umów i instrumentów, które są już wykonywane i znajduje się w nich odniesienie do znikającego wskaźnika i strony takich umów nie uzgodniły sposobu wykonywania umowy po zaprzestaniu publikacji danego wskaźnika referencyjnego. Zatem samo rozporządzenie BMR daje pierwszeństwo uzgodnieniom między stronami (tego też w żaden sposób nie ogranicza ani nie modyfikuje krajowe rozwiązanie).
- W Polsce mechanizm ustawowego wyznaczenia zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego został wprowadzony do Ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym. Projekt Ustawy został zamieszczony na RCL 10 maja 2022 r. był przedmiotem konsultacji publicznych, a następnie został skierowany do Sejmu. Proces legislacyjny zakończył się 14 lipca 2022 r. kiedy to Prezydent RP podpisał Ustawę.
- Narodowa Grupa Robocza ds. reformy wskaźników referencyjnych rozpoczęła swoje funkcjonowanie 22 lipca 2022 r., zatem nie miała żadnego wpływu na sposób ukształtowania rozwiązań prawnych ukształtowanych w Polsce na rzecz procedury zastąpienia kluczowego wskaźnika referencyjnego.

- Celem rozwiązań awaryjnych ukształtowanych w art. 23a-23c BMR nie jest w istocie zmiana warunków umowy, ale dążenie do utrzymania umowy w mocy na warunkach najbliższych tym na jakie umawiały się strony pierwotnie, tzn. zmierza do zachowania ekonomicznej neutralności.
- 3) Warto także na tym etapie podkreślić, że według dostępnej wiedzy nie rozpoczęły się prace w Ministerstwie Finansów nad treścią projektu rozporządzenia ministra właściwego ds. instytucji finansowych w sprawie wyznaczenia zamiennika za krajowy kluczowy wskaźnik referencyjny. Nie został przedstawiony żaden projekt takiego rozporządzenia, który dawałby możliwość oceny tego czy postanowienia takiego rozporządzenia będą istotnie ingerować w stosunki umowne czy też wykraczać poza materię regulowaną takim aktem. Zatem w istocie rozważania przedstawione w artykule naukowym są oparte o hipotetyczne założenia, które nie znajdują odzworowania w jakimkolwiek projekcie tego aktu, który mógłby być przedmiotem analizy.
 - 4) Nie chcemy także wchodzić w rolę prawodawcy, który przygotował omawiane rozwiązanie i wyjaśniać intencji prawodawcy w tym zakresie. Jesteśmy jednak przekonani, że prawodawca rozważył wszelkie kwestie związane z prawidłowością procesu legislacyjnego w tym konkretnym przypadku i przeanalizował wszystkie dostępne instrumenty prawne, które mogłyby być zastosowane na rzecz zapewnienia efektywnego i rzeczywistego wykonywania art. 23c BMR oraz zachowania pełnej zgodności z postanowieniami całego rozporządzenia BMR, a szerzej także prawa UE. Uważamy, że przyjęte rozwiązanie, które ma zapewnić uporządkowane przejście z jednego wskaźnika na drugi jest ze wszech miar racjonalne i spójne z podejściem ukształtowanym na poziomie UE. Zauważmy, że w przypadku UE konstrukcja jest taka, że ogólne uprawnienie do wyznaczenia zamiennika (oraz innych istotnych elementów związanych z takim procesem) zostało wprowadzone w akcie o charakterze ustawodawczym, w którym zawarto upoważnienie dla Komisji Europejskiej do wydania aktu nieustawodawczego - aktu wykonawczego. I niemal analogiczne rozwiązanie zostało ukształtowane w Polsce – uprawnienie do wydania rozporządzenia zostało przyznane ministrowi właściwemu ds. instytucji finansowych.
 - 5) W naszej cenie nieuzasadnione są tezy dotyczące blankietowości upoważnienia dla ministra właściwego ds. instytucji finansowych do wydania rozporządzenia. Wytyczne, którymi ma się kierować przy wydaniu rozporządzenia zostały jasno

określone w przepisach. Polskie przepisy zostały ukształtowane tak, aby możliwie blisko odzwierciedlać procedurę unijną, co ma zapewnić zgodność z intencją rozporządzenia BMR i spójność wykonywania prawa UE w poszczególnych jurysdykcjach.

