

Sesja IX prace wyróżnione w *call for papers*

## **Prawo upadłościowe po drugiej stronie Oceanu:**

### **Amerykańskie bankowe prawo insolwencyjne – wybrane zagadnienia prawne.**

**Szymon Syp**<sup>1</sup>

Student prawa

Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

#### **Abstrakt**

W Stanach Zjednoczonych prawem właściwym dla większości spółek handlowych w zakresie prawa insolwencyjnego (*bankruptcy law*) jest federalny kodeks upadłościowy (*federal bankruptcy code*), który stosują specjalne sądy upadłościowe (*bankruptcy courts*). Banki są odbierane jako instytucje wyjątkowe („*banks are special*”), dlatego też inny jest reżim, jaki należy w stosunku do nich stosować. Należy podkreślić, że cel tego reżimu, którego podstawy są odmienne od reżimu dotyczącego spółek handlowych, decyduje o odmienności przyjętych w nim rozwiązań od podstawowych zasad prawa insolwencyjnego.

Przedmiotem niniejszego artykułu są wybrane zagadnienia prawne amerykańskiego prawa insolwencyjnego, w szczególności dotyczące głównego elementu systemu instytucji finansowych – banków. Autor opisuje kolejno historię kształtowania się tego prawa, podstawowe akty prawne regulujące powyższą materię, definiuje podstawowe pojęcia oraz omawia odpowiednio: postępowanie insolwencyjne i jego etapy, pierwszeństwo zaspokojenia wierzycieli, a także zarzuty dłużników. Całość dopełnia instytucja prawna odpowiedzialności tzw. afiliowanych stron instytucji finansowej – partykularnie prawników na bazie przypadku kancelarii prawniczej Kaye Scholer. Wyczerpujące omówienie bankowego prawa insolwencyjnego obowiązującego w Stanach Zjednoczonych przekracza zakres jak również cel niniejszego artykułu. Osoby zainteresowane pogłębieniem wiedzy znajdą odniesienie do licznej literatury obcojęzycznej. Podsumowanie artykułu stanowi wybór krytycznych uwag Autora oraz ocena możliwości przeniesienia instytucji amerykańskiego prawa insolwencyjnego na grunt prawa polskiego.

**Kluczowe słowa:** Prawo Upadłościowe, Prawo Naprawcze, Banki, Ryzyko Niewypłacalności, Odpowiedzialność (*Bankruptcy, Banking Industry, Insolvency Risk, Liability*)

---

<sup>1</sup> Student 4 roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Stypendysta amerykańskich uczelni: Levin College of Law, Uniwersytetu na Florydzie oraz Maurer School of Law, Uniwersytetu w Indianie. Członek Centrum C-law. Wszelkie uwagi proszę kierować na adres e-mail: szymonsyp@gmail.com;

## Summary

In the United States the law governing the resolution of corporations in case of insolvency is the federal bankruptcy code which special bankruptcy courts apply. Banks are to be found as special institutions (“Banks are special”). Therefore, the regime which is applied to them is different. It is worth to underline that the aim of this regime, which is completely different from the regime of corporations, determines distinctness of its provisions that were adopted.

The scope of this article includes: the selection of legal issues of the American insolvency law, particularly these which deal with the crucial element of the financial system –banks. The Author describes the history of this law, the basic acts that govern these matters, also defines the basic legal terms and reaches the character of bankruptcy proceedings, and its parts, the priority of satisfying claims of creditors and claims of debtors, including *D’Oench* doctrine. All the above is followed by the regime of liability of so called affiliated parties of the financial institution – particularly liability of lawyers based on the famous case *Kaye Scholer*. Describing all the elements of the banking bankruptcy system exceeds the scope of this article. These who will be interested in broadening their knowledge on a particular matter can reach the literature set forth in the article.

Conclusions are: a set of critical views of the Author on American bankruptcy system and the attempt to assess the availability of transferring the American institutions of insolvency law to the Polish Legal System.

**Kody klasyfikacji JEL:** K10, K23, K41, K42

### Układ pracy:

1. Wstęp
2. Pojęcie niewypłacalności. Regulacje prawne w Stanach Zjednoczonych.
3. Rys historyczny bankowego prawa insolwencyjnego po 1933 roku.
4. Postępowanie z bankami przed momentem niewypłacalności i w sytuacji wystąpienia stanu niewypłacalności.
5. Pierwszeństwo zaspokojenia wierzycieli. Roszczenia dłużników.
6. Odpowiedzialność afiliowanych stron instytucji finansowej na przykładzie *Kaye Scholer*.
7. Zakończenie.

