

K

Prowadzenie działalności maklerskiej na podstawie licencji bankowej. Jednolita licencja bankowa: geneza i założenia

A

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Obecnie obowiązujące regulacje
- III. Wymogi wynikające z prawa europejskiego
- IV. Skutki wprowadzenia jednolitej licencji bankowej
- V. Obowiązek wydzielenia działalności inwestycyjnej
- VI. Wnioski końcowe

R

Streszczenie

Przedmiotem publikacji jest projekt ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw, którego celem jest umożliwienie prowadzenia działalności maklerskiej na podstawie licencji bankowej, tzw. jednolitej licencji bankowej, obejmującej zarówno czynności bankowe, jak i działalność maklerską.

Słowa kluczowe: jednolita licencja bankowa; działalność powiernicza; czynności bankowe; działalność maklerska; instrumenty finansowe

I. Wstęp

Celem niniejszej publikacji jest zwięźle przedstawić obecnie obowiązujących procedur licencjonowania działalności maklerskiej, w wypadku gdy jest ona prowadzona przez bank, oraz zmian w tym zakresie, przewidzianych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw, mających na celu wprowadzenie tzw. jednolitej licencji bankowej¹. Wspomniany projekt jest opracowywany przez Zespół Roboczy ds. długoterminowych instrumentów dłużnych, powołany na podstawie § 6 ust. 2 zarządzenia Ministra Finansów z dnia 14 września 2006 r. w sprawie utworzenia Rady Rozwoju Rynku Finansowego (dalej „RRRF”).

RRRF została utworzona jako organ opiniodawczy i doradczy ministra właściwego do spraw instytucji finansowych².

* Pracownik Departamentu Prawnego Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz studiów podyplomowych Akademii Profesjonalnego Inwestowania w Szkole Głównej Handlowej, w 2007 roku ukończyła aplikację sądową w Sądzie Okręgowym w Warszawie oraz została wpisana na listę adwokatów prowadzoną przez Okręgową Radę Adwokacką w Warszawie; kingabryl@gmail.com. Poglądy wyrażone w artykule są poglądami osobistymi autorki i nie wyrażają oficjalnego stanowiska instytucji, w której jest zatrudniona.

¹ Pojęcia „jednolita licencja bankowa” nie należy utożsamiać z zasadą jednolitego rynku finansowego w Unii Europejskiej ang. *single licence*.

² RRRF stanowi gremium skupiające przedstawicieli środowiska rynku finansowego, powołane jako organ opiniodawczo-doradczy Ministra Finansów w zakresie problematyki rynku finansowego, którego rolą jest wsluchiwanie się w opinie przedstawiane przez przedstawicieli rynku finansowego

Należy zaznaczyć, że dopiero po skierowaniu przez RRRF do Ministerstwa Finansów projekt będzie przedmiotem prac legislacyjnych. Obecnie prowadzone konsultacje w ramach ww. Zespołu Roboczego mają zatem na celu wypracowanie rozwiązań legislacyjnych umożliwiających wprowadzenie tzw. jednolitej licencji bankowej. Głównym założeniem projektu jest wprowadzenie procedury wydawania zezwoleń na prowadzenie działalności maklerskiej albo powierniczej przez bank na podstawie art. 31 ustawy z dnia 29.08.1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, ze zm., dalej: „ustawa Prawo bankowe”). Celem wprowadzenia możliwości uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej przez bank na podstawie art. 31 ustawy Prawo bankowe jest wyeliminowanie z polskiego systemu prawnego konieczności uzyskiwania przez bank odrębnego zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej albo powierniczej na podstawie ustawy z dnia 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2014 r., poz. 94, ze zm., dalej „ustawa o obrocie”).