- 6) Warto ponownie podkreślić, że art. 23c BMR jest umieszczony w rozdziale zatytułowanym „Ustawowe zastąpienie wskaźnika referencyjnego”, zatem wszystkie te postanowienia odnoszą się do rozwiązań prawnych mających stworzyć mechanizm bezpieczeństwa na wypadek zaprzestania publikacji jednego z kluczowych wskaźników referencyjnych. Art. 23c BMR odnosi się do sytuacji zaprzestania publikacji kluczowego wskaźnika referencyjnego o znaczeniu lokalnym, dlatego też zgodnie z zasadą proporcjonalności tę kwestię pozostawiono do szczegółowego uregulowania na poziomie państw członkowskich. Należy zauważyć, że w art. 23c rozporządzenia BMR nie określono, zarówno tego jaki krajowy organ państwa członkowskiego ma dokonać wyznaczenia zamiennika ani też jak na poziomie państw członkowskich ukształtować całą procedurę związaną z koniecznością efektywnego zastosowania zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego. Na poziomie prawa UE nie określono także w jakiej procedurze miałyby to nastąpić. Kwestie te pozostawiono do uregulowania państwom członkowskim – w ramach ich dyskrecjonalnych uprawnień i odpowiedniego dostosowania do warunków krajowych.
- 7) W naszej ocenie przyjęte w Polsce rozwiązanie umożliwiające wykonanie art. 23c BMR zostały ukształtowane w sposób, który jest transparentny i uwzględnia istotne interesy publiczne oraz umożliwia wykorzystanie najlepszej dostępnej wiedzy w procesie wyznaczania zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego oraz innych istotnych elementów procesu przejścia. Zgodnie z postanowieniami rozdziału 10a Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym zaprojektowany został cały schemat postępowania, którego ostatnim szczeblem jest wydanie rozporządzenia. Prawodawca wprowadzając na poziomie ustawowym uprawnienie dla ministra właściwego ds. instytucji finansowych zapewnił odpowiednie mechanizmy włączenia w ten proces instytucji sieci bezpieczeństwa finansowego. Ten kilkietapowy proces ścieżki wyznaczenia ustawowego zamiennika określony został w art. 61a-61c Ustawy i interpretacja uprawnienia ministra do wydania rozporządzenia musi być prowadzona w oparciu o całość tych przepisów i kompleksową konstrukcję całego procesu. Treść rozporządzenia będzie

uzależniona od stanowiska Komisji Nadzoru Finansowego (organ nadzoru mikroostrożnościowego, nadzór nad rynkiem finansowym) i rekomendacji Komitetu Stabilności Finansowej ds. nadzoru makroostrożnościowego. Ponadto zwracamy uwagę, że ewentualny proces powstania takiego rozporządzenia będzie prowadzony zgodnie z przyjętymi w Polsce regułami, uwzględniając publiczne konsultacje projektu. Dodatkowo, w naszej ocenie obszar wskazany w upoważnieniu dla ministra właściwego ds. instytucji finansowych w istocie jest działalnością o charakterze technicznym, który to oparty będzie o fachową wiedzę, ocenę specyfiki i warunków rynku i odbędzie się w zakresie ram prawnych wynikających z upoważnienia ustawowego.

- 8) Warto na wstępie także podkreślić, że sektor bankowy od początku dyskusji o reformie wskaźników referencyjnych w Polsce – na wzór innych rynków i praktyk z innych państw - podkreślał, że działania te muszą być prowadzone w sposób, który nie wygeneruje nowych ryzyk prawnych i zapewni wszelkie poszanowanie obowiązujących przepisów.
- 9) Zdajemy sobie sprawę, że omawiane zagadnienie może budzić wiele emocji, a wprowadzone mechanizmy awaryjne będą po raz pierwszy stosowane w przypadku, gdyby doszło do zaprzestania publikacji wskaźnika referencyjnego WIBOR. Mamy świadomość wagi zagadnienia ze względu na skalę wykorzystania WIBOR, stąd od samego początku ZBP zabiegał o ustalenie procesu, który będzie przede wszystkim dążył do zapewnienia pewności prawnej i transparentności całego procesu. Przy czym w tym miejscu warto wskazać na naturę i cel przyjętych w BMR rozwiązań w rozdziale 4A pt. Ustawowe zastąpienie wskaźnika referencyjnego. To jest rozwiązanie, które ma być odpowiedzią regulatora unijnego na zidentyfikowane ryzyko dla stabilności systemu finansowego powiązane z ryzykiem braku ciągłości umów i instrumentów finansowych. Na poziomie unijnym to rozwiązanie było już praktycznie stosowane w przypadku dwóch wskaźników referencyjnych: EONIA (Euro Overnight Index Average) oraz LIBOR CHF - obydwa te akty w swojej istocie zmierzały do zapewnienia możliwie zbliżonych warunków dalszego wykonywania kontraktów po zaprzestaniu publikacji określonego kluczowego wskaźnika referencyjnego. Taka sama intencja będzie przyświecać ewentualnym rozwiązaniom krajowym, bo ich funkcja wynika z bezpośrednio skutecznych przepisów BMR. Pragniemy także podkreślić, że polski mechanizm wyznaczenia ustawowego zamiennika ukształtowany w Ustawie o nadzorze

makroostrożnościowym będzie wykonywany w sposób zgodny z postanowieniami BMR i tutaj warto wskazać na pomijany w dotychczasowym dyskursie art. 23c ust. 4 BMR: „Zamiennik wskaźnika referencyjnego wyznaczony przez właściwy organ zgodnie z ust. 1 niniejszego artykułu nie ma zastosowania, jeżeli, przed dniem rozpoczęcia stosowania odpowiedniego przepisu prawa krajowego lub po tym dniu, wszystkie strony umowy lub instrumentu finansowego, o których mowa w art. 23a, lub ich wymagana większość, uzgodniły zastosowanie innego zamiennika wskaźnika referencyjnego.” Oznacza to prymat każdorazowo uzgodnień między stronami. Tym samym nieuprawnionymi są argumenty o „narzucaniu” zamiennika.