## 1. Wstęp

Jak zauważa Richard Posner<sup>2</sup>, istnieje paralelny związek pomiędzy ubezpieczeniem depozytów (*deposit insurance*) a prawem upadłościowym (*bankruptcy law*)<sup>3</sup><sup>4</sup><sup>5</sup>. Brak ubezpieczenia depozytów banku powodowałby, iż w przypadku jakiegokolwiek oznaki, że bank ma problemy finansowe – osoby mające środki w tym banku, niezwłocznie zechciałyby wybrać swoje pieniądze. Sytuacja taka określona jest jako *bank run*, co można tłumaczyć jako panika bankowa i stanowi przykład tzw. krzywdzącej zewnętrzności (*harmful externality*)<sup>6</sup>. Polega ona na tym, że każda z osób poprzez usiłowanie wybrania środków z banku „skrzywdzi” pozostałych deponentów, również posiadających środki na depozytach, lecz jednocześnie żadna z tych osób nie weźmie pod rozwagę tej „krzywdy” podczas podejmowania decyzji czy wybrać swoje środki z banku<sup>7</sup>. Strach powoduje, że gdy jeden z deponentów ma problemy z wypłatą pieniędzy, pozostali deponenci również zaczynają żądać wypłaty oszczędności zgromadzonych na rachunkach bankowych

Decyzja, aby ubezpieczyć bankowe depozyty powoduje powstanie szeregu zależności pomiędzy instytucją ubezpieczającą – regulatorem banku a samym bankiem. Główną cechą tej zależności jest zwiększenie nadzoru nad działalnością banku, co nie może dziwić. Trafne wydaje się zauważenie podobieństwa pomiędzy tą zależnością a zależnością zwykłego stosunku obligacyjnego na linii wierzyciel (*creditor*) – dłużnik (*debtor*). Najważniejszymi kwestiami dla wierzyciela są możliwość otrzymania odpowiedniego zabezpieczenia

---

<sup>2</sup> Richard A. Posner to Starszy Wykładowca w Szkole Prawa Uniwersytetu Chicagowskiego oraz Sędzia Sądu Apelacyjnego dla VII Okręgu w Stanach Zjednoczonych. Więcej informacji na temat Profesora na: <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r/> (ostatnio odwiedzona 24 października 2009r.);

<sup>3</sup> Sam termin „bankructwo” pochodzi od włoskiego „banca rotta” co oznacza złamaną ławkę, stoisko i odnosi się do zwyczaju łamania stoiska na rynku handlarzowi, który stał się niewypłacalny. Za: R. Bliss, G. Kaufman, U.S. Corporate and Bank Insolvency Regimes: An Economic Comparison and Evaluation, Working Paper Series of Federal Reserve Bank of Chicago WP 2006-01;

<sup>4</sup> W dalszej części artykułu pojęcie prawo upadłościowe będzie rozumiane jako obejmujące również swoim zakresem prawo naprawcze. Brak jest bowiem w prawie amerykańskim, będącym przedmiotem analizy, rozróżnienia w samej nazwie na podobieństwo systemu polskiego na prawo upadłościowe i naprawcze. Mimo nazwy prawo upadłościowe i wywołującej tym zrozumiałą konotację prawa regulującego bankructwo sensu stricto, trzeba zastrzec, iż obejmuje ono zarówno upadłość jak też reorganizację czyli prawo naprawcze. (np. Federalny kodeks upadłościowy w Rozdziale 11 reguluje postępowanie naprawcze, podczas gdy Rozdział 7 dotyka procesu likwidacji);

<sup>5</sup> R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*. Fourth Edition, 1994, s. 448;

<sup>6</sup> *Ibidem*;

<sup>7</sup> *Ibidem*;

wypełnienia zobowiązania (np. rzeczowego), ale także jego skłonność udzielenia pożyczki w znacznej mierze zależy od ”pomocy” jakiej udzieli mu państwo w sytuacji, gdy dłużnik nie spełni powinienego świadczenia – nie spłaci długu<sup>8</sup>.

W tej sytuacji siła i rola nadzoru bankowego stanowi konieczność – chodzi bowiem przede wszystkim o zabezpieczenie interesu ogromnej rzeszy wierzycieli - deponentów, którzy mają swoje środki na kontach bankowych. *Ergo*, o zabezpieczenie finansowego systemu oraz utrzymania zaufania do instytucji finansowych. Wybór prawa Stanów Zjednoczonych jako porządku prawnego będącego przedmiotem analizy jest nieprzypadkowy, bowiem państwo to uchodzi za kolebkę kapitalizmu i jest uznawane za niedościgniony wzór w zakresie rozwiązań prawnych dotyczących instytucje finansowe<sup>9</sup>. Autor omówi wybrane instytucje prawa upadłościowego w Stanach Zjednoczonych: przede wszystkim wskaże akty, które regulują przedmiotową materię, omówi rysy historyczne, które wpłynęły na ich kształt oraz przeanalizuje wybrane instytucje i problemy tegoż prawa. Osoby rozdział poświęcony zostaje odpowiedzialności tzw. afiliowanych stron instytucji finansowych na przykładzie przypadku Kaye Scholer<sup>10</sup>.

