

# MATERIAŁY I STUDIA

---

## Powiernik w banku hipotecznym

---

Marcin Olszak

NBP

Narodowy Bank Polski

Departament Analiz Makroekonomicznych i Strukturalnych

---

Projekt graficzny:

Oliwka s.c.

Skład i druk:

Drukarnia NBP

Wydął:

Narodowy Bank Polski  
Departament Komunikacji Społecznej  
00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11/21

© Copyright Narodowy Bank Polski, 2002

Materiały i Studia rozprowadzane są bezpłatnie.

Dostępne są również na stronie internetowej NBP: <http://www.nbp.pl>

---

---

## STRESZCZENIE

---

Powiernik stanowi jeden z najważniejszych elementów systemu ochrony interesów nabywców listów zastawnych, które bank hipoteczny emituje w celu refinansowania swojej działalności kredytowej. Instytucja ta została wprowadzona do obrotu prawnego przez niemiecką ustawę o bankach hipotecznych, której rozwiązania stały się wzorem dla regulacji prawnych przyjętych w wielu państwach europejskich, w tym w Polsce, na Węgrzech i Słowacji.

Funkcjonujący na podstawie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych powiernik sprawuje specjalny nadzór i specjalną kontrolę, których przedmiotem jest legalność działania banku hipotecznego w obszarach istotnych z punktu widzenia zdolności do wypłaty odsetek i wykupu listów zastawnych w sposób oraz w terminach określonych w warunkach emisji (zarówno w trakcie bieżącej działalności banku, jak i na wypadek jego upadłości). Obszary te związane są z zapewnianiem odpowiedniej podstawy emisji (pokrycia) tego typu papierów wartościowych oraz prowadzeniem rejestru zabezpieczenia listów zastawnych.

Organizacyjnie umiejscowiony poza strukturą banku-emitenta powiernik wykonuje swoje zadania wyłącznie w jego siedzibie (ewentualnie w innych jednostkach organizacyjnych, w których bank prowadzi działalność), co pozwala mu na bieżąco zapobiegać tym działaniom banku, które mogą uniemożliwić zaspokojenie wierzycieli z listów zastawnych. Dzięki temu wzmacnia i uzupełnia system ochrony interesów nabywców tych papierów wartościowych, których nie zabezpieczają w sposób wystarczający Komisja Nadzoru Bankowego czy też organy nadzoru właścicielskiego banku.

Analiza konstrukcji polskiego powiernika wskazuje, że może się on stać skutecznym narzędziem ochrony wierzycieli z listów zastawnych po spełnieniu trzech warunków. Po pierwsze, jeżeli ustawowe zadania będzie wykonywał w odpowiednim zakresie, w odpowiedni sposób i z odpowiednią częstotliwością. Po drugie, jeśli organowi nadzoru bankowego i bankowi hipotecznemu uniemożliwi się podejmowanie działań godzących w niezależny status powiernika. Po trzecie, jeżeli usunięte zostaną przeszkody prawne, które uniemożliwiają powiernikowi zabezpieczanie nabywców tego typu papierów wartościowych w wymaganym zakresie.

**Słowa kluczowe:** powiernik, bank hipoteczny, list zastawny – Polska, Niemcy, Węgry, Słowacja

Streszczenie .....	3
Wykaz skrótów .....	6
Wstęp .....	8
<b>1. Instytucja powiernika w banku hipotecznym w świetle regulacji prawnych wybranych państw europejskich</b>	
1.1. Geneza i rozwój idei powiernika .....	10
1.2. Niemcy .....	11
1.2.1 Podstawy prawne działania powiernika .....	11
1.2.2 Zadania powiernika .....	11
1.2.3 Środki umożliwiające wykonanie zadań .....	15
1.2.4 Formy działania powiernika .....	16
1.2.5 Powołanie powiernika .....	17
1.2.6 Odwołanie powiernika .....	18
1.2.7 Wynagrodzenie powiernika .....	18
1.2.8 Zastępca powiernika .....	19
1.2.9 Charakter prawny instytucji powiernika .....	20
1.2.10 Rozstrzygnięcie sporów między bankiem hipotecznym a powiernikiem .....	21
1.2.11 Odpowiedzialność powiernika .....	22
1.3. Węgry .....	22
1.3.1 Podstawy prawne działania powiernika. Węgierski model banku hipotecznego .....	22
1.3.2. Zadania powiernika .....	23
1.3.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań .....	24
1.3.4. Formy działania powiernika .....	24
1.3.5. Powołanie i odwołanie powiernika .....	24
1.3.6. Charakter prawny powiernika .....	25
1.3.7. Odpowiedzialność powiernika .....	25
1.4. Słowacja .....	25
1.4.1. Podstawy prawne działania powiernika. Słowacki model banku hipotecznego .....	25
1.4.2. Zadania powiernika .....	26
1.4.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań .....	27
1.4.4. Formy działania powiernika .....	27
1.4.5. Powołanie, odwołanie i wynagrodzenie powiernika .....	28
1.4.6. Zastępca powiernika .....	28
1.4.7. Charakter prawny powiernika .....	28
1.4.8. Rozstrzygnięcie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym .....	28
1.4.9. Odpowiedzialność powiernika .....	28
<b>2. Instytucja powiernika w banku hipotecznym w świetle polskich regulacji prawnych</b>	
2.1. Geneza i rozwój idei powiernika w prawie polskim .....	29
2.2. Konstrukcja prawna powiernika przyjęta w ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych .....	29
2.2.1. Podstawy prawne działania powiernika .....	29
2.2.2. Zadania powiernika .....	30

2.2.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań	33
2.2.4. Formy działania powiernika	35
2.2.5. Powołanie powiernika	38
2.2.6. Odwołanie powiernika	42
2.2.7. Wynagrodzenie powiernika	44
2.2.8. Zastępca powiernika	45
2.2.9. Charakter prawny powiernika	47
2.2.10. Rozstrzygnięcie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym	52
2.2.11. Odpowiedzialność powiernika	53
<b>3. Powiernik w systemie kontroli i nadzoru nad działalnością banku hipotecznego</b>	
3.1. Powiernik a Komisja Nadzoru Bankowego	54
3.2. Powiernik a Narodowy Bank Polski	57
3.3. Powiernik a organy nadzoru właścicielskiego banku hipotecznego	59
<b>Zakończenie</b>	60
<b>Bibliografia</b>	62

---

## Wykaz skrótów

---

### Akty prawne

k.c. – Kodeks cywilny

k.p. – Kodeks pracy

k.p.a. – Kodeks postępowania administracyjnego

k.p.c. – Kodeks postępowania cywilnego

k.s.h. – Kodeks spółek handlowych

**prawo bankowe z 1928 r.** – rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 17 marca 1928 r. o prawie bankowym

**prawo bankowe** – ustawa – Prawo bankowe

**prawo o publicznym obrocie** – ustawa – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi

**prawo upadłościowe** – rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe

**uchwała Nr 2/1999 KNB** – uchwała Nr 2/1999 Komisji Nadzoru Bankowego

**uchwała Nr 1/2002 KNB** uchwała Nr 1/2002 Komisji Nadzoru Bankowego

**uchwała Nr 4/2002 KNB** – uchwała Nr 4/2002 Komisji Nadzoru Bankowego

**ustawa o ks.wiecz. i hip.** – ustawa o księgach wieczystych i hipotece

**ustawa o NSA** – ustawa o Naczelnym Sądzie Administracyjnym

**ustawa o l.z.b.h.** – ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych

**ustawa o obligacjach** – ustawa o obligacjach

**ustawa o NBP** – ustawa o Narodowym Banku Polskim

### Zagraniczne akty prawne

**HBG** ustawa o bankach hipotecznych

**rozporządzenie – o r.h.d.p.** rozporządzenie Ministra Finansów Republiki Słowackiej i Narodowego Banku o rejestrze hipotek i działalności powiernika

**u.b.** – słowacka ustawa o bankach

**ustawa o d.p.p.** – słowacka ustawa o dłużnych papierach wartościowych

**węgierska ustawa o b.h.** – ustawa o instytucji kredytowej zastawu gruntowego i gruntowym liście zastawnym

**Inne skróty**

art. – artykuł

BGK – Bank Gospodarstwa Krajowego

Dz.U. – Dziennik Ustaw

Dz.Urz. NBP – Dziennik Urzędowy Narodowego Banku Polskiego

GINB – Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego

KNB lub Komisja – Komisja Nadzoru Bankowego

kom. – komentarz

KPW i G – Komisja Papierów Wartościowych i Giełd

jw. – jak wyżej

NBP – Narodowy Bank Polski

podkr. – podkreślenie

ust. – ustęp

w zw. – w związku

z późn. zm. – z późniejszymi zmianami

---

## Wstęp

---

Po ponad pięćdziesięcioletniej nieobecności polskiemu systemowi bankowemu została przywrócona instytucja banku hipotecznego. Stało się to za sprawą ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1998 r. W założeniu ustawodawcy bank hipoteczny ma stać się źródłem taniego, długoterminowego kredytu. Jednym z głównych problemów związanych z kredytami o odległym terminie spłaty jest sposób uzyskiwania odpowiednio stabilnych środków ich refinansowania. W przypadku banków hipotecznych rozwiązuje go emisja listów zastawnych – papierów wartościowych o odległym terminie wykupu. Zbycie takich instrumentów finansowych jest jednak możliwe wyłącznie wówczas, gdy potencjalni nabywcy są przekonani, że tego rodzaju lokata kapitału nie wiąże się ze zbyt wysokim ryzykiem. Można zatem stwierdzić, że realizacja przyjętego przez ustawodawcę założenia jest uzależniona od tego, czy list zastawny będzie uważany przez potencjalnych inwestorów za papier wartościowy o wysokim poziomie bezpieczeństwa.

Ustawa o l.z.b.h. tworzy wielostopniowy system zabezpieczenia interesów nabywców listów zastawnych. Jednym z najważniejszych jego elementów jest powiernik, którego przy każdym banku hipotecznym powołuje Komisja Nadzoru Bankowego. Przedmiotem jego działania jest kontrola i nadzór nad tymi obszarami działalności banku, które są istotne z punktu widzenia terminowego zaspokojenia roszczeń wierzycieli z tytułu nabycia tych papierów wartościowych. Powiernik funkcjonuje jednak nie tylko w interesie posiadaczy listów zastawnych. Potrzebny jest również bankowi hipotecznemu, chociaż wykonując powierzone zadania niejednokrotnie może stawać w opozycji wobec nadzorowanego banku i uniemożliwić jego władzom realizację zaplanowanych przedsięwzięć. Rzetelne i obiektywne sprawowanie przez powiernika jego funkcji uwiaryliwia bank hipoteczny, a przez to daje pozytywny sygnał potencjalnym nabywcom listów zastawnych.

W niniejszej pracy koncentruję się, przede wszystkim, na charakterystyce instytucji polskiego powiernika. Rozdziały drugi i trzeci poświęcone są genezie, rozwojowi idei i konstrukcji prawnej powiernika przyjętej w ustawie o l.z.b.h., a także jego pozycji w systemie kontroli i nadzoru nad działalnością banku hipotecznego. Polskie regulacje przedstawiam na tle rozwiązań i doświadczeń niemieckich, węgierskich oraz słowackich, które prezentuję w rozdziale pierwszym. Wybór zagadnień nie jest przypadkowy. Przepisy przyjęte w Niemczech miały największy wpływ na konstrukcję polskiego powiernika i dlatego poświęcam im najwięcej uwagi. Regulacje węgierskie są natomiast przykładem odmiennego ukształtowania instytucji powierniczego nadzoru i kontroli nad bankiem emitującym listy zastawne przy zbliżonym do przyjętego w Polsce modelu samego banku, a rozwiązania słowackie stanowią interesujący przykład przyjęcia koncepcji powiernika i odmiennego modelu samego banku.

Analiza przepisów ustawy o l.z.b.h., które odnoszą się do powiernika, oraz regulacji przyjętych w wybranych państwach pozwala również na wskazanie najistotniejszych zmian, które powinny zostać dokonane, aby powiernik mógł skutecznie chronić interesy wierzycieli z listów zastawnych.

W pracy pominięte zostały rozważania dotyczące polskiej i niemieckiej konstrukcji specjalistycznego banku hipotecznego. Problematyka ta doczekała się bowiem bogatej literatury przedmiotu (wskazanej w bibliografii). W przypadku Węgier i Słowacji zdecydowałem się natomiast na syntetyczną prezentację przyjętych w tych państwach konstrukcji banków emitujących listy zastawne, wychodząc z założenia, że są one mniej znane.

Praca ma charakter rozprawy z zakresu publicznego prawa bankowego. Jest wynikiem własnych rozważań i doświadczeń w zakresie funkcjonowania instytucji powiernika oraz studiów polskiej i niemieckiej literatury przedmiotu. Opisywana problematyka nie cieszyła się dotychczas szczególnym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny prawa. Dostępne opracowania koncentrują się



raczej na różnych aspektach działania banku hipotecznego niż na instytucji powiernika. Nie są także zbyt bogate doświadczenia w tym zakresie. Po raz pierwszy powiernik został powołany 7 września 1999 r., a bank, przy którym funkcjonuje, otrzymał zezwolenia na rozpoczęcie działalności 1 grudnia 1999 r. Pierwsza emisja listów zastawnych miała natomiast miejsce dopiero w czerwcu 2000 r. Wykonywanie ustawowych zadań powiernik rozpoczął więc faktycznie znacznie później.

Praca uwzględnia stan prawny na dzień 1 czerwca 2002 r. oraz najnowszą literaturę przedmiotu (opublikowaną do końca maja 2002 r.).

## Instytucja powiernika w banku hipotecznym w świetle regulacji prawnych wybranych państw europejskich

### 1.1. Geneza i rozwój idei powiernika

Instytucja powiernika, którego powołują przy banku hipotecznym władze nadzorcze w celu ochrony interesów wierzycieli z listów zastawnych, pojawiła się w obrocie prawnym wraz z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 1900 r. niemieckiej ustawy o bankach hipotecznych<sup>1</sup>. Charakter prawny tej instytucji był przedmiotem burzliwej dyskusji w trakcie prac nad projektem tego aktu normatywnego. Początkowo przy każdym banku hipotecznym miał być powoływany tzw. przedstawiciel wierzycieli z listów zastawnych (*Vertreter der Pfandbriefgläubiger*)<sup>2</sup>. Powołanie miało nastąpić w drodze uchwały zgromadzenia wierzycieli z listów zastawnych, które zwoływałby bank hipoteczny (§ 28 projektu)<sup>3</sup>. Projektodawcy obawiali się jednak, że w praktyce zainteresowanie posiadaczy listów zastawnych uczestnictwem w zgromadzeniu, którego celem jest wyłączenie powołanie przedstawiciela, będzie bardzo małe, przez co wpływ na wybór będzie miał zwołujący to zgromadzenie bank. W tej sytuacji o niezależnej pozycji przedstawiciela w stosunkach z bankiem hipotecznym, która stanowi warunek *sine qua non* obiektywnego wykonywania powierzonych zadań o charakterze kontrolnym i nadzorczym, nie mogło być mowy. Istniało również niebezpieczeństwo wyboru przez zgromadzenie osoby nie dającej gwarancji właściwego wykonywania powierzonych jej obowiązków. Ostatecznie więc zrezygnowano z przedstawiciela powoływanego przez zgromadzenie wierzycieli na rzecz powiernika (niem. *Treuhänder*) mianowanego przez władze nadzorcze. Przy wyborze określenia „*Treuhänder*” kierowano się przekonaniem, że będzie ono podkreślało niezależność od wierzycieli z listów zastawnych i wskazywało, że mimo mianowania przez władze nadzorcze instytucja ta służy wyłącznie ochronie ich interesów<sup>4</sup>.

Wypracowana pod koniec XIX wieku konstrukcja niezależnego od banku hipotecznego, władz nadzorczych oraz wierzycieli z listów zastawnych podmiotu, którego podstawowym zadaniem jest nadzór i kontrola nad przestrzeganiem przepisów określających ilościowe i jakościowe wymogi dotyczące podstawy emisji (masy pokrycia) tych papierów wartościowych funkcjonuje w niezmienionym zasadniczo kształcie do dnia dzisiejszego, a przyjęte przez niemieckiego ustawodawcę rozwiązania prawne w tym zakresie stały się wzorem dla regulacji wielu państw europejskich. Generalnie można stwierdzić, że koncepcja powiernika została recypowana przez te z państw, które

<sup>1</sup> Szerzej na temat genezy i rozwoju idei specjalistycznego banku hipotecznego: S. Zalewski, *Ewolucja kredytu długoterminowego ziemskiego w Polsce*, Warszawa 1938; K. Pleyer, B. Elsner, Ch. v. Hertzberg, R. Rix, D. Bellinger, K. Bellinger, *Das Recht der Hypothekenbanken in Europa*, Monachium 1981; D. Bellinger, *Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in Deutschland*, Frankfurt nad Menem 1994; J. Gliniecka, *Banki hipoteczne w polskim systemie bankowym*, Przegląd Podatkowy 1997, nr 9; W. Goedecke, V. Kerl, H. Scholz, *Die deutschen Hypothekenbanken*, Frankfurt nad Menem 1997; O.M. Stöcker, *Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in den mitteleuropäischen Reformländern. Gesetzlichen Bestimmungen und erste praktische Erfahrungen in Tschechien, der Slowakei, Ungarn und Polen*, Frankfurt nad Menem 1998 r.; A. Pietrasik, R. Rykowski, *Hipoteczny list zastawny*, Kraków 2000; R. W. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2000; K. Kanigowski, *Bank hipoteczny a rynek nieruchomości*, Warszawa 2001; A. Pietrasik, A. Laskowski, *Historia i współczesność długoterminowego kredytu hipotecznego w Polsce*, Warszawa 2001.

<sup>2</sup> Entwurf eines Hypothekenbankgesetzes 3. Februar 1899 (Nr. 106 der Drucksachen) [w:] *100 Jahre Hypothekenbankgesetzes. Textsammlung und Materialien*, Frankfurt nad Menem 1999, s. 12.

<sup>3</sup> Zgodnie z zamysłem projektodawców przy powoływaniu przedstawiciela zastosowanie miały znaleźć przepisy ustawy o wspólnych prawach posiadaczy dłużnych papierów wartościowych (*Gesetz über gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen*). Zakładały one, że zgromadzenie wierzycieli zwołuje dłużnik, czyli w tym wypadku bank hipoteczny.

<sup>4</sup> Bericht der X. Kommission 17. Mai 1899 über den Entwurf eines Hypothekenbankgesetzes [w:] *100 Jahre Hypothekenbankgesetzes ...*, jw., s. 168–169.

zdecydowały się wprowadzić niemiecki model specjalistycznego banku emitującego listy zastawne. Przykładem są Austria, Węgry, Luksemburg, Polska i Francja. Wyjątkiem od tej zasady jest natomiast Słowacja, która wprawdzie powierzyła emisję listów zastawnych bankom uniwersalnym, ale wybrane obszary ich działalności związane z emitowaniem tych papierów wartościowych poddała nadzorowi instytucji będącej odpowiednikiem powiernika.

## 1.2. Niemcy

### 1.2.1. Podstawy prawne działania powiernika

Zasady działania powiernika i jego zastępcy określa niemiecka ustawa o bankach hipotecznych. Regulacją ustawową zostały objęte:

- 1) zasady powoływania i odwoływania (§ 29 ust.1 i 2 HBG),
- 2) zadania, środki ich realizacji oraz formy działania powiernika i jego zastępcy (§ 29 ust. 3, §§ 30–32 HBG),
- 3) rozstrzyganie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym (§ 33 HBG),
- 4) zasady wynagradzania (§ 34 HBG).

Wiele ważnych zagadnień związanych z funkcjonowaniem instytucji powiernika i jego zastępcy nie zostało uregulowanych ani w tej ustawie, ani w innym akcie prawnym. Przykładem są kryteria wyboru kandydatów do pełnienia tych funkcji, przesłanki odwołania oraz zasady określania wysokości wynagrodzenia. Istotną rolę odgrywa w tym przypadku praktyka. Zdobyte w okresie ponad stu lat funkcjonowania niemieckiej ustawy o bankach hipotecznych doświadczenia pozwoliły bowiem na wypracowanie skutecznych mechanizmów warunkujących efektywne działanie powiernika i jego zastępcy, zwłaszcza w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie.

### 1.2.2. Zadania powiernika

Podstawowym zadaniem powiernika jest ochrona interesów wierzycieli z listów zastawnych, zarówno w sytuacji, kiedy bank prowadzi działalność operacyjną, jak i na wypadek jego upadłości. Obowiązany jest podejmować działania, których celem jest zapewnienie terminowego regulowania zobowiązań przez bank w określonych obszarach działalności banku związanych z emisją listów zastawnych oraz możliwości uprzywilejowanego zaspokojenia roszczeń wierzycieli z tych papierów wartościowych na wypadek upadłości banku hipotecznego. Zostały one określone w §§ 30–32 HBG i związane są z:

- 1) obowiązkiem zapewniania przez bank hipoteczny, zgodnie z przepisami HBG, podstawy emisji tych papierów wartościowych, czyli tzw. masy pokrycia, która powinna spełniać określone wymogi o charakterze jakościowym i ilościowym, oraz
- 2) prowadzeniem przez bank rejestru pokrycia, odgrywającego ważną rolę w przypadku upadłości banku hipotecznego<sup>5</sup>.

Jednym z najistotniejszych z punktu widzenia wierzycieli z listów zastawnych zagadnień jest kontrola zapewnienia przez bank wymaganego zabezpieczenia emisji listów zastawnych (tzw. pokrycia). Powiernik powinien dążyć do uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy istnieje zgodne z przepisami HBG, zarówno pod względem ilościowym, jak i jakościowym, pokrycie emisji tych papierów wartościowych. Podstawowe znaczenie ma w tym przypadku przestrzeganie przez bank hipoteczny zasady pokrycia. W ramach kontroli jej przestrzegania powiernik powinien ustalić, czy ogólna

<sup>5</sup> *Banki hipoteczne i list zastawny w Niemczech*. Materiał na seminarium na temat kredytu hipotecznego, przygotowany przez Związek Banków Polskich we współpracy ze Związkiem Niemieckich Banków Hipotecznych oraz Niemiecką Fundacją do Spraw Międzynarodowej Współpracy Prawniczej. Warszawa, dn.15–16.11.1994 r., s. 24–25.

kwota będących w obrocie hipotecznych listów zastawnych wraz z odsetkami od nich znajduje w każdej chwili pokrycie w wierzytelnościach zabezpieczonych hipoteką (stanowiących podstawę emisji)<sup>6</sup> o przynajmniej takiej samej wartości i o przynajmniej takim samym przychodzie odsetkowym. Nie porównuje się jednak wyszczególnionego hipotecznego listu zastawnego o określonej wartości nominalnej z określoną wierzytelnością zabezpieczoną hipoteką, ale łączną sumę nominalnych wartości wyemitowanych hipotecznych listów zastawnych w obrocie wraz z odsetkami z łączną sumą nominalnych kwot wierzytelności wraz z odsetkami<sup>7</sup>. Wierzytelności te oraz inne wymienione enumeratywnie w przepisie § 6 ust. 1 HBG składają się na tzw. pokrycie zwykłe (*ordentliche Deckung*). Zasada pokrycia znajduje również odpowiednie zastosowanie do publicznych listów zastawnych<sup>8</sup>.

Występowanie niewystarczającego pokrycia zwykłego nie oznacza jednak, że bank naruszył przepisy HBG. Powiernik powinien wówczas sprawdzić, czy bank dysponuje odpowiednim pokryciem zastępczym (*Ersatzdeckung*). Tworzyć je mogą pozycje wskazane w § 6 ust. 4 HBG, m.in. środki pieniężne zgromadzone na rachunku bankowym w niemieckim banku centralnym (*Deutsche Bundesbank*) i w innych określonych instytucjach kredytowych oraz dłużne papiery wartościowe, których dłużnikiem jest Republika Federalna Niemiec lub kraje związkowe RFN, Wspólnota Europejska, państwo Unii Europejskiej czy Europejski Bank Inwestycyjny. Pokrycie zastępcze nie może jednak przekraczać granicy 10% całkowitej kwoty znajdujących się w obrocie hipotecznych i publicznych listów zastawnych (§ 6 ust. 5 HBG).

Problematyka kontrolowania przestrzegania zasady pokrycia komplikuje się w przypadku emisji listów zastawnych w walucie obcej na podstawie wierzytelności wyrażonych również w walucie obcej. Wierzytelności te mogą powstać w wyniku udzielenia pożyczki państwu Unii Europejskiej, innym państwom, które są stroną układu o utworzeniu Europejskiego Obszaru Gospodarczego, czy też ich rządów regionalnym i miejscowym terenowym instytucjom posiadającym osobowość prawną, podmiotom, w przypadku których spłatę pożyczki gwarantuje jedna z tych instytucji albo w wyniku udzielenia pożyczek zabezpieczonych hipoteką na nieruchomości znajdujących się w innych państwach Unii Europejskiej, w innych państwach-stronach układu o utworzeniu Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub w Szwajcarii<sup>9</sup>. Powiernik jest zobowiązany do obserwacji wpływu pożyczek i listów zastawnych w walucie obcej na masę pokrycia tych papierów wartościowych. Problem w zasadzie nie występuje w sytuacji, kiedy listy zastawne i wierzytelności, na podstawie których są emitowane, wyrażone są w tej samej walucie. Nie występuje wówczas ryzyko walutowe. Będziemy mieli z nim jednak do czynienia wówczas, gdy waluta nominalnej wartości listów zastawnych jest różna od waluty wierzytelności stanowiących ich pokrycie. Wprawdzie to na banku ciąży wówczas obowiązek zastosowania odpowiednich środków wykluczających ryzyko walutowe (§ 6 ust. 6 HBG), ale powiernik powinien czuwać nad tym, czy bank podjął stosowne działania w celu przeciwdziałania uszczupleniu wartości pokrycia i czy zasada pokrycia jest przestrzegana.

Zapewnieniu przestrzegania przepisów HBG dotyczących pokrycia służy również powierzenie powiernikowi przechowywania przy współpracy z bankiem wartości wprowadzonych do rejestru pokrycia oraz dotyczących ich dokumentów. Dzięki temu może on faktycznie kontrolować ich wykorzystywanie przez bank i zapobiegać działaniom, które mogłyby zagrozić interesom wierzycieli z listów zastawnych. Wspólne przechowywanie organizowane jest na zasadzie tzw. wspólnego zamknięcia<sup>10</sup>. Oznacza to, że nie mogą być one pobierane samodzielnie ani przez powiernika, ani przez bank<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> HBG posługuje się w § 6 ust. 1 sformulowaniem [...] znajduje pokrycie w hipotekach [...]. Ze względu na poprawność merytoryczną z punktu widzenia prawa polskiego i fakt, że hipoteka prawa niemieckiego co do zasady nie różni się od hipoteki prawa polskiego zrezygnowałem z dosłownego tłumaczenia tego przepisu na rzecz przekładu poprawnego z punktu widzenia terminologii stosowanej w ustawie o l.z.b.h.

<sup>7</sup> Zgodnie jednak z § 11 w związku z § 10 HBG wierzytelność zabezpieczona hipoteką na nieruchomości uwzględniana jest w pokryciu hipotecznych listów zastawnych tylko do wysokości 3/5 wartości nieruchomości stanowiącej zabezpieczenie, ustalonej w sposób przewidziany w HBG. Przestrzeganie tego ograniczenia jest przedmiotem zainteresowania powiernika.

<sup>8</sup> K. Kanigowski, *List zastawny jako instrument rynku kapitałowego na przykładzie Niemiec: Der Pfandbrief als Instrument des Kapitalmarktes am Beispiel Deutschlands*, Warszawa 1997, s. 23.

<sup>9</sup> Bank hipoteczny może od 1991 r. udzielać tego rodzaju pożyczek na podstawie § 5 HBG.

Kolejną grupą zagadnień, która składa się na szeroko rozumianą kontrolę pokrycia listów zastawnych, w tym przypadku w jej aspekcie jakościowym, są zagadnienia związane z:

- 1) formalnoprawną kontrolą zabezpieczenia wierzytelności stanowiących podstawę emisji,
- 2) rodzajem nieruchomości, na których może być ustanawiana hipoteka na zabezpieczenie wierzytelności stanowiących podstawę emisji oraz
- 3) kontrolą przyjętej przez bank wyceny nieruchomości – przedmiotu zabezpieczenia wierzytelności tworzących masę pokrycia listów zastawnych.

Formalnopravna kontrola zabezpieczenia wierzytelności składających się na pokrycie listów zastawnych (czyli np. kwestie związane z ustanowieniem hipoteki czy długu gruntowego<sup>12</sup> w wypadku hipotecznych listów zastawnych) nie powinna nastręczać trudności powiernikowi, który ma odpowiednią wiedzę w zakresie prawa niemieckiego. Zakres kontroli znacznie się jednak rozszerzył wraz z uzyskaniem przez bank hipoteczny możliwości udzielania pożyczek podmiotom zagranicznym. Powiernik powinien dokonywać swego rodzaju prawnoporównawczej oceny zagranicznych przepisów regulujących zagadnienia związane z prawami zastawniczymi. Musi mieć pewność, że ustanowienie prawa zastawniczego (hipoteki) w konkretnym przypadku nastąpiło zgodnie z obowiązującymi przepisami i jest prawnie skuteczne. W przypadku pożyczek, w wyniku których udzielenia powstają wierzytelności, które mogą stanowić podstawę emisji publicznych listów zastawnych (pożyczek komunalnych), powiernik powinien poszukiwać przede wszystkim odpowiedzi na takie pytania, jak:

- 1) czy dłużnik jest podmiotem uprawnionym do zaciągania zobowiązań w banku hipotecznym (np. rządem regionalnym w państwie członkowskim Unii Europejskiej)?
- 2) czy spłata pożyczki przez dłużnika jest gwarantowana przez podmiot uprawniony (np. państwo, które jest stroną układu o utworzeniu Europejskiego Obszaru Gospodarczego)?
- 3) czy dokumentacja pożyczkowa lub gwarancyjna spełnia wymogi konieczne do powstania zobowiązania (np. czy została podpisana przez osobę upoważnioną albo czy rząd regionalny działa w ramach ustawowych zezwoleń)<sup>13</sup>?

W HBG dużą wagę przywiązuje się do przedmiotu zabezpieczenia wierzytelności, które mogą być zaliczone do masy pokrycia listów zastawnych. Ustawa określa rodzaje nieruchomości, na których może być ustanowiona hipoteka lub dług gruntowy, zasady uwzględniania wierzytelności zabezpieczonych prawem zastawniczym przy ocenie przestrzegania zasady pokrycia w zależności od rodzaju przedmiotu ich zabezpieczenia oraz reguły wyceny tych nieruchomości.

Powiernik powinien kontrolować, czy bank nie ustanawia hipotek na nieruchomościach nie przynoszących trwałego dochodu (w sytuacji, gdy zabezpieczone w ten sposób wierzytelności miałyby się stać podstawą emisji listów zastawnych). Ustawa wymienia przykładowo kopalnie i kamieniołomy (§ 12 ust. 3 HBG). W przypadku zabezpieczania wierzytelności na placach budowy albo na nowych budowlach, które nie zostały skończone i nie przynoszą dochodu, powinien czuwać, aby ich łączny udział nie przekraczał 10% ogólnej kwoty wierzytelności zabezpieczonych hipoteką, przeznaczonych do zaliczenia do masy pokrycia hipotecznych listów zastawnych oraz dwukrotności kapitału własnego banku hipotecznego. Ponadto udział wierzytelności zabezpieczonych hipoteką na placach budowy w ogólnej kwocie wierzytelności (przeznaczonych na pokrycie tych papierów wartościowych) zabezpieczonych na placach budów i na nowych budowlach nie może być wyższy niż 10%.

<sup>10</sup> Pojęcie „wspólne zamykanie” jest tłumaczeniem niemieckiego „Mitverschluss”. Przepis § 31 ust. 1 HBG w oryginalnym brzmieniu ma postać następującą: „Der Treuhänder hat im Hypothekenregister eingetragene Werte sowie Urkunden unter dem Mitverschluss (podkr. M.O.) der Bank zu verwahren”.

<sup>11</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o bankach hipotecznych [w:] *100 Jahre Hypothekbankgesetz ...*, jw., s. 55.

<sup>12</sup> Wierzytelności banku hipotecznego mogą być również zabezpieczone długiem gruntowym, który od hipoteki różni się przede wszystkim tym, że nie ma akcesoryjnego charakteru. Zgodnie z § 40 ust.1 HBG, ilekroć w ustawie jest mowa o hipotece (wierzytelności zabezpieczonej hipoteką), rozumie się pod tym pojęciem również dług gruntowy.

<sup>13</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz. Kommentar*, Monachium 1995, kom. do § 30, s. 492.