10) Ponownie podkreślamy, że nie ingerujemy w swobodę prowadzenia działalności naukowej, jednak jednoznacznie podkreślamy, że prezentacja określonych tez czy propozycji interpretacji może spotkać się z polemiką. Nie podzielamy argumentów i sposobu wnioskowania zaprezentowanego w przywołanym artykule naukowym. Zastrzegamy sobie prawo do odmiennej interpretacji tych samych przepisów. Równocześnie prezentujemy stanowisko i poglądy odmienne od tych przedstawionych w przywoływanym artykule naukowym. Przywołując inne opracowania naukowe chcieliśmy wskazać, że zagadnienie to pozostaje przedmiotem zainteresowania naukowców, przy czym jedynie jedno opracowanie podnosi zarzuty niekonstytucyjności przyjętych rozwiązań.

Odnosząc się do fragmentów i tez zacytowanych przez Panią Redaktor w ostatniej wiadomości e-mail:

1. **Pozorność procesu konsultacji.** Pozostajemy w rozbieżności wobec faktu, że „procedura konsultacji sposobu wyboru zamiennika (art. 61a i 61b u.n.m.) jest w istocie pozorna”. Nie zgadzamy się, że o rzekomej pozorności konsultacji miałby decydować fakt, że Minister Finansów jednocześnie zasiada w KSF i uczestniczy w pracach KS NGR (Komitet Sterujący Narodowej Grupy Roboczej ds. reformy wskaźników referencyjnych) oraz nie ma obowiązku uwzględnienia rekomendacji KSF. Po pierwsze warto zauważyć, że udział przedstawicieli Ministerstwa Finansów w tych wszystkich gremiach bezsprzecznie nie może być traktowany w naszej ocenie jako zarzut. W naszej ocenie takie ukształtowanie przepisów odpowiada strukturze i systemowi nadzoru makroostrożnościowego, jaki został w Polsce przyjęty. Ponadto w uzasadnieniu Projektu, który wprowadzał to rozwiązanie

znajdujemy następujące twierdzenie, które w naszej stronie potwierdza spójność i zasadność zastosowanego rozwiązania:

„Skala ekspozycji istniejących umów i instrumentów finansowych na kluczowe wskaźniki referencyjne (bez wskazania ich zamienników), w przypadku zaprzestania ich opracowywania, zwiększa ryzyko niewykonania zobowiązań umownych oraz ryzyko wystąpienia sporów, co mogłoby w znaczny sposób zakłócać funkcjonowanie systemu finansowego, generując ryzyko systemowe. W związku z tym regulowana materia stanowi istotny element nadzoru makroostrożnościowego nad systemem finansowym i działania na rzecz wyeliminowania lub ograniczania ryzyka systemowego powstającego w tym systemie, co skutkuje koniecznością zmiany ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 140, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o nadzorze makroostrożnościowym”. Projektowane rozwiązanie zawiera przepisy wskazujące Komitet Stabilności Finansowej, działający w ramach nadzoru makroostrożnościowego, zwany dalej „KSFM”, jako właściwy organ do wydawania rekomendacji w zakresie konieczności wyznaczenia zamiennika lub zamienników kluczowego wskaźnika referencyjnego. Tym samym, ze względu na istotną rangę regulowanej materii, w proces wyznaczania zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego zaangażowane zostaną: Komisja Nadzoru Finansowego, zwana dalej „Komisją”, KSFM oraz minister właściwy do spraw instytucji finansowych. Komisja będzie inicjatorem procesu wyznaczania zamiennika lub zamienników kluczowego wskaźnika referencyjnego. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 837), zwanej dalej „ustawą o nadzorze nad rynkiem kapitałowym”, Komisja jest właściwym organem w rozumieniu rozporządzenia BMR, a jej nadzorowi podlegają między innymi administratorzy w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia BMR (art. 5 pkt 23 tej ustawy). Z art. 23 ust. 4 rozporządzenia BMR w związku z art. 3 ust. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym wynika także, że organ ten jest właściwy do dokonania oceny zdolności wskaźnika referencyjnego do pomiaru danego rynku i danych realiów gospodarczych, dysponuje zatem odpowiednią wiedzą do zainicjowania

procedury Minister właściwy do spraw instytucji finansowych będzie upoważniony do określenia, w drodze rozporządzenia, zamiennika lub zamienników kluczowego wskaźnika referencyjnego. Wydając rozporządzenie minister weźmie pod uwagę rekomendację KSFM, jak również wzrost ryzyka systemowego w systemie finansowym spowodowanego zaprzestaniem opracowywania kluczowych wskaźników referencyjnych lub ich likwidacją. Tym samym minister właściwy do spraw instytucji finansowych jest wskazany jako krajowy właściwy organ państwa członkowskiego w zakresie wyznaczenia zamiennika lub zamienników kluczowego wskaźnika referencyjnego, zgodnie z art. 23c ust. 1 rozporządzenia BMR.”