## **2. Pojęcie niewypłacalności. Regulacje prawne w Stanach Zjednoczonych.**

Stan niewypłacalności (*insolvency*) zachodzi wówczas, gdy po stronie dłużnika wartość zaciągniętych zobowiązań przekracza wartość aktywów<sup>11</sup>. Oznacza to, że dłużnik jest niewypłacalny, gdy nie jest w stanie spłacać swojego długu w ramach zwykłej działalności (*ordinary course of business*). Skutki prawne, jakie wiążą się z tym momentem są doniosłe przede wszystkim dla wierzycieli (*creditors*), którzy doznają ograniczeń w zakresie efektywnego dochodzenia swoich wierzytelności. Przedsiębiorstwa cyklicznie stają się

---

<sup>8</sup> Zob. B. Adler, D. Baird, T. Jackson, *Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy*. Fourth Edition, 2007;

<sup>9</sup> Wiąże się z tym także praktyka, choćby ilość bankructw z którymi radzić musi sobie amerykański system. Przykładowo tylko w 2009 roku niewypłacalność ogłosiło 101 banków, co stanowi największą liczbę od 1992 roku. Więcej: <http://www.presstv.ir/detail.aspx?id=109452&sectionid=3510213> (ostatnio odwiedzona 24 października 2009 r.);

<sup>10</sup> Strona kancelarii i informacje o niej <http://www.kayescholer.com/index> (ostatnio odwiedzona 24 października 2009 r.);

<sup>11</sup> Black's Dictionary, Ósma edycja, 2008;

finansowo niewypłacalne<sup>12</sup>. Każde państwo stara się efektywnie rozwiązać problemy z tym związane poprzez akty prawotwórcze. Ustawodawca amerykański zdecydował się na rozwiązania wprowadzające dystynkcję pomiędzy reżimem prawnym dla spółek handlowych a reżimem dla banków komercyjnych<sup>13</sup>.

Podczas, gdy dla spółek handlowych właściwym w zakresie prawa insolwencyjnego jest federalny kodeks upadłościowy (*Federal bankruptcy code*<sup>14</sup>), w stosunku do banków<sup>15</sup>, działania jakie w stosunku do nich są podejmowane uregulowane zostały w akcie dotyczącym Federalnego Ubezpieczenia Depozytów (*Federal Deposit Insurance Act*<sup>16</sup>), oraz co wynika ze specjalnego wyłączenia z federalnego kodeksu upadłościowego<sup>17</sup>. Konsekwencją tego podziału jest obowiązywanie federalnego kodeksu upadłościowego do instytucji prowadzących działalność finansową (*financial holding companies*) oraz instytucji prowadzących działalność bankową (*banking holding companies*) traktowanych jako konglomeraty finansowe i którym bliższe są regulacje spółek handlowych aniżeli banków.

Stany Zjednoczone są więc doskonałym przykładem złożoności i braku jakichkolwiek ogólnych reguł umożliwiających analizę niewypłacalności instytucji finansowej. Na złożoność wpływ ma, po pierwsze, historia rozwoju i kształtowania się instytucji finansowych, po drugie, rozróżnienie pomiędzy poszczególnymi instytucjami finansowymi oraz element

---

<sup>12</sup> R. Bliss, G. Kaufman; U.S. Corporate and Bank Insolvency Regimes: An Economic Comparison and Evaluation, Working Paper Series of Federal Reserve Bank of Chicago, 2006;

<sup>13</sup> *Ibidem*;

<sup>14</sup> 11 U.S.C. 101-1338;

<sup>15</sup> Nieodzwonne wydaje się wyjaśnienie, że na gruncie amerykańskiego porządku prawnego możemy wyróżnić następujące instytucje finansowe:

a) banki (działające na poziomie państwowym, stanowym i niestanowym – uproszczony podział – co wynika z otrzymanego zezwolenia na prowadzenie działalności (*charter*). Możliwe są trzy sytuacje: bank decyduje się na wystąpienie o zezwolenie od organu nadzoru działającego w ramach Departamentu Skarbu (*Department of Justice*) – Office of Comptroller of the Currency (dalej: OCC), bank decyduje się na zezwolenie od regulatora stanowego, w którym będzie mieć główną siedzibę i decyduje się zostać członkiem System Rezerwy Federalnej Rady Gubernatorów (*Federal Reserve System Board of Governors*) lub też zostaje tylko i wyłącznie pod nadzorem regulatora stanowego.

b) instytucje oszczędnościowe (*savings institutions*)

c) związki kredytowe (*credit unions*)

d) instytucje prowadzące działalność finansową (*financial holding companies*)

e) instytucje prowadzące działalność bankową (*bank holding companies*);

<sup>16</sup> 12 U.S.C. 1821-1825;

<sup>17</sup> 11 U.S.C. 109(b)(2);

geograficzny – występowanie danej instytucji finansowej na poziomie stanu lub międzystanowym.

### 3. Rys historyczny bankowego prawa insolwencyjnego po 1933 roku.

Lata 30. dwudziestego wieku to okres spektakularnych upadków i bankructw instytucji finansowych w Stanach Zjednoczonych. Odpowiedzią na kryzys było utworzenie przez Kongres w 1933 roku Federal Deposit Insurance Corporation (Federalnego Depozytu Ubezpieczającego Depozyty Bankowe, dalej: FDIC). FDIC stał się wyłącznym syndykiem upadłych banków państwowych (*national banks*). Oprócz tego, uzyskał podobną moc prawną w stosunku do banków stanowych. Z kolei instytucją odpowiedzialną za wykonywanie zarządu nad upadłymi instytucjami oszczędnościowymi (*thrifts*) ubezpieczonych przez Federal Savings and Loan Insurance Corporation (dalej: FSLIC) została Federal Home Loan Bank Board<sup>18</sup>. Utworzenie FDIC oraz FSLIC sprawiło, że na przeszło 50 lat z tematów prawnych zniknęło bankowe prawo insolwencyjne.<sup>19</sup> Lata 80. przyniosły zasadniczą zmianę i konieczność ponownego spojrzenia na obowiązujące prawo w perspektywie spełniania przez niego podstawowych funkcji. Ogromna liczba bankructw instytucji oszczędnościowych spowodowała, że FSLIC zabrakło pieniędzy! Skutkowało to uchwaleniem Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act<sup>20</sup> (dalej: FIRREA) w 1989 roku. Jego głównym założeniem było wzmocnienie i skodyfikowanie mocy prawnej FDIC oraz Resolution Trust Corporation<sup>21</sup> (dalej: RTC). Instytucje zostały wyposażone i mogły działać jako syndyk (*receiver*) (poprzez likwidację upadłej instytucji) lub konserwator (*conservator*) (utrzymując i zarządzając upadłą instytucją w nadziei na jej sprzedaż).