II. Obecnie obowiązujące regulacje

Na wstępie należy zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym banki uprawnione są do prowadzenia działalności maklerskiej na podstawie zezwolenia wydanego zgodnie z art. 111 ustawy o obrocie. Konsekwencją powyższego jest fakt, że bank obowiązany jest przejść proces licencyjny analogiczny do procedury stosowanej wobec spółek zamierzających prowadzić działalność maklerską. Ponadto, podobnie jak dom maklerski, bank prowadzący działalność maklerską jest obowiązany do posiadania centrali na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jednocześnie warunkiem uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej przez bank jest organizacyjne wyodrębnienie tej działalności od pozostałej działalności banku w sposób określony w wydanym na podstawie art. 111 ust. 10 ustawy o obrocie, rozporządzeniu ministra właściwego do spraw instytucji finansowych, które to rozporządzenie określa szczegółowe zasady wydzielenia organizacyjnego działalności maklerskiej, uwzględniając konieczność zapewnienia zachowania poufności danych w wydzielonej jednostce organizacyjnej przy jednoczesnym zagwarantowaniu bezpiecznego i sprawnego prowadzenia działalności maklerskiej. W skład władz ww. wyodrębnionej jednostki organizacyjnej powinny wchodzić co najmniej dwie osoby mające wykształcenie wyższe, co najmniej trzyletni staż pracy w instytucjach rynku finansowego oraz dobrą opinię w związku ze sprawowanymi funkcjami (art. 111 ust. 6 ustawy o obrocie) – jest to wymóg analogiczny do wymogu odnoszącego się do członków zarządu domu maklerskiego określonych w art. 103 ustawy o obrocie. Należy jednak zwrócić uwagę na ważny wyłom dotyczący wymogu organizacyjnego wydzielenia działalności maklerskiej w ramach banku, wynikający z art. 113 ustawy o obrocie, który to artykuł stanowi, że czynności związane z zawieraniem umów o świadczenie usług przez bank w ramach prowadzonej działalności maklerskiej, mogą być wykonywane poza ww. wyodrębnioną jednostką banku.

Jednocześnie aktualnie obowiązujące przepisy ustawy o obrocie umożliwiają bankowi, który nie posiada ww. zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej wydanego na podstawie art. 111 ustawy o obrocie, wykonywanie czynności określonych w art. 69 ust. 2 pkt 1–6 ustawy

i wypracowywanie optymalnych rozwiązań prawnych w obszarze tego rynku, w szczególności rynku papierów dłużnych (http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/wiadomosci/aktualnosci/ministerstwo-finansow2/-/asset_publisher/M1vU/content/id/6552162).

o obrocie³, jednak pod warunkiem, że przedmiotem tych czynności są papiery wartościowe wyemitowane przez Narodowy Bank Polski lub Skarb Państwa lub inne niedopuszczone do obrotu zorganizowanego⁴ instrumenty finansowe oraz obligacje, o których mowa w art. 39 p ust. 1 ustawy z dnia 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, ze zm.). Bank może również, bez zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej wydanego na podstawie art. 111 ustawy o obrocie, wykonywać czynności określone w art. 69 ust. 2 pkt 7 ustawy o obrocie⁵. Jednocześnie ustawa o obrocie wyraźnie wskazuje, że wykonywanie przez bank czynności określonych w art. 69 ust. 2 pkt 1–7 ustawy o obrocie w odniesieniu do ww. instrumentów finansowych nie stanowi działalności maklerskiej (art. 70 ust. 3 ustawy o obrocie).

Na marginesie trzeba zauważyć, że art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie nie wyłącza możliwości dokonywania przez bank czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 1–6 tej ustawy w odniesieniu do instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu zorganizowanego poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, skoro mowa jest w tym przepisie o instrumentach niedopuszczonych do obrotu zorganizowanego, zaś definicja tego obrotu obejmuje wyłącznie obrót krajowy (art. 3 pkt 9 ustawy o obrocie).

Podkreślenia wymaga, że do banku wykonującego czynności, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie stosuje się przepisy dotyczące wykonywania czynności maklerskich z art. 69 ust. 2 pkt 1–7 ustawy o obrocie, które bank ten może wykonywać oraz przepisy dotyczące rozwiązań technicznych i organizacyjnych, jakie obowiązana jest stosować firma inwestycyjna (art. 83a ustawy o obrocie), przepisy dotyczące outsourcingu (art. 81a ustawy o obrocie), przepisy dotyczące agenta firmy inwestycyjnej (art. 79 ustawy o obrocie), przepisy o obowiązkach informacyjnych wobec Komisji Nadzoru Finansowego (art. 86 ust. 2 ustawy o obrocie), przepisy dotyczące obowiązku archiwizacji (art. 90 ustawy o obrocie) oraz przepisy dotyczące obowiązków sprawozdawczych wobec Komisji Nadzoru Finansowego w zakresie transakcji nabywania lub zbywania na własny lub cudzy rachunek instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym (art. 93a ustawy o obrocie).