W naszej ocenie z przytoczonego uzasadnienia jednoznacznie wynika, że w przemyślany sposób angażuje się w procedurę wszystkie instytucje sieci bezpieczeństwa finansowego. Natomiast sam fakt, że przedstawiciel Ministra Finansów bierze udział w KSF i potem wydaje rozporządzenie nie może stanowić dowodu na potwierdzenie tezy, że w ten sposób iluzoryczne stają się konsultacje z Komitetem. Całe ukształtowanie procedury powoduje, że nie będzie to arbitralna decyzja Ministra. Przeprowadzenie owych konsultacji i wydawanie rekomendacji jest wyrazem transparentności całego procesu, która jest niezbędna biorąc pod uwagę skalę stosowania kluczowego wskaźnika referencyjnego.

Udział Ministra Finansów zarówno w Komitecie Stabilności Finansowej jak i w pracach NGR w naszej ocenie może stanowić swoistą gwarancję prawidłowego przepływu informacji oraz kompleksowej wiedzy członków Komitetu o całokształcie kontekstu w jakim mogłoby dojść do zaprzestania publikacji kluczowego wskaźnika referencyjnego.

Ponadto zwracamy uwagę na brzmienie art. 61c Ustawy – w nim jest wskazane, że Minister bierze pod uwagę rekomendacje Komitetu oraz wzrost ryzyka systemowego w systemie finansowym, zatem ma obowiązek w wydawanym rozporządzeniu uwzględnić czy wręcz odwzorować rekomendacje Komitetu. Ponadto zwracamy uwagę na systemową rolę rekomendacji KSF, która wynika z art. 18 Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym.

Wreszcie argumentacja związana z rzekomą „pozornością” w naszej ocenie nie jest trafiona także dlatego, że w polskim systemie prawnym mamy inne przykłady podobnych sekwencji zdarzeń, gdzie najpierw Komitet wydawał rekomendację, w której zobowiązywał ministra do wydania określonego rozporządzenia. Przykładem może być np. Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 września 2017 r. w sprawie bufora ryzyka systemowego, które zostało wydane na podstawie art. 50 ust. 8 Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym i było poprzedzone wydaniem przez Komitet Stabilności Finansowej odpowiedniej rekomendacji. I tutaj warto zwrócić uwagę na konstrukcję tego uprawnienia w związku z kolejnym ustępem (9), gdzie używane jest podobne słownictwo do tego zawartego w art. 61c Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym – „Wydając rozporządzenie, o którym mowa w ust. 8, minister właściwy do spraw instytucji finansowych uwzględnia: 1) rekomendację Komitetu...”.

2. Polemika co do zastosowania w artykule wykładni systemowej i językowej.

Odnosząc się w poprzedniej odpowiedzi nie wskazywaliśmy, że w całym artykule nie zastosowano wykładni systemowej. Natomiast w naszej ocenie konkluzja wyrażona w sformułowaniu:

„Rozporządzenie nie przewiduje tutaj żadnych dodatkowych uprawnień do wydania np. spreadu korygującego czy dokonania jakichkolwiek zmian dostosowawczych. Milczenie unijnego ustawodawcy bynajmniej nie jest przypadkowe. Rozporządzenie statuuje jedynie normę kompetencyjną uprawniającą do zastąpienia kluczowego wskaźnika referencyjnego i wskazania jego zamiennika przez właściwy organ państwa członkowskiego.”

jest właśnie efektem wnioskowania opartego o literalne brzmienie art. 23c. Natomiast w naszej ocenie koniecznym jest uwzględnienie kontekstu i celu regulacji, który został określony w art. 23a i 23b BMR. Dowodem na konieczność przewidywania w prawie krajowym analogicznych elementów związanych z tranzycją, jak te określone w art. 23b ust. 9 BMR (np. spread korygujący) jest sam fakt, że prawodawca unijny przewidział te elementy w rozdziale 4A BMR tworząc cały system wyznaczania ustawowego zamiennika odpowiednio podzielony na: wyznaczanie zamiennika na poziomie UE (przez Komisję Europejską) i na poziomie krajowym. Podkreślanie różnicy brzmienia przepisów w naszej ocenie tworzy wrażenie, jakoby postanowienia BMR w odniesieniu do krajowej ścieżki zastąpienia były zupełnie odmienną instytucją

od tej ukształtowanej na poziomie unijnym. Natomiast według nas te dwa mechanizmy są ze sobą systemowo i funkcjonalnie powiązane. Ponadto formułowanie twierdzeń, że z BMR nie wynika uprawnienie do wyznaczenia czegoś więcej niż samego zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego o znaczeniu lokalnym może prowadzić do nieprawidłowych konkluzji z punktu widzenia systemu wyznaczania ustawowego zamiennika w oparciu o BMR. Uważamy, że uprawnioną jest teza, że BMR nie stoi na przeszkodzie, żeby krajowe ramy prawne przewidywały poza samym uprawnieniem do wyznaczenia zamiennika inne elementy niezbędne do prawidłowego i bezpiecznego zastosowania ustawowego zamiennika dla kluczowego wskaźnika referencyjnego. Ponownie, podkreślamy, że szanując prawo do dyskursu naukowego, zastrzegamy sobie prawo do odmiennej interpretacji określonych przepisów.