---

<sup>18</sup> P. Swire, *Bank Insolvency Law Now That It Matters Again*, 42 Duke L.J. 459, 1992;

<sup>19</sup> *Ibidem*;

<sup>20</sup> Pub. L. No. 101-73, 103 Stat. 183;

<sup>21</sup> FIRREA utworzyła RTC, która spełniała rolę syndyka lub konserwatora instytucji oszczędnościowych, które upadły pomiędzy 1 stycznia 1989 roku a 1 października 1993 roku. FDIC przejęła tę rolę w zakresie instytucji oszczędnościowych upadłych po 1 października 1993 roku;

Kontynuacja eskapansji mocy prawnej FDIC nastąpiła w 1990 poprzez dwa akty: Crime Control Act<sup>22</sup> z 1990 roku oraz Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act<sup>23</sup> z 1991 roku. Po raz pierwszy, FDIC otrzymała znaczący wpływ na wypłacalne instytucje. Postanowienia dotyczące tzw.szybkiego naprawczego działania (*prompt corrective action*<sup>24</sup> dalej PCA) są tego koronnym dowodem. W przypadku, gdy sytuacja kapitałowa<sup>25</sup> jakiejś instytucji pogorszy się z dobrze kapitalizowanej (*well –capitalized*) do niedokapitalizowanej (*undercapitalized*)FDIC może uruchomić i nałożyć pewne środki na instytucję. Po pierwsze, reżim PCA może wymusić przedstawienie planu rekapitalizacji<sup>26</sup>. Inną możliwością jest ograniczenie przez FDIC niektórych rodzajów aktywności instytucji<sup>27</sup> Wreszcie, FDIC może wymagać poprawy sfery zarządzania poprzez dymisję i wymianę starszego personelu zarządzającego jak i członków rady zarządzającej<sup>28</sup>. *Last but not least*, nawet w przypadku gdy bank ma kapitał na plusie i nie jest technicznie niewypłacalny, FDIC może mianować syndyka<sup>29</sup>. Dzieje się tak wówczas, gdy współczynnik wartości bilansowej kapitału do wartości bilansowej aktywów spada poniżej 2 %<sup>30</sup>.

#### **4. Postępowanie z bankami przed momentem niewypłacalności i w sytuacji wystąpienia stanu niewypłacalności.**

Zanim dojdzie do konieczności użycia reżimu PCA, który został omówiony w poprzedniej części artykułu, FDIC może zaoferować finansowe wsparcie (*financial assistance*) bankowi, zanim stanie się on niewypłacalny. Leży to w całkowitej dyskrekcji FDIC i na warunkach i zasadach jakie FDIC ustali<sup>31</sup>. Pewne wskazówki, kiedy taka pomoc może zostać udzielona

<sup>22</sup> P. L. 101-647;

<sup>23</sup> P.L. 102-242, 105 Stat. 2236;

<sup>24</sup> 12 U.S.C.A. § 1831o;

<sup>25</sup> Strefy kapitałowe instytucji finansowej jakie wyróżnia prawo amerykańskie są następujące: (1) dobrze kapitalizowana (*well-capitalized*), (2) adekwatnie kapitalizowana (*adequately capitalized*), (3) niedokapitalizowana (*undercapitalized*), (4) znacząco niedokapitalizowana (*significantly undercapitalized*), (5) krytycznie niedokapitalizowana (*critically undercapitalized*) 12 U.S.C.A. § 1831o(c)(3)(1). Ramy niniejszej pracy nie obejmują wyjaśnienia struktury i poszczególnych stref kapitałowych. Więcej na ten temat: L. Broome, J. Markham, Regulation of Bank Financial Service Activities, Cases and Materials, Third Edition 2008, Rozdział 7;

<sup>26</sup> 12 U.S.C.A. § 1831o(e)(2);

<sup>27</sup> 12 U.S.C.A. § 1831o(e)(3);

<sup>28</sup> 12 U.S.C.A. § 1831o(f)(2)(F);

<sup>29</sup> 12 U.S.C.A. §1831o(h)(3);

<sup>30</sup> 12 U.S.C.A. §1831o(c)(3)(B)(i);

<sup>31</sup> 12 U.S.C.A. § 1823(c)(1);

wskazuje sama FDIC – determinując jej udzielenie od stanu, w którym finansowy wpływ na zarządających, dyrektorów, akcjonariuszy oraz podporządkowanych dłużników jest porównywalny do stanu w którym znalazłby się bank gdyby musiał zostać zamknięty<sup>32</sup>.