Zagadnieniem o znaczącym wpływie na zdolność banku do niezakłóconego realizowania zobowiązań jest określenie wartości nieruchomości (*Beleihungswert*), która jest przedmiotem zabezpieczenia wierzytelności tworzących masę pokrycia hipotecznych listów zastawnych<sup>14</sup>. Z punktu widzenia relatywnie odległego terminu wykupu tego papieru wartościowego, zarówno dla banku, jak i nabywcy listu, istotne znaczenie ma jakość zabezpieczenia wierzytelności (przyjęta wartość nieruchomości), która stanowi podstawę emisji. Bank musi się liczyć z możliwością wystąpienia trudności w egzekwowaniu takiej wierzytelności, a w ostateczności z koniecznością zaspokajania się z hipoteki na nieruchomości będącej jej zabezpieczeniem. Dlatego też kluczowego znaczenia nabiera kwestia określania wartości nieruchomości, która z dużym prawdopodobieństwem będzie możliwa do osiągnięcia na rynku w sytuacji zaistnienia potrzeby zaspokojenia się przez bank z hipoteki. HBG daje w § 12 ust.1 wskazówki, jakimi należy się kierować przy dokonywaniu wyceny przedmiotu zabezpieczenia, mianowicie:

- 1) wartość nieruchomości przyjęta jako zabezpieczenie nie może być wyższa niż wartość jej sprzedaży ustalona w rzetelny i ostrożny sposób oraz
- 2) przy wyznaczaniu wartości uwzględnione mogą być tylko trwałe cechy nieruchomości i przychody, jakich nieruchomość ta może dostarczyć przy prawidłowym gospodarowaniu każdymu posiadaczowi.

Na podstawie § 12 ust. 1 HBG bank hipoteczny wydaje instrukcję (*Anweisung*), określającą szczegółowe zasady wyceny z uwzględnieniem wskazówek zawartych w tym przepisie, która wymaga zezwolenia władz nadzorczych<sup>15</sup>. Wartość nieruchomości odgrywa ważną rolę również dlatego, że jest wyznacznikiem niektórych norm ostrożnościowych związanych z emisją hipotecznych listów zastawnych, np. zgodnie z § 11 HBG wierzytelność zabezpieczona hipoteką na nieruchomości uwzględniona może być w pokryciu hipotecznych listów zastawnych tylko do wysokości 3/5 tej wartości. Ze względu na znaczenie jej określenia dla posiadaczy tych papierów wartościowych do procesu kontroli prawidłowości przyjętej wyceny włączony został powiernik. Jego podstawowym zadaniem jest badanie, czy przyjęta wartość została określona zgodnie z przepisami ustawy i instrukcji. W przypadku pozytywnej weryfikacji nie ma on obowiązku sprawdzania, czy odpowiada ona wartości rzeczywistej ( § 30 ust. 1 HBG). Brak takiego obowiązku nie oznacza, że zostało mu to zabronione. Jest to jego prawo, a nie obowiązek<sup>16</sup>. Kontrola materialna przyjętej wartości zasadniczo leży w gestii władz nadzorczych. Do powiernika należy kontrola formalna. Nie może ona jednak pozostawić niezauważonym faktu, że określony obiekt w oczywisty sposób nie spełnia kryteriów wyznaczonych przez HBG dla przedmiotu zabezpieczenia wierzytelności, które wchodzi w skład masy pokrycia (np. nieruchomość nie spełnia kryterium przynoszenia stałego dochodu). Wówczas może on stwierdzić, że zabezpieczona hipoteką na takiej nieruchomości wierzytelność nie kwalifikuje się do zaliczenia do pokrycia listów zastawnych. Należy jednak pamiętać, że zbyt częsta kontrola materialna wartości nieruchomości i ewentualnie żądanie przez powiernika sporządzenia ekspertyzy przez rzeczoznawcę w istotny sposób może zakłócać działalność banku. W doktrynie niemieckiej przyjmuje się zatem, że kontrola materialna jest zabroniona, jeżeli kontrola formalna nie wykazała żadnych odstępstw od instrukcji wyceny<sup>17</sup>.

Jednakże nawet dokonywanie kontroli formalnej każdego przypadku wiązałoby się z nadmiernym obciążeniem powiernika pracą i faktycznie ograniczało jego aktywność zawodową do jednego z wielu obszarów, które powinny być zgodnie z HBG przedmiotem jego zainteresowania. Komentatorzy ustawy zwracają uwagę, że wobec około 10 000 umów kredytowych zawieranych przez duże banki hipoteczne w ciągu roku kalendarzowego tylko 15-minutowa formalna kontrola pojedynczego przypadku wymagałaby 11-godzinnego dnia pracy, nie uwzględniając innych zadań, które powiernik powinien wykonywać. Wobec powyższego przyjmuje się, że w tym wypadku swoją kontrolę może on ograniczyć do próby losowej<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Pojęcie *Beleihungswert* można tłumaczyć jako wartość obciążenia. Jego odpowiednikiem w ustawie o l.z.b.h. jest *bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości* (por. art. 22 tej ustawy).

<sup>15</sup> Pod pojęciem władz nadzorczych (*Aufsichtbehörde*) należy zgodnie z § 3 HBG rozumieć *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

<sup>16</sup> *Banki hipoteczne ...*, jw., s. 24.

<sup>17</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekenbankgesetz ...*, jw., kom. do § 30 s. 496.

Ochronie interesów wierzycieli z listów zastawnych na wypadek upadłości emitenta tych papierów wartościowych służy powierzenie powiernikowi kontroli nad dokonywaniem przez bank wpisów do tzw. rejestru pokrycia, który bank ma obowiązek prowadzić zgodnie z § 22 ust. 1 HBG. Wpisywane powinny być do niego wartości składające się na pokrycie zwykłe i zastępcze listów zastawnych. Dopiero po ich wpisaniu do tego rejestru posiadacze listów zastawnych będą mogli się z nich zaspokoić z pierwszeństwem przed innymi wierzycielami na wypadek upadłości banku (włącznie z odsetkami i spłatami wpływającymi po ogłoszeniu upadłości – § 35 HBG). Innymi słowy tylko w stosunku do wpisanych do rejestru wartości pokrycia znajdzie zastosowanie przywilej upadłościowy.

Powiernik został również zobowiązany do kontrolowania przestrzegania przez bank ograniczenia w zakresie ogólnej kwoty listów zastawnych, które mogą znajdować się w obrocie. Zgodnie z § 7 HBG nie może ona przekroczyć sześćdziesięciokrotności kapitału własnego banku hipotecznego.

### 1.2.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań

Wykonywanie przez powiernika ustawowych zadań nie byłoby oczywiście możliwe bez wyposażenia go w możliwość dokonywania analizy dokumentów banku. Zgodnie z § 32 ust. 1 HBG jest on uprawniony do wglądu w każdym czasie w księgi i pisma banku hipotecznego, pod warunkiem jednak, że dotyczą one hipotecznych listów zastawnych oraz wartości wprowadzonych do rejestru pokrycia tych papierów wartościowych (przepis ten znajduje odpowiednie zastosowanie do publicznych listów zastawnych)<sup>19</sup>. Określenie zakresu przedmiotowego prawa wglądu, czyli udzielenie odpowiedzi na pytanie, które dokumenty banku dotyczą listów zastawnych i wartości pokrycia, wyłącznie na podstawie przepisu § 32 HBG może rodzić pewne trudności interpretacyjne. Rozstrzygnięcie tego problemu przynosi jednak doktryna prawa niemieckiego i wieloletnia praktyka. Przyjmuje się przykładowo, że powiernik zasadniczo nie ma prawa żądania przedstawienia raportu z badania bilansu banku, chyba że raport ten oraz inne dokumenty będą zawierały obserwacje odnoszące się do listów zastawnych lub wartości wprowadzonych do rejestru pokrycia<sup>20</sup>. W kręgu jego zainteresowań powinny więc pozostawać analizy banku traktujące o zapewnieniu wymaganego przepisami HBG pokrycia w określonej perspektywie czasowej, czy też z punktu widzenia skutków zmiany kursów w przypadku emitowania listów zastawnych w innej walucie niż waluta wartości stanowiących podstawę emisji.

Teoretycznie powiernik może skorzystać ze swoich kompetencji w każdym czasie. Zwraca się jednak uwagę, że przy wykonywaniu prawa wglądu, o ile sytuacja nie wymaga zdecydowanego i natychmiastowego działania z jego strony, powinien mieć on na względzie bieżącą działalność banku<sup>21</sup>.

Wyposażeniu powiernika w prawo wglądu towarzyszy nałożenie przez HBG na bank obowiązku informacyjnego (§ 32 ust. 2). Bank hipoteczny powinien go na bieżąco informować o spłatach kapitału wartości wpisanych do rejestru pokrycia oraz o innych istotnych dla wierzycieli z listów zastawnych zmianach dotyczących tych wartości. Obowiązek ten może zostać spełniony przez bank w dowolnej formie<sup>22</sup>. Jeżeli natomiast bank zaniecha udzielania powiernikowi wymaganych informacji, będzie to czynił w sposób nierzetelny lub niezgodny ze stanem faktycznym i dokona emisji listów zastawnych wprowadzając jednocześnie powiernika w błąd w zakresie spełnienia ustawowych warunków emisji, wówczas odpowiedzialni za ten stan rzeczy przedstawiciele kierownictwa banku i pracownicy ponoszą odpowiedzialność karną z tytułu naruszenia przepisu § 37 HBG.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się również, że bank powinien zapewnić powiernikowi odpowiednie warunki do wykonywania ustawowych zadań. Poza środkami pomocy istniejącymi

<sup>18</sup> Tamże, s. 497.

<sup>19</sup> Przepis § 32 ust. 1 HBG stanowi: „Der Treuhänder ist befugt, jederzeit die Bücher und Schriften der Bank einzusehen, soweit sie sich auf die Hypothekenspfandbriefe und auf die in das Hypothekenregister eingetragenen Werte beziehen”.

<sup>20</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekensbankgesetz ...*, jw., kom. do § 32 s. 509.

<sup>21</sup> jw.

<sup>22</sup> jw.

w banku powinien on mieć także możliwość wsparcia swoich działań fachowym doradztwem osób trzecich, np. w formie ekspertyzy zamówionej przez bank z jego inicjatywy lub przez niego na koszt banku. Oczywiście sytuacja taka może zaistnieć w przypadku, kiedy brak stosownej wiedzy powiernika nie stawia pod znakiem zapytania jego przydatności do pełnienia tej funkcji. W ramach wykonywanych czynności wystarczy jednak, że powiernik uzna postępowanie banku za przekonujące na podstawie przedkładanych dokumentów<sup>23</sup>.

Przyjmuje się także, że informacje uzyskane w związku z wykonywanymi czynnościami służbowymi powiernik powinien zachować w tajemnicy<sup>24</sup>.

#### 1.2.4. Formy działania powiernika

Powiernik został wyposażony w dwojakiego rodzaju środki korygowania niezgodnego z przepisami HBG postępowania banku w zakresie, który został poddany kontroli i nadzorowi. Z punktu widzenia sposobu wywierania wpływu na bank można je podzielić na środki oddziaływania pośredniego i bezpośredniego. Do pierwszej grupy należy zaliczyć informowanie władz nadzorczych o:

- 1) dokonanych w ramach powierniczej działalności ustaleniach i obserwacjach poczynionych w banku (§ 29 ust. 3 HBG) oraz
- 2) przekroczeniu przez bank granicy ogólnej kwoty listów zastawnych w obrocie (§ 30 ust. 5 HBG).

Przekazane informacje mogą się stać podstawą do zastosowania przez władze nadzorcze przysługujących im środków bezpośredniego oddziaływania na bank, np. konsekwencją poinformowania o niezastosowaniu się do ograniczenia w zakresie ogólnej kwoty listów zastawnych w obrocie może być nakazanie bankowi utworzenia rezerwy z całości lub z części jego czystego rocznego zysku do czasu przywrócenia stanu zgodnego z przepisami HBG (§ 35 a)<sup>25</sup>.

Natomiast za środki oddziaływania bezpośredniego, czyli takie, dzięki którym powiernik może we własnym zakresie w sposób władczy ingerować w działalność banku (wpływać na jej kierunek) należy uznać:

- 1) wydawanie zaświadczeń o istnieniu pokrycia i dokonaniu wpisu do rejestru pokrycia (§ 30 ust. 3 HBG),
- 2) wydawanie wartości pokrycia oraz dokumentów dotyczących tych wartości (§ 31 ust. 2 i 3 HBG) oraz
- 3) wyrażanie zgody na wykreślenie z rejestru pokrycia (§ 30 ust. 4 HBG).

Zgodnie z § 30 ust. 3 HBG listy zastawne przed emisją powinny być zaopatrzone przez powiernika w zaświadczenie o istnieniu zgodnego z przepisami HBG pokrycia i wpisaniu jego składników do rejestru pokrycia<sup>26</sup>. Przy jego wystawianiu kontroluje on, czy pokrycie jest wystarczające oraz czy ogólna kwota znajdujących się w obiegu listów zastawnych nie przekracza 60-krotności kapitału własnego banku, przy czym stwierdzenie przekroczenia tego limitu nie uprawnia go do odmowy wydania zaświadczenia, ale, o czym wspominałem, nakłada na niego obowiązek niezwłocznego powiadomienia o tym władz nadzorczych<sup>27</sup>.

Brak zaświadczenia nie skutkuje nieważnością listów zastawnych. Wiąże się jednak z niemożnością wprowadzone ich do obrotu giełdowego. Poza tym działanie takie podlega karze grzywny (§ 38 HBG).

HBG nie przewiduje dla zaświadczeń szczególnej formy poza wskazaniem, że powinny one zawierać podpis powiernika. Może to być zarówno podpis własnoręczny (co ze względu na fakt, że

<sup>23</sup> V. Kerl, D. Belinger, *Hypothekbankgesetz* ..., jw., kom. do § 30, s. 493.

<sup>24</sup> Tamże, kom. do § 29, s. 477.

<sup>25</sup> K. Kanigowski, *List zastawny* ..., jw., s. 29.

<sup>26</sup> Z wyjątkiem sytuacji, gdy bank wycofał z obrotu wyemitowane przez siebie listy zastawne, na co zezwala HBG, przekazał je na przechowanie powiernikowi, po czym po raz kolejny wyemitował te papiery wartościowe. Nie wymaga się wówczas ponownego zaopatrywania listów zastawnych w zaświadczenie.

<sup>27</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz* ..., jw., kom. do § 30 s. 499.



zaświadczenia są drukowane dla poszczególnych listów zastawnych, wydaje się obecnie niemożliwe), jak i jego kopia. Zgodnie z utrwaloną i akceptowaną przez władze nadzorcze praktyką podpisywanie może być dokonywane przez samego powiernika albo przez niego nadzorowane<sup>28</sup>.

Odmienne niż przy wpisie do rejestru pokrycia, gdzie powiernikowi powierzono jedynie kontrolę jego dokonywania przez bank, wykreślenie określonej wartości z rejestru wymaga jego pisemnej zgody. Dopiero wtedy odnosi ono skutek prawny<sup>29</sup>. Zgoda może być również wyrażona poprzez złożenie podpisu przy adnotacji o wykreśleniu. Wykorzystanie w tym celu kopii własnoręcznego podpisu powiernika (faksymilnego stempla), inaczej niż przy wydawaniu zaświadczenia o istnieniu pokrycia i dokonaniu wpisu do rejestru, nie jest wystarczające dla wywołania skutku prawnego zgody powiernika. Nie chodzi tu bowiem o masowe składanie podpisów, ale o pojedyncze, indywidualne czynności w działalności banku<sup>30</sup>.

Wydawanie wartości pokrycia oraz dokumentów dotyczących tych wartości wiąże się z powierzeniem powiernikowi ich przechowywania. Zgodnie z § 31 ust. 1 HBG ich definitywne wydanie może nastąpić wyłącznie wówczas, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) wpisane do rejestru pokrycia wartości mimo wydania bankowi pewnej ich części nadal zapewniają wystarczające (zgodnie z przepisami HBG) pokrycie dla znajdujących się w obrocie listów zastawnych lub
- 2) bank dysponuje innymi wartościami, które, wprowadzone do rejestru pokrycia w miejsce wydanych, mogą stanowić pokrycie znajdujących się w obrocie listów zastawnych, przy czym bez ograniczeń bank może zastępować wartości zaliczane zgodnie z przepisami HBG do pokrycia zwykłego innymi, również zaliczanymi do pokrycia zwykłego, a także w miejsce wartości, tworzących pokrycie zastępcze, wprowadzać inne wartości pokrycia zastępczego. Natomiast przy zastępowaniu wartości pokrycia zwykłego wartościami pokrycia zastępczego powinien mieć na uwadze, że pokrycie zastępcze nie może przekraczać granicy 10% całkowitej kwoty znajdujących się w obrocie hipotecznych i publicznych listów zastawnych (zgodnie z § 6 ust. 5 HBG)<sup>31</sup>.

Wyjątkowo powiernik może wydać tymczasowo (bez konieczności wprowadzenia odpowiednich wartości zastępczych) dokumenty dotyczące wartości pokrycia związanych z ustanowieniem hipoteki. Dokonanie takiego wydania może się okazać niezbędne w związku z prowadzonym przez bank sporem prawnym. Powinien jednak dopilnować, aby bank zwrócił tymczasowo wydane dokumenty niezwłocznie po zakończeniu sprawy<sup>32</sup>.

### 1.2.5. Powołanie powiernika

Niemieckie ustawodawstwo nie formułuje kryteriów, jakie powinien spełniać kandydat na powiernika. Zgodnie z utrwaloną praktyką określają je niemieckie władze nadzorcze.

Ze względu na charakter powierzonych powiernikowi zadań, które polegają przede wszystkim na wykonywaniu czynności wymagających posiadania odpowiedniej wiedzy prawniczej, kandydat powinien dobrze znać szeroko rozumiane prawo umów (w szczególności, w zakresie prawa rzeczowego) oraz prawo administracyjne<sup>33</sup>. Osobami predestynowanymi do sprawowania tej funkcji są sędziowie, urzędnicy dysponujący stosowną wiedzą prawniczą oraz notariusze. Przyjmuje się, że osoby takie dają gwarancję sprostania powierzonym powiernikowi zadaniom, które polegają w głównej mierze na sprawowaniu kontroli pod względem formalnym. Niebagatelne znaczenie przy ocenie kandydata ma również to, czy jego wiek i miejsce zamieszkania pozwolą mu na rzeczy-

<sup>28</sup> Tamże, s. 498.

<sup>29</sup> A. Drewicz-Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Warszawa 2000, s. 217.

<sup>30</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, kom. do § 30, s. 500.

<sup>31</sup> Spełnienie tych warunków oznacza również, że powiernik może wyrazić zgodę na ich wykreślenie z rejestru pokrycia.

<sup>32</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 31, s. 506.

<sup>33</sup> Tamże, str. 204.

wiste i należyte sprawowanie funkcji<sup>34</sup>. Nie będą jej natomiast mogły sprawować osoby, których zawodowe i kapitałowe zaangażowanie może podawać w wątpliwość ich niezależność wobec banku i władz nadzorczych. Należy tu przede wszystkim wymienić członków zarządu, rady nadzorczej i pracowników banku hipotecznego (zarówno czynnych zawodowo, jak i byłych), z uwagi na niebezpieczeństwo wystąpienia kolizji interesów. Podobne zastrzeżenia mogłyby również wzbudzić kandydatura akcjonariusza posiadającego znaczny udział w kapitale akcyjnym banku hipotecznego, jak również jego pracownika. Między akcjonariuszem a wierzycielem z listów zastawnych, dla którego gwarantem ochrony jego interesów ma być powiernik, może bowiem dochodzić do znaczących różnic zdań. Nie praktykuje się także powoływania pracowników nadzoru bankowego. Komentatorzy HBG nie widzą natomiast przeszkód w posiadaniu przez kandydata listów zastawnych i zawarciu przez niego z bankiem umowy, w wyniku której powstaje wierzytelność, mogąca stanowić podstawę emisji listów zastawnych (np. umowy pożyczki). Jednakże powiernik, który zawarł z bankiem tego rodzaju umowę, nie powinien uczestniczyć w czynnościach polegających np. na badaniu, czy wierzytelność banku wobec niego może być składnikiem masy pokrycia<sup>35</sup>.

Powołanie do sprawowania powierniczego urzędu i ewentualne przedłużenie okresu pełnienia tej funkcji dokonywane jest z reguły na trzy lata, nie dłużej jednak niż do ukończenia 70. roku życia<sup>36</sup>. Następuje w drodze wydania nie wymagającego szczególnej formy prawnej aktu administracyjnego.

#### 1.2.6. Odwołanie powiernika

W HBG nie zostały określone przesłanki odwołania powiernika, a regulacja ustawowa ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że władze nadzorcze mogą to uczynić w każdej chwili (§ 29 ust. 2 zd. 2 HBG)<sup>37</sup>. Wieloletnie doświadczenia związane z funkcjonowaniem tej instytucji pozwoliły jednak na określenie przypadków, w których urząd nadzoru może podjąć odpowiednie działania przy poszanowaniu niezależności powiernika. Decyzja o odwołaniu powinna być uzasadniona. Powodem jej wydania może być naruszenie obowiązków, które nakłada na powiernika HBG, lub też okoliczności stawiające pod znakiem zapytania jego wiarygodność. Odwołanie może również nastąpić w przypadku poważnego zakłócenia współpracy powiernika z bankiem hipotecznym. Z sytuacją taką będziemy mieli przykładowo do czynienia wówczas, gdy wykonuje on swoje zadania w zakresie wykraczającym poza przewidziany w § 30 ust. 1 HBG lub też nie jest dyspozycyjny w wystarczającym wymiarze czasu, a jego działanie lub jego brak stoją na przeszkodzie wypełnianiu przez bank zobowiązań. Na władzach nadzorczych ciąży jednak obowiązek zbadania przyczyn podawanych przez bank jako uzasadniających odwołanie powiernika. Podyktowane jest to potrzebą ochrony niezależności powiernika i koniecznością przeciwdziałania próbom wywierania w ten sposób na niego wpływu przez bank.

Powodem podjęcia decyzji o odwołaniu mogą być również choroba lub zmiana miejsca zamieszkania, które nie pozwalają powiernikowi na wykonywanie obowiązków w wymaganym zakresie.

Powiernikowi przysługuje prawo zaskarżenia decyzji władz nadzorczych o jego odwołaniu<sup>38</sup>.

#### 1.2.7. Wynagrodzenie powiernika

Zasady wypłaty i ustalania wysokości wynagrodzenia powiernika są istotnym elementem gwarancji jego niezależności. Zgodnie z § 34 HBG powiernikowi przysługuje roszczenie do władz nadzorczych o wypłatę wynagrodzenia w ustalonej przez te władze wysokości. Bank hipoteczny zobowiązany jest natomiast do zwrotu kwoty wynagrodzenia lub też, na żądanie władz nadzorczych, wcześniejszego przekazania określonych środków pieniężnych na poczet jego wypłaty.

<sup>34</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 29, s. 481.

<sup>35</sup> Tamże, s. 483.

<sup>36</sup> jw.

<sup>37</sup> por. art. 28 ustawy o i.z.b.h.

<sup>38</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 29 s. 484.

W praktyce jednak wypłata wynagrodzenia realizowana jest w ten sposób, że to bank hipoteczny przekazuje je bezpośrednio powiernikowi, działając w tym zakresie na wniosek i rachunek władz nadzorczych<sup>39</sup>. Postępowanie takie może rodzić pytanie o możliwość zachowania niezależnego charakteru tej instytucji. W związku z tym rozważano możliwość dokonywania wypłat bezpośrednio przez organ nadzoru bankowego. Zrezygnowano jednak z tej koncepcji ze względu na zbyt duży nakład pracy administracyjnej, który wiązałby się z faktycznym przejęciem realizacji tego zadania<sup>40</sup>.

Praktycznym i stosowanym od wielu lat przez władze nadzorcze mechanizmem, który ma przeciwdziałać przekazywaniu przez bank powiernikowi środków pieniężnych w wysokości przenośzającej ustalone w akcie administracyjnym wynagrodzenie, jest nałożenie na bank hipoteczny obowiązku przedkładania organowi nadzoru na koniec roku informacji o wypłaconych kwotach, przy czym nie mogą one przekraczać dwunastokrotności miesięcznego wynagrodzenia. Niedopuszczalne są bowiem dodatkowe wypłaty i inne świadczenia. Zwrotowi podlegają również nieadekwatne nakłady na koszty podróży lub inne związane z czynnościami powiernika<sup>41</sup>.

Wysokość wynagrodzenia powiernika określają władze nadzorcze. Jest ono wypadkową, z jednej strony, jego gotowości do sprawowania urzędu i dyspozycyjności, z drugiej natomiast, obciążenia, któremu musi sprostać podczas wykonywania ustawowych zadań. Powiernik powinien otrzymywać wynagrodzenia także wtedy, gdy nie oczekuje się od niego rzeczywistego wykorzystania jego możliwości lub oczekuje się tego w ograniczonym zakresie. W literaturze niemieckiej podkreśla się bowiem, że wynagrodzenie to nie ma charakteru zapłaty za pracę<sup>42</sup>.

Organ nadzoru przy określaniu wysokości wynagrodzenia kieruje się przekonaniem, że czynności powiernika, ze względu na ich rodzaj i stopień trudności, wymagają kwalifikacji, których oczekuje się od urzędnika z grupy zaszerogowania A16, i że jego zaangażowanie czasowe należy mierzyć wielkością obrotu listów zastawnych. Z tego też względu banki hipoteczne zostały podzielone na kilka klas wielkości<sup>43</sup>.

Wysokość wynagrodzenia szacowana jest zatem wyłącznie na podstawie zakresu i stopnia trudności wykonywanych zadań. Bez znaczenia jest fakt, że osoba sprawująca ten urząd zrezygnowała z zajęcia, które oferowało lepsze uposażenie. Słuszne jest bowiem założenie, że funkcji tej można nie przyjąć, a z jej pełnienia zawsze można zrezygnować<sup>44</sup>.

Przeciwko ustaleniu przez władze nadzorcze wynagrodzenia, zwłaszcza jego wysokości, przysługuje powiernikowi odwołanie w trybie administracyjnoprawnym.

### 1.2.8. Zastępca powiernika

HBG przewiduje również powoływanie przez władze nadzorcze przy banku hipotecznym zastępcy powiernika (§29 ust.1)<sup>45</sup>. Analogicznie jak w przypadku powiernika powołanie następuje po wysłuchaniu opinii banku hipotecznego i może być w każdym czasie przez władze nadzorcze odwołane, przy czym, zarówno przy powołaniu, jak i odwołaniu, zastosowanie znajdują zasady postępowania wypracowane dla powiernika. Aktualność zachowują w zasadzie również inne rozważania dotyczące instytucji powiernika. Wyjątek stanowi wysokość wynagrodzenia, która jest ustalana z uwzględnieniem zakładanego zaangażowania zastępcy w wykonywanie powierniczych zadań.

Przy pracach nad projektem HBG dyskutowano o potrzebie wprowadzania do obrotu prawnego instytucji zastępcy powiernika. Zastanawiano się również, czy powinien on być powoływany

<sup>39</sup> Tamże, kom. do § 34 HBG, s. 512.

<sup>40</sup> A. Drewicz – Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., s. 222.

<sup>41</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 34 HBG, s. 513.

<sup>42</sup> jw.

<sup>43</sup> jw.

<sup>44</sup> jw.

<sup>45</sup> Zastępcę powiernika (tak w wolnym tłumaczeniu można przenieść niemieckie pojęcie *Stellvertreter*) powołuje się, podobnie jak powiernika, przy każdym banku hipotecznym. Przepis § 29 ust. 1 HBG brzmi bowiem: „Bei jeder Hypothekbank ist ein Treuhänder sowie ein Stellvertreter zu bestellen”, co można tłumaczyć: „Przy każdym banku hipotecznym powoływany jest powiernik oraz jego zastępca”.

obligatoryjnie w każdym przypadku, czy też decyzję tę pozostawić uznaniu władz nadzorczych. Ostatecznie zwyciężyła koncepcja obligatoryjności powoływania zastępcy powiernika przy każdym banku hipotecznym. Pozostawienie tej kwestii uznaniu organu nadzoru bankowego mogłoby bowiem doprowadzić do sytuacji, w której czasowa niemożność wykonywania przez powiernika ustawowych czynności (która jednak nie uzasadnia jego odwołania) i oczekiwanie na powołanie jego zastępcy uniemożliwiłoby bankowi hipotecznemu prowadzenie w sposób niezakłócony działalności operacyjnej. Instytucja stałego zastępcy powiernika umożliwia natomiast zachowanie ciągłości w sprawowaniu powierniczego urzędu<sup>46</sup>.

Konstrukcja przepisu §29 ust.1 HBG zakłada, że powiernik powinien mieć przynajmniej jednego zastępcę<sup>47</sup>. Należy jednak podkreślić, że urząd powiernika jest sprawowany w każdym banku hipotecznym przez jedną osobę. Niedopuszczalne jest funkcjonowanie powierników osobno dla hipotecznych i osobno dla publicznych listów zastawnych, jak również istnienie w jednym banku kilku powierników o tych samych kompetencjach. Nie oznacza to, że jednolity urząd powiernika nie może być sprawowany przez większą liczbę osób. Za zgodne z przepisami HBG należy uznać uzgodnienie między powiernikiem a jego zastępcą wymiennych kompetencji<sup>48</sup>.

Decyzje dotyczące podziału pracy czy też obecności w banku pozostawia się powiernikowi i jego zastępcy, chyba że zastępca został powołany w celu wykonywania określonych zadań (np. związanych z udzieleniem kredytów zagranicznym kredytobiorcom i emitowaniem na podstawie tego rodzaju wierzytelności listów zastawnych). Zazwyczaj podział pracy odpowiada stosunkowi 2/3 powiernik, 1/3 jego zastępca, przy czym ich zaangażowanie znajduje odzwierciedlenie w wynagrodzeniu<sup>49</sup>. Przyjmuje się jednak, że współpraca między nimi powinna być tak zorganizowana, aby za istotne decyzje podejmowane w trakcie sprawowania powierniczego urzędu odpowiedzialność ponosił powiernik, a tylko na wypadek rzeczywistych przeszkód – jego zastępca. Odnosi się to również do kwestii przekazywania informacji o znaczeniu zasadniczym dla władz nadzorczych oraz żądania od banku informacji potrzebnych przy wykonywaniu ustawowych zadań. Stosowny dokument powinien być sygnowany przez powiernika, a tylko w wyjątkowych sytuacjach przez jego zastępcę.

Stosunek, jaki zachodzi między powiernikiem a jego zastępcą, trudno jest jednoznacznie sklasyfikować. Określany jest on przez konieczność ich współpracy. Zasadniczo nie zachodzi między nimi żaden stosunek hierarchiczny<sup>50</sup>. Zastępca nie jest podporządkowany powiernikowi i nie podlega jego wskazówkom. Niemniej jednak zastępca jest tylko przedstawicielem powiernika i przy wykonywaniu powierzonych czynności powinien postrzegać funkcję powiernika jako jednolitą. Podobnie w sytuacji, gdy został powołany do określonych zadań.

### 1.2.9. Charakter prawny instytucji powiernika

Osobę pełniącą tę funkcję określa się w doktrynie niemieckiej jako publicznie mianowanego urzędnika, który sprawuje prywatnoprawny urząd<sup>51</sup>. Powiernik jest niezależnym od władz nadzorczych, wierzycieli z listów zastawnych i banku hipotecznego kontrolerem i nadzorcą o wyłącznie ustawowo określonych zadaniach i kompetencjach. Nie wywodzi on swoich uprawnień i obowiązków z faktu istnienia jakiegokolwiek stosunku prawnego, publiczno- lub prywatnoprawnego, z tymi podmiotami.

Powiernika nie łączy z władzami nadzorczymi stosunek pracy ani stosunek cywilnoprawny, choć to właśnie im powierzone zostało jego powołanie i odwołanie. W HBG akcentuje się jego niezależność poprzez wyraźne stwierdzenie, że nie podlega on poleceniom władz nadzorczych. Organowi nadzoru nie przysługują bowiem żadne uprawnienia, które naruszałoby swobodę powiernika

<sup>46</sup> 100 Jahre Hypothekbankgesetz ..., jw., s. 169.

<sup>47</sup> Przedstawiciele niemieckiej doktryny zgodnie dopuszczają powołanie więcej niż jednego zastępcy (V.Kerl, D.Bellinger, Hypothekbankgesetz ..., jw., kom. do § 29, s. 479).

<sup>48</sup> jw.

<sup>49</sup> A. Drewicz-Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., s. 203.

<sup>50</sup> jw.

<sup>51</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 29, s. 474.

przy wykonywaniu ustawowych zadań. Ma on wprawdzie wobec władz nadzorczych obowiązek informacyjny, ale jest on ograniczony wyłącznie do poczynionych w banku obserwacji i ustaleń, i powstaje w momencie zgłoszenia przez urząd nadzoru stosownego żądania. Nie może on jednak przybierać formy składania przez powiernika sprawozdania o podejmowanych przez niego czynnościach<sup>52</sup>. Organ nadzoru dysponuje jedynie swego rodzaju ostatecznym środkiem korygowania nieprawidłowości w zakresie sposobu wykonywania powierniczych zadań w postaci możliwości jego odwołania w przypadku zaistnienia okoliczności, które to uzasadniają. Organ nadzoru rozstrzyga również spory powstałe między powiernikiem a bankiem hipotecznym.