Ponadto podkreślamy, że odesłanie w polskim prawodawstwie do zakresu rozporządzenia wydawanego przez Komisję Europejską w istocie prowadzi do zapewnienia spójności między mechanizmami przejścia, a nie przejmuje kompetencje Komisji Europejskiej, ponieważ Komisja Europejska ma kompetencje w tym zakresie wyłącznie w odniesieniu do określonego typu wskaźników referencyjnych (nie jest nim WIBOR). Komisja Europejska została wyznaczona do dokonania odpowiednich zmian dostosowawczych i ustalenia korekty spreadu tylko w odniesieniu do wyznaczenia zamiennika dla kluczowych wskaźników referencyjnych określonych na podstawie przesłanek z art. 20 ust. 1 lit. a) lub c) BMR, nie zastrzeżono dla niej kompetencji dla wyznaczenia zamiennika i spreadu korygującego dla „lokalnych” kluczowych wskaźników referencyjnych, dlatego nie należy sugerować, że BMR zastrzegło prawo do wyznaczenia korekty spreadu wyłącznie dla Komisji Europejskiej.

3. Polemika w zakresie naruszenia prawa UE przez polską Ustawę. Pozostajemy w fundamentalnej rozbieżności co do oceny zgodności z prawem UE w przytoczonym zakresie. Za nieuprawnione i nieprawidłowe uznajemy przytoczenie poniższego orzecznictwa Trybunału jako adekwatnego do oceny analizowanego stanu faktycznego i prawnego (tj. sprawy o sygnaturze 34/73 *Fratelli Variola S.p.A* oraz sprawy o sygnaturze 40/69 *Firma Paul G. Bollmann*). Uważamy, że te orzeczenia nie mogą być przywoływane na potwierdzenie tezy o rzekomym naruszeniu prawa UE przez Polskę. Przy czym, co oczywiste, nie kontestujemy ani nie poddajemy w wątpliwość jednej z fundamentalnych zasad prawa UE

wywodzonej z art. 288 TFUE dot. bezpośredniej skuteczności i bezpośredniego obowiązywania rozporządzeń. Uważamy, że dobrane orzecznictwo odnosi się do zasadniczo odmiennych stanów faktycznych i prawnych. Sprawa 34/73 odnosi się do stanu faktycznego, gdzie Spółka Fratelli Variola S.p.A. zakwestionowała opłatę nakładaną przez włoską administrację na importowane towary, powołując się na rozporządzenia Rady nr 19/62 i nr 120/67 dotyczące wspólnej organizacji rynku zbóż. W przywołanym orzeczeniu Trybunał m.in. został zapytany czy sporne przepisy rozporządzeń mogą zostać wprowadzone do krajowego porządku prawnego poprzez środki wewnętrzne, które powielają treść przepisów wspólnotowych w taki sposób, że podlegają one prawu krajowemu, co wpływa na jurysdykcję Trybunału. Zatem w istocie Trybunał odnosił się do działania państwa polegającego na przyjęciu przepisów krajowych, które replikowały przepisy rozporządzeń, które już obowiązywały z mocy prawa unijnego. Ponadto wśród zagadnień prawnych jakie się tam pojawiły była kwestia tego, czy dopuszczalne jest aby państwo na podstawie przepisów krajowych próbowało w istocie zmienić datę, od której zaczyna obowiązywać zakaz nakładania opłat mających równoważny skutek jak cła. (*“IT IS CLEAR FROM THE FILE THAT THIS QUESTION IS OCCASIONED BY THE ITALIAN LAW NO 447 OF 24 JUNE 1971 UNDER WHICH WERE ABOLISHED THE STATISTICS DUTY AND THE ADMINISTRATIVE SERVICES DUTY WHICH, IN ITS JUDGEMENTS OF 1 JULY 1961 IN CASE 24/68 (REC . 1969) AND OF 18 NOVEMBER 1970 IN CASE 8/70 (REC . 1970), THE COURT DECLARED TO BE INCOMPATIBLE WITH COMMUNITY PROVISIONS PROHIBITING THE LEVYING OF DUTIES HAVING EQUIVALENT EFFECT TO CUSTOMS DUTIES. THE ITALIAN LAW PROVIDES THAT ABOLITION TAKES EFFECT ONLY FROM THE DATE ON WHICH THE LAW CAME INTO FORCE, VIZ. 1 AUGUST 1971, EXCEPT FOR THE ADMINISTRATIVE SERVICES DUTY LEVIED ON GOODS IMPORTED FROM OTHER MEMBER STATES, WHICH WAS ABOLISHED WITH EFFECT FROM 30 JUNE 1968 .”*).