Zgodnie z prawem amerykańskim, zamknięcie banku następuje gdy zgodnie z zestawieniem bilansowym jego pasywa przewyższają aktywa, lub też gdy traci on płynność – nie jest w stanie wykonywać zobowiązań, gdy dług staje się wymagalny. Wyjątek stanowi wspomniany reżim PCA bowiem bank może zostać zamknięty również w sytuacji, gdy technicznie nie jest niewypłacalny, ale pozycja kapitałowa (rozumiana jako współczynnik wartości bilansowej kapitału do wartości bilansowej aktywów) wynosi 2% lub mniej. Uzasadnienie tego przypadku jest następujące: ma on zredukować koszt FDIC w zakresie rozwiązywania banku. Opiera się to na założeniu, że sytuacja banku ulegałaby dalszemu pogorszeniu od chwili zamknięcia do efektywnego rozwiązania<sup>33</sup>. Pozostały sposób zamknięcia banku to rozwiązanie zgodnie z postanowieniami statutu banku.

Efektem powyższych, tj. zamknięcia działalności banku, jest ustanowienie FDIC jako syndyka lub konserwatora upadłego banku<sup>34</sup>. Rozwiązanie banku ma nastąpić zgodnie z zasadą jak najmniejszych kosztów („*least cost*” *method*)<sup>35</sup> Sposoby rozwiązania obejmują: likwidację instytucji, transakcję kupna i przyjęcia (*purchase and assumption transaction*, dalej: P&A) i w sytuacji gdy bank jest zbyt duży, aby upaść (tzw. doktryna *too big to fail*) pomoc rządu, aby przywrócić bank do stanu wypłacalności.

Zaczynając od ostatniej sytuacji, występuje ona wyłącznie gdy FDIC oraz System Rezerwy Federalnej Stanów Zjednoczonych (*Federal Reserve System Board of Governors*<sup>36</sup>, dalej: FRB), a także Sekretarz Skarbu łącznie zgodzą się, iż upadek banku powoduje poważne ryzyko systemowe (*systematic risk*). Ryzyko to zakłada, iż w przypadku braku pomocy rządowej upadek banku spowodowałby znaczne szkody w systemie bankowym – stąd też konieczność zabezpieczenia środków wszystkim deponentów. Jako przykład zastosowania tej

<sup>32</sup> Za: L. Broome, J. Markham, *Regulation of Bank Financial Service Activities, Cases and Materials*, Third Edition 2008, s. 552;

<sup>33</sup> *Ibidem*;

<sup>34</sup> 12 U.S.C.A. § 1821(c);

<sup>35</sup> 12 U.S.C.A. § 1823(c)(4);

<sup>36</sup> Wiecej na temat FRB patrz: <http://www.federalreserve.gov/> (ostatnio odwiedzona 24 października 2009 r.);

sytuacji może posłużyć historia Continental Illinois bank i jego szeregu zależności z innymi bankami. Oto bowiem, około 1000 banków korespondencyjnych utrzymywało konta w banku Continental Illinois, z czego 66 miało depozyty nieubezpieczone na sumę przekraczającą 100% wartości ich kapitału. Gdyby nie decyzja o pomocy bankowi, jego upadek miałby znaczący wpływ na korespondencyjne banki i znaczącą by je osłabił<sup>37</sup>.

Zasadność koncepcji poważnego ryzyka systemowego oraz doktryny „*too big to fail*” nie jest przyjmowana bezkrytycznie. Zwłaszcza w sytuacji, gdy jedne banki nie otrzymują pomocy, a inne będące w podobnej sytuacji ją otrzymują – pojawia się pytanie o sposób determinacji i wyboru danej instytucji<sup>38</sup>. Zresztą samo stwierdzenie, że dana instytucja jest zbyt duża aby upaść stanowi zaprzeczenie zasady staranności i rzetelności w prowadzeniu działalności bankowej, finansowej czy korporacyjnej. Pojawia się zarzut, że sprzyja to tzw. moralnemu hazardowi (*moral hazard*), a więc możliwości niczym nieograniczonych decyzji zarządzających daną instytucją, zbyt dużą aby upaść i narażenia się na konsekwencje swoich działań przez zarządzających, skoro zawsze dostanie ona pomoc rządową, aby zapobiec krachowi systemu czy jego poważnemu zagrożeniu. Tematyka niezwykle ciekawa, niestety ramy niniejszego artykułu nie obejmują jej zakresu.

Inny sposób rozwiązania banku – P&A stanowi regulowany sposób przejęcia niewypłacalnego banku. Polega ona na tym, że jeden bank czy instytucja finansowa kupuje aktywa innego, upadłego banku. Jak wspomniano wcześniej, stanowi to jedną z trzech podstawowych metod rozwiązania banku. Typowa struktura takiej transakcji obejmuje zakup aktywów upadłego banku przez „instytucję zdrową” jak również przyjęcie zobowiązań upadłego banku. Warto zobaczyć jaka jest ranga tego rodzaju rozwiązań banków – od 1980 roku do 1994 roku FDIC użyła P&A, aby rozwiązać 1.188 z 1.617 całkowitych transakcji upadłościowych co stanowi 73.5 %<sup>39</sup>. Są różne możliwości ukształtowania P&A.