Natomiast nie stosuje się do omawianego banku przepisów art. 73 ust. 3–6 ustawy o obrocie (tj. przepisów dotyczących przede wszystkim rachunków pieniężnych) oraz przepisów o systemie rekompensat (art. 132 i nast. ustawy o obrocie), a także przepisów dotyczących obowiązku zatrudniania maklerów papierów wartościowych lub doradców inwestycyjnych (art. 83 ustawy o obrocie). Ponadto, bank taki nie ma obowiązku organizacyjnego wydzielania przedmiotowej działalności.

Wynikające *expressis verbis* z art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie wyłączenie w odniesieniu do banków wymogu uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej na podstawie art. 111 ustawy o obrocie, nie wyłącza jednak obowiązku uzyskania zezwolenia na prowadzenie tej działalności na zasadach określonych w przepisach ustawy Prawo bankowe. Powyższe

³ Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 1–6 ustawy o obrocie działalność maklerska obejmuje wykonywanie czynności polegających na: 1) przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych; 2) wykonywaniu zleceń, o których mowa w pkt 1, na rachunek dającego zlecenie; 3) nabywaniu lub zbywaniu na własny rachunek instrumentów finansowych; 4) zarządzaniu portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych; 5) doradztwie inwestycyjnym; 6) oferowaniu instrumentów finansowych.

⁴ Zgodnie z art. 3 pkt 9 ustawy o obrocie, obrót zorganizowany to obrót instrumentami finansowymi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na rynku regulowanym albo w alternatywnym systemie obrotu.

⁵ Zgodnie z art. 69 ust. 2 pkt 7 ustawy o obrocie działalność maklerska obejmuje również świadczenie usług w wykonaniu zawartych umów o subemisje inwestycyjne i usługowe lub zawieranie i wykonywanie innych umów o podobnym charakterze, jeżeli ich przedmiotem są instrumenty finansowe.

czynności banki mogą bowiem wykonywać po uzyskaniu zezwolenia na utworzenie banku (art. 31 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 3a oraz ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo bankowe) albo po uzyskaniu zezwolenia na zmianę statutu w przypadku już istniejącego banku (art. 34 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo bankowe), który ma zamiar wykonywać czynności określone w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie w odniesieniu do wskazanych w tym przepisie instrumentów finansowych.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że już istniejący bank – w zależności od tego, czy ma zamiar wykonywać czynności określone w art. 69 ustawy o obrocie w odniesieniu do wszystkich instrumentów finansowych, czy tylko w odniesieniu do instrumentów finansowych określonych w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie, powinien odpowiednio wystąpić do Komisji Nadzoru Finansowego o wydanie zezwolenia na podstawie art. 111 ustawy o obrocie albo o wydanie zezwolenia na zmianę statutu banku na podstawie art. 34 ustawy Prawo bankowe. W przypadku tworzenia nowego banku zamiar prowadzenia działalności określonej w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie powinien znaleźć wyraz we wniosku o wydanie zezwolenia na utworzenie banku poprzez złożenie stosownych dokumentów (art. 31 ust. 2 pkt 3a ustawy Prawo bankowe) oraz poprzez wskazanie w statucie zakresu działalności banku z uwzględnieniem art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie (art. 31 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo bankowe).

W związku z powyższym dualizmem regulacji licencyjnych od kilku już lat podnoszony jest argument, że banki nie powinny być objęte określonym w art. 111 ustawy o obrocie obowiązkiem uzyskiwania odrębnego zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej również w odniesieniu do innych niż określone w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie, instrumentów finansowych; tym samym banki powinny być uprawnione do wykonywania działalności maklerskiej w odniesieniu do wszystkich instrumentów finansowych na zasadach obowiązujących obecnie wobec banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie.