Niezależność powiernika nie oznacza jednak całkowitej swobody przy podejmowaniu przez niego działań. Jest ona ograniczona zakresem wyznaczonych zadań, kompetencji, w które został wyposażony oraz dopuszczalnych środków oddziaływania na bank. Nie może on również lekceważyć zarządzeń władz nadzorczych o charakterze ogólnym, które są wiążące dla banków, w tym banków hipotecznych<sup>53</sup>.

Instytucja powiernika została wprawdzie powołana w celu zapewnienia bieżącej ochrony interesów wierzycieli z listów zastawnych, ale nie oznacza to, że istnieje między nim a posiadaczami tych papierów wartościowych jakikolwiek stosunek umowy. Nie jest on pełnomocnikiem wierzycieli w sensie cywilnoprawnym.

Niezależność powiernika w stosunku do banku hipotecznego, przy którym został powołany, wynika natomiast z braku możliwości legalnego, bezpośredniego ingerowania przez ten bank w działania podejmowane przez niego w trakcie wykonywania ustawowych zadań<sup>54</sup>. Powiernika nie łączy z bankiem żaden stosunek umowy. Bank może jednak wpływać na niego w sposób pośredni. Zgodnie z § 29 ust. 2 HBG powołania powiernika dokonuje wprawdzie urząd nadzoru, ale po wysłuchaniu opinii banku hipotecznego. W doktrynie niemieckiej podkreśla się jednak, że wysłuchanie opinii nie jest równoznaczne z koniecznością wyrażenia przez bank aprobaty co do osoby kandydata, a zaniechanie jej wysłuchania nie czyni powołania nieważnym. Jednakże ze względu na znaczenie dobrej współpracy między powiernikiem a bankiem dla efektywnego wykonywania przez niego zadań niemiecki nadzór bankowy nie powołuje powiernika wbrew woli banku, a ustawowe wysłuchanie opinii sprowadza się w praktyce do możliwości przedstawienia przez bank propozycji personalnych<sup>55</sup>.

Działania podejmowane przez powiernika w interesie wierzycieli z listów zastawnych mogą spotkać się ze sprzeciwem ze strony banku, zwłaszcza jeżeli mają one wpływ na dokonanie emisji tych papierów wartościowych. Również powiernik może mieć uzasadnione zastrzeżenia co do współpracy z bankiem. Względem potrzebę szybkiego rozwiązania ewentualnych problemów między tymi podmiotami oraz ich materia zadecydowały o powierzeniu władzom nadzorczym kompetencji w zakresie rozstrzygania wszelkich sporów powstających między nimi na tle wykonywania przez powiernika ustawowych zadań.

#### 1.2.10. Rozstrzyganie sporów między bankiem hipotecznym a powiernikiem

Rozstrzyganie sporów między bankiem hipotecznym a powiernikiem ustawa powierzyła władzom nadzorczym (§ 33 HBG). O wyborze takiego trybu rozwiązywania problemów powstających w związku z wykonywaniem przez powiernika ustawowych zadań zadecydowała potrzeba zapewnienia szybkiego i bezstronnego rozstrzygnięcia oraz dysponowanie przez organ nadzoru (podmiot rozstrzygający) określonymi kompetencjami władczymi, które umożliwiają przywrócenie stanu zgodnego z przepisami prawa<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Tamże, s. 489.

<sup>53</sup> Na przykład zgodnie z §4 HBG władze nadzorcze są uprawnione do wydawania wszelkich zarządzeń, które są konieczne do zapewnienia zgodności działalności gospodarczej banku z przepisami ustaw, postanowieniami statutu banku i innymi wiążącymi bank regulacjami.

<sup>54</sup> Niezależność powiernika wobec banku hipotecznego podkreśla również brzmienie przepisu § 29 ust. 1 HBG. Powołuje się go nie „w każdym banku hipotecznym (in jeder Hypothekenbank)”, ale „przy każdym banku hipotecznym (bei jeder Hypothekenbank)”.

<sup>55</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekenbankgesetz ...*, jw., kom. do § 29, s. 481.

<sup>56</sup> *Uzasadnienie do projektu ustawy o bankach hipotecznych [w:] 100 Jahre Hypothekenbankgesetz..., jw., s. 57.*

Spory przekazane do kompetencji władz nadzorczych mogą być zarówno konsekwencją odmowy wystawienia przez powiernika zaświadczenia o istnieniu właściwego pokrycia dla planowanej emisji, zbyt częstego, a przez to zakłócającego funkcjonowanie banku, dokonywania przez powiernika kontroli materialnej wartości nieruchomości, jak i niezadowolającego technicznego czy merytorycznego wsparcia przez bank czynności podejmowanych przez powiernika. Treścią rozstrzygnięcia może być wyłącznie regulacja konkretnego, obecnego lub sięgającego z wystarczającą pewnością w przyszłość stanu rzeczy. Organ nadzoru nie został tym samym powołany do dokonywania abstrakcyjnej wykładni przepisów HBG czy też innych aktów prawnych w oderwaniu od konkretnego zdarzenia, w celu wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych banku lub powiernika.

Rozstrzygnięcie władz nadzorczych odnosi inny skutek prawny wobec banku hipotecznego, a inny w stosunku do powiernika. Inne relacje zachodzą bowiem między władzami nadzorczymi a bankiem niż między organem nadzoru a powiernikiem. W stosunkach z bankiem urząd nadzoru może na podstawie § 4 HBG wydawać zarządzenia, które są niezbędne do zapewnienia prowadzenia działalności bankowej w sposób zgodny z przepisami ustaw. Rozstrzygnięcie sporu będzie zatem miało dla banku wiążący charakter jako zarządzenie w rozumieniu § 4 HBG<sup>57</sup>. Natomiast w przypadku powiernika organ nadzoru nie dysponuje tego rodzaju kompetencjami. Pozostawałoby to bowiem w sprzeczności z niezależną pozycją powiernika i przepisem § 29 ust. 3 zd. 2 HBG, który wyraźnie stanowi, że nie podlega on poleceniom organu nadzoru. Zatem w stosunku do niego rozstrzygnięcie sporu nie będzie miało charakteru wiążącego. Jeżeli jednak w trakcie rozstrzygania sporu władze nadzorcze ustaliłyby przykładowo, że powiernik odmawia wykonywania ustawowych zadań, mogą podjąć działania, których celem byłoby sprawdzenie, czy nie zachodzą przesłanki uzasadniające jego odwołanie<sup>58</sup>.

#### 1.2.11. Odpowiedzialność powiernika

Odpowiedzialność powiernika nie jest przedmiotem odrębnej regulacji HBG. Zastosowanie znajdującą w tym przypadku zasady ogólne. Ze względu na fakt, że nie jest on ani urzędnikiem państwowym, ani nie sprawuje urzędu publicznego, ani nie jest nad nim sprawowana bieżąca kontrola, państwo nie ponosi odpowiedzialności z tytułu naruszenia przez powiernika obowiązków ustawowych<sup>59</sup>.

### 1.3. Węgry

#### 1.3.1. Podstawy prawne działania powiernika. Węgierski model banku hipotecznego

Węgierskim odpowiednikiem niemieckiego powiernika jest *vagyonellenőr*. Zasady jego działania określa ustawa z dnia 29 kwietnia 1997 r. o instytucji kredytowej zastawu gruntowego i gruntowym liście zastawnym<sup>60</sup>. W akcie tym zostały uregulowane zadania powiernika (§ 17 ust. 1), środki umożliwiające wykonanie ustawowych zadań (§ 16 ust. 9), formy działania (§ 11 ust. 3 lit. n, § 17 ust. 2 i ust. 3), zasady jego powoływania i odwoływania (§ 16 ust. 1–7), odpowiedzialność (§ 16 ust. 11 oraz § 24). Przedmiotem węgierskiej ustawy o b.h. jest również problematyka funkcjonowania „instytucji kredytowej zastawu gruntowego” (*jelzalog-hitelintezet*) i „gruntowego listu zastawnego” (*jelzaloglevel*)<sup>61</sup>. Regulacja ta stanowi *lex specialis* w stosunku do dwu aktów o charakterze *legi generalis*, tzn. regulującej zagadnienia związane z tworzeniem, działaniem banków i nadzorem bankowym ustawy CXII z 1996 r. o instytucjach kredytowych i przedsięwzięciach finansowych oraz ustawy CXI z 1996 r. o emisji papierów wartościowych, usługach inwestycyjnych i gieł-

<sup>57</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 33 s. 510.

<sup>58</sup> Tamże, s. 511.

<sup>59</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 29, s. 486.

<sup>60</sup> Akt ten wszedł w życie z dniem 7 czerwca 1997 r.

<sup>61</sup> W dalszych rozważaniach dla określenia instytucji prawa węgierskiego będę się posługiwał terminologią przyjętą w ustawie o l.z.b.h. tzn. odpowiednio zamiast *jelzalog-hitelintezet* – bank hipoteczny, *jelzaloglevel* – hipoteczny list zastawny, *vagyonellenőr* – powiernik

dzie papierów wartościowych (w zakresie usług inwestycyjnych i dodatkowych usług inwestycyjnych banku hipotecznego)<sup>62</sup>.

Ustawodawca węgierski na wzór niemiecki przyjął zasadę specjalizacji banku emitującego listy zastawne (banku hipotecznego). W myśl § 2 ust. 1 węgierskiej ustawy o b.h. bank hipoteczny jest wyspecjalizowaną instytucją kredytową. Udziela on pożyczek pieniężnych zabezpieczonych prawem zastawniczym gruntowym<sup>63</sup> na nieruchomościach położonych na terenie Węgier, a środki na ich refinansowanie dzięki emisji hipotecznych listów zastawnych. Bank hipoteczny może poza tym wykonywać wyłącznie czynności wymienione w § 3 ust. 2 węgierskiej ustawy o b.h. (świadczyć tzw. usługi finansowe i inwestycyjne oraz uzupełniające usługi inwestycyjne), w tym m.in. udzielać pożyczek bez zabezpieczenia w postaci prawa zastawniczego gruntowego w przypadku poręczenia ze strony państwa czy też przeprowadzać niektóre transakcje swapowe. Nazwa „bank hipoteczny” podlega ochronie i może być używana wyłącznie przez wyspecjalizowaną instytucję kredytową utworzoną i działającą zgodnie z przepisami analizowanej ustawy.

Węgierski model bankowości hipotecznej cechują również<sup>64</sup>:

- 1) zasada stałego zabezpieczenia listów zastawnych (zasada pokrycia) – w myśl § 14 ust. 1 węgierskiej ustawy o b.h. bank hipoteczny zobowiązany jest zapewnić w każdym momencie istnienie zabezpieczenia (pokrycia) dla znajdujących się w obrocie i niespłaconych listów zastawnych w wysokości odpowiadającej co najmniej ich wartości nominalnej i wartości odsetek. Ustawa wyróżnia zabezpieczenie (pokrycie) zwykłe, które stanowią wierzytelności z tytułu udzielenia pożyczek pieniężnych zabezpieczonych gruntowym prawem zastawniczym oraz zabezpieczenie (pokrycie) zastępcze, które mogą stanowić środki ulokowane w węgierskim banku centralnym, państwowe papiery wartościowe, papiery wartościowe z poręczeniem państwowym, wierzytelności z tytułu kredytów, których spłatę poręczyło państwo; zasadniczo co najmniej 80% ogólnej masy zabezpieczenia (podstawy emisji listów zastawnych) powinny stanowić wierzytelności składające się na zabezpieczenie zwykłe;
- 2) obowiązek prowadzenia rejestru pokrycia, do którego wpisywane są wierzytelności i środki pieniężne, stanowiące podstawę emisji listów zastawnych (§16 ust. 10 węgierskiej ustawy o b.h.);
- 3) wprowadzenie odpowiednika instytucji bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości, na której ustanowiono zabezpieczenia wierzytelności stanowiących podstawę emisji listów zastawnych, przy której określanie, w przeciwieństwie do wartości rynkowej istniejącej w momencie jej badania, uwzględniane powinny być długookresowe przewidywania co do jej zmiany (§ 14 ust. 4 węgierskiej ustawy o b.h.);
- 4) przeznaczenie środków uzyskanych w wyniku wyegzekwowania wierzytelności wpisanych do rejestru pokrycia wyłącznie dla zaspokojenia roszczeń wynikających z listów zastawnych (§ 21 ust. 2 węgierskiej ustawy o b.h.);
- 5) przyznanie wierzycielom z listów zastawnych przywileju zaspokojenia ich roszczeń z tytułu posiadania listów zastawnych z wierzytelności i środków pieniężnych banku wpisanych do rejestru pokrycia (po uwzględnieniu kosztów likwidacji banku) w przypadku likwidacji banku hipotecznego (§ 20 ust. 2 lit. a węgierskiej ustawy o b.h. – przywilej upadłościowy).

Wzmocnieniu systemu gwarancji zaspokojenia roszczeń wierzycieli z listów zastawnych służy instytucja powiernika.

### 1.3.2. Zadania powiernika

Zadaniem powiernika jest sprawowanie bieżącej kontroli i poświadczanie, że bank zapewnia wymagane przepisami węgierskiej ustawy o b.h. pokrycie listów zastawnych, jak również, że wie-

<sup>62</sup> O. M. Stöcker, *Die Hypothekenbanken ...*, jw., s. 59.

<sup>63</sup> Prawo zastawnicze gruntowe jest instytucją zbliżoną do polskiej hipoteki.

<sup>64</sup> O. M. Stöcker, *Die Hypothekenbanken ...*, jw., s. 61 i n.

rzytelności i środki pieniężne stanowiące podstawę emisji tych papierów wartościowych zostały wpisane do rejestru pokrycia.

### **1.3.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań**

Węgierska ustawa o b.h. wyposażyła powiernika w kompetencje umożliwiające wykonywanie powierzonych zadań. Dysponuje on w każdym czasie prawem wglądu do ksiąg i innych dokumentów banku, które zawierają informacje potrzebne przy wypełnianiu jego zadań. Może również zażądać od banku złożenia stosownych wyjaśnień. Z kompetencjami tymi skorelowane jest nałożenie na bank obowiązku informowania powiernika o spłacie pożyczek, z tytułu których udzielenia bank posiada wierzycelności wpisane do rejestru pokrycia (o spłacie kapitału i odsetek) oraz o zmianach zachodzących w zakresie pokrycia zastępczego. Wszelkie fakty, dane oraz informacje handlowe uzyskane w związku z wykonywaniem powierzonych mu zadań powinien jednak zachować w tajemnicy (§ 16 ust. 10 węgierskiej ustawy o b.h.).

### **1.3.4. Formy działania powiernika**

Powiernik dysponuje środkami pośredniego i bezpośredniego oddziaływania na bank. Do pierwszej grupy należy informowanie władz nadzorczych o naruszeniu przez bank zasady pokrycia. Do drugiej natomiast zaliczają się:

- 1) potwierdzanie istnienia zgodnego z przepisami węgierskiej ustawy o b.h. pokrycia listów zastawnych oraz dokonania wpisu do rejestru pokrycia wartości, które stanowią podstawę emisji tych papierów wartościowych,
- 2) wyrażanie zgody na wykreślenie z rejestru pokrycia wartości, o których mowa w pkt. 1.

Potwierdzenie przez powiernika istnienia pokrycia i wpisu do rejestru jest niezbędnym elementem składowym treści hipotecznego listu zastawnego. Jego brak wyklucza możliwość uznania papieru wartościowego emitowanego przez bank hipoteczny za list zastawny.

### **1.3.5. Powołanie i odwołanie powiernika**

Powiernik powoływany jest za zgodą władz nadzorczych przez bank hipoteczny na czas określony, nie dłuższy niż 5 lat, przy czym po upływie tego okresu istnieje możliwość ponownego powołania.

Funkcję tę może pełnić wyłącznie spółka biegłych rewidentów lub krajowa osoba fizyczna w rozumieniu przepisów prawa węgierskiego. Obie grupy podmiotów powinny jednak spełniać określone warunki ustawowe. Przede wszystkim zadania powiernika określonego banku hipotecznego może wykonywać jedynie taka spółka biegłych rewidentów, która nie świadczy innych usług w zakresie rewizji księgowej na rzecz tego banku. Natomiast krajowa osoba fizyczna, która ubiega się o pełnienie tej funkcji, powinna mieć wyższe wykształcenie o specjalności przydatnej do wykonywania zadań powiernika (zgodnie z przepisami węgierskiej ustawy o b.h. warunek ten spełnia osoba mająca wykształcenie uniwersyteckie lub wyższe wykształcenie zawodowe w zakresie prawa, ekonomii, finansów, rachunkowości i techniki) oraz odpowiednie ubezpieczenie od obowiązku odpowiedzialności cywilnej. Nie może być również karana.

Węgierska ustawa o b.h. wskazuje jednocześnie krąg osób, które nie mogą wykonywać tej funkcji, a zalicza do nich:

- 1) założycieli i akcjonariuszy banku hipotecznego, osoby zajmujące w banku hipotecznym stanowisko kierownicze, członka rady nadzorczej, rewidenta banku hipotecznego oraz krewnych tych osób (w zakresie, w jakim pojęcie to definiują przepisy prawa węgierskiego), a także pracowników banku hipotecznego;
- 2) osoby, które przestały pełnić funkcje, o których mowa w pkt. 1, w okresie krótszym niż 2 lata;



- 3) osoby dysponujące pośrednimi udziałami w banku hipotecznym;
- 4) osoby, które łączą z bankiem hipotecznym lub osobami wymienionymi w pkt. 1 stosunki gospodarcze albo zostały zatrudnione przez osobę posiadającą znaczący udział w banku hipotecznym;
- 5) dłużników banku hipotecznego z jakiegokolwiek tytułu prawnego.

Ustawodawca węgierski opowiedział się tym samym za rozwiązaniem, polegającym na enumeratywnym wskazaniu podmiotów, które jego zdaniem z założenia nie dają przez swoje powiązania kapitałowe lub organizacyjne z bankiem rękojmi należytego (niezależnego) pełnienia powierniczej funkcji.

Przepisy węgierskiej ustawy o b.h. nie regulują zagadnienia wynagrodzenia powiernika oraz nie przewidują instytucji jego zastępcy<sup>65</sup>.

### 1.3.6. Charakter prawny powiernika

W zakresie swojej działalności powiernik nie podlega poleceniom podmiotu, który go powołał (banku hipotecznego)<sup>66</sup>. Łączy go z bankiem hipotecznym umowa<sup>67</sup>, która dla wzmocnienia jego pozycji może być wypowiedziana wyłącznie po uzyskaniu stosownej zgody władz nadzorczych.

### 1.3.7. Odpowiedzialność powiernika

Zgodnie z przepisami węgierskiej ustawy o b.h. powiernik powinien wykonywać swoje zadania z należytą starannością. Odpowiedzialność cywilną ponosi na zasadach ogólnych.

Węgierska ustawa o b.h. wyposaża władze nadzorcze w kompetencje do nakładania grzywny na powiernika w przypadku stwierdzenia zaniedbań w zakresie wykonywania powierzonych mu zadań oraz w zakresie wyrażania zgody na wykreślenie z rejestru pokrycia, a także w wypadku nie powiadomienia władz nadzorczych o stwierdzonym naruszeniu przez bank zasady pokrycia.

## 1.4. Słowacja

### 1.4.1. Podstawy prawne działania powiernika. Słowacki model banku hipotecznego

Problematykę funkcjonowania słowackiego odpowiednika powiernika (*hypotekárny správca*) reguluje ustawa z dnia 20 grudnia 1991 r. o bankach oraz wydane na podstawie § 36 i ust. 4 oraz § 36 tej ustawy rozporządzenie Ministra Finansów Republiki Słowackiej i Narodowego Banku Słowacji z dnia 22 sierpnia 1996 r. o rejestrze hipotek i działalności powiernika. Akty te określają zadania powiernika (§ 36 n ust. 1 i ust. 3 u.b. oraz § 4 rozporządzenia o r.h.d.p.), środki umożliwiające ich wykonywanie (§ 36 o ust. 3 u.b. i § 4 ust. 3 rozporządzenia o r.h.d.p.), formy prawne działania powiernika (§ 36 o ust. 1 i § 36 n ust. 2 u.b. oraz § 4 ust. 2 rozporządzenia o r.h.d.p.), zasady powoływania i odwoływania oraz wynagradzania powiernika i jego zastępcy (§ 36 l i § 36 o ust. 4 u.b.), rozstrzygnięcie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym (§ 36 m ust. 2 i ust. 3 u.b.), charakter prawny powiernika (§ 36 m ust. 1, § 36 o ust. 2 oraz § 36 p ust. 1 u.b.) oraz odpowiedzialność powiernika i jego zastępcy (§ 36 p ust. 2 u.b., § 22 ust. 3 ustawy o d.p.p.).

W Słowacji nie została przyjęta zasada specjalizacji banku emitującego listy zastawne. Słowacki bank hipoteczny jest bankiem uniwersalnym, który uzyskał dodatkowe specjalne zezwolenie na wykonywanie czynności hipotecznych, do których należy udzielanie kredytów hipotecznych (w rozumieniu § 36 b u.b.) i emitowanie na ich podstawie hipotecznych listów zastawnych oraz

<sup>65</sup> Węgierska ustawa o b.h. nie przewiduje również rozstrzygnięcia przez władze nadzorcze sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym.

<sup>66</sup> O. M. Stöcker, *Die Hypothekenbanken ...*, jw., s. 62.

<sup>67</sup> Węgierska ustawa o b.h. nie reguluje problematyki treści umowy między powiernikiem a bankiem hipotecznym.

udzielanie kredytów komunalnych (w rozumieniu § 36 c u.b.) i emitowanie na ich podstawie obligacji komunalnych (§ 36 a u.b.)<sup>68</sup>. Zasady tworzenia, organizacji i działania tego banku regulują przepisy u.b., w szczególności zaś część ósma tej ustawy „*Bankowość hipoteczna*” (§§ 36 a–36 r), oraz wspomniane wyżej rozporządzenie o r.h.d.p. Zasady emisji listów zastawnych są natomiast przedmiotem regulacji ustawy z dnia 26 listopada 1990 r. o dłużnych papierach wartościowych, do której przepisów odsyła w tym zakresie u.b.

Model słowackiego banku hipotecznego cechują również<sup>69</sup>:

- 1) obowiązek prowadzenia w systemie księgowości banku odrębnej ewidencji analitycznej odnoszącej się do czynności hipotecznych (§ 36 k u.b.);
- 2) zasada stałego zabezpieczenia listów zastawnych (zasada pokrycia) – łączna kwota nominalnych wartości wyemitowanych hipotecznych listów zastawnych lub obligacji komunalnych łącznie z przychodem związanym z ich posiadaniem musi znajdować zabezpieczenie (pokrycie) w wierzytelnościach banku hipotecznego z tytułu udzielonych kredytów hipotecznych (dla hipotecznych listów zastawnych) lub odpowiednio kredytów komunalnych (dla obligacji komunalnych) o co najmniej takiej samej sumie kwot nominalnych i z co najmniej takim samym przychodem (§ 16 ust. 4 ustawy o d.p.p.); pokrycie mogą stanowić zarówno wierzytelności banku z tytułu udzielenia kredytów (pokrycie zwykłe), jak i np. środki ulokowane w Narodowym Banku Słowacji, w słowackich bankach i słowackich filiach banków zagranicznych, gotówka, państwowe papiery dłużne, hipoteczne listy zastawne i obligacje komunalne wyemitowane przez inne banki (pokrycie zastępcze), ale tylko do wysokości 10% ogólnej wartości nominalnej hipotecznych listów zastawnych i obligacji hipotecznych znajdujących się w obrocie (§ 16 ust. 5 ustawy o d.p.p.); zgodnie z § 36 f ust. 1 u.b. do pokrycia znajdujących się w obrocie hipotecznych listów zastawnych i obligacji komunalnych mogą być wykorzystane tylko wierzytelności z tytułu kredytów o ogólnej kwocie nie przekraczającej 60% wartości nieruchomości, na których ustanowiono zabezpieczenie spłaty tych kredytów; bank może wprawdzie przy udzieleniu kredytów przekroczyć tę granicę, ale wówczas ogólna suma kwot nominalnych wierzytelności nie może być wyższa niż 15% ogólnej kwoty udzielonych kredytów hipotecznych i komunalnych;
- 3) obowiązek prowadzenia rejestru hipotek, do którego wpisywane są wartości tworzące pokrycie zwykłe i zastępcze. Bank hipoteczny ma również obowiązek oddzielnego przechowywania (od pozostałych dokumentów banku) rejestru hipotek oraz dokumentów, na podstawie których zostały dokonane wpisy do tego rejestru, jak również zabezpieczenia ich przed niewłaściwym wykorzystaniem, zniszczeniem, uszkodzeniem albo utratą (§§ 16 ust. 7 ustawy o d.p.p., 36 i ust. 1 i ust. 4 u.b. oraz §§ 1 i 2 rozporządzenia o r.h.d.p.);
- 4) wprowadzenie odpowiednika instytucji bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości, na której ustanowiono zabezpieczenia wierzytelności stanowiących podstawę emisji hipotecznych listów zastawnych (§ 36 g u.b.);
- 5) ograniczenie w zakresie lokowania wolnych środków pieniężnych uzyskanych w wyniku wykonywania czynności hipotecznych.

Ustawodawca słowacki przewiduje również przywilej upadłościowy dla wierzycieli z listów zastawnych i obligacji komunalnych w przypadku upadłości banku hipotecznego.

#### 1.4.2. Zadania powiernika

Powiernik sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przez bank hipoteczny przepisów u.b. i ustawy o d.p.p., które określają zasady wykonywania czynności hipotecznych, w tym zasady emisji hipotecznych listów zastawnych i obligacji komunalnych. Sprawdza w szczególności czy:

<sup>68</sup> W dalszych rozważaniach dla określenia słowackich odpowiedników polskich instytucji prawnych będę stosował terminologię przyjętą w ustawie o l.z.b.h., tzn. odpowiednio zamiast „*hypotekárny správca*” – powiernik, w miejsce „*banka, ktorá vykonáva hypotekárne obchody – hypotekárna banka*” (§ 36 d u.b.) – bank hipoteczny, a zamiast „*hypotekárny záložny list*” – hipoteczny list zastawny.

<sup>69</sup> O. M. Stöcker, *Die Hypothekenbanken ...*, jw., s. 46 i n.

- 1) przestrzegana jest zasada pokrycia,
- 2) pokrycie zastępcze stanowi nie więcej niż 10% ogólnej kwoty nominalnych wartości znajdujących się w obrocie hipotecznych listów zastawnych lub obligacji komunalnych,
- 3) pokrycie zastępcze zostało utworzone zgodnie z § 16 ust. 5 ustawy o d.p.p.,
- 4) bank nie przekroczył granicy 15% ogólnej kwoty udzielonych kredytów hipotecznych i komunalnych ustalonej dla łącznej sumy kwot nominalnych wierzytelności z tytułu kredytów, która powinna być brana pod uwagę w przypadku przekroczenia granicy 60% wartości nieruchomości dla wierzytelności wykorzystywanych do pokrycia hipotecznych listów zastawnych i obligacji komunalnych,
- 5) prawo zastawu<sup>70</sup> na nieruchomości ustanowione w celu zabezpieczenia wierzytelności banku hipotecznego z tytułu kredytów zostało wpisane do katastru nieruchomości,
- 6) wartości pokrycia zwykłego i zastępczego zostały wpisane do rejestru hipotek prowadzonego zgodnie z przepisami u.b. i rozporządzenia o r.h.d.p.,
- 7) bank wykorzystał wolne środki pieniężne zgodnie z przepisami u.b.

Część zadań powiernika wydaje się być konsekwencją powierzenia emisji listów zastawnych bankowi uniwersalnemu, dla którego wykonywanie czynności hipotecznych nie jest jedynym przedmiotem działalności bankowej. Tego rodzaju zadaniami będą kontrola sposobu wykonania obowiązku przechowywania i zabezpieczenia rejestru hipotek i dokumentów, na podstawie których zostały dokonane wpisy do tego rejestru, oraz kontrola prowadzenia odrębnej ewidencji analitycznej odnoszącej się do czynności hipotecznych.

#### 1.4.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań

Bank hipoteczny ma obowiązek umożliwienia powiernikowi wykonywania jego zadań. Dysponuje on kompetencją do wglądu do dokumentów księgowych, rejestru hipotek oraz innych dokumentów związanych z czynnościami hipotecznymi, w szczególności do:

- 1) umów kredytu,
- 2) opinii biegłego dotyczącej wartości nieruchomości, na której ustanowiono zabezpieczenia spłaty kredytu,
- 3) umów, na mocy których ustanowiono prawo zastawu na nieruchomości,
- 4) planu spłaty kredytu,
- 5) informacji o dokonanych wpisach do rejestru hipotek, którą bank ma obowiązek przekazywać Narodowemu Bankowi Słowacji i Ministerstwu Finansów.

Powiernikowi zapewniono również dostęp do wewnętrznych przepisów banku, które regulują wykonywanie czynności hipotecznych.

#### 1.4.4. Formy działania powiernika

Zgodnie z przepisami u.b. powiernik dysponuje środkami pośredniego i bezpośredniego oddziaływania na bank. Do pierwszej grupy należy obowiązek pisemnego informowania Narodowego Banku Słowacji i Ministerstwa Finansów o stwierdzonych nieprawidłowościach w wykonywaniu czynności hipotecznych. Środki, które można zaklasyfikować do drugiej grupy to natomiast sporządzanie przed każdą emisją hipotecznych listów zastawnych i obligacji komunalnych pisemnego oświadczenia o zapewnieniu zgodnego z przepisami ustawy o d.p.p. pokrycia i dokonaniu wpisu wartości tworzących pokrycie do rejestru hipotek.

<sup>70</sup> Słow. *záložné právo*.

#### **1.4.5. Powołanie, odwołanie i wynagrodzenie powiernika**

Powiernika powołuje i odwołuje<sup>71</sup> Narodowy Bank Słowacji w uzgodnieniu z Ministerstwem Finansów. Kandydat na powiernika powinien być uprzednio skonsultowany z bankiem, przy którym będzie on wykonywał ustawowe zadania.

Funkcję tę może pełnić wyłącznie osoba fizyczna o nieposzlakowanej opinii, która jest odpowiednio przygotowana zawodowo.

Wysokość wynagrodzenia powiernika określa Narodowy Bank Słowacji w uzgodnieniu z Ministerstwem Finansów oraz bankiem hipotecznym. Jest ono wypłacane przez bank hipoteczny.

#### **1.4.6. Zastępca powiernika**

Słowacka u.b. przewiduje również powoływanie zastępcy, który ma zastępować powiernika podczas jego nieobecności w pełnym zakresie przysługujących mu kompetencji, obowiązków i odpowiedzialności. Jego powołanie, funkcjonowanie, odwołanie oraz określenie wynagrodzenia następuje na takich samych zasadach, jakie znajdują zastosowanie wobec powiernika.

#### **1.4.7. Charakter prawny powiernika**

Powiernik wykonuje swoje zadania samodzielnie, niezależnie i bezstronnie. Wiązą go jedynie powszechnie obowiązujące przepisy prawa i rozstrzygnięcia sporów powstałych między nim a bankiem hipotecznym. Jego działalność podlega nadzorowi Narodowego Banku Słowacji i Ministerstwa Finansów.

#### **1.4.8. Rozstrzyganie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym**

Spory między powiernikiem a bankiem hipotecznym rozstrzyga komisja, w której skład wchodzi po dwóch przedstawicieli Narodowego Banku Słowacji i Ministerstwa Finansów. Jej obradom przewodniczy przedstawiciel banku centralnego. Rozstrzygnięcie komisji jest wiążące dla obu stron sporu.

#### **1.4.9. Odpowiedzialność powiernika**

W przypadku wystąpienia nieprawidłowości w działalności powiernika w zakresie określonym w u.b. Narodowy Bank Słowacji może nałożyć na niego grzywnę. Analogiczną kompetencją dysponuje Ministerstwo Finansów w razie stwierdzenia, że nie wykonuje on obowiązków związanych z nadzorem nad przestrzeganiem zasad emisji hipotecznych listów zastawnych i obligacji komunalnych, które określa ustawa o d.p.p.

<sup>71</sup> U.b. nie określa przestanków uzasadniających odwołanie powiernika.

## 2

Instytucja powiernika w banku hipotecznym  
w świetle polskich regulacji prawnych

## 2.1. Geneza i rozwój idei powiernika w prawie polskim

Instytucja powiernika w banku hipotecznym funkcjonowała na ziemiach polskich zaboru niemieckiego, gdzie obowiązywała od 1 stycznia 1900 r. HBG. Nie została jednak przeniesiona do prawa bankowego z 1928 r., którego przepisy poza nadzorem sprawowanym na zasadach ogólnych (przez Ministra Skarbu) przewidywały stały nadzór komisarza rządowego, którego mianował dla każdego banku hipotecznego i na jego koszt Minister Skarbu. On również określał każdorazowo zakres jego uprawnień, np. prawo udziału w posiedzeniach organów banku i zawieszania uchwał, które uzna za sprzeczne z ustawami lub statutem<sup>72</sup>. Natomiast przepisy prawa bankowego z 1928 r. nakładały na komisarza jedynie obowiązek kontrolowania i opatrywania podpisem odpisu z rejestru hipotek (odpowiednika rejestru zabezpieczenia listów zastawnych przewidzianego w ustawie o l.z.b.h.), który bank hipoteczny miał obowiązek w styczniu i lipcu każdego roku składać Ministrowi Skarbu. Odpis miał uwzględniać zmiany, jakie zaszły w ciągu półrocza poprzedzającego kolejne jego złożenie.