---

<sup>37</sup> Więcej informacji na temat Illinois Continental bank w: L. Broome, J. Markham, Regulation of Bank Financial Service Activities, Cases and Materials, Third Edition 2008, s.555. Autor poleca też artykuł Cassandry Jones Harvard, Back to Parent: Holding Company Liability for Subsidiary Banks – A Discussion of the Net Worth Maintenance Agreement, the Source of Strength Doctrine, and the Prompt Corrective Action Provisions, 16 Cardozo L. Rev, 1995 w którym między innymi wskazano, iż w latach 1986-1991 tylko cztery banki zostały uznane za zbyt duże, aby upaść i w efekcie ich deponenci zostali w całości ubezpieczeni;

<sup>38</sup> Dyskusja aktualna w USA jak chodzi o upadek Lehman Brothers;

<sup>39</sup> ABA Section of Antitrust Law, Bank Mergers and Acquisitions Handbook (2006) s. 22;

Jako przykład może posłużyć transakcja pomiędzy FDIC jako syndykiem Washington Mutual Bank a JP Morgan Chase<sup>40</sup>. Główna treść takiej umowy obejmowała:

- (a) Zobowiązania, które są przyjęte, umowy rachunku bankowego;
- (b) Zakupione aktywa, które są ujawnione jak również te które nie są ujawnione w księgach Washington Mutual Bank,
- (c) Cena aktywów zakupionych, która została specjalnie określona,
- (d) Data zapłaty,
- (e) Aktywa, które nie zostały zakupione,
- (f) Początkowa zapłata.

Ostatni sposób rozwiązania banku to po prostu jego likwidacja. Polega ona na tym, że FDIC wypłaca pieniądze wszystkim ubezpieczonym deponentom, sprzedaje aktywa banku oraz tak rozporządza uzyskaną w ten sposób sumą, aby zaspokoić roszczenia wierzycieli, którzy mają nieubezpieczone depozyty oraz roszczenia wierzycieli niezwiązane z depozytami. Jest oczywiste, że taki sposób rozwiązania niewypłacalnego banku przenosi ryzyko na posiadaczy rachunków nieubezpieczonych jak też wierzycieli których roszczenia nie są związane z depozytami. Mogą oni ostatecznie otrzymać jedynie część swoich wierzytelności<sup>41</sup>.

## **5. Pierwszeństwo zaspokojenia wierzycieli. Roszczenia dłużników.**

Bankowe prawo insolwencyjne inaczej niż federalny kodeks upadłościowy reguluje zasady i kolejność zaspokojenia wierzycieli upadłego banku. Wyłom stanowią dwa zasadnicze, dodatkowe uprawnienia regulatora. Pierwsze, to w zasadzie nieograniczona dyskrekcja jak chodzi o odmowę wypełnienia zobowiązań upadłego banku. Drugie, to brak konieczności zapłaty odszkodowania z powodu niewykonania umów w pełnej wysokości (co ma miejsce w zwykłym postępowaniu zgodnie z federalnym kodeksem upadłościowym). Ta ostatnia uwaga dotyczy w szczególności zwolnienia z zapłaty za utracone korzyści z umów oraz przyszłego

<sup>40</sup>Patrz [http://www.fdic.gov/about/freedom/Washington\\_Mutual\\_P\\_and\\_A.pdf](http://www.fdic.gov/about/freedom/Washington_Mutual_P_and_A.pdf);

<sup>41</sup> Patrz: I. Broome, Reditributing Bank Insolvency Risks: Challenges to Limited Liability in the Bank Holding Company Structure, 28 U.C. Davis L. Rev. 935, 1993;

czynszu z umowy najmu<sup>42</sup>. Jak przytacza Peter Swire w swoim artykule<sup>43</sup> trzy aspekty Crime Control Act z 1990 roku wskazują na nadzwyczajne uprawnienia przyzysane FDIC. Wymienia między innymi przedział czasowy w którym FDIC może uniknąć wykonania zobowiązań z tytułu bezprawnych transferów środków nie tylko przez bank, ale również wszystkich afiliowanych stron banku.

Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act, o którym będzie mowa w dalszej części artykułu, przyznał też możliwość FDIC do dyskryminacji pośród roszczeń w stosunku do upadłej instytucji, dotyczy to również roszczeń mieszających się w tej samej klasie. Co jest znaczącym odstępem od zasady, że wszelkie roszczenia tej samej klasy należy traktować w ten sam sposób. Przejawia się to w , z reguły gorszym, traktowaniu osób zarządzających bankiem (tzw. *insiders*).