Natomiast w przypadku sprawy 40/69 spór prawny, który się pojawił wynikał z tego, że spółka Paul G. Bollmann sprowadziła do Niemiec kukurydzę (z innego państwa Wspólnoty). Niemiecki urząd celny zaklasyfikował ten towar w sposób, który w ocenie

importera był niezgodny z rozporządzeniem wydanym na poziomie Wspólnoty, co powodowało inną opłatę celną nałożoną na spółkę. Istotą sporu było to, czy państwo członkowskie (jego organy) są uprawnione do interpretacji rozporządzenia w zakresie interpretacji terminów opisujących towary objęte tą regulacją. Zatem w istocie naruszenie prawa UE w tym przypadku powiązane było z tym, że terminom stosowanym w rozporządzeniu nadawano indywidualną interpretację na poziomie krajowym, co oczywiście przeczyłoby jednolitości stosowania prawa UE w całej Wspólnocie. Jak wskazał Trybunał w pkt. 9 zagrożeniem dla zasad prawa UE byłoby gdyby każde państwo członkowskie mogło samodzielnie określać zakres opisów towarów w przypadku trudności z ich klasyfikacją taryfową.

Ponadto, co także jest istotne dla kontekstu i wywodzonych ocen, powyższe orzeczenia wydawane były w odniesieniu do cel, które stanowią kompetencję wyłączną UE (obecnie uregulowane jest to w art. 3 TFUE). W zakresie kompetencji wyłącznych UE, zgodnie z art. 2 ust. 1 TFUE „jeżeli Traktaty przyznają Unii wyłączną kompetencję w określonej dziedzinie, jedynie Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty prawnie wiążące, natomiast Państwa Członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania aktów Unii”. Natomiast w analizowanym stanie prawnym i faktycznym (dot. wyznaczenia ustawowego zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego) możemy mówić o tzw. kompetencjach dzielonych UE (o których mowa odpowiednio w art. 2 ust. 2 TFUE oraz art. 4 TFUE), ponieważ rozporządzenie BMR zostało przyjęte na podstawie art. 114 TFUE. Ten kontekst podziału kompetencji jest niezwykle istotny z punktu widzenia analizy przytoczonych fragmentów z orzecznictwa.

W istocie, dwa przytoczone w mailu Pani Redaktor orzeczenia wskazują, że bezwzględnie niedopuszczalnym jest podejmowanie działań krajowych, które służą powtórzeniu norm rozporządzenia w krajowych przepisach, modyfikowaniu daty wejścia w życie obowiązków/praw wynikających wprost z rozporządzenia czy modyfikacji postanowień rozporządzenia lub podejmowania jakichkolwiek działań mogących zmierzać do zmiany zakresu konkretnego rozporządzenia.

W analizowanym przypadku Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nie dochodzi do żadnego z działań podobnych lub bliskich działaniom jakie następowały w

opisanych powyżej kazusach. Polski prawodawca zmierza wyłącznie do zapewnienia skutecznego stosowania postanowień BMR. Odesłanie do art. 23b ust. 9 BMR w przedmiocie ustalenia zakresu stanowiska Komisji Nadzoru Finansowego, następnie rekomendacji Komitetu Stabilności Finansowej i finalnie rozporządzenia Ministra Finansów, nie stanowi modyfikacji jakiejkolwiek normy BMR. W naszej ocenie to odwołanie ma zapewnić pełną kompatybilność między mechanizmem wyznaczenia ustawowego zamiennika przez Komisję Europejską i przez krajowy organ nadzoru. Przez to odwołanie, przepisy krajowe nie modyfikują zakresu art. 23c BMR, ale w istocie umożliwiają wykonanie tego uprawnienia przy zachowaniu pełnej zgodności z BMR i z całą logiką mechanizmu ustawowego zastąpienia. Przepisy Ustawy nie zmierzają do powtórzenia przepisów BMR w zakresie art. 29b ust. 9 BMR – przecież to odesłanie nie powoduje, że odbierane lub w jakimkolwiek zakresie modyfikowane lub powtarzane jest uprawnienie Komisji Europejskiej. Polski prawodawca w ogóle w to nie ingeruje. Dokonuje wyłącznie odesłania do zakresu przedmiotowego, nadając odpowiednie uprawnienia Ministrowi Finansów, tak aby w sposób rzeczywisty i spójny z BMR wprowadzić do polskiego porządku prawnego uprawnienie, o którym mowa w art. 23c BMR.

Art. 23b ust. 9 zawiera uprawnienie dla Komisji Europejskiej do wyznaczenia zamiennika dla kluczowych wskaźników referencyjnych, o których mowa w art. 20 ust. 1 lit. a) lub c) BMR, nie zastrzeżono dla niej kompetencji dla wyznaczenia zamiennika i spreadu korygującego (czy innych elementów) dla „lokalnych” kluczowych wskaźników referencyjnych (o których mowa w art. 20 ust. 1 lit. b BMR), dlatego nie należy sugerować, że BMR zastrzegło prawo do wyznaczenia korekty spreadu wyłącznie dla Komisji Europejskiej, a tym samym wyłączyło taką możliwość na poziomie krajowym i na poziomie krajowym nie może dochodzić do tworzenia analogicznych rozwiązań niezbędnych do wypełnienia dyspozycji normy art. 23c BMR. Ponadto pozytywnie należy ocenić odesłanie do terminologii wykorzystanej bezpośrednio w BMR, ponieważ pozwala to w istocie na zachowanie spójności i jednolitości terminologii, co uniemożliwia modyfikację zakresu terminów stosowanych w BMR.