Instytucja powiernika powoływanego w celu ochrony interesów wierzycieli z listów zastawnych została natomiast wprowadzona do polskiego porządku prawnego wraz z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 1998 r. wzorowanej na HBG (również w zakresie dotyczącym powiernika) ustawy o l.z.b.h.

## 2.2. Konstrukcja prawna powiernika przyjęta w ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych

## 2.2.1. Podstawy prawne działania powiernika

Podstawowym aktem prawnym regulującym instytucję powiernika i jego zastępcy jest ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych. Przedmiotem regulacji przepisów art. 27–33 ustawy o l.z.b.h., umiejscowionych w dziale IV zatytułowanym „Kontrola i nadzór nad bankami hipotecznymi”, są przede wszystkim:

- 1) zasady powoływania, odwoływania oraz wynagradzania powiernika i jego zastępcy (art. 27, art. 28 i art. 33 ustawy o l.z.b.h.),
- 2) pozycja prawna powiernika i jego zastępcy w stosunku do Komisji Nadzoru Bankowego, banku hipotecznego i wierzycieli z listów zastawnych (art. 27 ust. 1 zd. 2 i art. 29 ustawy o l.z.b.h.),
- 3) rozstrzyganie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym (art. 29 ust. 2 ustawy o l.z.b.h.),
- 4) zadania, środki umożliwiające ich wykonanie oraz formy działania powiernika (art. 24 ust.3, 30 i 31 oraz art. 32 ustawy o l.z.b.h.).

<sup>72</sup> E. Sommerstein, *Polskie prawo bankowe: tekst z komentarzem i synteza przy uwzględnieniu specjalnem prawa o spółkach akcyjnych*, Warszawa 1928, s. 230.

Zakres informacji i dokumentów niezbędnych przy ocenie, czy kandydaci ubiegający się o pełnienie funkcji powiernika i jego zastępcy spełniają wymagania ustawy o l.z.b.h., określa natomiast uchwała nr 4/2002 Komisji Nadzoru Bankowego z dnia 6 marca 2002 r. w sprawie trybu wykonywania nadzoru bankowego.

### 2.2.2. Zadania powiernika

Ochrona interesów majątkowych posiadaczy listów zastawnych przez powiernika realizowana jest poprzez sprawowanie kontroli i nadzoru legalności działania banku hipotecznego w dwóch obszarach, które są związane z:

- 1) zapewnianiem przez bank zgodnej z przepisami ustawy o l.z.b.h. podstawy emisji listów zastawnych, tzw. masy zabezpieczenia (masy pokrycia) zarówno dla planowanej emisji, jak i dla listów zastawnych znajdujących się w obrocie oraz
- 2) prowadzeniem przez bank rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, który ma istotne znaczenie dla wierzycieli z tych papierów wartościowych w przypadku upadłości banku.

W pierwszym ze wskazanych obszarów do zadań powiernika należy przede wszystkim kontrola (ustawa o l.z.b.h. posługuje się w art. 30 sformułowaniem „[...] sprawdzanie, czy [...]”, co oznacza porównywanie stanu obowiązującego ze stanem faktycznym w celu ustalenia ich zgodności) spełniania przez bank ustawowych wymogów o charakterze ilościowym i jakościowym dotyczących masy zabezpieczenia listów zastawnych. W zakresie wymogów ilościowych przedmiotem czynności kontrolnych powinno być przede wszystkim przestrzeganie zasady stałego zabezpieczenia listów zastawnych (zasady pokrycia) wyrażonej w art. 18 ustawy o l.z.b.h. Narzędziem bieżącego monitorowania adekwatności zabezpieczenia dla będących w obrocie listów zastawnych jest rachunek zabezpieczenia tych papierów wartościowych, którego prowadzenie jest obowiązkiem banku zgodnie z art. 25 ustawy o l.z.b.h. Powiernik powinien zatem w terminach określonych z bankiem dokonywać badania wpisów dokonanych w tym rachunku. Przeprowadzona analiza powinna mu umożliwić udzielenie odpowiedzi na pytania, które przesądzają o stwierdzeniu przestrzegania zasady pokrycia zarówno w odniesieniu do hipotecznych, jak i publicznych listów zastawnych, tzn.:

- 1) czy łączna kwota nominalnych wartości znajdujących się w obrocie listów zastawnych nie przekracza sumy nominalnych kwot wierzytelności banku (składających się na zabezpieczenie zwykłe) i zabezpieczenia zastępczego;
- 2) czy dochód banku z tytułu odsetek od wierzytelności stanowiących podstawę emisji nie jest niższy od sumy zobowiązań banku z tytułu odsetek od znajdujących się w obrocie listów zastawnych;
- 3) czy zabezpieczenie zastępcze nie przekracza 10% kwoty wierzytelności zabezpieczonych hipoteką (w przypadku hipotecznych listów zastawnych) albo 10% kwoty wierzytelności zabezpieczonych w sposób wskazany w art. 3 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. (w przypadku publicznych listów zastawnych).

Badanie rachunku zabezpieczenia listów zastawnych powinno również umożliwić powiernikowi kontrolę dokonania przez bank czynności ograniczających ryzyko walutowe w przypadku emitowania listów zastawnych w walucie innej niż waluta, w której wyrażone są wierzytelności lub środki, które tworzą podstawę emisji. Nie może on jednak, w mojej opinii, poprzestać wyłącznie na stwierdzeniu faktu wykonania takiej czynności, ale zobowiązany jest dokonać oceny, czy podjęte czynności rzeczywiście zabezpieczają przed ryzykiem walutowym. Przeprowadzanie tego rodzaju analiz wymaga od powiernika posiadania specjalistycznej wiedzy. Jej brak powinien być brany pod uwagę przy ocenie dawania rękojmi rzetelnego wykonywania nałożonych obowiązków przez kandydata do pełnienia powierniczych funkcji.

Rachunek zabezpieczenia listów zastawnych pozwoli również na sprawdzenie przestrzegania przez bank wymogów ilościowych określonych w art. 13 ust. 1 i art. 14 ustawy o l.z.b.h.<sup>73</sup>, czyli udzielenie odpowiedzi na pytania:

- 1) czy ogólna kwota wierzytelności zabezpieczonych hipoteką i nabytych wierzytelności innych banków z tytułu udzielonych przez nie kredytów zabezpieczonych hipoteką, wpisanych do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, w części przekraczającej 60% bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości nie przekracza 10% ogólnej kwoty wierzytelności banku zabezpieczonych hipoteką oraz
- 2) czy ze środków uzyskanych z emisji listów zastawnych bank refinansuje kredyty zabezpieczone hipoteką oraz nabyte wierzytelności innych banków z tytułu udzielonych przez nie kredytów zabezpieczonych hipoteką najwyżej do kwoty odpowiadającej 60% bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości.

Problem polega jednak na tym, że ustawa o l.z.b.h. nie określa zasad prowadzenia rachunku zabezpieczenia listów zastawnych. Nie upoważnia również KNB, tak jak to czyni w przypadku rejestru zabezpieczenia (art.24 ust. 6 ustawy o l.z.b.h.), do określenia jego wzoru. Ogranicza się jedynie do niefortunnego i ogólnego zapisu, że bank prowadzi rachunek w celu wykazania zgodności wpisów w rejestrze z zasadami ich dokonywania, o których mowa w art. 18 ustawy o l.z.b.h. Analiza rachunku prowadzonego na zasadach przyjętych przez bank we własnym zakresie może nie przynieść wyczerpujących odpowiedzi na stawiane przez powiernika pytania. W konsekwencji w sytuacji, gdyby bank nie uwzględnił w rachunku wszystkich informacji interesujących powiernika, praktycznie niewykonalna może się okazać pełna kontrola przestrzegania zasady stałego zabezpieczenia. Należy zatem postulować nowelizację ustawy o l.z.b.h., polegającą na upoważnieniu KNB do określenia zasad prowadzenia rachunku zabezpieczenia listów zastawnych. Organ nadzoru bankowego wydał wprawdzie Rekomendację K z dnia 10 października 2001 r. *dotyczącą zasad prowadzenia przez banki hipoteczne rachunku zabezpieczenia listów zastawnych i jego projekcji*<sup>74</sup>, która niewątpliwie będzie pomocna dla banków i dla powiernika, ale ze względu na fakt, że jej postanowienia nie mają wiążącego charakteru, nie rozwiązuje ona wskazanych powyżej problemów.

W związku z możliwością nabywania przez bank wyemitowanych przez siebie listów zastawnych w celu przeciwdziałania naruszeniu zasady pokrycia lub przywrócenia stany zgodnego z tą zasadą ustawa o l.z.b.h. powierza powiernikowi rolę depozytariusza i nadzorcy tych papierów wartościowych (art. 16 ust. 1 pkt. 2 i art. 19 ust.1). Ma on, jak się wydaje, uniemożliwić w ten sposób ponowne wprowadzanie listów zastawnych do obrotu w sytuacji, gdy bank nie zapewnia dla nich wymaganego przez art. 18 ustawy o l.z.b.h. pokrycia (co powiernik może sprawdzić podczas badania rachunku zabezpieczenia listów zastawnych). Warto odnotować fakt, że jest to jedyny przypadek, kiedy ustawodawca określając jego zadania posługuje się pojęciem „nadzór”.

Działania podejmowane przez powiernika w celu sprawdzenia spełnienia wymogów jakościowych, które dotyczą masy zabezpieczenia listów zastawnych, powinny się natomiast koncentrować na:

- 1) formalnoprawnej kontroli zabezpieczenia wierzytelności stanowiących podstawę emisji oraz
- 2) kontroli rodzaju nieruchomości, na której ustanowiono hipotekę w celu zabezpieczenia wierzytelności stanowiących podstawę emisji, oraz przyjętej przez bank wartości tej nieruchomości.

Przez formalnoprawną kontrolę zabezpieczenia wierzytelności, które tworzą podstawę emisji listów zastawnych, rozumiem sprawdzanie przez powiernika, czy ustanowienie zabezpieczenia jest prawnie skuteczne. W przypadku hipotecznych listów zastawnych pełniący powierniczą funkcję powinien przede wszystkim zbadać, czy hipoteka jest wpisana do księgi wieczystej. Natomiast w przypadku publicznych listów zastawnych przedmiotem jego zainteresowania powinna być, w szczególności, legalność gwarantowania lub poręczenia spłaty kredytu do pełnej wysokości

<sup>73</sup> A. Drewicz-Tułodziecka, O. M. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 25, s. 189.

<sup>74</sup> Rekomendacja jest dostępna na stronie [www.nbp.pl](http://www.nbp.pl) pod hasłem *Publikacje Nadzoru Bankowego*.

i wraz z należnymi odsetkami przez podmioty wymienione w art. 3 ust. 2 pkt. 1 ustawy o l.z.b.h. oraz moc prawna udzielanych gwarancji lub poręczeń.

Uwaga powiernika powinna być również skupiona na kontroli rodzaju nieruchomości, na których ustanowiono hipotekę dla zabezpieczenia wierzytelności będących składnikami masy zabezpieczenia. Celem podejmowanych czynności kontrolnych jest sprawdzenie, czy spełniają one warunki art. 23 ustawy o l.z.b.h. Powiernik musi sobie odpowiedzieć na pytania:

- 1) jakie nieruchomości i w jakich proporcjach są przedmiotem obciążenia hipoteką?
- 2) czy eksploatacja nieruchomości, na których bank zabezpiecza wierzytelności, które stanowią podstawę emisji hipotecznych listów zastawnych, zgodnie z przeznaczeniem posiada trwały charakter, w szczególności, czy częścią składową tych nieruchomości nie są złoża kopalin?
- 3) jeżeli bank obciąża hipotekami nieruchomości, na których realizowane są inwestycje budowlane, to czy suma zabezpieczonych w ten sposób wierzytelności nie przekracza 10% ogólnej wartości wierzytelności wchodzących w skład masy zabezpieczenia hipotecznych listów zastawnych?
- 4) jeżeli natomiast są to nieruchomości przeznaczone pod zabudowę zgodnie z planem zagospodarowania przestrzennego, to czy wierzytelności zabezpieczone hipoteką na tych nieruchomościach nie przekraczają 10% limitu wskazanego w pytaniu 3?

Szczególnie ważne z punktu widzenia jakości masy zabezpieczenia listów zastawnych oraz możliwości spełnienia świadczeń pieniężnych wobec nabywców listów zastawnych w wypadku konieczności zaspokajania się przez bank z hipoteki na nieruchomości ma zgodnie z przepisami ustawy o l.z.b.h. określenie bankowo-hipotecznej wartości przedmiotu zabezpieczenia. Przepis art. 30 pkt 2 ustawy o l.z.b.h. stanowi, że do zadań powiernika należy sprawdzanie, czy przyjęta przez bank wartość bankowo-hipoteczna nieruchomości określona została zgodnie z bankowym regulaminem zatwierdzonym przez KNB. Równocześnie jednak wskazuje, że do jego obowiązków nie należy kontrolowanie, czy przyjmowana wartość odpowiada wartości rzeczywistej<sup>75</sup>. Oznacza to, że powiernik może się ograniczyć do kontroli dokumentalnej zgodności przyjętej wartości z regulaminowymi zasadami. Nie może tym samym zostać odwołany na podstawie art. 28 ust. 1 pkt 5 ustawy o l.z.b.h. (za niewypełnienie ustawowych czynności) w przypadku stwierdzenia, że wartość bankowo-hipoteczna nie odpowiada rzeczywistej.

W zakresie drugiego obszaru kontroli przedmiotem zainteresowania powiernika powinna być zgodność sposobu prowadzenia rejestrów zabezpieczenia hipotecznych i publicznych listów zastawnych z przepisami ustawy o l.z.b.h. (art. 30 pkt 4). Jego obowiązkiem będzie zatem sprawdzanie, czy spełnione są zarówno wymogi formalne (tzn. bank prowadzi rejestr zgodnie ze wzorem określonym w uchwale Nr 2/1999 KNB, a wpisy dokonywane są do pełnej wysokości udzielonego kredytu), jak i materialne (wpisane do rejestru wierzytelności i wartości mogą stanowić podstawę emisji listów zastawnych).

Z punktu widzenia ochrony interesów wierzycieli z listów zastawnych niebagatelne znaczenie ma częstotliwość wykonywania przez powiernika ustawowych zadań. W przypadku kontroli masy zabezpieczenia ustawa o l.z.b.h. nie reguluje tej kwestii. Wydaje się, że częstotliwość czynności sprawdzających należy dostosować do specyfiki poszczególnych elementów kontroli masy. Wykładnia art. 18 ust. 1 i 2 ustawy o l.z.b.h. wskazuje, że zasada pokrycia powinna być przestrzegana w każdym czasie. W sytuacji, kiedy bank planuje nową emisję listów zastawnych, obowiązkiem powiernika jest przeprowadzenie przed jej dokonaniem kontroli zapewnienia zgodnego z wymogami ilościowymi zabezpieczenia emisji. Natomiast w czasie, kiedy listy zastawne znajdują się w obrocie od wiedzy i doświadczenia pełniących powiernicze funkcje zależy, w jakich odstępach czasu powinni żądać od banku wglądu w rachunek zabezpieczenia, aby uzyskać pewność, że zasada pokrycia jest przestrzegana<sup>76</sup>. W przypadku formalnoprawnej kontroli zabezpieczenia, kontroli rodza-

<sup>75</sup> Zgodnie z art. 30 pkt 2 zd. 2 ustawy o l.z.b.h. „[...] do zadań powiernika nie należy sprawdzanie, czy bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości odpowiada wartości rzeczywistej [...]”.

<sup>76</sup> Podobnie A. Drewicz-Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 30, s. 213.



ju nieruchomości i przyjętej wartości bankowo-hipotecznej wystarczające wydaje się poprzestanie na czynnościach sprawdzających w momencie wpisywania wierzytelności do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, chociaż powiernik powinien mieć świadomość, że w przedmiocie zabezpieczenia tych wierzytelności mogą nastąpić zmiany (np. w sytuacji obniżenia wartości pierwotnego przedmiotu zabezpieczenia wierzytelność zostanie zabezpieczona hipoteką na innej nieruchomości).

W odniesieniu do kontroli rejestru zabezpieczenia listów zastawnych kwestię częstotliwości podejmowania czynności sprawdzających reguluje art. 31 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. Przepis ten nakazuje kontrolowanie prawidłowości prowadzenia rejestru w sposób bieżący. Zgodnie z poglądami prezentowanym w piśmiennictwie słowo „bieżąca” oznacza taką powtarzalność kontroli, która nie prowadzi do zaległości kontrolnych<sup>77</sup>. Częstotliwość wykonywanych czynności kontrolnych powinna pozostawać w ścisłym związku z rozmiarem i natężeniem działalności banku<sup>78</sup>.

Sprawdzenie przez powiernika każdej wierzytelności wpisywanej do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, każdej nieruchomości stanowiącej przedmiot zabezpieczenia tej wierzytelności i każdej wartości bankowo-hipotecznej w praktyce może okazać się niemożliwe, zwłaszcza gdy bank prowadzi ożywioną działalność emisyjną. Dlatego też, korzystając z doświadczeń niemieckich w tym zakresie<sup>79</sup>, należy dopuścić możliwość kontrolowania jedynie wybranych wierzytelności, nieruchomości i ich wycen. Tym bardziej że ustawa o l.z.b.h. nie reguluje kwestii faktycznego zakresu przedmiotowego czynności sprawdzających. Na powierniku spoczywa więc ciężar doboru odpowiedniej próby kontrolnej.

### 2.2.3. Środki umożliwiające wykonanie zadań

Ustawa o l.z.b.h. wyposaża powiernika w dwojakiego rodzaju środki umożliwiające wykonanie ustawowych zadań, mianowicie w:

- 1) kompetencje<sup>80</sup> do badania ksiąg rachunkowych, rejestrów, planów i innych dokumentów banku (art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h.) oraz
- 2) wynikającą z art. 33 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. kompetencję do żądania od banku zapewnienia warunków pracy odpowiednich do wykonywanych zadań.

Na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. powiernik może kierować żądanie, które rodzi po stronie banku obowiązek umożliwienia mu wglądu do wymaganych przez niego dokumentów w celu ich zbadania. Zakres przedmiotowy żądania jest jednak ograniczony. Powiernik może się domagać wyłącznie takich dokumentów, które są konieczne do wykonywania ustawowych zadań<sup>81</sup>, czyli do przeprowadzenia kontroli masy zabezpieczenia listów zastawnych i prowadzenia rejestru zabezpieczenia tych papierów wartościowych. Za takie w szczególności można uznać rejestr i rachunek zabezpieczenia listów zastawnych, umowy, na podstawie których powstają wierzytelności tworzące podstawę emisji listów zastawnych (umowy kredytu i umowy przelewu wierzytelności) oraz dokumenty wyceny. Wydaje się, że może się również domagać przedstawienia przez bank opinii i raportu biegłego rewidenta z badania jego sprawozdania finansowego, jeżeli zawiera ono sprostowania odnoszące się do listów zastawnych i wartości tworzących podstawę ich emisji, jak również udostępnienia analiz banku dotyczących zapewnienia w określonej perspektywie czasowej zgodnej z przepisami ustawy o l.z.b.h. masy zabezpieczenia<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> M. Rewieński, *Powiernik banku hipotecznego – nowa instytucja w polskim systemie bankowym*, Prawo bankowe 2000, nr 2, s. 54.

<sup>78</sup> A. Drewicz-Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, kom. do art. 31 ust. 1, s. 216.

<sup>79</sup> V. Kerl, D. Bellinger, *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom. do § 30, s. 497.

<sup>80</sup> Pod pojęciem kompetencji rozumiem możliwość takiego prawem przewidzianego zachowania się, przez wyraźnie oznaczony podmiot, w tym przypadku powiernika, w wyniku którego powstaje, bądź aktualizuje się obowiązek określonego zachowania się (działania lub zaniechania) przez inny podmiot, w tym przypadku przez bank hipoteczny (*Wielka Encyklopedia Prawa pod red. E. Smoktunowicza*, Białystok – Warszawa 2000, hasło: *kompetencja*).

<sup>81</sup> Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. powiernik ma prawo badać księgi rachunkowe, rejestry, plany i inne dokumenty banku „[...] w celu wykonania zadań [...]”.

<sup>82</sup> W odniesieniu do niemieckiego powiernika na możliwość taką wskazuje V.Kerl i D.Bellinger [w:] *Hypothekbankgesetz ...*, jw., kom.do § 32, s. 509.

Na tle omawianej kompetencji rysuje się jednak problem prawnej dopuszczalności udzielania powiernikowi przez bank informacji stanowiących tajemnicę bankową (zawartych w badanych przez nich dokumentach, np. w umowach kredytu) w świetle przepisów art. 104 i 105 prawa bankowego. Zagadnienia tego nie regulują przepisy ustawy o l.z.b.h., a usytuowanie osoby pełniącej powierniczą funkcję na zewnątrz banku pozwala na stwierdzenie, że jest ona osobą trzecią w rozumieniu art. 104 ust. 2 prawa bankowego. Nie wiąże go bowiem z bankiem żaden stosunek zatrudnienia, ani nie pośredniczy w wykonywaniu przez bank czynności bankowych. Ponadto nie został uwzględniony w katalogu art. 105 ust. 1 prawa bankowego, który określa, w jakich przypadkach i jakim podmiotom bank ma obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową. Zgodnie więc z wykładnią językową art. 104 ust. 2 prawa bankowego nie można mu ujawnić wiadomości objętych tajemnicą, chyba że osoba będąca stroną umowy na piśmie upoważni bank do ich przekazania powiernikowi. Należy mieć jednak na uwadze, że w kompetencje do badania dokumentów banku, w tym zawierających tajemnicę bankową (niezbędnych do przeprowadzenia, np. formalnoprawnej kontroli zabezpieczenia), bez której niemożliwe staje się wykonanie ustawowych zadań, wyposażył powiernika w sposób wyraźny z założenia racjonalny ustawodawca. Można więc bronić poglądu, że z art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. wynika swoiste upoważnienie ustawowe, a norma ustawy o l.z.b.h. stanowi *lex specialis* w stosunku do norm wyrażonych w art. 104 i 105 prawa bankowego. Niemniej jednak pogląd ten może spotkać się z zarzutem, że jeżeli obowiązek zachowania tajemnicy bankowej jest regułą, a przepis art. 104 ust. 2 prawa bankowego ustanawia wyjątki od tej reguły (zaistnienie jednego z przypadków wskazanych w art. 105 ust. 1 prawa bankowego albo uzyskanie pisemnego upoważnienia beneficjenta tajemnicy), to zgodnie z przyjętymi dyrektywami wykładni nie mogą być one interpretowane rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendae*). Na poparcie tego twierdzenia można powołać stanowisko zawarte w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 12 stycznia 1988 r. (sygn. Akt III CZP/53/87 OSNCP 1988/89) o następującej treści: „normy stanowiące tajemnicę bankową [...] nie powinny być w ramach wykładni celowościowej interpretowane w sposób pozwalający na rozluźnienie jej rygorów”. Ze względu na mogące się pojawić rozbieżności interpretacyjne należy postulować wprowadzenie do ustawy prawo bankowe lub ustawy o l.z.b.h. przepisu, który nakładałby na bank obowiązek udzielenia powiernikowi informacji stanowiących tajemnicę bankową w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przez niego ustawowych zadań. Tym bardziej, że ujawnienie tajemnicy bankowej przez zobowiązanego do jej zachowania (np. pracownika banku hipotecznego) zagrożone jest sankcją karną (zgodnie z art. 171 ust. 5 prawa bankowego)<sup>83</sup>.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. *expressis verbis* uprawnia powiernika do badania określonych dokumentów „w dowolnym czasie”, czyli wówczas, gdy uzna to za konieczne dla pełnego wykonania nałożonych na niego zadań. Innymi słowy to powiernik, a nie bank powinien decydować, kiedy zostaną udostępnione. Należy się jednak zgodzić z poglądem, który prezentowany jest w niemieckiej doktrynie, że jeżeli sytuacja nie wymaga zdecydowanego i natychmiastowego działania z jego strony, powinien on mieć na uwadze bieżącą działalność banku<sup>84</sup>. Nie można przecież zapominać o *ratio legis* powołania powiernika, którym jest ochrona interesów nabywców listów zastawnych. Nieuzasadnione dezorganizowanie pracy banku może pozostawać w sprzeczności z tym interesem.

Drugi ze wspomnianych środków realizacji powierniczych zadań nie został sformułowany w ustawie o l.z.b.h. w sposób tak wyraźny, jak kompetencja do badania dokumentów. Artykuł 33 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. stanowi, że bank hipoteczny zapewnia powiernikowi warunki pracy odpowiednio do wykonywanych przez niego zadań. Bank powinien więc zagwarantować (a powiernik

<sup>83</sup> Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, który w chwili obecnej jest przedmiotem prac parlamentarnych (Sejm IV kadencji, druk nr 405), wychodzi naprzeciw temu postulatowi. Po art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. przewiduje się m. in. dodanie ust. 1a w brzmieniu: „1a. Powiernikowi i jego zastępcy, w związku z wykonywaniem ich zadań, bank hipoteczny [...] udziela informacji stanowiących tajemnicę bankową”, a art. 105 ust. 2 prawa bankowego proponuje się nadać następujące brzmienie: „2. Zakres oraz zasady udzielania informacji przez banki organom podatkowym, Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej, organom kontroli skarbowej oraz powiernikowi i jego zastępcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych [...], regulują odrębne przepisy.”

<sup>84</sup> jw.

może się tego domagać) zarówno odpowiednie warunki o charakterze technicznym (przygotować i wyposażyć stanowisko pracy), jak i o charakterze organizacyjnym (stworzyć regulacje wewnętrzne umożliwiające współpracę w zakresie wykonywanych przez powiernika czynności kontrolno-nadzorczych)<sup>85</sup>. Uważam, że przepis ten stanowi również dla powiernika podstawę żądania sporządzenia na koszt banku ekspertyz w sprawach związanych z wykonywaniem powierniczych zadań. W tym przypadku zapewnienie warunków pracy odpowiednich do wykonywanych zadań można rozumieć jako obowiązek służenia fachową pomocą (np. sporządzenia opinii prawnej na temat możliwości gwarantowania spłaty kredytu do pełnej wysokości i wraz z należnymi odsetkami przez jedno z państw członkowskich Wspólnot Europejskich). Powiernik powinien jednak pamiętać, że zbyt częste korzystanie z pomocy banku, zwłaszcza przy rozwiązywaniu problemów, w zakresie których powinien się wykazać odpowiednią wiedzą (której posiadanie potwierdzają dokumenty przedstawione KNB przy ubieganiu się o powołanie), może zostać potraktowane jako niewypełnienie ustawowych czynności, co uprawnia organ nadzoru bankowego do jego odwołania (art. 28 ust. 1 ustawy o I.z.b.h.).

#### 2.2.4. Formy działania powiernika

Konsekwencją obserwacji dokonanych przez powiernika w trakcie przeprowadzania kontroli określonych obszarów działalności banku, zwłaszcza świadczących o naruszeniu przepisów ustawy o I.z.b.h., może być podjęcie dwojakiego rodzaju środków. Z punktu widzenia sposobu wywierania wpływu na działalność banku można je określić jako środki oddziaływania pośredniego i bezpośredniego.

Do pierwszej grupy należy zaliczyć zalecenia oraz obowiązki informacyjne. Zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy o I.z.b.h. powiernik dysponuje uprawnieniem do wydawania bankowi zaleceń w związku z czynnościami, do których zobowiązany jest na podstawie tej ustawy, czyli, jak się wydaje, w związku z czynnościami kontrolnymi, podejmowanymi w celu realizacji zadań wskazanych w art. 30 ustawy o I.z.b.h. Powiernicze zalecenie nie wiąże jednak banku, co podkreśla brzmienie art. 32 ust. 2 ustawy o I.z.b.h., który niejako *a priori* zakłada możliwość jego niewykonania, wskazując zawiadomienie KNB jako kierunek dalszego działania w przypadku niezastosowania się do zalecenia. Wydaje się więc, że na podstawie art. 32 ust. 2 ustawy o I.z.b.h. powiernik może jedynie doradzić bankowi podjęcie określonych działań w celu usunięcia naruszenia przepisów tej ustawy, stwierdzonego przez siebie w trakcie wykonywania czynności kontrolnych, których przestrzeganie poddane zostało jego kontroli (np. w wyniku stwierdzenia, że łączna kwota nominalnych wartości znajdujących się w obrocie hipotecznych listów zastawnych przekracza sumę nominalnych kwot wiarytelności i środków, stanowiących podstawę ich emisji, może zalecić nabycie przez bank listów zastawnych o określonej wartości w celu ich umorzenia przy zachowaniu warunków art. 21 ust. 1 ustawy o I.z.b.h. lub przekazania do depozytu pod swój nadzór zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o I.z.b.h.). Niewykonanie przez bank zalecenia rodzi jednak po stronie powiernika obowiązek niezwłocznego zawiadomienia KNB o tym fakcie. W celu usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości organ nadzoru bankowego może skorzystać (jest to uprawnienie, a nie obowiązek) z przysługujących mu uprawnień nadzorczych (art. 32 ust. 3 ustawy o I.z.b.h.), co oznacza, że poinformowanie o niezastosowaniu się do zalecenia nie nakłada na ten organ obowiązku zastosowania środków nadzoru. Ocena zasadności podjęcia działań, których celem byłoby przywrócenie stanu zgodnego z przepisami ustawy o I.z.b.h., została pozostawiona KNB.

Kolejny obowiązek nakłada na powiernika art. 30 pkt 3 zd. 2 ustawy o I.z.b.h. Polega on na niezwłocznym zawiadomieniu KNB o stwierdzonym przekroczeniu limitu art. 18 ustawy o I.z.b.h., czyli naruszeniu zasady stałego zabezpieczenia listów zastawnych. W odróżnieniu od obowiązku wynikającego z art. 32 ust. 2 ustawy o I.z.b.h., który powstaje dopiero w chwili niewykonania powierniczego zalecenia wydanego w następstwie zaobserwowanego działania niezgodnego z przepisami tej ustawy, obowiązek nałożony w art. 30 pkt 3 zd. 2 aktualizuje się już

<sup>85</sup> Regulacje wewnętrzne banku określające zasady współpracy z powiernikiem są przedmiotem analizy Generalnego Inspektoratu Nadzoru Bankowego przed wydaniem przez Komisję Nadzoru Bankowego zezwolenia na rozpoczęcie przez bank działalności.

w chwili stwierdzenia naruszenia postanowień ustawy o l.z.b.h. Odmienne uregulowanie momentu aktualizacji obowiązków należy, w moim przekonaniu, tłumaczyć fundamentalnym znaczeniem zachowania zasady pokrycia dla bezpieczeństwa inwestycji w listy zastawne.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. powiernik zobowiązany jest również okresowo, tzn. do 7 dnia każdego miesiąca przekazywać KNB zatwierdzony przez siebie, aktualny odpis wpisów w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych za miesiąc poprzedni. Przekazany odpis pozwala organowi nadzoru bankowego, z jednej strony, na kontrolę przestrzegania przez bank wymogów formalnych i materialnych dotyczących prowadzenia rejestru (w ramach nadzoru, którego celem jest zapewnienie legalności działalności banku), z drugiej natomiast, ze względu na fakt, że odpis powinien być zatwierdzony przez powiernika, na sprawdzenie, czy dokonuje on kontroli zgodnie z przepisami ustawy o l.z.b.h. (w ramach nadzoru nad wypełnianiem przez powiernika czynności, do których zobowiązuje go ta ustawa).

Wykładnia art. 31 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. pozwala na sformułowanie pewnych wniosków i zasygnalizowanie wątpliwości interpretacyjnych. Po pierwsze, odpis powinien być przekazany nie później niż do 7 dnia każdego miesiąca. Wobec braku odrębnych regulacji ustawy o l.z.b.h. wydaje się, że termin ten zostanie zachowany również wówczas, gdy powiernik przed jego upływem nada stosowne pismo w placówce pocztowej (zgodnie z art. 57 § 5 k.p.a.). Po drugie, odpis obejmuje wierzytelności i środki wpisane do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych w miesiącu poprzedzającym przekazanie. Powstaje jednak pytanie, czy powiernik powinien przekazywać odpis również w sytuacjach, gdy bank nie dokonał wpisów w rejestrze. Z jednej bowiem strony powiernik ma przekazywać odpis wpisów za miesiąc poprzedni, co może prowadzić do wniosku, że w przypadku braku wpisów w miesiącu poprzedzającym realizację obowiązku przekazywanie odpisu jest bezprzedmiotowe. Z drugiej jednak strony z art. 31 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. wynika obowiązek przekazania aktualnego odpisu w każdym miesiącu, a nie wyłącznie wtedy, kiedy wpisy zostaną dokonane. Należy zatem przyjąć, że odpis obejmuje nie tyle wpisy dokonane, ile odzwierciedla zmianę w ich stanie lub jej brak w poprzednim miesiącu. Powiernik zobowiązany jest więc informować KNB również o braku przyrostu podstawy emisji listów zastawnych<sup>86</sup>.