FDIC działając jako syndyk upadłego banku staje się stroną stosunku zobowiązaniowego, jaki ten bank nawiązał z innymi podmiotami. Mowa tutaj o banku jako wierzycielu, a innych podmiotach jako dłużnikach. Jeśli doszło do nawiązania takiego stosunku w sposób nieudekumentowany w sposób wystarczający- dłużnicy często podnoszą ten zarzut w stosunku do syndyka. Spowodowało to wykształcenie się uprawnienia tzw. *D'Oench*<sup>44</sup>. Instytucja ta jest kolejnym przykładem rozległej władzy jaką cieszy się regulator bankowy działający w roli syndyka upadłego banku. Istota doktryny *D'Oench* polega na tym, że wszelkie zarzuty i roszczenia, które byłyby skuteczne w stosunku do banku – nie są możliwe do podniesienia względem syndyka czy konserwatora! Uzasadnienie tej doktryny opiera się na tym, że podmioty nie mogą odnosić korzyści z wszelkich sekretnych porozumień z bankami, o których regulator nie mógł się dowiedzieć. Ma to więc korzenie słusznościowe.<sup>45</sup>

## **6. Odpowiedzialność afiliowanych stron instytucji finansowej na przykładzie Kaye Scholer.**

---

<sup>42</sup> 12 U.S.C.A. § 1821(e)(3)-(4);

<sup>43</sup> P. Swire, *Bank Insolvency Law Now That It Matters Again*, 42 Duke L.J. 469, 1992;

<sup>44</sup> Nazwa pochodzi od sprawy *D'Oench, Duhme & Co. V. FDIC*, 315 U.S. 447, 1942;

<sup>45</sup> Więcej o doktrynie: P. Swire, *Bank Insolvency Law Now That It Matters Again*, 42 Duke L.J. 469, 1992.

Zobacz też sprawę: *Motorcity of Jacksonvill, Ltd. V. Southeast Bank N.A.* 120 F. 3d 1140, *cert.denied*, 523 U.S. 1093, 1998;

Pociągnięcie do odpowiedzialności przez regulatora bankowego, a konkretnie FDIC, jest możliwe na mocy Federal Deposit Insurance Act z 1950 roku<sup>46</sup>. Tenże akt prawny wprowadza definicję tzw. afiliowanej strony instytucji (*institution-affiliated party*<sup>47</sup>). Oznacza ona każdą niezależną stronę umowy (włączając: prawnika czy księgowego), która umyślnie lub lekomyślnie uczestniczy w jakimkolwiek naruszeniu jakiegokolwiek prawa lub regulacji, jakimkolwiek naruszeniu obowiązku fiducjarnego, lub też jakiejkolwiek niebezpiecznej lub nieprzejrzystej praktyce, która spowodowała lub jest prawdopodobne, że spowoduje więcej niż minimalną stratę finansową, lub znaczący niebezpieczny efekt na, ubezpieczoną instytucję depozytową<sup>48</sup>. Z kolei w roku 1989 Kongres amerykański uchwalił Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act<sup>49</sup> (dalej: FIRREA), który powołał do życia Urząd Nadzoru Instytucji Oszczędnościowych (*Office of Thrift Supervision* (dalej: OTS)) i wyposażył go w niezwykłą moc, aby wydawać decyzje nie tylko w stosunku do instytucji depozytowych, ale również wspomnianych wcześniej afiliowanych stron tych instytucji. Najbardziej spektakularnym użyciem władzy, którą dają te akty było skierowanie w stosunku do kancelarii prawniczej Kaye Scholer<sup>50</sup> nakazu (*order*) przez OTS. Miało to związek z upadkiem Charles Keating's Lincoln Savings and Loan Institution. Kancelaria prawnicza została w marcu 1992 roku oskarżona na kwotę 275 milionów dolarów za rzekome naruszenie regulacji dotyczących instytucji oszczędnościowej (*thrift*) w czasie reprezentacji przez firmę - Lincoln Savings and Loan Institution. Już tego samego dnia, OTS wydał tymczasowy nakaz (tzw. *cease-and-desist order*), który to między innymi zakazywał firmie działającej jako spółka osobowa rozwiązania oraz nakazywał jej złożenie 25 % dochodów do depozytu. Pomimo, że kancelaria od początku podnosiła swoją niewinność, to jednak w ciągu tygodnia skapitulowała i zdecydowała się zapłacić 41 milionów dolarów<sup>51</sup>, aby ugodowo załatwić

<sup>46</sup> 64 Stat. 873;

<sup>47</sup> 12 U.S.C.A. § 1813(u);

<sup>48</sup> 12 U.S.C.A. § 1813(u)(4). Oryginalny tekst aktu: *any independent contractor (including any attorney, appraiser, or accountant) who knowingly or recklessly participates in – (A) any violation of any law or regulation; (B) any breach of fiduciary duty; or (C) any unsafe or unsound practice, which caused or is likely to cause more than a minimal financial loss to, or a significant adverse effect on, the insured depository institution.*

<sup>49</sup> Pub. L. No. 101-73, 103 Stat. 183;

<sup>50</sup> L. Broome, J. Markham, Regulation of Bank Financial Service Activities, Cases and Materials, Third Edition 2008, s.563;