Mając powyższe na uwadze, w naszej ocenie przywoływane orzecznictwo nie jest adekwatne porównania stanu prawnego i faktycznego jakie miało miejsce w związku z wprowadzeniem mechanizmu ustawowego zastąpienia kluczowego wskaźnika

referencyjnego i nie może stanowić podstawy do oceny niezgodności z prawem UE działań Polski w omawianym zakresie.

Wreszcie, odnosząc się do argumentu jakim jest zgodność z prawem UE warto zwrócić uwagę na kwestię, którą w swoich rozważaniach pominęli autorzy tekstu naukowego. A mianowicie, gdyby przyjąć postulowany przez nich kierunek wyboru ustawy jako właściwego instrumentu prawnego do wyznaczenia zamiennika, w jaki sposób miałyby zostać wypełnione postanowienie z art. 23c BMR w zakresie wskazania „właściwego organu państwa członkowskiego”? W obecnej konstrukcji mechanizmu wyznaczenia na poziomie krajowym zamiennika kluczowego wskaźnika referencyjnego mamy, za sprawą upoważnienia zawartego w Ustawie, jasno określony taki organ właściwy i jest nim minister właściwy ds. instytucji finansowych.

4. Nazywanie wrzutką legislacyjną procesu, który wprowadzał art. 61 c Ustawy.

Na wstępie pragniemy zaznaczyć wątpliwość w artykułowaniu tez przez Autorów opracowania. „Wrzutką” legislacyjną w poniższym fragmencie maila Pani Redaktor określają art. 61c Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym i art. 85 Ustawy o finansowaniu społecznościowym. Wrzutką legislacyjną już rzekomo nie są określone przepisy art. 61a i 61 b Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym, które są elementem całego systemu wyznaczania zamiennika w polskim porządku prawnym. Pominięcie tych przepisów po raz kolejny utwierdza nas w przekonaniu, że prowadzone wnioskowanie ma charakter fragmentaryczny i nie obejmuje całego kontekstu prawnego. Oczywiście art. 61c Ustawy o nadzorze makroostrożnościowym został wprowadzony w tym samym trybie, co art. 61a i 61b i sprzeciwiamy się medialnemu nazywaniu tego „wrzutką legislacyjną”. Wyjdźmy od tego, że termin „wrzutka” nie jest ani terminem prawnym, ani terminem prawniczym, jest to termin potoczny. Spróbujmy najpierw zdefiniować czym jest owa „wrzutka” legislacyjna, aby móc odnieść się do owego zarzutu. Termin „wrzutka” odnosi się do sytuacji, gdy do projektu ustawy w toku prac parlamentarnych dodane zostaną przepisy, które nie były objęte pierwotną inicjatywą ustawodawczą, które nie mają związku z celem ustawy, które nie zostały odpowiednio uzasadnione i nie były poddane pełnej procedurze legislacyjnej. Takie rozumienie pojęcia „wrzutka” opieramy na orzecznictwie Trybunału

Konstytucyjnego, w szczególności orzeczenia K 25/98¹, K 3/98², K 24/98³. Tym samym w najmniejszym stopniu nie możemy się zgodzić, że wprowadzenie

¹ „Z tych względów Trybunał Konstytucyjny uważa, że: 1) z konstytucji wynika nakaz dostrzegania i akcentowania odrębności pomiędzy „poprawką” a „inicjatywą ustawodawczą”; 2) odrębność ta wiąże się przede wszystkim z aspektem treściowym. Inicjatywa ustawodawcza jest samodzielną propozycją legislacyjną, dotyczącą unormowania zagadnień objętych jej przedmiotem, a przedmiotowe ramy inicjatywy zależą w zasadzie od uznania jej autorów. Poprawka jest wtórną propozycją legislacyjną odnoszącą się do tekstu, do którego zostaje zaproponowana, co oznacza, że musi ona też pozostawać w przedmiotowych ramach tego tekstu; 3) nakaz ten dotyczy wszystkich stadiów postępowania parlamentarnego, tak w Sejmie nad projektem ustawy (czemu dały wyraz orzeczenia K. 18/95, K. 3/98 i K. 24/98), jak i w Senacie nad ustawą uchwaloną przez Sejm (czemu dały wyraz orzeczenia K. 5/93 i K. 25/97).”