Środki zaklasyfikowane do pierwszej grupy pozwalają jedynie w sposób pośredni wpływać na działalność banku hipotecznego poprzez informowanie organu nadzoru bankowego o stanie przestrzegania ustawy o l.z.b.h. (w przypadku obowiązku przekazywania odpisu wpisów w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych) lub o stwierdzonych w trakcie podejmowanych czynności kontrolnych naruszeniach jej przepisów (w przypadku obowiązków wynikających z art. 30 ust. 3 zd. 2 i art. 32 ust. 2 ustawy o l.z.b.h.). Natomiast do podejmowania bezpośrednich działań władczych, których celem byłoby usunięcie zaobserwowanych przez powiernika nieprawidłowości, uprawniona jest w tym przypadku KNB.

Powiernik został również wyposażony w środki, które pozwalają mu na bezpośrednie oddziaływanie na bank. Mają one zróżnicowany charakter, ale ich cechą wspólną jest to, że za ich pomocą może ingerować w działalność banku, w tym również decydować o zmianie jej kierunku, czyli kreować jego sytuację prawną. Ich treścią jest najczęściej zezwolenie (zatwierdzenie, zgoda), a więc możliwość indywidualnego (a ściślej podwójnie konkretnego) uchylenia pewnego zakazu, który został wprowadzony przez ustawodawcę w celu prewencyjnym<sup>87</sup>. Środkami tymi są:

- 1) składanie podpisu na liście zastawnym (art. 6 pkt 9 ustawy o l.z.b.h.),
- 2) wyrażanie pisemnej zgody na dokonanie czynności rozporządzającej, której przedmiotem jest wierzytelność hipoteczna wpisana do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych (art. 24 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.),
- 3) wyrażanie pisemnej zgody na wykreślenie wpisów w tym rejestrze (art. 31 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.).

<sup>86</sup> A. Drewicz-Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...jw.*, kom. do art. 31 ust. 2, s. 216.

<sup>87</sup> M. Rewieński, *Powiernik ...jw.*, s. 54.

W myśl przepisu art. 6 pkt 9 ustawy o l.z.b.h. elementem obligatoryjnym listu zastawnego w formie dokumentu jest podpis powiernika. W przypadku emitowania tego papieru wartościowego w formie zdematerializowanej podpis powinien się znaleźć w treści świadectwa depozytowego albo innego dokumentu wydanego przez bank osobie uprawnionej (art. 7 ust. 2 w zw. z art. 6 pkt 9 ustawy o l.z.b.h.). Jego złożenie należy traktować jako swoiste potwierdzenie spełnienia przez bank ustawowych warunków dokonania emisji<sup>88</sup>. Uzależnione jest więc od wyników kontroli zapewnienia podstawy emisji zgodnej z przepisami ustawy o l.z.b.h. oraz dokonania odpowiednich wpisów do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych. W przypadku stwierdzenia naruszenia stosownych postanowień ustawy o l.z.b.h. powiernik uprawniony jest do odmowy złożenia podpisu, czym wstrzymuje zamierzoną przez bank emisję listów zastawnych<sup>89</sup>.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 3 ustawy o l.z.b.h. dokonanie przez bank czynności rozporządzającej, której przedmiotem jest wierzytelność wpisana do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, wymaga uprzedniej pisemnej zgody powiernika. Wyposażeniu go w tę kompetencję nie towarzyszy jednak wyraźne określenie w ustawie o l.z.b.h. dwóch zasadniczych (z punktu widzenia skuteczność tego środka oddziaływania) kwestii, mianowicie przesłanek odmowy wyrażenia zgody i cywilnoprawnych skutków czynności rozporządzających dokonanej bez zgody powiernika. W moim przekonaniu zgodę należy postrzegać jako środek o charakterze prewencyjnym, który ma umożliwić skuteczne przeciwdziałanie naruszeniu zasady stałego zabezpieczenia listów zastawnych oraz tych limitów ustawowych, dla których punktem odniesienia jest ogólna kwota wierzytelności banku wpisanych do rejestru zabezpieczenia hipotecznych lub publicznych listów zastawnych. Z tego twierdzenia płynnie wniosek, że przesłanką odmowy jej wyrażenia może być stwierdzenie przez powiernika, że istnieje niebezpieczeństwo obniżenia wartości podstawy emisji w stosunku do sumy nominalnych wartości znajdujących się w obrocie listów zastawnych wraz z odsetkami od tych papierów wartościowych lub przekroczenia limitów art. 13 ust. 1, art. 18 ust. 3 oraz 23 ust.1 ustawy o l.z.b.h. w następstwie dokonania rozporządzenia. Dokonaną bez uprzedniej (*podkr. M.O.*) zgody powiernika czynność rozporządzającą należy natomiast traktować jako sprzeczną z ustawą, a przez to zgodnie z art. 58 § 1 k.c. bezwzględnie nieważną. Z przepisu art. 24 ust. 3 ustawy o l.z.b.h. wyraźnie wynika, że zgoda musi być wyrażona przed dokonaniem rozporządzenia. Czynność ta nie może być zatem konwalidowana poprzez wydanie zgody *ex post*<sup>90</sup>. Nie mamy tu więc do czynienia z czynnością prawną „kulejącą” (*negotium claudicans*)<sup>91</sup>.

Od uzyskania zgody powiernika zostało również uzależnione wykreślenie przez bank wpisów w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych, przy czym równoznaczne z jej wyrażeniem jest złożenie przez powiernika czytelnego podpisu przy adnotacji o jego wykreśleniu. Wobec braku ustawowych uregulowań należy postawić pytanie, kiedy może zostać wyrażona zgoda na wykreślenie. Analogicznie jak w przypadku zgody wydawanej na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy o l.z.b.h., jedynie wówczas, gdy powiernik stwierdzi na podstawie prowadzonych działań kontrolnych, że zmniejszenie masy zabezpieczenia listów zastawnych wskutek wykreślenia wierzytelności lub środków stanowiących jej składniki, nie spowoduje naruszenia zasady art. 18 lub limitów art. 13 ust. 1, art. 18 ust. 3 oraz 23 ust.1 ustawy o l.z.b.h.. Wykreślenie wpisu bez powierniczej zgody będzie bezskuteczne, na co wskazuje brzmienie art. 31 ust. 3 ustawy o l.z.b.h., który *expressis verbis* stanowi, że może ono nastąpić „[...] jedynie (*podkr. M.O.*) [...] za pisemną zgodą powiernika [...]”.

Z powierzeniem powiernikowi nadzoru na listami zastawnymi deponowanymi u niego przez bank hipoteczny w sytuacji wskazanej w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o l.z.b.h. wiąże się problem określenia środków, które pozwoliłyby mu w sposób władczy przeciwdziałać ponownemu wprowadzeniu tych papierów wartościowych do obrotu z naruszeniem zasady pokrycia. Ustawodawca posłu-

<sup>88</sup> A. Drewicz-Tułodziecka, O. M. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom.do art. 30 pkt 5, s. 214.

<sup>89</sup> M. Uśák, *Status prawny powiernika w banku hipotecznym* [w:] R. Mastalski (red.) *Księga jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza. Studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, Wrocław 2001, s. 115.

<sup>90</sup> S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza – Część ogólna*, Warszawa 1999, kom.do art. 58, s. 185.

<sup>91</sup> Odmienne M. Rewieński (*Powiernik ...*, s. 51), który stoi na stanowisku, że czynność rozporządzająca banku dokonana bez uprzedniej zgody powiernika może być sanowana w drodze wyrażenia zgody *ex post*.

guje się na określenie tego zadania pojęciem „nadzoru”. Nie wskazuje jednak środków jego wykonywania (czyli oddziaływania na bank w celu przywrócenia stanu zgodnego z przepisami ustawy o l.z.b.h.). W literaturze przedmiotu prezentowany jest pogląd, że na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 2 i art. 19 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. oraz innych regulacji tej ustawy (w szczególności art. 18 wprowadzającego zasadę pokrycia i przepisów art. 30 pkt 1 i 3, zgodnie z którymi do zadań powiernika należy sprawdzanie, czy zobowiązania wynikające ze znajdujących się w obrocie listów zastawnych w każdym czasie zabezpieczone są zgodnie z przepisami ustawy o l.z.b.h. oraz czy przestrzegana jest zasada pokrycia) można zrekonstruować normę zawierającą kompetencję do wyrażania zgody na ponowne wprowadzenie listów do obrotu<sup>92</sup>. Niewątpliwie brak tej kompetencji w katalogu powierniczych środków bezpośredniego oddziaływania na bank stanowi istotną lukę w systemie nadzoru i kontroli nad przestrzeganiem kluczowej dla wierzycieli z listów zastawnych zasady pokrycia. Niemniej jednak, w doktrynie wyrażany jest również pogląd, że władcze wkraczanie w sferę działania banku jest możliwe i dopuszczalne tylko w sprawach określonych konkretnym przepisem prawnym<sup>93</sup>, a lista środków nadzoru powinna być prawnie określona<sup>94</sup>. Dlatego też uważam, że wobec braku wyraźnego przepisu w obecnie obowiązującym stanie prawnym powiernik nie dysponuje kompetencją do wyrażania zgody na powtórne zbycie listów zastawnych wycofanych przez bank z obrotu. Należy jednak *de lege ferenda* postulować jej wprowadzenie w drodze nowelizacji ustawy o l.z.b.h.

### 2.2.5. Powołanie powiernika

Problematykę powołania powiernika reguluje art. 27 ustawy o l.z.b.h., który wskazuje organ powołujący (KNB), organ opiniujący (zarząd banku hipotecznego) oraz określa wymagania, jakie powinni spełniać kandydaci do pełnienia tej funkcji. Zgodnie z brzmieniem przepisu powiernik powoływany jest przez KNB przy każdym banku hipotecznym po zasięgnięciu opinii zarządu banku, przy którym będzie wykonywał przypisane w ustawie zadania. Przepis art. 27 ust.1 ustawy o l.z.b.h., w mojej opinii, jednoznacznie wskazuje na obligatoryjność jego powołania. Stanowi bowiem, że „[...] przy każdym banku hipotecznym powołuje się (podkr. M.O.) powiernika [...]”, nie pozostawiając ocenie KNB, czy jest to uzasadnione faktycznym zakresem działalności banku.

Ustawa o l.z.b.h. stawia przed kandydatami do pełnienia tej funkcji dwojakiemu rodzaju (z punktu widzenia dokonującego weryfikacji Generalnego Inspektoratu Nadzoru Bankowego) wymagania (art. 27 ust. 1 zd. 2 i ust. 3 ustawy o l.z.b.h.), mianowicie:

- 1) wymagania o charakterze obiektywnym: powiernikiem może być wyłącznie obywatel polski<sup>95</sup>, mający wykształcenie wyższe i nie będący pracownikiem banku hipotecznego, przy którym ma być powołany;
- 2) wymagania o charakterze subiektywnym: powiernikiem może być wyłącznie osoba dająca rękojmię rzetelnego wykonywania nałożonych na nią obowiązków; ocena pozostaje w sferze uznania administracyjnego KNB.

Rodzaj stawianych wymagań (obywatelstwo, wykształcenie wyższe, dawanie rękojmi rzetelnego wykonywania obowiązków) wskazuje jednoznacznie, że funkcję powiernika mogą pełnić wyłącznie osoby fizyczne.

W zakresie niezbędnym do wydania przez KNB decyzji o powołaniu GINB dokonuje oceny, czy kandydat ubiegający się o pełnienie funkcji powiernika<sup>96</sup> spełnia wymagania określone w usta-

<sup>92</sup> M. Uśák, *Status prawny ...*, jw., s. 116.

<sup>93</sup> R.W. Kaszubski, A. Kawulski, *Nadzór bankowy w perspektywie integracji europejskiej*, cz. I, Przegląd Podatkowy 1998, nr 10, s. 34–37.

<sup>94</sup> M. Rewieński, *Powiernik ...*, jw., s. 52.

<sup>95</sup> Ustawa z dnia 18 stycznia 2001 r. o zmianie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych (Dz.U. Nr 15, poz. 148), która wchodzi w życie z dniem uzyskania przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej, przewiduje, że funkcję powiernika i jego zastępcy będą mogły pełnić osoby mające obywatelstwo jednego z państw-członków Unii Europejskiej.

<sup>96</sup> Uchwałodawca w § 8 ust. 1 uchwały Nr 4/2002 KNB posługuje się sformułowaniem „[...] czy kandydaci ubiegający się o pełnienie w banku hipotecznym (podkr. M.O.) funkcji powiernika [...]”, które należy uznać za niezgodne z art. 27 ust. 1 ustawy o l.z.b.h., wyraźnie stanowiącym, że jest on powoływany „przy każdym banku hipotecznym”. Powiernik

wie o l.z.b.h., w szczególności poddając analizie dokumenty (stosowne oświadczenia kandydata i zaświadczenia uprawnionych organów) i informacje, dotyczące (§ 8 ust. 1 i 2 w zw. z § 7 ust. 1 uchwały Nr 4/2002 KNB i § 3 uchwały Nr 1/2002 KNB)<sup>97</sup>:

- 1) tożsamości (imię i nazwisko, nazwisko rodowe, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, numer PESEL, obywatelstwo, adres stałego i czasowego zameldowania oraz zamieszkania w dniu składania wniosku i w okresie ostatnich 5 lat, seria i numer dowodu osobistego, oznaczenie organu wydającego dowód osobisty oraz daty wydania dowodu osobistego),
- 2) życiorysu zawodowego, ze szczególnym uwzględnieniem pracy w instytucjach finansowych, poprzez wskazanie pełnionych funkcji i związanej z nimi odpowiedzialności oraz doświadczenia w pracy w innych instytucjach,
- 3) posiadanej wiedzy w zakresie rynku nieruchomości i rynku kapitałowego,
- 4) wykształcenia, w szczególności ukończonych studiów wyższych, studiów podyplomowych, szkoleń specjalistycznych i in.,
- 5) prowadzonej aktualnie i w okresie ostatnich 5 lat działalności gospodarczej przez kandydatów i osoby bliskie, pozostające we wspólnym gospodarstwie domowym, z podaniem formy prowadzonej działalności, jej rodzaju, a także posiadanych aktualnie i w okresie ostatnich 5 lat udziałów lub akcji w spółkach,
- 6) pełnionych w okresie ostatnich 5 lat funkcji w zarządach, radach nadzorczych, innych władzach podmiotów prowadzących działalność gospodarczą,
- 7) prowadzonych aktualnie i w okresie ostatnich 5 lat postępowań karnych, karnych skarbowych, dyscyplinarnych lub egzekucyjnych przeciwko kandydatowi, postępowań administracyjnych, w których występował lub występuje jako strona, oraz postępowań sądowych w sprawach cywilnych, w których kandydat występował lub występuje jako strona, a które mogą mieć negatywny wpływ na jego sytuację finansową,
- 8) ewentualnego spowodowania udokumentowanych strat majątkowych w poprzednich miejscach pracy,
- 9) ewentualnego orzeczenia wobec kandydata na podstawie prawa upadłościowego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek oraz pełnienia funkcji reprezentanta lub pełnomocnika przedsiębiorcy, członka rady nadzorczej i komisji rewizyjnej w spółce akcyjnej, spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółdzielni,
- 10) wywiązywania się z obowiązku podatkowego,
- 11) niekaralności,
- 12) ubiegania się o stanowisko w innych tworzonych lub działających instytucjach finansowych i niefinansowych.

GINB bada również, czy nie zachodzą inne okoliczności dotyczące kandydatów, które w razie zatajenia i późniejszego ujawnienia mogłyby wpłynąć negatywnie na zaufanie klientów do banku, zwłaszcza wierzycieli z listów zastawnych (§ 8 ust. 3 uchwały Nr 4/2002 KNB).

Na podstawie wskazanych w uchwale dokumentów i informacji można określić rodzaje kwalifikacji branych pod uwagę przy ocenie, czy kandydat daje rękojmię rzetelnego wykonywania ustawowych obowiązków. GINB bada przede wszystkim, czy kandydat:

jest organizacyjnie usytuowany poza bankiem, a nie w banku (podkr. M.O.), co mogłoby wskazywać na jego podporządkowanie władzom banku (zależność sprzeczną z art. 29 ust. 1 ustawy o l.z.b.h.).

<sup>97</sup> Powołany § 7 ust. 1 tej uchwały odnosi się do oceny kandydatów przewidzianych do pełnienia w banku funkcji prezesa lub członka zarządu, która jest dokonywana w drodze analizy dokumentów i informacji, o których mowa w uchwale Nr 1/2002 KNB. Przepis ten stosuje się odpowiednio do oceny kandydatów na powiernika (§ 8 ust. 1 zd. 2 uchwały Nr 4/2002 KNB).

1) posiada odpowiednie kwalifikacje etyczne, w szczególności:

a) nie był karany, nie jest prowadzone przeciw niemu postępowanie karne, karne skarbowe, administracyjne, dyscyplinarne, egzekucyjne lub postępowanie w sprawach majątkowych, nie spowodował strat majątkowych w poprzednich miejscach pracy, nie orzeczono wobec niego na podstawie prawa upadłościowego zakazu prowadzenia działalności na własny rachunek lub pełnienia określonych funkcji;

b) nie zachodzą okoliczności, które mogłyby stawiać pod znakiem zapytania jego rzetelność i obiektywność (niezależność), niezbędną przy pełnieniu funkcji powiernika; przede wszystkim nie jest pracownikiem banku hipotecznego, przy którym jest powoływany (zgodnie z art. 27 ust. 1 zd. 2 ustawy o I.z.b.h.);

2) ma teoretyczne i praktyczne przygotowanie zawodowe (kwalifikacje zawodowe), w szczególności:

a) ma wykształcenie przydatne przy pełnieniu funkcji powiernika (za takie należałoby uznać zwłaszcza wykształcenie ekonomiczne i prawnicze);

b) legitymuje się wiedzą w zakresie rynku nieruchomości (niezbędną do wykonywania czynności kontrolnych w zakresie przyjętej przez bank bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości) i w zakresie rynku kapitałowego;

c) ma doświadczenie w pracy w instytucjach finansowych;

3) jest dyspozycyjny, tzn. jego aktualna i planowana aktywność zawodowa i niezawodowa nie wpłynie niekorzystnie na pełnienie funkcji powiernika. Ustawa o I.z.b.h. nie zakazuje bowiem powiernikowi prowadzenia innej działalności zawodowej. Nie może być on jedynie pracownikiem banku hipotecznego, przy którym jest powoływany (art. 27 ust. 1 zd. 2 ustawy o I.z.b.h.)<sup>98</sup>. *A contrario* może być pracownikiem innych instytucji. Przed GINB stoi więc trudne zadanie dokonania oceny, czy kandydat, mimo prowadzenia innej działalności, będzie w stanie zaangażować się w wykonywanie powierniczych zadań w zakresie wymaganym przez ustawę o I.z.b.h.<sup>99</sup>.

Powołanie przez KNB osób, które dają rękojmię rzetelnego wykonywania powierniczych obowiązków, stwarza nadzieję, że powiernik cieszyć się będzie zaufaniem nabywców listów zastawnych, którzy nie mają przecież wpływu na wybór kandydata do pełnienia tej funkcji. Zaufanie to może mieć znaczenie przy podejmowaniu przez inwestorów decyzji o nabyciu listów zastawnych. Powiernik powinien być osobą zaufania publicznego<sup>100</sup>. Powinny mieć to na uwadze przede wszystkim banki hipoteczne, zarówno przedstawiając KNB konkretne propozycje kandydatów do pełnienia tych funkcji, jak i w trakcie współpracy z powiernikiem. W moim przekonaniu to właśnie w ich interesie leży faktyczna (a nie wyłącznie teoretyczna) niezależność powiernika, a zwłaszcza przekonanie o jej istnieniu nabywców listów zastawnych. Wysuwanie przez bank kandydatury osoby, której powiązania z tym bankiem (inne niż stosunek pracy, którego istnienie jest wyraźnie w art. 27 ust. 1 zd. 2 ustawy o I.z.b.h. zakazane) stawiają pod znakiem zapytania jej niezależność, a po powołaniu do pełnienia powierniczej funkcji podejmowanie prób wywierania wpływu na decyzje powiernika, mogą podważyć zaufanie klientów do banku. Niezależność powiernika jest bowiem gwarancją rzetelności rozstrzygnięć podejmowanych w interesie wierzycieli z listów zastawnych.

Przepis art. 27 ust. 2 ustawy o I.z.b.h. nakłada na KNB obowiązek wysłuchania opinii zarządu banku hipotecznego przed powołaniem do pełnienia powierniczych funkcji. Nie ma ona jednak, w moim przekonaniu, charakteru wiążącego. Przede wszystkim dlatego, że gdyby wolą racjonalne-

<sup>98</sup> Por. R. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny ...*, jw., s. 89.

<sup>99</sup> A. Tułodziecka i O. Stöcker stoją na stanowisku, że „[...] do wykluczenia wątpliwości co do niezależności powiernika (również finansowej) utrzymywanie aktywności zawodowej poza pracą w banku hipotecznym byłoby wskazane [...]” (*Komentarz do...*, jw., kom. do art. 27 ustawy, s. 202). Z poglądem tym należy się zgodzić, pamiętając jednak o tym, że utrzymywanie innej aktywności zawodowej nie może stanowić przeszkody w wykonywaniu obowiązków powiernika.

<sup>100</sup> Tamże, s. 87.



go ustawodawcy było nadanie opinii takiego charakteru, znalazłoby to swój jednoznaczny wyraz w przepisie ustawy o l.z.b.h. Przekonanie to wzmacnia brak określenia skutków wyrażenia przez zarząd banku opinii negatywnej. Za poglądem tym przemawia również brzmienie art. 27 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. i sformułowanie „[...] po zasięgnięciu opinii [...]”, a nie np. „w uzgodnieniu z zarządem banku”, które wymagałoby uzyskania zgody zarządu banku na powołanie konkretnych osób do sprawowania funkcji powiernika<sup>101</sup>. Obligatoryjne jest zatem wyłącznie wysłuchanie opinii zarządu banku hipotecznego. Z prawnego punktu widzenia nie ma natomiast znaczenia, czy opinia będzie negatywna, czy też pozytywna. W interesie wierzycieli z listów zastawnych leży jednak powołanie kandydata, który będzie w stanie w sposób niezakłócony współpracować z bankiem. Wskazane zatem jest uzgadnianie przez KNB z zarządem banku kandydatury powiernika przed jego powołaniem.

Problematyka wyłaniania kandydatów do pełnienia funkcji powiernika nie została uregulowana w ustawie o l.z.b.h. Z prawnego punktu widzenia nie ma zatem przeszkód, aby propozycje personalne przedstawiały organy banku hipotecznego, swoje kandydatury zgłaszali sami zainteresowani, czy też kandydatów wyłaniała KNB we własnym zakresie (po uprzednim wysłuchaniu opinii zarządu banku)<sup>102</sup>.

Należy rozważyć, czy z punktu widzenia budowania zaufania nabywców listów zastawnych *de lege ferenda* nie byłoby wskazane wyłanianie kandydatów w drodze konkursu. Z wnioskiem o powołanie występowałby wówczas sam zainteresowany, przedstawiając dokumenty pozwalające na ocenę, czy spełnia wymagania art. 27 ust. 3 ustawy o l.z.b.h., zwłaszcza czy dzięki posiadanej wiedzy i doświadczeniu daje rękojmię rzetelnego wykonywania nałożonych na powiernika obowiązków.

Zagadnieniem, które wymaga rozstrzygnięcia, jest moment powołania powiernika. Zgodnie z przepisami prawa bankowego (do których odsyła art. 10 ustawy o l.z.b.h.) tworzony w drodze powołania do życia nowego podmiotu bank hipoteczny może rozpocząć działalność dopiero po uzyskaniu zezwolenia na utworzenie i zezwolenia na rozpoczęcie działalności. Powstaje zatem pytanie, kiedy KNB powinna powołać powiernika. Czy wskazane jest powołanie po wydaniu zezwolenia na utworzenie banku, ale przed wydaniem zezwolenia na rozpoczęcie działalności, czy też dopiero po uzyskaniu przez bank zezwolenia na rozpoczęcie działalności? Wydaje się, że powoływanie przed wydaniem zezwolenia na rozpoczęcie działalności nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Bank nie może bowiem wówczas prowadzić działalności operacyjnej, która jest przedmiotem badania powiernika. Tym samym nie może on wypełniać czynności, do których zobowiązuje go ustawa o l.z.b.h. Występuje więc przesłanka uprawniająca KNB do jego odwołania (art. 28 ust. 1 pkt 5 ustawy o l.z.b.h.). Z prawnego punktu widzenia odwołanie w tej sytuacji nie jest obligatoryjne (użycie w ust. 1 art. 28 ustawy sformułowania „[...] mogą być odwołani [...]” wskazuje, że jest to uprawnienie, a nie obowiązek KNB). Należy jednak pamiętać, że niezależnie od tego, czy mogą oni wykonywać swoje zadania, organ nadzoru bankowego ma obowiązek wypłacenia im wynagrodzenia. Przesłanka niewypełnienia przez powiernika ustawowych obowiązków będzie miała charakter czasowy, jeżeli bank uzyska zezwolenie na rozpoczęcie działalności. Jednak w sytuacji, gdy bank nie będzie spełniał warunków wskazanych w art. 36 ust. 3 prawa bankowego, KNB odmówi wydania stosownego zezwolenia. Wówczas jedyną przesłanką uprawniającą do odwołania powiernika może się okazać niewykonywanie ustawowych obowiązków.

Z powyższych względów wydaje się uzasadnione powoływanie powiernika po uzyskaniu przez bank zezwolenia na rozpoczęcie działalności, a w przypadku banku hipotecznego przekształcającego się z banku uniwersalnego – po wydaniu przez KNB zgody na zmianę statutu i dokonaniu stosownego wpisu do rejestru przedsiębiorców<sup>103</sup>. Moment powołania determinowany jest zadaniami wyznaczonymi powiernikowi w okresie poprzedzającym emisję listów zastawnych. Bank mu-

<sup>101</sup> Podobnie A. Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 27 ust. 1 ustawy, s. 200.

<sup>102</sup> Wspomniany projekt ustawy o zmianie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (patrz przypis 83) przewiduje powoływanie powiernika i jego zastępcy na wniosek rady nadzorczej banku hipotecznego, bez konieczności zasięgnięcia przez KNB opinii zarządu banku w tej kwestii.

<sup>103</sup> Szerzej na temat tworzenia banku hipotecznego w drodze przekształcenia banku uniwersalnego: M. Olszak, *Bank hipoteczny jako bank specjalistyczny*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 7-8, s. 16-17.

si zapewnić przewidziane w ustawie o l.z.b.h. zabezpieczenie (pokrycie) planowanej emisji, tzn. udzielić kredytów, które w przypadku hipotecznych listów zastawnych są zabezpieczone hipoteką na nieruchomościach wycenionych zgodnie z bankowym regulaminem wyceny, a w wypadku publicznych listów zastawnych – zabezpieczonych odpowiednimi gwarancjami lub poręczeniami, nabycie wierzycelności spełniające ustawowe wymogi lub też pozyskać środki, które mogą stanowić pokrycie zastępcze (wymienione w art. 18 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.). Wierzycelności oraz środki (o których mowa w art. 18 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.), które stanowią podstawę emisji listów zastawnych, bank wpisuje do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych. Skoro więc do zadań powiernika należy bieżąca kontrola prawidłowości prowadzenia tego rejestru, przekazywanie KNB do 7 dnia każdego miesiąca zatwierdzonego przez siebie aktualnego odpisu wpisów w tym rejestrze za miesiąc poprzedni oraz sprawdzanie, czy bank zapewnił zgodne z przepisami ustawy zabezpieczenia emisji, to uprawnione jest twierdzenie, że powinien być powołany najpóźniej przy dokonywaniu przez bank pierwszych wpisów w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych<sup>104</sup>. Dzięki temu będzie w stanie przeprowadzić analizę wpisywanych do rejestru wartości pod kątem wypełnienia ustawowych kryteriów i spełnić obowiązek przekazania zatwierdzonego odpisu wpisów w tym rejestrze w ustawowym terminie<sup>105</sup>.

### 2.2.6. Odwołanie powiernika

Przesłanki uprawniające KNB do odwołania powiernika zostały w sposób wyczerpujący określone w art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. *Numerus clausus* przesłanek ma wedle poglądów prezentowanych w literaturze przedmiotu<sup>106</sup> chronić powiernika przed arbitralnością organu nadzoru bankowego w tym zakresie (ograniczać dowolność stosowanych kryteriów odwołania, co może stanowić instrument wywierania wpływu na pełniących tę funkcję), a przez to stanowić swego rodzaju gwarancję ich niezależności w stosunkach z tym organem.

W ramach katalogu art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. możemy wyróżnić dwie grupy przesłanek:

- 1) uprawniające do odwołania powiernika w następstwie zaistnienia przyczyn leżących po jego stronie; należy do nich zaliczyć:
  - a) zrzeczenie się wykonywania obowiązków (art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o l.z.b.h.);
  - b) utratę zdolności do pełnienia powierzonych obowiązków na skutek długotrwałej choroby, trwającej co najmniej 3 miesiące w ciągu roku kalendarzowego (art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawy o l.z.b.h.);
  - c) skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa (art. 28 ust. 1 pkt 3 ustawy o l.z.b.h.);
  - d) niewypełnienie czynności, do których są zobowiązani zgodnie z ustawą (art. 28 ust. 1 pkt 5 ustawy o l.z.b.h.). Na marginesie rozważań dotyczących odwołania nie sposób nie odnieść się do pojęcia „czynności, do których zobowiązani są zgodnie z ustawą”, tym bardziej, że określenie elementów tworzących zbiór tych czynności ma istotne znaczenie dla powiernika. Używane jest ono w ustawie o l.z.b.h. w zasadzie dwukrotnie, mianowicie w art. 28 ust. 1 pkt 5 i art. 32 ust. 2 (przy czym w tym przepisie zostało zmodyfikowane i mamy w nim do czynienia z „czynnościami, do których zobowiązany jest na podstawie ustawy”). Powstaje pytanie, w jakiej relacji pojęcie to pozostaje do określeń, które są stosowane w ustawie o l.z.b.h. dla wskazania powierniczych zadań, kompetencji i obowiązków informacyjnych. Ustawa o l.z.b.h. posługuje się bowiem określeniami „zgodą powiernika”

<sup>104</sup> Podobnie A. Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ..., jw.*, kom. do art. 27 ust. 1 ustawy, s. 198.

<sup>105</sup> Dotychczasowa praktyka w tym zakresie była zróżnicowana. W przypadku Rheinhyp – BRE Banku Hipotecznego SA powiernik i jego zastępca zostali powołani w dniu 7 września 1999 r. przed uzyskaniem przez bank zezwolenia na rozpoczęcie działalności (które bank otrzymał 1 grudnia 1999 r.). Przy przekształconym z banku uniwersalnego Hypovereinsbank Banku Hipotecznego SA KNB powołała powiernika i jego zastępcę tego samego dnia (tj. 1 grudnia 1999 r.), w którym wydała zezwolenie na zmianę statutu (R. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny ..., jw.*, s. 144).

<sup>106</sup> Por. A. Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ..., jw.*, kom. do art. 28, str. 205 oraz R. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny ..., jw.*, s. 92.

(art. 24 ust. 3 i art. 31 ust. 1), „podpis” (art. 6 pkt 9), „zadania” (art. 30), „prawo do badania” (art. 32 ust.1) czy „zalecenia” (art. 32 ust. 2). Uważam, że pod pojęciem tym należy rozumieć wszelkie czynności faktyczne (czynności kontrolne) i prawne (np. zgoda na wykreślenie wpisu z rejestru zabezpieczenia listów zastawnych), które powiernik powinien wykonywać zgodnie z tą ustawą;

- 2) uprawniające KNB do odwołania obu podmiotów w następstwie zaistnienia przyczyn od nich niezależnych; należy do nich ogłoszenie upadłość banku hipotecznego (art. 28 ust. 1 pkt 4 ustawy o l.z.b.h).

Stwierdzenie wystąpienia okoliczności uprawniających do odwołania (wskazanych w pkt. 1 – 3 oraz 5 ust. 1 art. 28 ustawy o l.z.b.h.), zwłaszcza niewypełnienia czynności, do których ustawa zobowiązuje osoby pełniące powiernicze funkcje, może nastąpić w wyniku:

- 1) zawiadomienia przez bank hipoteczny;
- 2) zawiadomienia przez powiernika o okolicznościach związanych z osobą zastępcy albo przez zastępcę o okolicznościach dotyczących powiernika;
- 3) własnych ustaleń KNB.

W przypadku uzyskania informacji w sposób wskazany w pkt. 1 i pkt. 2 KNB powinna przeprowadzić wnikliwe postępowanie wyjaśniające, pozwalając osobie, której stawiane są zarzuty, na ustosunkowanie się do nich. Ma to szczególnie znaczenie w wypadku zawiadomienia przez bank o niewypełnieniu przez powiernika czynności, których wykonywanie powierzyła mu ustawa o l.z.b.h. Działanie banku może być bowiem próbą wywierania wpływu na podejmowane przez niego rozstrzygnięcia.

Zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. nie rodzi po stronie KNB obowiązku odwołania powiernika. Posłużenie się sformułowaniem „[...] mogą być odwołani przez Komisję Nadzoru Bankowego [...]” wskazuje, że jest to uprawnienie tego organu i jego uznaniu zostało pozostawione wydanie stosownej decyzji. Rozwiązanie takie stanowi zagrożenie dla niezależności powiernika. Nie stabilizuje w sposób dostateczny jego pozycji w stosunkach z organem nadzoru bankowego. Od oceny KNB zależy bowiem, czy zostanie odwołany nawet w przypadku tak poważnego sprzeniewierzenia się obowiązkom, jakim jest niewypełnienie czynności, do których zobowiązuje go ustawa o l.z.b.h. Nie znajduję również racjonalnego uzasadnienia dla pozostawienia powiernika np. po ogłoszeniu upadłości banku. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 227 § 1 prawa upadłościowego sąd ustanawia kuratora do strzeżenia praw posiadaczy listów zastawnych o ustalonym zakresie obowiązków i sposobie pokrywania kosztów jego wynagrodzenia<sup>107</sup>. Natomiast w przypadku powiernika funkcjonującego przy banku w upadłości powstałby problem sprecyzowania zakresu wykonywanych przez niego obowiązków i pochodzenia środków na wypłatę jego wynagrodzenia. Dlatego też opowiadam się za rezygnacją z takiego rozwiązania na rzecz wprowadzenia obowiązku odwołania w razie zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. poprzez nadanie temu przepisowi brzmienia: „Komisja Nadzoru Bankowego odwołuje powiernika [...] w razie: [...]”. Przepis w proponowanym brzmieniu w większym stopniu stabilizuje pozycję prawną tego podmiotu w relacjach z KNB i jednocześnie dyscyplinuje powiernika, dając mu wyraźny sygnał, że wystąpienie jednej z przesłanek będzie równoznaczne z odwołaniem.

Zgodnie z art. 28 ust. 2 ustawy o l.z.b.h. powiernikowi, który nie zgadza się z decyzją o odwołaniu, przysługuje skarga do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Jednak ze względu na uznaniowy charakter decyzji i właściwość Naczelnego Sądu Administracyjnego należy wątpić w możliwość jej uwzględnienia przez NSA, jeżeli została wydana zgodnie z przepisami prawa.

<sup>107</sup> Zgodnie z art. 227 § 7 prawa upadłościowego wynagrodzenie kuratora zaspokajane jest z osobnej masy utworzonej na podstawie art. 35 ust. 1 ustawy o l.z.b.h.

### 2.2.7. Wynagrodzenie powiernika

Zgodnie z poglądami prezentowanymi w literaturze przedmiotu zasady kształtowania i wypłaty wynagrodzenia są jedną z gwarancji niezależności powiernika w stosunku do banku, przy którym jest powoływany<sup>108</sup>. Ustawodawca przyjął konstrukcję zbliżoną do zastosowanej w § 34 HBG oraz w art. 144 ust. 8 prawa bankowego dla wynagradzania kuratora nadzorującego wykonanie programu naprawczego w banku. W myśl art. 33 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. wysokość wynagrodzenia określa KNB w akcie powołania powiernika. Wynagrodzenie wypłacane jest przez organ nadzoru bankowego ze środków przekazanych na ten cel przez bank hipoteczny. Z powierzenia wyłącznie KNB kompetencji w zakresie kształtowania wysokości wynagrodzenia wynikają, w moim przekonaniu, dwa wnioski:

- 1) bank musi się podporządkować postanowieniom aktu powołania (decyzji KNB) dotyczącym wysokości wynagrodzenia<sup>109</sup>;
- 2) jeżeli kształtowanie wysokości wynagrodzenia jest wyłączną kompetencją KNB, to należy wnosić (*a contrario*), że kompetencji takiej nie posiada bank hipoteczny. Zatem przekazanie przez bank powiernikowi innych środków niż przekazane przez organ nadzoru na wypłatę wynagrodzenia zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. powinno być uznane za niezgodne z przepisami ustawy. Za niedopuszczalne należy bowiem uznać dodatkowe wypłaty i inne świadczenia banku (np. nieprzystające do przeciętnych nakładów na koszty podróży lub inne związane z wykonywaniem powierniczych czynności) na rzecz powiernika.

Przyjęty w ustawie o l.z.b.h. sposób określania wysokości i wypłaty wynagrodzenia ma uniezmocnić wywieranie przez bank wpływu na powiernicze rozstrzygnięcia i w tym sensie stanowi swego rodzaju gwarancję niezależności w stosunkach z bankiem.

W przeciwieństwie do art. 144 ust. 8 prawa bankowego<sup>110</sup> przepisy ustawy o l.z.b.h. nie ograniczają KNB w zakresie określania wysokości wynagrodzenia powiernika, pozostawiając tę kwestię uznaniu administracyjnemu tego organu. Organ nadzoru bankowego może różnicować wysokość wynagrodzenia powierników powoływanych przy różnych bankach hipotecznych.

Należy więc postawić pytanie, czym powinna kierować się KNB przy określaniu wysokości wynagrodzenia konkretnego powiernika. Wydaje się, że powinny być brane pod uwagę:

- 1) kwalifikacje konkretnego powiernika,
- 2) dyspozycyjność – od powiernika wymaga się wykonywania ustawowych czynności wtedy, kiedy bank podejmuje działania podlegające jego kontroli lub nadzorowi (niedopuszczalne jest nieuzasadnione uchylanie się od ich wykonywania i zakłócanie przez to działalności banku),
- 3) konieczność wypłaty wynagrodzenia niezależnie od tego, czy bank prowadzi działalność w zakresie podlegającym kontroli lub nadzorowi powiernika (wynagrodzenie za gotowość do wykonywania zadań),
- 4) wymagane w konkretnym banku zaangażowanie czasowe – od powiernika wymaga się zaangażowania adekwatnego do aktywności gospodarczej banku hipotecznego, rzeczywistego zakresu i stopnia trudności wykonywanych czynności. Pod tymi względami sytuacja

<sup>108</sup> R. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny ...*, jw., s. 92.

<sup>109</sup> Kwestionowanie przez bank hipoteczny wysokości wynagrodzenia powiernika w drodze wniesienia skargi do Naczelnego Sądu Administracyjnego na decyzję KNB (akt powołania) w zakresie dotyczącym wyłącznie wysokości wynagrodzenia wydaje się skazane na niepowodzenie. Zgodnie z art. 21 ustawy o NSA sąd sprawuje w zakresie swojej właściwości kontrolę pod względem zgodności z prawem, czyli legalności, chyba że ustawa stanowi inaczej (przepisy art. 25 i 26 ustawy o NSA nie odnoszą się do analizowanego przypadku). Określenie wysokości wynagrodzenia powiernika jest zgodne z art. 33 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. wyłączną kompetencją KNB i pozostawione zostało uznaniu administracyjnemu tego organu.

<sup>110</sup> Zgodnie z art. 144 ust. 8 prawa bankowego wynagrodzenie kuratora nie może być wyższe niż wynagrodzenie prezesa banku, w którym ustanowiono kuratora.

powierników jest zróżnicowana w poszczególnych bankach, co powinno zostać uwzględnione przy kształtowaniu wysokości wynagrodzenia. Nie sposób jednak narzucać powiernikowi norm określających czas, jaki powinien przeznaczyć, np. na sprawdzanie przyjętej przez bank bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości, i określać stopień wymaganego zaangażowania na podstawie czasu poświęconego wykonywaniu obowiązków. W interesie wierzycieli z listów zastawnych leży bowiem, aby każdemu kontrolowanemu przypadkowi poświęcić tyle czasu, ile wymaga stopień jego komplikacji. Nie wydaje się również uzasadnione przyjmowanie jako podstawy określania wymaganego zaangażowania liczby godzin lub dni spędzonych na wypełnianiu ustawowych czynności. Szybkość wykonywania obowiązków nie ma bowiem znaczenia. Ważne jest, aby były one wykonywane na czas (tzn. żeby powiernik przez nieuzasadnione zaniechanie lub opieszałość nie uniemożliwił podejmowania przez bank zamierzonych przedsięwzięć gospodarczych) i w sposób należyte zabezpieczający interesy nabywców listów zastawnych. Powstaje więc potrzeba znalezienia uniwersalnego kryterium oceny. Wydaje się uzasadnione przyjęcie jako podstawy określania wymaganego zaangażowania nominalnej wartości znajdujących się w obrocie listów zastawnych konkretnego banku hipotecznego. Natomiast w przypadku banku, który rozpoczyna działalność i nie dokonał emisji tych papierów wartościowych, nominalną wartość planowanej emisji.

Bez wpływu na wysokość wynagrodzenia powinien natomiast pozostawać fakt, że osoba sprawująca funkcję powiernika zrezygnowała z zajęcia, z którym związane było wyższe uposażenie, aby zaangażować się w wykonywanie powierniczych czynności. Ubieganie się o tę funkcję nie jest bowiem obligatoryjne i można się jej zrzec w trybie art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o l.z.b.h.<sup>111</sup>.

### 2.2.8. Zastępca powiernika

Zasady powoływania i odwoływania, wymogi stawiane kandydatowi do pełnienia tej funkcji, zasady wypłaty wynagrodzenia oraz pozycja prawna w stosunkach z innymi podmiotami zostały uregulowane w sposób jednolity dla powiernika i jego zastępcy w art. 27–29 ust. 1 i art. 33 ustawy o l.z.b.h. Zastępca powiernika powoływany jest również przez KNB obligatoryjnie przy każdym banku hipotecznym po zasięgnięciu opinii jego zarządu (oba podmioty powołuje się jednocześnie). Jest niezależny i nie podlega poleceniom organu, który go powołał. Nie może być pracownikiem banku, przy którym jest powoływany. Rozważania dotyczące pozycji prawnej powiernika i wynikających z niej konsekwencji dla relacji z KNB, NBP, bankiem hipotecznym i wierzycielami z listów zastawnych zachowują więc swoją aktualność także w przypadku jego zastępcy.

Zarówno powiernikowi, jak i jego zastępcy wypłacane jest wynagrodzenie, a bank ma obowiązek zapewnienia im warunków pracy odpowiednich do wykonywanych przez nich zadań. Problem polega jednak na tym, że ustawa o l.z.b.h. czyni *expressis verbis* wyłącznie powiernika adresem przepisów określających jego zadania, kompetencje i obowiązki informacyjne. Powstaje więc pytanie, za co otrzymuje wynagrodzenie zastępca powiernika i warunki do wykonywania jakich zadań ma zagwarantować mu bank hipoteczny w sytuacji, gdy wykładnia językowa nie pozwala na ich określenie. Chociaż w literaturze przedmiotu kontrowersje wywołuje kwestia, czy przepisy o jednoznacznym sensie w świetle językowych reguł znaczeniowych mogą być uznane w innym znaczeniu w wyniku wykładni funkcjonalnej, to jednak judykatura uznaje dopuszczalność odrzucenia jednoznacznej wykładni językowej w sytuacji, gdy przemawiają za tym dyrektywy wykładni systemowej i funkcjonalnej<sup>112</sup>. Przyjęcie założenia, że wyłącznie powiernik wykonuje zadania, dysponuje środkami umożliwiającymi ich wykonanie oraz środkami oddziaływania na bank, stawiałoby pod znakiem zapytania nie tylko sens regulacji art. 33 ust. 1 ustawy o l.z.b.h., który wyraźnie wskazuje na tworzenie przez bank warunków pracy do wykonywania zadań przez zastępcę powiernika (co pozostawałoby w sprzeczności z założeniem, że prawodawca właściwie posługuje się językiem,

<sup>111</sup> Tym samym należy zgodzić się z poglądem, który prezentują V. Kerl i D. Bellinger [w:] *Hypothekbankgesetz* ..., jw., kom. do § 34 HBG, s. 513.

<sup>112</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Wyd. 2, Warszawa 1995, s. 67.

w którym wysławia normy prawne<sup>113</sup>), ale również celowość powoływania przy każdym banku hipotecznym obligatoryjnie stałego zastępcy. Należy więc poszukiwać rozwiązania, które pogodzi te dwie pozornie sprzeczne ze sobą grupy regulacji. Pomocne może okazać się wyróżnianie w działalności powiernika i jego zastępcy dwóch rodzajów sytuacji:

– **pierwsza**, kiedy nie istnieją przeszkody uniemożliwiające wykonywanie przez powiernika zadań, do których jest zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy o l.z.b.h.,

– **druga**, nadzwyczajna, kiedy pojawiają się takie przeszkody.

W moim przekonaniu w pierwszej z określonych sytuacji to wyłącznie powiernik powołany jest do podejmowania działań znajdujących swój wyraz niejako na zewnątrz (działań o charakterze bezpośrednim wobec banku i KNB). To on ma wyrażać pisemną zgodę na dokonanie przez bank określonych czynności rozporządzających (art. 24 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.) i na wykreślenie wpisów w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych (art. 31 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.), zawiadamiać KNB o przekroczeniu limitu art. 18 ustawy o l.z.b.h., przekazywać KNB odpisy wpisów w rejestrze zabezpieczenia (art. 31 ust. 2 ustawy o l.z.b.h.) czy wydawać bankowi zalecenia (art. 32 ust. 2 ustawy o l.z.b.h.). To on wreszcie reprezentuje jednolity urząd powierniczy w sporach z bankiem hipotecznym, które rozstrzyga KNB. Działalność zastępcy ograniczona jest natomiast do wspierania powiernika w wykonywaniu powierzonych mu zadań. Zastępca przekazuje mu swoje uwagi i spostrzeżenia poczynione w trakcie analizy dokumentów banku. Sygnalizuje działania niezgodne z przepisami ustawy o l.z.b.h., które stają się podstawą zaleceń wydawanych przez powiernika bankowi. Dzięki podziałowi pracy (rozstrzygnięcie o sposobie podziału pracy należałoby pozostawić powiernikowi i jego zastępcy), uwzględniającemu plany operacyjne banku (np. związane z emisją listów zastawnych), obaj są w stanie efektywniej kontrolować funkcjonowanie banku. Natomiast w sytuacji nadzwyczajnej (wystąpienia okoliczności uniemożliwiających powiernikowi pełnienie przez niego funkcji, zarówno o charakterze obiektywnym, np. choroby, jak i subiektywnym, np. zrzeczenia się wykonywania obowiązków) do podejmowania wszelkich działań przypisanych powiernikowi uprawniony jest jego zastępca, który ma zachować ciągłość sprawowania funkcji, a przez to zapobiec dezorganizacji działalności banku. Konsekwencją powyższego rozumowania są zasady ponoszenia przez obojgu odpowiedzialności za działanie lub zaniechanie sprzeczne z przepisami ustawy o l.z.b.h. Uważam, że w pierwszej sytuacji odpowiadać może wyłącznie powiernik (jako jedyny adresat ustawowych zadań), natomiast w drugiej – jego zastępca.

Powiernik i jego zastępca, co było przedmiotem wcześniejszych rozważań, zachowują swoją niezależną pozycję w stosunku do podmiotów zewnętrznych (banku hipotecznego, KNB, NBP i wierzycieli z listów zastawnych). Rozstrzygnięcia wymaga jednak problem, czy niezależność cechuje również wzajemne relacje zastępcy z powiernikiem. Innymi słowy, czy zastępca jest niezależny w zakresie podejmowanych przez siebie działań od powiernika, w sytuacji, kiedy obaj w sposób niezależny sprawują swoje funkcje. Wykładnia językowa dotyczącego zagadnienia niezależności art. 29 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. nie pozwala na jednoznaczne rozwiązanie tej kwestii. Przepis ten bowiem stanowi, że „powiernik i jego zastępca są niezależni i nie podlegają poleceniom organu, który ich powołał”. Odnosi się więc łącznie do niezależności obu podmiotów. Czy zatem na podstawie tego przepisu można stwierdzić, że powiernik i jego zastępca są niezależni, ale wyłącznie w stosunku do podmiotów zewnętrznych, natomiast ich wzajemne relacje cechuje hierarchiczne podporządkowanie? Czy też niezależność charakteryzuje ich pozycję zarówno w stosunkach z podmiotami zewnętrznymi, jak i w relacjach wzajemnych? Analiza całokształtu regulacji ustawowych odnoszących się do powiernika i jego zastępcy oraz argumenty natury słusznościowej przemawiają za udzieleniem odpowiedzi pozytywnej na pierwsze i negatywnej na drugiej z postawionych pytań<sup>114</sup>. W moim przekonaniu niezależność zastępcy byłaby nie do pogodzenia z samą istotą zastępcstwa. Nie bez powodu przecież racjonalny prawodawca posługuje się pojęciem „zastępca”, które implikuje podporządkowanie zastępowanemu. Poza tym niezależność zastępcy wiązać by się musiała z możliwością podejmowania autonomicznych rozstrzygnięć w kwestiach kontroli i nadzoru

<sup>113</sup> Tamże, s. 65.

<sup>114</sup> Odmienne A. Tułodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 27 ust. 1, s. 199.

nad działalnością banku hipotecznego, nawet odmiennych od dokonanych przez powiernika. Tymczasem zastępca nie dysponuje własnymi kompetencjami. Nie może wstępować w spór z bankiem hipotecznym. Nie ma zatem atrybutów niezależności.

Obowiązek podporządkowania powiernikowi dotyczyć może w zasadzie wyłącznie sposobu organizowania pracy. Nie do przyjęcia jest kwestionowanie przez powiernika stwierdzonych przez zastępcę naruszeń prawa. Powiernik bowiem mógłby się wówczas narazić na zarzut niewypełnienia czynności, do których jest zobowiązany przez ustawę o l.z.b.h., i zostać odwołany. Podporządkowanie zastępcy decyzjom dotyczącym organizacji pracy nie oznacza jednak, że praca może być tak zorganizowana, że powiernik podejmuje jedynie działania zewnętrzne (np. wydaje bankowi zalecenia), natomiast zastępca wykonuje całokształt czynności kontrolnych. Również w tym przypadku zachowanie powiernika mogłoby zostać potraktowane przez KNB jako niewypełnienie ustawowych zadań.

Nie ulega wątpliwości, że brak określenia wzajemnej relacji między powiernikiem a jego zastępcą, a zwłaszcza niemożność udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytania, jakie zadania, w jakich sytuacjach i w jaki sposób wykonuje zastępca powiernika oraz w jakim zakresie i kiedy ponosi odpowiedzialność, może mieć niekorzystny wpływ na skuteczność powierniczej ochrony interesów wierzycieli z listów zastawnych. Ważnym czynnikiem dyscyplinującym osoby pełniące funkcję powiernika lub jego zastępcy jest groźba ich odwołania przez KNB w razie „[...] niewypełnienia czynności, do których są zobowiązani zgodnie z [...] ustawą”. „Eliminacja” jednego z nich i szybkie powołanie następcy może okazać się jedynym wyjściem w sytuacji, kiedy nieodpowiednie wykonywanie ustawowych zadań stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa interesów nabywców listów zastawnych. W obecnym stanie prawnym problematyczne jest nie tylko zidentyfikowanie osoby odpowiedzialnej (powiernik czy jego zastępca), ale również odwołanie zastępcy w przypadku stwierdzenia, że to on jest winien zaniedbań. Można bowiem zadać pytanie, jakie zachowanie zastępcy uzasadnia jego odwołanie, jeżeli ustawa o l.z.b.h. nie rozstrzyga w sposób jednoznaczny kwestii zakresu czynności, do których wykonywania jest on zobowiązany. W związku z powyższym konieczna okazuje się nowelizacja ustawy o l.z.b.h., która polegałaby na określeniu relacji powiernik – jego zastępca, a zwłaszcza zakresu odpowiedzialności zastępcy, w sposób wskazany we wcześniejszych rozważaniach. Należy uwzględnić dwa rodzaje sytuacji w ich działalności, tzn. pierwszą, kiedy nie istnieją przeszkody uniemożliwiające wykonywanie przez powiernika ustawowych zadań i drugą, nadzwyczajną, kiedy takie przeszkody się pojawiają.

Uważam również, że należy nałożyć na osobę pełniącą w sposób niezakłócony powierniczą funkcję obowiązek informowania KNB o zaistnieniu przeszkód w wykonywaniu zadań przez drugą, czyli, w zależności od sytuacji, na powiernika o przeszkodach dotyczących jego zastępcy i na zastępcę o przeszkodach dotyczących powiernika. Dzięki temu możliwe będzie szybkie powołanie następcy i skrócenie okresu, w którym funkcjonuje wyłącznie powiernik albo tylko jego zastępca.

### 2.2.9. Charakter prawny powiernika

Powiernika można zdefiniować jako obligatoryjnie powoływany przez KNB przy każdym banku hipotecznym, niezależny w zakresie wykonywania powierzonych przez ustawę zadań podmiot (osobę zaufania publicznego), sprawujący kontrolę (współdziałając z organem nadzoru bankowego) lub nadzór (we własnym imieniu), których przedmiotem jest legalność funkcjonowania banku hipotecznego (zgodności z przepisami ustawy o l.z.b.h.) w tych obszarach jego działalności, które mają decydujący wpływ na spełnienie przez bank hipoteczny wobec uprawnionych świadczeń pieniężnych w sposób i w terminach określonych w warunkach emisji listów zastawnych, czyli w zakresie zapewnienia zgodnego z przepisami tej ustawy zabezpieczenia emisji tych papierów wartościowych. *Ratio legis* istnienia tej instytucji jest stworzenie szeroko rozumianej ochrony (reprezentacji) interesów majątkowych wierzycieli z listów zastawnych.

Zakres jego relacji z Komisją Nadzoru Bankowego określają kompetencje przysługujące KNB w stosunku do powiernika (i jego zastępcy), ustawowe gwarancje jego niezależności oraz współpraca w zakresie nadzoru nad działalnością banku hipotecznego. Ustawa o l.z.b.h. powierza orga-

nowi nadzoru bankowego powoływanie (art. 27 ust. 2) i odwoływanie powiernika (28 ust. 1), określanie wysokości oraz wypłatę jego wynagrodzenia (art. 33 ust. 1), a także rozstrzyganie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym (art. 29 ust. 2).

Podstawowym wyznacznikiem stosunku powiernika do KNB jest jego niezależna pozycja, która jest niezbędnym warunkiem obiektywnego i rzetelnego wypełniania nałożonych na niego obowiązków<sup>115</sup>. Przepis ustawy o l.z.b.h. *expressis verbis* stanowi, że jest on niezależny i nie podlega poleceniom organu, który go powołał (art. 29 ust. 1)<sup>116</sup>. Niezależność powiernika w stosunku do organu nadzoru bankowego wyraża się w obowiązku powstrzymania się KNB od działań, które naruszają swobodę powiernika w zakresie wykonywania powierzonych mu w ustawie obowiązków. Jej gwarancją jest ograniczenie możliwości odwołania tego podmiotu wyłącznie do sytuacji enumeratywnie wymienionych w art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. W moim przekonaniu, niezależność oznacza również, że powiernik, mimo braku wyraźnego ustawowego wyłączenia<sup>117</sup>, nie może pozostawać z KNB w stosunku pracy ani w innym stosunku prawnym, wiążącym się z obowiązkiem podporządkowania się jakimkolwiek wskazówkom, wytycznym lub poleceniom Komisji o charakterze indywidualnym (tzn. dotyczącym konkretnego powiernika i konkretnej sytuacji), które odnoszą się do wykonywania przez niego ustawowych zadań. Przeciwno istnieniu stosunku pracy przemawia przede wszystkim brak cechy podporządkowania (wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy – art. 22 § 1 k.p.<sup>118</sup>), wyrażającej się w możliwości wydawania pracownikom poleceń dotyczących pracy. Wedle utrwalonych w judykaturze poglądów niewystępowanie tej cechy czyni niemożliwym uznanie stosunku prawnego za stosunek pracy<sup>119</sup>. Powołanie jest więc podstawą nawiązania stosunku zatrudnienia, który nie jest oparty na przepisach Kodeksu pracy. Jeżeli jednak skłaniamy się do tezy, że powiernik nie jest pracownikiem KNB, to należy postawić pytanie, jaki stosunek łączy go z organem nadzoru. Czy jest to stosunek o charakterze publicznoprawnym, czy też o charakterze prywatnoprawnym (cywilnoprawnym)? W literaturze przedmiotu można spotkać się z opinią, że powiernika łączy z organem powołującym stosunek o charakterze cywilnoprawnym, którego przedmiotem jest świadczenie przez niego usług<sup>120</sup>. Uważam, że jest ona nieuzasadniona. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny stosunki cywilnoprawne charakteryzuje zasada równorzędności stron, tzn. że żadna ze stron nie jest podporządkowana drugiej<sup>121</sup>. Podkreśla się, że ważną cechą stosunku tego typu jest brak prawnej kompetencji jednego podmiotu do jednostronnego kształtowania sytuacji prawnej drugiego podmiotu<sup>122</sup>. Tymczasem powiernik, który wprawdzie jest niezależny i nie podlega poleceniom KNB w zakresie wykonywania ustawowych zadań (brak elementu podporządkowania), może być jednak przez nią odwołany, co oznacza, że organ nadzoru dysponuje kompetencją pozwalającą na jednostronne kształtowanie jego sytuacji prawnej. Nie będzie to zatem stosunek o charakterze cywilnoprawnym. Biorąc pod uwagę publicznoprawny charakter funkcji pełnionej przez powiernika (w interesie ogólnym wszystkich wierzycieli z listów zastawnych) można natomiast stwierdzić, że będzie to stosunek ze sfery prawa publicznego.

Niezależność i niepodleganie poleceniom organu nadzoru nie oznacza jednak, że powiernika nie wiążą postanowienia aktów administracyjnych KNB o charakterze generalnym, czyli uchwał

<sup>115</sup> R. W. Kaszubski, M. Olszak, *Bank hipoteczny ...*, jw., s. 92.

<sup>116</sup> Przymiot niezależności, o którym stanowi art. 29 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. charakteryzować powinien, w moim przekonaniu, nie tylko relacje powiernika z KNB, ale również z NBP, bankiem hipotecznym i wierzycielami z listów zastawnych. Wszak art. 29 ust. 1 stanowi, że „[...] powiernik i jego zastępca są niezależni [...]” nie precyzując w stosunku do jakiego podmiotu, co uczynione zostało w tymże przepisie po drugim spójniku „i” – „nie podlegają poleceniom organu, który ich powołał”. Uprawnia to zatem do twierdzenia, że są (powinni być) niezależni wobec każdego z powyższych podmiotów.

<sup>117</sup> Z wyłączeniem takim mamy do czynienia w przypadku banku hipotecznego. Zgodnie z art. 27 ust. 1 zd. 2 ustawy o l.z.b.h. powiernik i jego zastępca nie mogą być pracownikami banku hipotecznego.

<sup>118</sup> Dz.U. z 1974 r., Nr 24, poz. 141 z późn. zm.

<sup>119</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 11.04.1997 r. I PKN 89/97, OSNAP i US z.2, poz.35. Odmienne M. Mekiński (*Regulacje nadzorcze w ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych cz.II*, Glosa 2002, nr 1, s.15), który prezentuje, moim zdaniem, błędny pogląd, że powiernik i jego zastępca są pracownikami KNB. Do takiego wniosku skłania go powierzenie KNB kompetencji do powoływania i odwoływania powiernika oraz jego zastępcy, a także brak przepisów wyłączających stosowanie regulacji k.p. W przekonaniu M. Mekińskiego jest to stosunek pracy na podstawie powołania uregulowany w art. 68–72 k.p.

<sup>120</sup> M. Uśák, *Status prawny ...*, jw., s. 126.

<sup>121</sup> A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wyd. 2, Warszawa 1999, s. 16.

<sup>122</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne ...*, jw., s. 21.



i zarządzeń, które odnoszą się do obszarów funkcjonowania banku hipotecznego, będących w kręgu jego zainteresowania<sup>123</sup>. Przykładem tego typu regulacji jest uchwała Nr 2/1999 KNB (wydana na podstawie delegacji art. 24 ust. 6 ustawy o I.z.b.h.). Po pierwsze dlatego, że chociaż akty te determinują w pewnym sensie sposób wykonywania zadań powiernika (powiernik sprawując na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy o I.z.b.h. bieżącą kontrolę prawidłowości prowadzenia rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, w tym przypadku, formy jego prowadzenia, będzie sprawdzał, czy jest ona zgodna ze wzorem określonym w uchwale KNB), to przez swój generalny charakter (objęcie zakresem podmiotowym wszystkich banków hipotecznych i w konsekwencji wszystkich powierników) nie stanowią zagrożenia dla obiektywizmu i rzetelności podejmowanych indywidualnych rozstrzygnięć i, co z tym związane, interesów wierzycieli z listów zastawnych. Po drugie, wychodząc z założenia, że ustawodawca jest racjonalny, kontrowersyjny wydaje się pogląd zakładający brak podporządkowania powiernika postanowieniom uchwały Nr 2/1999 w sytuacji, gdy zgodnie z art. 30 pkt 4 ustawy o I.z.b.h. ma on obowiązek sprawdzać, czy sposób prowadzenia rejestru zabezpieczenia listów zastawnych odpowiada warunkom tej ustawy. Warunkiem w rozumieniu art. 30 pkt 4 ustawy o I.z.b.h. jest prowadzenie rejestru zabezpieczenia listów zastawnych według wzoru określonego w uchwale KNB, która została wydana na podstawie delegacji ustawowej.

Podsumowując należy stwierdzić, że dopóki powiernik wykonuje zadania, do których zobowiązuje go ustawa o I.z.b.h., dopóty KNB nie może wydawać poleceń o charakterze indywidualnym dotyczącym meritum podejmowanych przez niego rozstrzygnięć i sposobu wykonywania zadań. Ingerencja w jego niezależność jest dopuszczalna wyłącznie w przypadku stwierdzenia przez organ nadzoru bankowego, że nie wypełnia on ustawowych zadań. KNB może go wówczas odwołać (art. 28 ust. 1 pkt 5 ustawy o I.z.b.h.). W świetle tego przepisu należy jednak postawić pytanie, czy działalność powiernika podlega nadzorowi KNB. W literaturze przedmiotu nadzorem określa się najczęściej sytuacje, w których organ nadzorujący jest wyposażony w środki oddziaływania na postępowanie organów czy jednostek nadzorowanych. Uprawnienia nadzorcze oznaczają uprawnienia kontrolne (do badania zgodności stanu istniejącego i porównywanie go ze stanem pożądanym) wraz z możliwością wiążącego wpływania na organy czy instytucje nadzorowane<sup>124</sup> (władczego wkraczania w sferę działalności określonego podmiotu w celu doprowadzenia stanu rzeczywistego do stanu przewidzianego przez prawo)<sup>125</sup>. Nadzór może być sprawowany z punktu widzenia legalności (zgodności działania z prawem) albo celowości i legalności jednocześnie. Wyznacza granice samodzielności podmiotu nadzorowanego. Nadzór może być stosowany tylko w przypadkach przewidzianych przez prawo oraz przy zastosowaniu środków nadzoru przez prawo przewidzianych<sup>126</sup>. Instytucja nadzoru istnieje wyłącznie wówczas, gdy:

- 1) jest wyraźnie ustanowiona przez prawo (konstrukcja prawna nadzoru nie może być dorozumiana, lecz ściśle określona przez prawo)<sup>127</sup>,
- 2) organy nadzorujące i nadzorowane wskazane są w odpowiednich aktach prawnych,
- 3) są określone prawem przypadki, w których organ nadzorujący może i ma obowiązek wkroczyć w sferę działania podmiotu nadzorowanego,
- 4) prawnie określona jest lista środków nadzoru<sup>128</sup>.

Za uznaniem, że Komisja Nadzoru Bankowego sprawuje nadzór nad działalnością powiernika, przemawiają następujące argumenty:

<sup>123</sup> Podobnie A. Drewicz-Tutodziecka i O. Stöcker (*Komentarz do ...*, jw., kom.do art. 29, s. 208) oraz M. Rewieński, (*Powiernik ...*, jw., s. 49), z tym zastrzeżeniem, że ani powiernika, ani banku hipotecznego, wbrew temu co twierdzi M. Rewieński, nie wiążą wskazówki KNB wydane w formie rekomendacji. Nie ma ona bowiem charakteru normotwórczego, nie jest źródłem prawa, a jedynie wskazywać ma pewien zalecany, zdaniem KNB najlepszy, kierunek działania. Przykładem rekomendacji kierowanej do banków hipotecznych jest Rekomendacja F z dnia 12 listopada 1998 r. dotycząca podstawowych kryteriów stosowanych przez Komisję Nadzoru Bankowego przy ocenie regulaminów wyceny nieruchomości wydawanych przez banki hipoteczne.

<sup>124</sup> J. Służewski (red.), *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1995 r., s. 33.

<sup>125</sup> Z. Niewiadomski, *Nadzór*, [w:] E. Smoktunowicz (red.) *Wielka Encyklopedia Prawa*, Białystok – Warszawa 1999 r., s. 470.

<sup>126</sup> E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1999 r., s. 34.

<sup>127</sup> C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 1998 r., s. 387.

<sup>128</sup> M. Rewieński, *Powiernik ...*, jw., s. 51.