<sup>51</sup> Ubezpieczenie kancelarii pokryło połowę z tej sumy, natomiast resztą zapłaciło 110 partnerów;

sprawę<sup>52</sup>. *Prima facie*, wydawać by się mogło, że kapitulacją już po 6 dniach nie pozostawia złudzeń co do winy i odpowiedzialności kancelarii. Z drugiej strony, szereg komentarzy dotyczącej sprawy Kaye Scholer spekulował, że nie było innego wyjścia. Alternatywą szybkiej ugody, z której lwią część pokrył ubezpieczyciel, była długa i kosztowna walka z regulatorem państwowym, co *de facto* nie pozostawiało dużego pola manewru. Próbując dokonać oceny warto spojrzeć na perspektywę walki (*battle*) insyтуcji publicznej – jaką jest regulator, w tym przypadku OTS, z prywatną kancelarią prawną. Opinia publiczna oczywiście w takiej sytuacji jest zainteresowana rezultatem, w szczególności osoby, które straciły sporo pieniędzy na upadku Lincoln Savings and Loan Institution. Udana próba przerwania odpowiedzialności z regulatora – OTS jako insyтуcji, która miała zabezpieczyć wypłacalność i pewność systemu, a także jego bezpieczeństwo dla oszczędzających, sprawia, że to bogata kancelaria staje się głównym kozłem ofiarnym. I to w stosunku do kancelarii zostaje ześrodkowana uwaga i daje upust złości. Efektem jest wrażenie, że za kryzys i upadek insyтуcji Lincoln odpowiada nie regulator, ale grupa prawników<sup>53, 54</sup>.

## 7. Zakończenie.

Omówione poszczególne instytucje amerykańskiego prawa insolwencyjnego stanowią jedynie wycinek tejże bogatej problematyki. Selekcja została dokonana arbitralnie przez Autora artykułu. Niemniej na tej szcążkowej podstawie Autor chce podzielić się wnioskami jakie nasuwają się z analizy prawa upadłościowego właściwego dla banków.

---

<sup>52</sup> J. Johnston, Jr. & D. Schott Schechter, Introduction: Kaye Scholer and the OTS – Did anyone go too far?, 66 S. Cal. L. Rev. 977, 1993;

<sup>53</sup> Porównaj uwagi w J. Macey & G. Miller, Kaye, Scholer, FIRREA, and the desirability of early closure: a view of the Kaye Scholer case from the perspective of bank regulatory policy, 66 S. Cal. L. Rev. 1115, 1993;

<sup>54</sup> Więcej informacji można znaleźć w komentarzach z sympozjów, które odbyły się, aby skomentować tę sprawę. Patrz na przykład: Symposium in the Southern California Law Review zatytułowany In the Matter of Kaye, Scholer, Fierman, Hays & Handler: A Symposium on Government Regulation, Lawyers; Ethics, and the Law. Zobacz również komentarz Profesora Johna C. Coffee, Due Process for Kaye Scholer?, Legal Times, March 16, 1992. Omówienie przypadku można też znaleźć w L. Broome, J. Markham, Regulation of Bank Financial Service Activities, Cases and Materials, Third Edition 2008, s. 563 -570;

Pierwsza konkluzja to konieczność odmiennej regulacji prawa upadłościowego i naprawczego banków (a w ogólności również i instytucji finansowych). Regulatorzy instytucji finansowych muszą mieć pewne i praktyczne narzędzia, dzięki którym mogłyby znacząco wpływać na stabilizację i przejrzystość systemu finansowego (*safety and soundness*). Czyni to prawo amerykańskie – jednocześnie niezwykle szeroko ujmując swobodę takich instytucji jak FDIC czy wcześniej OTS, co należy ocenić krytycznie.

Wiąże się z tym druga konkluzja, a mianowicie upoważnienie FDIC i innych instytucji do arbitralnego decydowania o udzieleniu pomocy rządowej niewypłacalnym bankom – w razie ryzyka systemowego nie służy przejrzystości i stabilizacji systemu. Zbyt duża władza oraz brak jakichkolwiek rozsądnych i z góry ustalonych kryteriów sprawia, że nie jest możliwe do przewidzenia kiedy i komu FDIC zdecyduje się udzielić takiego wsparcia.

Kolejna ocena związana z doktryną „*too big to fail*” silnie zakorzenioną w amerykańskim systemie jest także niekorzystna. Stanowi ona wyjątek od zasady równości podmiotów i równego traktowania ich przez państwo. Zakładając *a priori*, że istnieją pewne podmioty, które należy wspierać w sytuacjach krytycznych powoduje, że nasila się zjawisko psucia sposobu zarządzania nimi, zarządzający przyjmują bowiem, że i tak w ostatecznym rachunku państwo wyciągnie do instytucji, którą zarządzają pomocną dłoń.

Dwie ostatnie uwagi dotyczą zbyt szerokiej, zdaniem Autora, odpowiedzialności tzw. afiliowanych stron instytucji finansowej. Przykład kancelarii Kaye Scholer jest tego doskonałym przykładem. Niewyobrażalna w systemie polskim odpowiedzialność sięgająca kilkudziesięciu milionów dolarów nie wydaje się być uzasadniona. Regulator staje się w pewnym sensie sędzią we własnej sprawie i nie jest możliwe zachowanie przez niego bezstronności.

Podsumowując zaś możliwość przeniesienia instytucji bankowego prawa insolwencyjnego do prawa polskiego, Autor dostrzega, że jeśli w przyszłości ustawodawca polski chciałby to uczynić – potrzebna jest niezwykle rozwaga i roztropność. Różnice pomiędzy systemami: common law oraz kontynentalnym są na tyle duże, że nieprzewidziane mogą być konsekwencje takie przeniesienia.