² „Trybunał Konstytucyjny zajmował się już w swoim orzecznictwie problematyką dopuszczalnego zakresu poprawek. W orzeczeniu z 9 stycznia 1996 r. (K. 18/95, OTK ZU Nr1/1996, s.2 i n.) rozważano dopuszczalność poprawek zgłaszanych do projektów ustaw rozpatrywanych w trybie pilnym. Trybunał wskazał m.in., że „w pilnym trybie ustawodawczym posłowie nie mogą wprowadzać poprawek dowolnie rozszerzających zakres regulacji ustawowej poza materie zawarte w pilnym projekcie ustawy pochodzącym od Rady Ministrów” (s.14); jeżeli treści zawarte w poprawkach „mają charakter nowości dodanych w toku prac komisji sejmowych... wykraczających zasadniczo poza cel i przedmiot regulacji proponowanej przez Radę Ministrów” (s.15). W orzeczeniu z 23 listopada 1993 r. (K. 5/93, OTK w 1993 r., cz. II, s.376 i n.) rozważano natomiast dopuszczalny zakres poprawek zgłaszanych przez Senat do ustaw uchwalonych już przez Sejm. Trybunał uznał m.in., że poprawki Senatu „muszą dotyczyć wprost materii, która była przedmiotem regulacji w tym tekście, który został przekazany Senatowi” (s.387). „Prawo wnoszenia przez Senat poprawek (...) wykonywane jest w jednej z końcowych faz procesu ustawodawczego, przedzielonej od realizacji prawa inicjatywy ustawodawczej stadium rozpatrzenia projektu w tzw. czytaniach i jego przyjęciem (uchwaleniem) przez Sejm. Jakiegokolwiek ominięcie któregoś ze stadiów stanowiłoby naruszenie Konstytucji (...)” (s.389). Z kolei w orzeczeniu z 22 września 1997 r. (K. 25/97, OTK ZU Nr 3-4/1997, s.302), wskazano, że „Senat nie jest uprawniony do zastępowania treści (...) ustawy treścią zupełnie inną, jeżeli chodzi o tematykę i przedmiot regulacji, gdy oznaczałoby to obejście przepisów o inicjatywie ustawodawczej Senatu”. oraz „Trybunał Konstytucyjny jest zdania, że jeżeli poprawka wnoszona w trakcie prac sejmowych wykracza poza pierwotny zakres treściowy projektu w sposób przekształcający charakter materii i założenia treściowe tego projektu, to - niezależnie od oceny, czy pozostaje to jeszcze w granicach wyznaczanych przez art. 118 ust. 1 konstytucji - może to na nowo uaktualniać obowiązek uzyskania opinii uprawnionych podmiotów na ten temat. Jeżeli bowiem zakres treściowy poprawki jest na tyle autonomiczny i odrębny od pierwotnego tekstu projektu, że podmiot opiniujący nie miał żadnych racjonalnych przesłanek by przewidywać, że zakres ustawy obejmie takie nowe materie, to podmiot opiniujący nie mógł też zająć stanowiska wobec tych materii i tym samym nie pojawiła się po stronie Sejmu możliwość podjęcia ostatecznej decyzji ustawodawczej w oparciu o znajomość stanowiska tych podmiotów, którym przepisy procedury legislacyjnej dały prawo zajęcia takiego stanowiska.”

³ „W świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 czerwca 1998 r. (*sygn. K. 3/98*), istnieje „konstytucyjny nakaz, by podstawowe treści, które znajdują się ostatecznie w ustawie przebyły pełną drogę procedury sejmowej, tak by nie zabrakło czasu i możliwości na przemyślenie przyjmowanych rozwiązań i zajęcie wobec nich stanowiska”. Oznacza to, że niedopuszczalne jest „wprowadzenie do projektu nowych, istotnych treści na ostatnich etapach procedury sejmowej”, co „dotyczyć (...) może zwłaszcza poprawek zgłoszonych dopiero w drugim czytaniu i nie będących przedtem przedmiotem rozważań w komisjach”. Jednocześnie niedopuszczalna jest sytuacja, w której „poprawka stanowi projekt nowej regulacji prawnej, a jej treść wyraża nowość normatywną pozbawioną bezpośredniego związku z pierwotnie określonym celem i przedmiotem projektu”.”

mechanizmu ustawowego zastąpienia kluczowego wskaźnika referencyjnego było jakąkolwiek „wrzutką legislacyjną”, ponieważ:

- propozycja zmian przepisów znajdowała się w projekcie przyjętym przez Rząd, zamieszczonym na RCL, podlegającym procesom konsultacji publicznych;
- wskazywany jako „wrzutka” art. 61 c Ustawy o nadzorze markoostrożnościowym oraz art. 85 Ustawy o finansowaniu społecznościowym zaprezentowane były w projekcie wniesionym przez Rząd do Sejmu, nie pojawiły się na etapie prac parlamentarnych (bez uzasadnienia i odpowiedniego trybu konsultacyjnego).

Przejdzie przez ten akt całej ścieżki procesu legislacyjnego, co można odpowiednio prześledzić na stronie Rządowego Centrum Legislacji, Sejmu i Senatu w naszej ocenie bezwzględnie uniemożliwia nazywanie tych przepisów „wrzutkami legislacyjnymi”, a służy wyłącznie próbą medialnego dezawuowania całości procesu związanego z prowadzoną reformą wskaźników referencyjnych w Polsce.