- 1) w ustawie o I.z.b.h. określone zostały przypadki, w których organ nadzoru może wkroczyć w sferę działania podmiotu nadzorowanego (np. niewypełnienie czynności, do których są zobowiązani zgodnie z ustawą o I.z.b.h. – kryterium legalności);
- 2) KNB została wyposażona w kompetencje do władczego (podkr. M.O.) wkraczania w sferę działalności powiernika. Może wydać decyzję o jego odwołaniu, która ma moc ostatecznej decyzji administracyjnej (art. 28 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 w zw. z art. 34 ust. 1 ustawy o I.z.b.h. i art. 11 ust.1 prawa bankowego)<sup>129</sup>;
- 3) środki oddziaływania (środki nadzoru) zostały określone w art. 28 ust. 1 ustawy o I.z.b.h.(odwołanie).

Przeciw tej koncepcji przemawia natomiast brak wyraźnego przepisu ustawowego. Można bowiem bronić poglądu, że gdyby racjonalny ustawodawca chciał powierzyć KNB nadzór nad działalnością powiernika znalazłoby to swój wyraz w przepisie o treści zbliżonej np. do art. 34 ust. 2 ustawy o I.z.b.h., który *expressis verbis* stanowi, że „banki hipoteczne podlegają szczególnemu nadzorowi (podkr. M.O.) Narodowego Banku Polskiego [...]”, czy też art. 131 ust. 1 prawa bankowego, zgodnie z którym „działalność banków [...] podlega nadzorowi (podkr. M.O.) sprawowanemu przez Komisję Nadzoru Bankowego [...]”. Tego rodzaju przepis wykluczyłby zarzut domniemania istnienia nadzoru. Niemniej jednak uważam, że powierzenie organowi nadzoru bankowego kompetencji do odwoływania powiernika, zwłaszcza w razie niewypełnienia przez niego czynności, do których ustawowo został zobowiązany, a więc wyposażenie organu nadzoru w uprawnienie do wkraczania w działalność tego podmiotu w sposób, w zakresie i w przypadku określonym przepisami ustawy, mimo braku wyraźnego określenia tego rodzaju działania jako nadzoru, pozwala na przyjęcie, że KNB sprawuje nadzór nad działalnością powiernika.

Relacje między powiernikiem a Narodowym Bankiem Polskim należy natomiast postrzegać wyłącznie z punktu widzenia zbliżonego zakresu przedmiotowego czynności kontrolnych w banku hipotecznym, które jednak oba podmioty podejmują niezależnie od siebie. Przepisy ustawy o I.z.b.h. nie przewidują współpracy w zakresie kontroli i nadzoru nad działalnością banku hipotecznego. NBP nie został również wyposażony w kompetencje, które pozwalałyby na wywieranie wpływu na funkcjonowanie powiernika<sup>130</sup>.

Niezależność powiernika jest również, w moim przekonaniu, wyznacznikiem jego pozycji w stosunkach z bankiem hipotecznym<sup>131</sup>. Jej podkreśleniem jest przepis art. 27 ust. 1 ustawy o I.z.b.h., zgodnie z którym jest on powoływany przy, a nie w (podkr. M.O.) banku (w jego strukturze organizacyjnej, co wiązałoby się z jego podległością organom banku) oraz zakaz nawiązywania przez powiernika stosunku pracy z bankiem hipotecznym, przy którym jest powoływany (stosunku, którego immanentną cechą jest podporządkowanie pracownika poleceniom pracodawcy). Wydaje się również, że konieczność zachowania niezależności powinna wykluczać możliwość wstępowania przez powiernika z bankiem w stosunek prawny, który stawałby pod znakiem zapytania bezstronność i obiektywność podejmowanych przez niego działań. Brak wyraźnego przepisu nie pozwala jednak na jednoznaczne rozstrzygnięcie tej kwestii.

Bank nie dysponuje środkami, które umożliwiłyby bezpośrednio wpływanie na powiernika. Ustawa o I.z.b.h. przewiduje jednak dwojakiego rodzaju możliwości pośredniego wywierania wpływu. Po pierwsze, zgodnie z art. 27 ust. 2 KNB powołuje powiernika po zasięgnięciu opinii zarządu banku hipotecznego. Po drugie, bank może poddać rozstrzygnięciu organu nadzoru bankowego spór z powiernikiem, który wynikł, np. w związku z wykonywaniem przez niego ustawowych zadań.

<sup>129</sup> Przepis art. 28 ust. 2 ustawy o I.z.b.h. brzmi: „Od decyzji Komisji Nadzoru Bankowego odwołującej powiernika i jego zastępcę służy skarga do Naczelnego Sądu Administracyjnego”, natomiast zgodnie z art. 11 ust. 3 zd. 1 prawa bankowego „[...] decyzje Komisji Nadzoru Bankowego [...] mają moc ostatecznych decyzji administracyjnych” (podkr. M.O.).

<sup>130</sup> Problematyka wykonywania przez NBP szczególnego nadzoru nad działalnością banku hipotecznego jest przedmiotem podroz. 3.2. w rozdziale trzecim „Powiernik a Narodowy Bank Polski”.

<sup>131</sup> Patrz argumentacja w przypisie 116.

Powiernik został powołany w celu ochrony (do swoistego reprezentowania) interesów majątkowych wierzycieli z listów zastawnych. Powstaje więc pytanie, czy jest on przedstawicielem posiadacza tych papierów wartościowych w znaczeniu nadawanym temu pojęciu przez kodeks cywilny.

Instytucja przedstawicielstwa uregulowana została w dziale VI k.c. Obejmuje zastępstwo bezpośrednie, przez które rozumie się działanie w cudzym imieniu na podstawie odpowiedniego umocowania i ze skutkami bezpośrednio dla reprezentowanego<sup>132</sup>. Posiadanie przez przedstawiciela stosownego umocowania jest warunkiem wywołania dla reprezentowanego stanu związania, polegającego na tym, że nie może on zapobiec powstawaniu w swojej sferze prawnej skutków czynności dokonywanej przez tego przedstawiciela w granicach przysługującej mu kompetencji<sup>133</sup>. W zależności od źródła umocowania odróżnia się dwa rodzaje przedstawicielstwa: przedstawicielstwo ustawowe i pełnomocnictwo. W stosunku przedstawicielstwa ustawowego źródłem umocowania jest ustawa lub postanowienie sądu (w wypadkach, w których przedstawiciela ustawowego ustanawia sąd)<sup>134</sup>. Określają one, kiedy powstaje i ustaje przedstawicielstwo ustawowe i jaki jest zakres umocowania przedstawiciela. Przedstawicielstwa ustawowego nie można domniemywać<sup>135</sup>. Natomiast w stosunku pełnomocnictwa źródłem umocowania jest jednostronne oświadczenie woli reprezentowanego zwanego mocodawcą, w którym w sposób autonomiczny i jednostronny decyduje on o wyborze, ustanowieniu i granicach umocowania pełnomocnika<sup>136</sup>.

Analiza regulacji prawnych dotyczących powiernika prowadzi do wniosku, że nie jest on ani przedstawicielem ustawowym, ani pełnomocnikiem wierzycieli z listów zastawnych. Pełni on bowiem swoją funkcję we własnym imieniu na podstawie przepisów ustawy o l.z.b.h., które wyłącznie jemu przypisują określone zadania i kompetencje. W przeciwieństwie do przedstawiciela, który działa w imieniu reprezentowanego, wykonując niejako jego uprawnienia. Ustawa o l.z.b.h. określa wprawdzie zakres kompetencji i zadań powiernika oraz zasady jego powoływania i odwoływania, ale nie czyni go w sposób wyraźny przedstawicielem ustawowym posiadacza listów zastawnych, a istnienia przedstawicielstwa ustawowego nie można domniemywać. Wreszcie przeciw istnieniu stosunku pełnomocnictwa przemawia wyłączenie możliwości kształtowania sytuacji prawnej powiernika przez wierzycieli z listów zastawnych. Nie dysponują oni uprawnieniami do autonomicznego i jednostronnego decydowania o jego wyborze, ustanowieniu, odwołaniu oraz o zakresie zadań, środków umożliwiających ich wykonanie i form działania.

Powiernik w banku hipotecznym nie jest również powiernikiem w znaczeniu przyjmowanym w doktrynie prawa cywilnego. Wprawdzie obaj wykonują swoje własne uprawnienia (kompetencje) i obowiązki, ale powiernika w rozumieniu ustawy o l.z.b.h. nie łączy z wierzycielami z listów zastawnych wewnętrzny stosunek obligacyjny, z mocy którego jest mu nakazane lub zakazane czynienie w określony sposób użytku z przysługujących mu w ramach jego prawa podmiotowego kompetencji<sup>137</sup>. Źródłem jego kompetencji i obowiązków jest wyłącznie ustawa o l.z.b.h.

Nie jest także „trustee” w znaczeniu nadawanym temu pojęciu na określenie uczestnika procesu sekurytyzacji wierzytelności zabezpieczonych hipoteką, który na podstawie umowy strzeże interesów nabywców emitowanych na ich podstawie Mortgage Backed Securities (MBS) lub Asset Backed Securities (ABS), podejmując działania określone w umowie<sup>138</sup>.

„Powiernictwo” w rozumieniu ustawy o l.z.b.h. polega na „reprezentowaniu” interesów wierzycieli z listów zastawnych zarówno w trakcie bieżącej działalności banku, jak i w razie jego upadłości<sup>139</sup>.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że powiernik jest organem administrującym, któremu ustawodawca przekazał część zadań publicznych w zakresie kontroli i nadzoru nad bankiem hi-

<sup>132</sup> S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 95 k.c., s. 292.

<sup>133</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne ...*, jw., s. 232.

<sup>134</sup> S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 96 k.c., s. 294.

<sup>135</sup> Tamże, s. 295.

<sup>136</sup> Tamże, s. 297.

<sup>137</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne ...*, jw., s. 233.

<sup>138</sup> W. Goedecke, V. Kerl, H. Scholz, *Die deutschen Hypothekenbanken*, jw., s. 111; por. również A. Raczko, *Bankowość hipoteczna*, Bank i Kredyt 2001, nr 7, s. 50.

<sup>139</sup> A. Drewicz-Tulodziecka, O. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 27 ust. 1, s. 197.

potecznym<sup>140</sup>. Stoi na straży interesów wszystkich nabywców listów zastawnych (a nie określonej ich grupy) od chwili nabycia do chwili zbycia przez nich papierów wartościowych lub spełnienia określonych świadczeń pieniężnych przez emitenta. Dysponuje kompetencjami kontrolnymi i kompetencjami umożliwiającymi wpływanie w sposób władczy na działalność banku (środkami oddziaływania bezpośredniego), co uzasadnia twierdzenie, że jest on również podmiotem, który we własnym imieniu sprawuje nadzór nad bankiem hipotecznym. Nie można go jednak utożsamiać z nadzorem bankowym, który wykonuje wyłącznie KNB<sup>141</sup>, co nie wyklucza możliwości sprawowania nadzoru nad bankami także przez inne podmioty, lecz nie w ramach nadzoru bankowego<sup>142</sup>.

## 2.2.10. Rozstrzygnięcie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym

Rozstrzygnięcie sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym powierzono w ustawie o I.z.b.h. organowi nadzoru bankowego (art. 29 ust. 2)<sup>143</sup>. Przyjęto bowiem, jak się wydaje, założenie, że KNB, która z racji pełnionej funkcji posiada niezbędne informacje w zakresie spornej materii i dysponuje odpowiednimi środkami nadzoru, zapewni szybkie rozstrzygnięcie i w ten sposób uniknie się wstrzymania wykonywania niektórych czynności przez bank (również ze szkodą dla nabywców listów zastawnych) w następstwie zaistnienia sporu między tymi podmiotami<sup>144</sup>. Regulacja ustawowa tej problematyki jest jednak stosunkowo skromna<sup>145</sup> i nie przynosi odpowiedzi na trzy istotne z punktu widzenia powiernika pytania, mianowicie:

- 1) Jakiego rodzaju spory może rozstrzygać KNB?
- 2) W jakim trybie podejmowane jest rozstrzygnięcie?
- 3) Jaką moc prawną ma rozstrzygnięcie KNB w stosunku do banku hipotecznego i powiernika?

Wychodząc z założenia o racjonalności ustawodawcy i wobec braku wskazań ustawy należy przyjąć, że do właściwości rzeczowej organu nadzoru bankowego mogą należeć wyłącznie tego rodzaju spory, które KNB może rozstrzygnąć za pomocą kompetencji posiadanych wobec obu podmiotów i wskazanych w ustawie i prawie bankowym. Wydaje się, że do kategorii tej zaliczyć można jedynie spory powstałe na tle wypełniania przez powiernika czynności, do których jest zobowiązany zgodnie z ustawą o I.z.b.h. Mogą być one wynikiem rozbieżnej (sprzecznej) interpretacji przepisów tej ustawy, które określają sposób i zakres działania powiernika podejmowanego w celu wykonania ustawowych zadań. Przedmiotem sporu może być, w szczególności:

- 1) zasadność odmowy wyrażenia przez powiernika zgody na wykreślenie wpisów w rejestrze albo dokonanie przez bank czynności rozporządzającej, której przedmiotem jest wierzytelność wpisana do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych;
- 2) zasadność odmowy złożenia przez powiernika podpisu na liście zastawnym;
- 3) dopuszczalność żądania przez powiernika określonych dokumentów banku w celu ich zbadania;
- 4) dopuszczalność żądania udzielenia przez bank określonej pomocy w ramach zapewniania powiernikowi i jego zastępcy odpowiednich warunków pracy.

<sup>140</sup> M. Rewieński, *Powiernik ...*, jw., s. 45; por. również M. Uśák, *Status prawny ...*, jw., s. 128.

<sup>141</sup> Odmienne J. Sokołowski (*Pozycja prawna powiernika banku hipotecznego*, *Prawo bankowe* 2002, nr 3, s. 67), który prezentuje pogląd, w moim przekonaniu błędny, że powiernik przynależy do struktury organu nadzoru bankowego.

<sup>142</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999, s. 318.

<sup>143</sup> Przepis art. 29 ust. 2 ustawy o I.z.b.h. jest w istocie powtórzeniem § 33 HBG, który brzmi: „*Spory między powiernikiem a bankiem hipotecznym rozstrzyga władza nadzorcza*”.

<sup>144</sup> Uzasadnienia przyjęcia tego rozwiązania nie zawiera *Uzasadnienie do projektu ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych* (Sejm II kadencji, druk sejmowy 2388). Należy zatem domniemywać, że cel wprowadzenia modelu rozstrzygnięcia sporów przez organ nadzoru bankowego był analogiczny do tego, który przyświecał projektodawcom HBG (por. *Uzasadnienie do projektu ustawy o bankach hipotecznych* [w:] *100 Jahre Hypothekenbankgestez. Textsammlung und Materialien*, Frankfurt nad Menem 1999, s. 55). Podobne uzasadnienie regulacji art. 29 ust. 2 ustawy o I.z.b.h. podają A. Drewicz-Tułodziecka i O. Stöcker [w:] *Komentarz do ...*, kom. do art. 29 ust. 2 ustawy, s. 210.

<sup>145</sup> Ogranicza się do art. 29 ust. 2 ustawy o I.z.b.h., który brzmi: „*Spory między powiernikiem a bankiem hipotecznym rozstrzyga Komisja Nadzoru Bankowego*”.

Przedmiotem sporu między powiernikiem a bankiem hipotecznym będzie więc legalności działania obu podmiotów. W przypadku stwierdzenia, że bank postępuje w sposób niezgodny z prawem KNB w ramach sprawowanego nadzoru, którego celem jest m.in. zapewnienie zgodności działania banku z przepisami ustawy (art. 133 ust.1 pkt 2 prawa bankowego w zw. z art. 34 ust. 1 ustawy o l.z.b.h.), zastosuje środki nadzoru wskazane w art. 138 ust. 1 i ust. 3 lub w art. 141 prawa bankowego. Natomiast w odniesieniu do powiernika jedynym środkiem przywrócenia stanu zgodnego z przepisami ustawy okazuje się jego odwołanie, które może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy jego zachowanie będzie można zakwalifikować jako niewypełnienie czynności, do których zobowiązany jest zgodnie z ustawą o l.z.b.h. Komisja nie jest bowiem uprawniona, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy o l.z.b.h., do wydawania powiernikowi jakiegokolwiek polecenia, zwłaszcza dotyczącego sposobu wykonania ustawowego zadań w konkretnym przypadku<sup>146</sup>.

### 2.2.11. Odpowiedzialność powiernika

Ustawa o l.z.b.h nie reguluje w sposób szczególny (pomijając problematykę odwołania) zasad odpowiedzialności powiernika i jego zastępcy za działanie lub zaniechanie związane z wykonywaniem ustawowych zadań.

Nie uważam za słuszne wyposażanie (tak, jak to uczyniono w węgierskiej ustawie o b.h. i słowackiej u.b.) organu nadzoru bankowego w inne instrumenty oddziaływania na powiernika, który nie wypełnia swoich zadań, niż odwołanie. Osobę, która niewłaściwie wykonuje powierniczą funkcję należy niezwłocznie odwołać, aby jej miejsce mógł zająć powołany przez KNB następca. Przemawia za tym potrzeba zapewnienia należytej ochrony interesom wierzycieli z listów zastawnych i umożliwienia bankowi hipotecznemu niezakłóconego funkcjonowania w zakresie, w którym jego działalność uzależniona jest od rozstrzygnięcia powiernika.

<sup>146</sup> Odmiennie M. Ušák (*Status prawny ...*, jw., s. 125-126), który stoi na stanowisku, że powiernik jest związany rozstrzygnięciami KNB. Uzasadnia on, że przemawia „[...] za tym uregulowanie w jednym przepisie niezależności powiernika (art. 29 ust. 1 ustawy) oraz kompetencji do rozstrzygnięcia jego sporów z bankiem (art. 29 ust. 2) w określonej kolejności – a zatem systematyka aktu prawnego [...]”, a „[...] przyjęcie przeciwnego twierdzenia jest niedopuszczalne ze względu na efektywność wykonywania kontroli i nadzoru [...]”. Autor ten uważa również, że wobec braku instrumentu, za pomocą którego KNB mogłaby zmusić powiernika do zmiany postępowania, rozstrzygnięcie sporu przez organ nadzoru bankowego w wyjątkowych sytuacjach może zastąpić wyrażenie zgody lub złożenie podpisu przez powiernika. W moim przekonaniu teza o wiążącym charakterze rozstrzygnięcia nie znajduje podstaw w ustawie o l.z.b.h. i stoi w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. Stanowi on bowiem *expressis verbis*, że powiernik jest niezależny i nie podlega poleceniom organu, który go powołał (czyli KNB). Pod pojęciem „polecenia KNB” rozumiem każde polecenie o charakterze indywidualnym dotyczącym meritum podejmowanych przez powiernika rozstrzygnięć i sposobu wykonywania przez niego zadań. Przyjęcie tezy o wiążącym charakterze rozstrzygnięcia sporu jest równoznaczne z dopuszczeniem możliwości wpływania na niego przez KNB w trakcie wykonywania powierniczej funkcji. Wiążące rozstrzygnięcie byłoby poleceniem w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. Odnosząc się natomiast do drugiego z poglądów należy również zwrócić uwagę, że KNB jako organ administracji publicznej podporządkowany jest zasadzie legalizmu (zgodnie z art. 7 Konstytucji RP może działać wyłącznie na podstawie i w granicach prawa), co oznacza, iż może korzystać wyłącznie z takich środków władczych, które zostały określone w przepisach rangi ustawowej. Naruszeniem tej zasady byłoby wkraczanie w kompetencje powiernika.

## 3

## Powiernik w systemie kontroli i nadzoru nad działalnością banku hipotecznego

### 3.1. Powiernik a Komisja Nadzoru Bankowego

Institucja powiernika ma uzupełniać i wzmacniać nadzór sprawowany nad działalnością banków hipotecznych przez Komisję Nadzoru Bankowego. Założenie to realizowane jest poprzez:

- 1) poddanie jego kontroli i nadzorowi przestrzegania określonych w ustawie o I.z.b.h. szczególnych zasad funkcjonowania tego banku specjalistycznego;
- 2) współpracę polegającą na nałożeniu na niego obowiązków informacyjnych wobec organu nadzoru bankowego<sup>147</sup>.

Zestawienie cech nadzoru wykonywanego przez KNB oraz kontroli i nadzoru powiernika pozwoli na określenie ich roli w systemie kontrolno-nadzorczym oraz modelu współdziałania obu instytucji.

Komisja Nadzoru Bankowego jest centralnym organem administracji publicznej, który sprawuje nadzór prewencyjny, weryfikacyjny i represyjny nad działalnością banków oraz oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych (art. 131 ust. 1 prawa bankowego)<sup>148</sup>. Nadzór ten ma charakter zewnętrzny (nadzór bankowy znajduje się poza strukturą podmiotu nadzorowanego) i jest podporządkowany zasadzie legalizmu, co oznacza, że organ nadzoru może wkraczać w działalność bankową tylko w przypadkach określonych w przepisach ustaw, które wyznaczają zakres przedmiotowy i rodzaj środków nadzoru<sup>149</sup>. Celem podejmowanych przez KNB działań jest zapewnienie (art. 133 ust. 1 prawa bankowego w zw. z art. 34 ust. 1 ustawy o I.z.b.h.):

- 1) bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach bankowych;
- 2) legalności działalności banków, czyli zgodności z przepisami ustawy Prawo bankowe, ustawy o Narodowym Banku Polskim, ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych, statutem oraz decyzją o wydaniu zezwolenia na utworzenie banku.

Ustawa o NBP (art. 25), prawo bankowe (art. 131 i n.) oraz ustawa o I.z.b.h. powierza KNB wykonywanie zadań nadzorczych, reglamentacyjnych, normodawczych, zadań w zakresie sanacji banków oraz ich likwidacji i upadłości, a także zadań szczególnych wobec banków hipotecznych (w zakresie powoływania i odwoływania powiernika i jego zastępcy, określania wysokości i wypłaty ich wynagrodzenia, rozstrzygania sporów między powiernikiem a bankiem hipotecznym)<sup>150</sup>.

W ramach wykonywanego nadzoru KNB prowadzi działania kontrolne, które przybierają różnorodny charakter<sup>151</sup>. Przyjmując kryterium miejsca wykonywania czynności kontrolnych Komisja dokonuje kontroli na miejscu, tzn. w siedzibie banku, jego oddziale lub innej jednostce organizacyjnej oraz kontroli kameralnej, zwanej również kontrolą analityczną lub kontrolą „zza biurka”, do-

<sup>147</sup> Podobnie M. Rewieński, który zwraca uwagę, że kompetencje powiernika i jego zastępcy nie są konkurencyjne dla nadzoru sprawowanego przez KNB, ponieważ ich zadaniem jest wsparcie działalności nadzorczej Komisji (M. Rewieński, *Powiernik ...*, jw., s. 55).

<sup>148</sup> C. Kosikowski, *Publiczne ...*, jw., s. 123.

<sup>149</sup> L. Góral, *Nadzór bankowy*, [w:] W. Pyziot (red.) *Encyklopedia Prawa Bankowego*, Warszawa 2001 r. (publikacja okresowo aktualizowana), s. 403.

<sup>150</sup> C. Kosikowski, *Publiczne ...*, jw., s. 323.

<sup>151</sup> Organem wykonawczym Komisji Nadzoru Bankowego, który faktycznie wykonuje czynności kontrolne, jest Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego.

konywanej w siedzibie GINB. Według kryterium stosunku czasu wykonywania czynności kontroli do czasu dokonania czynności kontrolowanych będzie to kontrola *ex ante*, zwana również uprzednią lub wstępną, kiedy kontrolowany jest zamiar lub decyzja podjęcia pewnej działalności (np. kontrola spełnienia przez bank warunków art. 36 ust. 3 prawa bankowego poprzedzająca wydanie zezwolenia na rozpoczęcie działalności operacyjnej – zgodnie z § 11 uchwały Nr 4/2002 KNB), kontrola bieżąca (np. monitorowanie przez GINB na podstawie danych przekazywanych przez poszczególne banki ich sytuacji ekonomicznej – zgodnie z § 15 pkt 2 uchwały 4/2002 KNB) oraz kontrola *ex post*, zwana również następną, polegająca na badaniu czynności i procesów już zakończonych (np. ocena zgodności działalności banku z przepisami i postanowieniami aktów, o których mowa w art. 133 ust. 1 pkt 2 prawa bankowego, w okresie poprzedzającym inspekcję w banku – zgodnie z § 27 ust. 1 pkt 3 uchwały Nr 4/2002 KNB). Ze względu na zakres podejmowanych czynności można wyróżnić kontrolę pełną, obejmującą całokształt działalności banku (w przypadku przeprowadzania jej w banku określana przez § 27 ust. 2 uchwały 4/2002 KNB mianem inspekcji kompleksowej) oraz kontrolę częściową, zwaną także wycinkową lub fragmentaryczną, dotyczącą wybranych obszarów działalności banku (w przypadku dokonywana jej w banku określana jako inspekcja problemowa – § 27 ust. 2 uchwały 4/2002 KNB). Z punktu widzenia zakresu czasowego KNB może podjąć działania kontrolne o charakterze ciągłym, czyli wykonywane równoległe z przebiegiem działalności kontrolowanej (np. kontrola realizacji programów naprawczych), oraz o charakterze doraźnym stosowaną w określonych terminach (np. kontrola wpisów w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych dokonywana na podstawie przekazywanych KNB przez powiernika do 7 dnia każdego miesiąca zatwierdzonych przez niego aktualnych odpisów tych wpisów – art. 31 ust. 2 ustawy o l.z.b.h.). Wreszcie sposób ustalania kontrolowanego stanu rzeczywistego pozwala wyróżnić kontrolę dokumentalną, ograniczającą się do badania tego stanu w oparciu o odpowiednie dokumenty, bilanse, rejestry banku, i kontrolę faktyczną, dokonywaną przez kontrolera osobiście, bez pośrednictwa dokumentów. Kontrola dokumentalna realizowana jest niejednokrotnie w dwóch fazach, poprzez kontrolę formalną, polegającą na badaniu rzetelności i prawidłowości dokumentów, oraz kontrolę merytoryczną, której celem jest sprawdzanie zgodności stanu faktycznego ze stanem obowiązującym<sup>152</sup>.

W przypadku stwierdzenia na podstawie przeprowadzonych czynności kontrolnych określonych nieprawidłowości w funkcjonowaniu banku Komisja może zastosować środki nadzoru (wskazane przede wszystkim w art. 138 i 141 prawa bankowego) *ad rem*, tzn. w stosunku do przejawów działania banku lub jego organów (o charakterze władczym, np. uchylene zezwolenia na utworzenie banku – art. 138 ust. 3 pkt 4 prawa bankowego oraz o charakterze niewładczym, np. zalecenie zwiększenia funduszy własnych – art. 138 ust. 1 pkt 2 prawa bankowego) i *ad personam*, w stosunku do organów banku (np. nałożyć karę pieniężną na członka zarządu banku w trybie art. 141 prawa bankowego).

Niezależna pozycja powiernika oraz fakt powoływania go przy, a nie w (*podkr.M.O.*) każdym banku hipotecznym (art. 27 ust. 1 ustawy o l.z.b.h.) pozwala na stwierdzenie, że sprawowane przez niego nadzór i kontrola mają charakter zewnętrzny. Organizacyjnie jest bowiem, w moim przekonaniu, umiejscowiony poza strukturą banku. Podejmowane przez niego działania poddane są zasadzie legalizmu. Celem nadzoru i kontroli sprawowanych przez powiernika jest zapewnienie zgodności działalności banku z przepisami ustawy o l.z.b.h., określającymi te zasady funkcjonowania banku, które mają pośredni lub bezpośredni wpływ na zaspokojenie roszczeń nabywców listów zastawnych. Podstawową zaletą podejmowanych przez niego czynności kontrolnych jest miejsce ich wykonywania. Sprawuje on wyłącznie kontrolę na miejscu, czyli w siedzibie banku hipotecznego. Pozwala mu to stale obserwować i analizować działalność banku w zakresie określonym w ustawie o l.z.b.h. oraz, co wydaje się najważniejsze z punktu widzenia wierzycieli z listów zastawnych, zapobiegać na bieżąco takim działaniom banku, które są niezgodne z przepisami tej ustawy i zagrażają spełnieniu przysługujących im świadczeń pieniężnych (np. w przypadku naruszenia przez bank zasady stałego zabezpieczenia listów zastawnych niezwłocznie zawiadomić o tym KNB, która podejmie czynności przewidziane w prawie bankowym). Natomiast reakcja nadzoru bankowego

<sup>152</sup> L. Góral, *Nadzór ...*, jw., s. 396–397.

(sprawującego na bieżąco kontrolę analityczną, a kontrolę na miejscu jedynie w określonych planem inspekcji odstępach czasu) na występowanie niekorzystnych zjawisk ma w większości przypadków charakter *ex post*<sup>153</sup>.

Z punktu widzenia kryterium stosunku czasu wykonywania czynności kontroli do czasu dokonania czynności kontrolowanych, zakresu podejmowanych czynności, zakresu czasowego działań kontrolnych oraz sposobu (materialnych podstaw) ustalania kontrolowanego stanu rzeczywistego powiernik wykonuje:

- 1) kontrolę *ex ante* (np. przed wydaniem zgody na dokonanie przez bank czynności rozporządzającej, której przedmiotem jest wierzytelność wpisana do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych – na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.), kontrolę bieżącą (np. prawidłowości prowadzenia rejestru zabezpieczenia listów zastawnych – na podstawie art. 31 ust.1, który *expressis verbis* nakazuje prowadzenie tej kontroli na bieżąco, w zw. z art. 30 pkt 4 ustawy o l.z.b.h.) oraz kontrolę *ex post* (np. czy przyjęta przez bank hipoteczny bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości określona została zgodnie z regulaminem, który został wydany przez ten bank i zatwierdzony przez KNB – zgodnie z art. 30 pkt 2 ustawy o l.z.b.h.);
- 2) kontrolę częściową (z punktu widzenia całokształtu działalności banku hipotecznego kontrola dokonywana przez powiernika jest ograniczona do tej jej części, która wynika z art. 30 ustawy o l.z.b.h.);
- 3) kontrolę ciągłą (np. czy sposób prowadzenia rejestru zabezpieczenia listów zastawnych odpowiada warunkom ustawy o l.z.b.h. – zgodnie z art. 30 pkt 4 tej ustawy) i kontrolę doraźną (np. zapewnienia przez bank zgodnego z przepisami ustawy o l.z.b.h. zabezpieczenia dla kontrolowanej emisji listów zastawnych – art. 30 pkt 5 tej ustawy);
- 4) kontrolę dokumentalną (badanie stanu rzeczywistego na podstawie ksiąg rachunkowych, rejestrów, planów i innych dokumentów banku – w myśl art. 32 ust. 1 ustawy o l.z.b.h.; w przypadku rejestru zabezpieczenia listów zastawnych kontrola dokumentalna przebiegać będzie dwufazowo, tzn. kontrola formalna, np. czy zostały dokonane odpowiednie wpisy do rejestru, i kontrola merytoryczna, np. czy wpisy zostały dokonane do pełnej wysokości kredytu udzielonego na podstawie umowy kredytowej zawartej z bankiem hipotecznym – art. 24 ust. 4 ustawy o l.z.b.h.).

Jeżeli przyjmie się kryterium podziału środków oddziaływania na jednostkę kontrolowaną na środki *ad rem* i *ad personam*, to w przypadku powiernika będą to wyłącznie środki *ad rem* (zarówno o charakterze władczym, tzn. rodzącym po stronie banku obowiązek podporządkowania się, np. odmowa wydania zgody na wykreślenie wpisu w rejestrze zabezpieczenia listów zastawnych – art. 31 ust. 3 ustawy o l.z.b.h., jak i niewładczym, np. zalecenia podjęte w związku z czynnościami, do których powiernik jest zobowiązany na podstawie ustawy o l.z.b.h. – w myśl art. 32 ust. 2 tej ustawy).

Współdziałanie powiernika z Komisją Nadzoru Bankowego polega natomiast na wykorzystaniu faktu wykonywania przez niego czynności kontrolnych na miejscu poprzez nałożenie na niego obowiązku informowania KNB (ale wyłącznie w przypadkach oraz z częstotliwością, które zostały określone w ustawie o l.z.b.h.) o stanie przestrzegania przez bank określonych przepisów ustawy o l.z.b.h. (zgodnie z przepisami art. 30 pkt 3, 31 ust. 2 oraz 32 ust. 2 tej ustawy). W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości KNB może w celu ich usunięcia skorzystać z uprawnień nadzorczych określonych przepisami prawa bankowego oraz przepisami o Narodowym Banku Polskim (art. 32 ust. 3 ustawy o l.z.b.h.).

<sup>153</sup> Pismo Przewodniczącego KNB do Prezesów Banków z dnia 8 grudnia 1999 r. (znak NB/BPN/II/1341/99), do którego załączona została Rekomendacja H z dnia 1 grudnia 1999 r. dotycząca kontroli wewnętrznej w banku.



### 3.2. Powiernik a Narodowy Bank Polski

Ustawodawca powierzył Narodowemu Bankowi Polskiemu sprawowanie szczególnego nadzoru nad działalnością banku hipotecznego w zakresie przestrzegania przepisów ustawy o I.z.b.h. (art. 34 ust. 2 tej ustawy). Zakres przedmiotowy zadań nadzorczych banku centralnego jest więc szerszy niż zakres zadań powiernika, który sprawuje kontrolę o charakterze fragmentarycznym, ograniczonym do oznaczonych w tej ustawie aspektów działalności banku.

W ramach wykonywanego nadzoru NBP może zlecić niezależnemu biegłemu na koszt kontrolowanego banku sprawdzanie prawidłowości dokonywanych przez ten bank wpisów do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, w tym również zgodności wyceny nieruchomości z zasadami określonymi w regulaminie wydanym przez bank hipoteczny i zatwierdzonym przez KNB (art. 34 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy o I.z.b.h.). Na tle regulacji art.34 ust.3 ustawy o I.z.b.h. powstaje pytanie, co może być przedmiotem opinii biegłego. Uwagę zwraca odmienne w stosunku do art. 30 pkt 5 ustawy o I.z.b.h. sformułowanie zakresu czynności kontrolnych. Zgodnie z brzmieniem art. 30 pkt 5 powiernik sprawdza, „[...] czy sposób prowadzenia rejestru zabezpieczenia listów zastawnych (podkr. M.O.) odpowiada warunkom [...] ustawy [...]”. Natomiast przedmiotem opinii niezależnego biegłego może być „[...] prawidłowość dokonywanych przez bank hipoteczny wpisów do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych (podkr. M.O.) [...]”. W przypadku powiernika akcent położony jest na rejestr zabezpieczenia, w przypadku biegłego na wpisy do tego rejestru. Zatem przy sporządzaniu opinii biegły powinien odpowiedzieć na pytanie, czy wpisy dokonywane w rejestrze odpowiadają warunkom ustawy, tzn.:

- 1) w odniesieniu do wpisów do rejestru zabezpieczenia hipotecznych listów zastawnych, w szczególności, czy:
  - a) w rejestrze nie zostały wpisane inne środki banku hipotecznego niż wierzytelności zabezpieczone hipoteką, środki ulokowane w papierach wartościowych, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 3 ustawy o I.z.b.h., środki ulokowane w Narodowym Banku Polskim oraz posiadane w gotówce;
  - b) wierzytelność wpisywana do rejestru jest zabezpieczona hipoteką na rzecz banku hipotecznego ustanowioną na prawie własności lub prawie użytkowania wieczystego nieruchomości położonej w kraju;
  - c) wierzytelność jest zabezpieczona wyłącznie hipoteką na rzecz banku hipotecznego wpisaną w księdze wieczystej na pierwszym miejscu;
  - d) hipoteki zabezpieczające wierzytelności banku zostały ustanowione na nieruchomościach, które zgodnie z przeznaczeniem posiadają trwały charakter, a w szczególności nie są to nieruchomości, których częścią składową są złoża kopalin;
  - e) wpisy dokonywane są do pełnej wysokości kredytu udzielonego na podstawie umowy kredytowej zawartej z bankiem hipotecznym lub umowy, z której wynika wierzytelność hipoteczna nabyta przez bank hipoteczny;
  - f) wartość nieruchomości, na której ustanowiono hipotekę zabezpieczającą wierzytelność wpisaną do rejestru, została określona zgodnie z zasadami wyceny, o których mowa w bankowym regulaminie, przy czym, moim zdaniem, biegłemu może zostać zlecona zarówno kontrola dokumentalna (kontrola zgodności z zasadami regulaminu wartości nieruchomości przyjętej w dokumencie wyceny), jak i kontrola faktyczna (przeprowadzona w drodze własnej analizy wartości nieruchomości biegłego kontrola, czy bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości odpowiada jej wartości rzeczywistej); w przeciwieństwie do powiernika, do którego zadań należy wprawdzie sprawdzanie zgodności przyjętej przez bank bankowo-hipotecznej wartości nieruchomości z regulaminem wyceny (art. 30 pkt 2 zd. 1 ustawy o I.z.b.h.), ale, zgodnie z art. 30 pkt 2 zd. 2 ustawy o I.z.b.h. „[...] nie należy sprawdzać, czy bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości odpowiada jej wartości rzeczywistej”, czyli nie ma on obowiązku wykonywania kontroli faktycznej;

2) w odniesieniu do rejestru zabezpieczenia publicznych listów zastawnych, w szczególności, czy w rejestrze nie zostały wpisane inne środki banku hipotecznego niż wierzytelności zabezpieczone do pełnej wysokości i wraz z należnymi odsetkami gwarancją lub poręczeniem Skarbu Państwa, Narodowego Banku Polskiego, Wspólnot Europejskich lub ich państw członkowskich, Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, Europejskiego Banku Inwestycyjnego lub Banku Światowego, wierzytelności banku hipotecznego z tytułu kredytu udzielonego tym instytucjom, środki ulokowane w papierach wartościowych, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 3 ustawy o I.z.b.h., środki ulokowane w NBP oraz posiadane w gotówce.

W założeniu, jak się wydaje, celem wprowadzenie nowego, obok KNB i powiernika, organu nadzorczego, było wzmocnienie systemu nadzoru nad działalnością banku hipotecznego. O wzmocnieniu można by było jednak mówić jedynie wówczas, gdyby NBP został wyposażony przez ustawę w odpowiednie środki nadzoru stosowane w razie stwierdzenia nieprawidłowości przez efektywny i organizacyjnie niezależny od KNB aparat kontrolny. Tymczasem analiza art. 34 ust. 2 i 3 ustawy o I.z.b.h. (jedynych regulacji prawnych traktujących o nadzorze banku centralnego nad legalnością działania banku hipotecznego) stawia pod znakiem zapytania prawne możliwości wykonywania przez NBP zadań nadzorczych. Przyjęte rozwiązania budzą wreszcie wątpliwości co do celowości ich przyjęcia w świetle obowiązującego stanu prawnego w zakresie nadzoru nad działalnością banków.

Wraz z wejściem w życie w dniu 1 stycznia 1998 r. ustawy o NBP i prawa bankowego<sup>154</sup> sprawowanie nadzoru bankowego powierzone zostało KNB (odpowiednio w art.2 5 ust. 1 ustawy o NBP i w art. 131 ust. 1 prawa bankowego), która została wyposażona w odpowiednie kompetencje umożliwiające skuteczne realizowanie wyznaczonych celów, tzn. w uprawnienia kontrolne (realizowane przez wyodrębniony organizacyjnie w strukturze NBP GINB, któremu przypisano wykonywanie decyzji i określonych przez KNB zadań) i w możliwość władczego wkraczania w sferę działalności podmiotów nadzorowanych (poprzez stosowane środków nadzoru, których katalog został określony w prawie bankowym). Podstawowym problemem związanym ze sprawowaniem przez bank centralny nadzoru nad działalnością banku hipotecznego jest brak uregulowań prawnych, które określałyby środki bezpośredniego i władczego oddziaływania przez NBP na bank (środki nadzoru). W przeciwieństwie do KNB Narodowy Bank Polski *de iure* nie ma możliwości wiążącego wpływu na bank hipoteczny w celu przywrócenia stanu zgodnego z przepisami ustawy o I.z.b.h., co prowadzi do wniosku, że podejmowanie przez NBP jakichkolwiek działań nadzorczych należałoby uznać za pozbawione podstaw prawnych. Ustawa o I.z.b.h. nie określa również zasad współpracy NBP, któremu wyznaczono zadania nadzorcze bez wyposażenia w środki nadzoru, z KNB, który dysponuje odpowiednimi kompetencjami w tym zakresie.

W obecnie obowiązującym stanie prawnym powstaje również problem dysponowania przez NBP odpowiednim i niezależnym od KNB aparatem kontrolnym. Analiza przepisów ustawy o NBP, prawa bankowego, a zwłaszcza uregulowań wewnętrznych Narodowego Banku Polskiego<sup>155</sup> prowadzi do wniosku, że pod względem organizacyjnym i merytorycznym najlepiej przygotowany do wykonywania czynności kontrolnych w zakresie przestrzegania przez bank hipoteczny przepisów ustawy o I.z.b.h. jest wydzielony organizacyjnie w strukturze NBP Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego, któremu ustawa o NBP wyznaczyła rolę organu wykonawczego KNB (art. 29 ust.1 tej ustawy). Niektórzy autorzy wyrażają wprawdzie pogląd, że w celu realizacji kompetencji nadzorczych NBP czynności sprawdzające powinny być wykonywane właśnie przez GINB<sup>156</sup>. Uważam jednak, że nie znajduje on wystarczających podstaw w ustawie o I.z.b.h. i pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 25 ust.1 i art. 29 ust.1 ustawy o NBP. Należy bowiem pamiętać, że GINB jedynie organizacyjnie i placowo podlega Zarządowi NBP. Kompetencyjnie został natomiast podporządkowany

<sup>154</sup> Regulamin organizacyjny Narodowego Banku Polskiego stanowiący załącznik do uchwały nr 13/98 Zarządu Narodowego Banku Polskiego z dnia 10 czerwca 1998 r. w sprawie wprowadzenia „Regulaminu organizacyjnego Narodowego Banku Polskiego”.

<sup>155</sup> A. Drewicz-Tulodziecka, O. M. Stöcker, *Komentarz do ...*, jw., kom. do art. 34, s. 226.

<sup>156</sup> K. Praczyński, *Status prawny Komisji Nadzoru Bankowego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2001, nr 9, s. 5.

organowi nadzoru bankowego<sup>157</sup>. Jest organem wykonawczym KNB, a nie organów NBP<sup>158</sup>. Przyjmowanie, że GINB powinien podejmować działania kontrolne w ramach szczególnego nadzoru NBP, nie znajduje również racjonalnego uzasadnienia (i tym samym podważa założenie o racjonalność ustawodawcy). W moim przekonaniu niemożliwe jest bowiem efektywne wykonywanie przez bank centralny zadań nadzorczych w sytuacji, gdy *de facto* NBP i KNB dysponowałyby wnioskami pokontrolnymi formułowanymi przez ten sam aparat kontrolny (GINB).

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że jedyną efektywną metodą wykonywania przez NBP czynności kontrolnych w obecnie obowiązującym stanie prawnym i to wyłącznie w zakresie ograniczonym art.34 ust.3 ustawy o I.z.b.h. jest zlecenie ich przeprowadzania przez niezależnego biegłego na koszt kontrolowanego banku. Celowość korzystania z pomocy biegłego i co z tym związane ponoszenia przez bank kosztów sporządzenia opinii jest jednak dyskusyjna, zwłaszcza, że stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy o I.z.b.h. nie może znaleźć wyrazu w działaniach nadzorczych<sup>159</sup>.

### 3.3. Powiernik a organy nadzoru właścicielskiego banku hipotecznego

W banku hipotecznym funkcjonują rada nadzorcza i jednostka kontroli wewnętrznej, które łączy z powiernikiem zbliżony cel działania – wykonywanie nadzoru i kontroli nad działalnością banku hipotecznego. Przybliżenie relacji powiernika do tych podmiotów pozwoli na uwypuklenie istotnych różnic w charakterze podejmowanych działań nadzorczo-kontrolnych.

W przeciwieństwie do powiernika rada nadzorcza i jednostka kontroli wykonują nadzór i kontrolę o charakterze wewnętrznym (nadzór i kontrola właścicielska)<sup>160</sup>. Działają one w interesie akcjonariuszy banku i umiejscowione są w jego strukturze organizacyjnej (w banku, podczas gdy powiernik i jego zastępca usytuowani są przy banku – *przyp. i podkr. M.O.*). Zakres podejmowanych przez te podmioty działań jest znacznie szerszy w porównaniu z zakresem zadań powiernika, a przestrzeganie przez bank hipoteczny zasad funkcjonowania istotnych z punktu widzenia interesów majątkowych wierzycieli z listów zastawnych jednym z wielu przedmiotów zainteresowania. Należy pamiętać, że rada nadzorcza stale nadzoruje, a jednostka kontroli wewnętrznej sprawdza legalności i prawidłowości działalności banku we wszystkich jej dziedzinach (odpowiednio art. 382 § 1 K.s.h. i art. 9 prawa bankowego).

<sup>157</sup> M. Uśak, *Status prawny ...*, jw., s. 115.

<sup>158</sup> Wspomniany projekt ustawy o zmianie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (patrz przypis 83) przewiduje pozbawienie Narodowego Banku Polskiego funkcji szczególnego nadzorca banku hipotecznego (poprzez skreślenie art. 34 ust. 2 ustawy o I.z.b.h.), a kompetencję do zlecenia niezależnemu biegłemu sprawdzania prawidłowości dokonywanych wpisów do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych powierza KNB.

<sup>159</sup> C. Kosikowski, *Publiczne ...*, jw., s. 329.

<sup>160</sup> C. Kosikowski, *Publiczne ...*, jw., s. 329.

---

## Zakończenie

---

Obligatoryjnie powoływany przy każdym banku hipotecznym powiernik, sprawujący w sposób niezależny i profesjonalny specjalny nadzór i specjalną kontrolę, które koncentrują się na przestrzeganiu przez bank zasad ustanowionych w celu zapewnienia wypłaty odsetek i wykupu listów zastawnych w sposób i w terminach określonych w warunkach emisji, może stać się skutecznym narzędziem ochrony interesów nabywców tego typu papierów wartościowych. Spełnione powinny być jednak trzy warunki.

Po pierwsze, powiernik powinien wykonywać ustawowe zadania w zakresie, w sposób i z częstotliwością, które zostały określone w rozdziale drugim. Nieocenione okazały się w tym względzie analizowane w rozdziale pierwszym rozwiązania i doświadczenia niemieckie.

Po drugie, należy dokonać nowelizacji ustawy o l.z.b.h., w wyniku której organowi nadzoru bankowego i bankowi hipotecznemu uniemożliwi się podejmowanie działań godzących w niezależny status powiernika. Ma to znaczenie przede wszystkim z punktu widzenia budowania zaufania nabywców listów zastawnych do powiernika jako reprezentanta ich interesów, zwłaszcza że nie mają oni wpływu na jego powołanie i odwołanie. Dlatego też, przede wszystkim, zaistnienie przesłanki wskazanej w art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. powinno rodzić po stronie organu nadzoru bankowego obowiązek, a nie uprawnienie do odwołania powiernika. Znowelizowany przepis art. 28 ust. 1 ustawy o l.z.b.h. w brzmieniu: „*Komisja Nadzoru Bankowego odwołuje powiernika [...] w razie: [...]*” w miejsce obecnego brzmienia: „*[...] mogą być odwołani przez Komisję Nadzoru Bankowego [...]*” w większym stopniu stabilizuje pozycję prawną tego podmiotu w relacjach z KNB i jednocześnie dyscyplinuje powiernika, dając mu wyraźny sygnał, że wystąpienie jednej z przesłanek będzie równoznaczne z odwołaniem.

Po trzecie, do ustawy o l.z.b.h. należy wprowadzić zmiany, które ułatwią tej instytucji działanie w interesie wierzycieli z listów zastawnych (stworzą warunki dla skutecznej ochrony ich interesów) i usuną istniejące przeszkody prawne. Powinny one polegać na:

- 1) upoważnieniu KNB do określenia, w drodze uchwały, zasad prowadzenia rachunku zabezpieczenia listów zastawnych; wydanie przez organ nadzoru bankowego aktu prawnego tej treści wykluczy swobodę banku w zakresie sposobu prowadzenia rachunku, która może spowodować, że praktycznie niewykonalna okaże się pełna kontrola, zwłaszcza przestrzegania zasady pokrycia listów zastawnych;
- 2) wprowadzeniu przepisu, który nakłada na bank obowiązek udzielenia na żądanie powiernika informacji stanowiących tajemnicę bankową w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przez niego ustawowych zadań; w ten sposób jednoznacznie zostanie rozstrzygnięty problem dostępu powiernika do dokumentów zawierających wiadomości objęte tą tajemnicą;
- 3) rozszerzeniu powierniczego katalogu środków bezpośredniego oddziaływania o kompetencję do wyrażania zgody na powtórne zbycie listów zastawnych wycofanych przez bank z obrotu i zdeponowanych pod nadzorem powiernika; dzięki temu powiernik będzie mógł w sposób władczy przeciwdziałać ponownemu wprowadzeniu tych papierów wartościowych do obrotu z naruszeniem zasady pokrycia;
- 4) określeniu relacji powiernik–jego zastępca, a zwłaszcza zakresu odpowiedzialności zastępcy (wzorem rozwiązań przyjętych w słowackiej u.b.) oraz nałożeniu na osobę pełniącą w sposób niezakłócony powierniczą funkcję obowiązku informowania KNB o zaistnieniu przeszkód w wykonywaniu zadań przez drugą, czyli, w zależności od sytuacji, na powiernika o przeszkodach dotyczących jego zastępcy i na zastępcę o przeszkodach dotyczących powiernika; rozwiązanie takie pozwoli na zidentyfikowanie osoby odpowiedzialnej za za-

niedbania w zakresie wykonywania ustawowych zadań; możliwe będzie również szybkie powołanie następcy i skrócenie okresu, w którym funkcjonuje wyłącznie powiernik albo tylko jego zastępca (z korzyścią dla ochrony interesów nabywców listów zastawnych).

Realizacja idei powiernika, który ma zapewnić ochronę interesów wierzycieli z długoterminowych listów zastawnych, wymaga więc dokonania nowelizacji ustawy o l.z.b.h., umożliwiającej skuteczne pełnienie powierzonej mu funkcji.

## Bibliografia

### Literatura krajowa

1. Banasiński C., Gronkiewicz-Waltz H., Kaszubski R. W., Pawłowicz K., Szafrąński D., Wierzbowski M., Wyrzykowski M., *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 1998.
2. Banki hipoteczne i list zastawny w Niemczech. Materiał na seminarium na temat kredytu hipotecznego, przygotowany przez Związek Banków Polskich we współpracy ze Związkiem Niemieckich Banków Hipotecznych oraz Niemiecką Fundacją do Spraw Międzynarodowej Współpracy Prawniczej. Warszawa, dn.15-16.11.1994 r.
3. Bielecka Z., Wierzbowski M., *Papiery dłużne. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 1998.
4. Bieniek G., Ciepla H., Dmowski St., Gudowski J., Kołakowski K., Sychowicz M., Wiśniewski T., Żuławska Cz., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Warszawa 1999.
5. Czerwińska E., Denek E., Janc A., Sangowski T., Sobiech J. (koordynacja), *Finanse, banki i ubezpieczenia w Polsce u progu XXI wieku, Tom II Bankowość, Materiały konferencyjne*. Poznań, 14-17 września 2000 r. Poznań 2000.
6. Daniluk D., *Regulacje i nadzór bankowy w Polsce*, Warszawa 1996.
7. Dmowski St., Rudnicki St., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 1998.
8. Drewicz-Tułodziecka A., Stöcker O. M., *Komentarz do ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Warszawa 2000.
9. Drewicz-Tułodziecka A., Łosiak-Szewczyk M., Obradović Z., Ostrzechowska J., *Bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości. Doświadczenia. Metodologia. Zabezpieczenia kredytu*, Warszawa 2001.
10. Fojcik-Mastalska E. (red.), *Prawo bankowe*, Warszawa 2001.
11. Gąsowska A., *Bankowość hipoteczna*, Warszawa 2000.
12. Gliniecka J., Harasimowicz J., Krasnodębski R., *Polskie prawo bankowe (1918–1996)*, wyd. 1, Warszawa 1996.
13. Gostomski E., *Banki hipoteczne i listy zastawne*, Materiały Studialne nr 12, Gdańska Akademia Bankowa, Gdańsk 1998.
14. Góral L., *Nadzór bankowy*, Warszawa 1998.
15. Góralczyk W. jr (red. naukowa), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 1999.
16. Gronkiewicz-Waltz H., *Bank centralny. Od gospodarki planowej do rynkowej*, Warszawa 1992.
17. Heropolitańska I., *Hipoteka jako zabezpieczenie kredytu bankowego (skrypt Fundacji na rzecz Kredytu Hipotecznego)*, Warszawa 2000.
18. Heropolitańska I., Jagodzińska-Serafin E., Kruglak J., Ryżewska St., *Kredyty, pożyczki i gwarancje bankowe*, Warszawa 2000.
19. Heropolitańska I., *Zabezpieczenie wierzytelności banku*, wyd. 3, Warszawa 1999.
20. Kanigowski K., *List zastawny jako instrument rynku kapitałowego na przykładzie Niemiec: Der Pfandbrief als Instrument des Kapitalmarktes am Beispiel Deutschlands*, Warszawa 1997.
21. Kanigowski K., *Bank hipoteczny a rynek nieruchomości*, Warszawa 2001.
22. Kaszubski R. W., Olszak M., *Bank hipoteczny. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2000.
23. Kosikowski C., *Zezwolenie na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Warszawa 1997.

24. Kosikowski C., *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999.
25. Kosikowski C., *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, wyd. 4, Warszawa 2001.
26. Mastalski R. (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza. Studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, Wrocław 2001.
27. *Opracowanie uwarunkowań wdrożenia w życie ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych z dnia 29 sierpnia 1997 r. na podstawie prac i analiz prowadzonych w bankowo-resortowych grupach roboczych, działających przy Fundacji na Rzecz Kredytu Hipotecznego*, Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego, Warszawa, 3 marca 1998 r.
28. Piasecki K. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz.*, Tom II, Warszawa 1997.
29. Pietrasik A., Rykowski R., *Hipoteczny list zastawny*, Kraków 2000.
30. Pietrasik A., Laskowski A., *Historia i współczesność długoterminowego kredytu hipotecznego w Polsce*, Warszawa 2001.
31. Pomorska A., *Komentarz do Prawa bankowego*, Warszawa 1994.
32. Pyziół W. (red.), *Encyklopedia Prawa Bankowego*, Warszawa 2001.
33. Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 1995.
34. Romanowski M., *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 1999.
35. Rosińska M. K., *Ekonomika i organizacja kredytu hipotecznego w Polsce*, Warszawa 1999.
36. Służewski J. (red.), *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1995.
37. Smoktunowicz E. (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, Białystok – Warszawa 2000.
38. Sobczak K., *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Warszawa 2001.
39. Sobolewski L., *Obligacje i inne papiery dłużne*, Warszawa 1999.
40. Sobolewski L., *Ustawa o obligacjach. Komentarz*, Warszawa 1997.
41. Sommerstein E., *Polskie prawo bankowe: tekst z komentarzem i synteza przy uwzględnieniu specjalnego prawa o spółkach akcyjnych*, Warszawa 1928.
42. *Struktura oceny systemów kontroli wewnętrznej w instytucjach bankowych*, Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego, Bazylea 1999.
43. Szpringer W., *Polskie regulacje bankowe*, Warszawa 2000.
44. Ura E., Ura E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1999.
44. *Uzasadnienie do projektu ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Wydawnictwo Sejmowe 1997.
45. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wyd. 2, Warszawa 1999.

#### **Literatura zagraniczna**

1. Bellinger D., *Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in Deutschland*, Frankfurt nad Menem 1994.
2. Creifelds C., *Rechtswörterbuch*, wyd. 14, Monachium 1997.
3. *Der deutsche Pfandbrief – eine Benchmark für Europa. Fakten und Daten. Emissionen, Emittenten, Entwicklungen*, Bonn 1998.
4. *Der Pfandbrief. Fakten und Daten über grössten Bondmarkt*, Bonn 1999.

5. *Der Pfandbrief. Europas grössten Bondmarkt. Fakten und Daten 2001*, Berlin 2001.
6. Goedecke W., Kerl V., Scholz H., *Die deutschen Hypothekenbanken*, Frankfurt nad Menem 1997.
7. *100 Jahre Hypothekengesetz. Textsammlung und Materialien*, Frankfurt nad Menem 1999.
8. Kerl V., Bellinger D., *Hypothekengesetz. Kommentar*, Monachium 1995 r.
9. Pleyer K., Elsner B., Hertzberg Ch.v., Rix R., Bellinger D., Bellinger K., *Das Recht der Hypothekenbanken in Europa*, Monachium 1981.
10. Stöcker O.M., *Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in den mitteleuropäischen Reformländern. Gesetzliche Bestimmungen und erste praktische Erfahrungen in Tschechien, der Slowakei, Ungarn und Polen*, Frankfurt nad Menem 1998.
11. Stürner R., *Die Sicherung der Pfandbrief- und Obligationengläubiger vor einer Insolvenz der Hypothekenbank*, Frankfurt nad Menem 1998.
12. *Zivilrecht. Wirtschaftsrecht*, wyd. 6, Baden-Baden 1997.

### **Piśmiennictwo**

1. Bączyk M., Banki hipoteczne i listy zastawne w przyszłym ustawodawstwie polskim, *Prawo bankowe* 1996, nr 4.
2. Drewicz-Tułodziecka A., *Ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, *Prawo bankowe* 1998, nr 1.
3. Follak K., *List zastawny jako środek refinansowania inwestycji w krajach reformujących się*, *Bank. Miesięcznik Finansowy* 1994, nr 6.
4. Gliniecka J., *Banki hipoteczne w polskim systemie bankowym*, *Przegląd Podatkowy* 1997, nr 9.
5. Janiak A., *Obrót wierzytelnościami kredytowymi w stosunkach z bankiem hipotecznym*, *Prawo bankowe* 2000, nr 4.
6. Jończyk A., *Rezerwa na ryzyko ogólne a rezerwy celowe i fundusz ogólnego ryzyka*, *Prawo bankowe* 2000, nr 3.
7. Kanigowski K., Tułodziecka A., *Perspektywy rozwoju banków hipotecznych w Polsce*, *Bank i Kredyt* 1996, nr 12.
8. Kanigowski K., *Wycena nieruchomości na potrzeby banków hipotecznych*, *Biuletyn Bankowy* 1999, nr 10.
9. Kaszubski R. W., *Nadzór właścicielski w banku*, *Przegląd Podatkowy* 1996, nr 1.
10. Kaszubski R. W., *Komisja Nadzoru Bankowego – nowa jakość w administracji publicznej*, *Glosa* 1998, nr 11.
11. Kaszubski R. W., Kawulski A., *Nadzór bankowy w perspektywie integracji europejskiej*, cz. 1 i cz. 2, *Przegląd Podatkowy* 1998, nr 10 i 11.
12. Kerl V., *Wartość obciążenia w przypadku kredytów gwarantowanych*, *Biuletyn Informacyjny Banki hipoteczne i hipoteczne listy zastawne* 1995, nr 4.
13. Lewandowski D., *Kontrola wewnętrzna a wewnętrzny audyt bankowy*, *Prawo bankowe* 2000, nr 3.
14. Mekiński M., *Regulacje nadzorcze w ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych* cz. I i II, *Glosa* 2001, nr 12 i 2002, nr 1.
15. Michalski M., *Listy zastawne jako normatywny typ papierów wartościowych*. Część I i II, *Prawo bankowe* 2000, nr 1 i nr 2.



16. Michalski M., *Obrót listami zastawnymi w świetle przepisów prawa polskiego*, Prawo bankowe 2000, nr 3.
17. Niemierka S., *Komisja Nadzoru Bankowego – nowy nadzorca bankowy*, Glosa 1998, nr 9.
18. Olszak M., *Bankowo-hipoteczna wartość nieruchomości a wartość nieruchomości w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami*, Biuletyn Bankowy 1999, nr 6.
19. Olszak M., *Bank hipoteczny jako bank specjalistyczny*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1999, nr 7-8.
20. Olszak M., *Instytucja banku hipotecznego i listu zastawnego w świetle wybranych regulacji Unii Europejskiej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2000, nr 11.
21. Pietrasik A., Rykowski R., *Niektóre zagadnienia hipotecznego listu zastawnego*, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 7.
22. Prac K., *Status prawny Komisji Nadzoru Bankowego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2001, nr 11.
23. Raczko A., *Bankowość hipoteczna*, Bank i Kredyt 2001, nr 7.
24. Rewieński M., *Działalność banku hipotecznego*, Prawo bankowe 2001, nr 7/8.
25. Rewieński M., *Powiernik banku hipotecznego*, Prawo bankowe 2000, nr 2
27. Smykla B., *Ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Bank. Miesięcznik Finansowy 1997, nr 11.
28. Smykla B., Jończyk A., *Nadzorcze normy ostrożnościowe w polskim prawie bankowym*, Biuletyn Bankowy – Vademecum Bankowca, Warszawa 1999.
26. Sokółowski J., *Pozycja prawna powiernika banku hipotecznego*, Prawo bankowe 2002, nr 3.
29. Śleszyńska-Charewicz E., *Rada nadzorcza banku*, Glosa 1995, nr 8.
30. Śleszyńska-Charewicz E., *Spór o banki hipoteczne: Fundamentalne zasady*, Bank. Miesięcznik Finansowy 1999, nr 11.
31. Uśak M., *Hipoteka zabezpieczająca wierzytelności banku hipotecznego*, część I i II, Prawo bankowe 1999, nr 1 i nr 3.

### **Polskie akty prawne**

1. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 17 marca 1928 r. o prawie bankowym (Dz.U. RP nr 34, poz. 321)
2. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. – Prawo upadłościowe (tekst jednolity – Dz.U. 1991, Nr 118, poz. 512 z późn. zm.)
3. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity – Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)
4. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
5. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
6. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 z późn. zm.)
7. Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jednolity – Dz.U. z 2001 r., Nr 124, poz. 1361 z późn. zm.)
8. Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (tekst jednolity – Dz.U. z 2001 r., Nr 120, poz. 1300)

9. Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz. 368, z późn. zm.)
10. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. Nr 140, poz. 938 z późn. zm.)
11. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. Nr 140, poz. 939 z późn. zm.)
12. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (Dz.U. Nr 140, poz. 940 z późn. zm.)
13. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. Nr 118, poz. 754 z późn. zm.)
14. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)
15. Uchwała Nr 1/2002 Komisji Nadzoru Bankowego z dnia 10 stycznia 2002 r. w sprawie wykazu dokumentów załączanych do wniosków do Komisji Nadzoru Bankowego w sprawach o wydanie zezwolenia na utworzenie banku, o wyrażenie zgody na powołanie członków zarządu banku oraz do informacji o składzie zarządu przedstawianej Komisji Nadzoru Bankowego przez radę nadzorczą banku (Dz.Urz. NBP Nr 1, poz.1, sprost. Nr 2, poz. 4)
16. Uchwała Nr 4/2002 Komisji Nadzoru Bankowego z dnia 6 marca 2002 r. w sprawie trybu wykonywania nadzoru bankowego (Dz.Urz. NBP Nr 6, poz. 10)
17. Uchwała Nr 2/1999 KNB z dnia 3 lutego 1999 r. w sprawie określenia wzoru rejestru zabezpieczenia listów zastawnych (Dz.Urz. NBP Nr 6, poz. 10).

#### *Zagraniczne akty prawne*

1. Ustawa z dnia 13 lipca 1899 r. o bankach hipotecznych (*Hypothekbankgesetz*).
2. Ustawa z dnia 20 grudnia 1991 r. o bankach (*zákon o bankách*)
3. Ustawa z dnia 26 listopada 1990 r. o dłużnych papierach wartościowych (*zákon o dlhopisoch*)
4. Ustawa z dnia 29 kwietnia 1997 r. o instytucji kredytowej zastawu gruntowego i gruntowym liście zastawnym (*1997. évi XXX. törvény a jelzálog-hitelintézet és a jelzáloglevélről*).
5. Rozporządzenie Ministra Finansów Republiki Słowackiej i Narodowego Banku Słowacji z dnia 22 sierpnia 1996 r. o rejestrze hipotek i działalności powiernika (*vyhlá\_ka Ministerstva financii Slovenskej republiky a Národnej banky Slovenska o registri hypoték a äinnosti hypotekárneho správcu*).

*Ostatnie publikacje Narodowego Banku Polskiego z serii „Materiały i Studia”*

Zeszyt Nr	Data	Tytuł	Autor
136	01/02	Charakterystyka, wycena i zastosowanie wybranych opcji egzotycznych	Arkadiusz Napiórkowski
137	01/02	Zarządzanie ryzykiem w project finance	Michał Kowalczyk
138	02/02	Mikroekonomiczne koszty inflacji	Wojciech Pacho
139	02/02	Elektroniczne usługi finansowe – charakterystyka rynku, wyzwania i inicjatywy regulacyjne (stan na koniec 2001 r.)	Małgorzata Szczeń Sebastian Jakubiec
140	03/02	Japonia – walka o odzyskanie silnej pozycji gospodarczej i finansowej	Henryk Bilski
141	03/02	Systemy bankowe w Azji Południowo-Wschodniej	Anna Szołtun
142	03/02	Hipoteza neutralności pieniądza	Michał Brzoza-Brzezina Bohdan Kłós Adam Kot Tomasz Łyziak
143	05/02	Koncentracja działalności sektora bankowego w Polsce w latach 1994-2000	Krzysztof Jackowicz Oskar Kowalewski
144	05/02	Rynek kontraktów swap w Polsce	Ewa Leszczyńska
145	06/02	Przyczyny i mechanizmy kryzysów walutowych ze szczególnym uwzględnieniem znaczenia międzynarodowych przepływów kapitału	Hanna Żywiecka