Niejako naprzeciw powyższym oczekiwaniom wychodzi omawiany projekt ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw, zakładający wdrożenie do krajowego systemu prawnego tzw. jednolitej licencji bankowej, nad którym obecnie trwają prace w ramach ww. Zespołu Roboczego powołanego przy RRRF.

Jednocześnie w tym miejscu zaznaczyć należy, że celem omawianego projektu nie jest rezygnacja ze stosowania wobec banków prowadzących działalność maklerską wymogów określonych w przepisach ustawy o obrocie. Założenie takie pozostawałoby bowiem w sprzeczności z dyrektywą nr 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21.04.2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniającą dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG (dalej „MiFID”), o czym będzie mowa poniżej.

III. Wymogi wynikające z prawa europejskiego

Na zasadność postulatu umożliwienia bankom uzyskiwania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej w ramach licencji bankowej wzorem regulacji obowiązującej w odniesieniu do czynności określonych w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie, wskazuje motyw 18 zawarty w treści MiFID, który stanowi, że na podstawie MiFID, instytucje nie muszą posiadać odrębnego zezwolenia dla potrzeb świadczenia usług inwestycyjnych lub prowadzenia działalności inwestycyjnej. Dla porządku trzeba zaznaczyć w tym miejscu, że MiFID posługuje się pojęciem „usługi inwestycyjne”

w odniesieniu do katalogu zawartego w załączniku nr 1 do tej dyrektywy, natomiast w przepisach ustawy o obrocie stanowiących transpozycję ww. załącznika nr 1 do MiFID w odniesieniu do analogicznego katalogu mowa jest o „działalności maklerskiej”.

Z przywołanego powyżej motywu 18 do MiFID wynika, że jeżeli instytucja kredytowa podejmuje decyzję o świadczeniu usług inwestycyjnych lub prowadzeniu działalności inwestycyjnej (tj. działalności maklerskiej w rozumieniu przepisów stanowiących transpozycję MiFID), właściwe władze powinny, przed przyznaniem zezwolenia, zweryfikować, czy spełnia ona odnośne przepisy MiFID. Wyrazem powyższych założeń, które przyświecały ustawodawcy europejskiemu przy tworzeniu MiFID jest art. 1 ust. 2 tej dyrektywy, który stanowi, że do instytucji kredytowych, jeżeli świadczą one jedną lub większą liczbę usług inwestycyjnych lub prowadzą działalność inwestycyjną stosuje się: artykuł 2 ust. 2, art. 11, 13 i 14, rozdział II tytułu II, z wyłączeniem art. 23 ust. 2 akapit drugi, rozdział III tytułu II, z wyłączeniem art. 31 ust. 2 do art. 31 ust. 4 i art. 32 ust. 2 do art. 32 ust. 6, art. 32 ust. 8 i art. 32 ust. 9, art. 48–53, 57, 61 i 62, oraz art. 71 ust. 1 MiFID.

Do instytucji kredytowych prowadzących działalność maklerską zastosowanie powinny mieć zatem m.in. przepisy dotyczące: obowiązku udziału w systemie rekompensat (art. 11 MiFID), wymogów organizacyjnych, *compliance*, zapobiegania konfliktom interesów, outsourcingu, kontroli wewnętrznej, oceny ryzyka, systemów przetwarzania informacji, rejestrów usług i transakcji oraz wymogów gwarantujących prawa własności klientów oraz uzgodnień gwarantujących prawa klientów (art. 13 MiFID). Na uwagę zasługuje art. 13 ust. 8 MiFID przewidujący wyjątek w odniesieniu do instytucji kredytowych, który stanowi, że instytucja kredytowa utrzymująca fundusze należące do klientów nie ma obowiązku wprowadzania odpowiednich uzgodnień mających na celu zapobieżenie wykorzystywaniu funduszy klientów na własny rachunek. Wyjątek ten został transponowany do prawa polskiego w art. 73 ust. 5g ustawy o obrocie. Zastosowanie powinny mieć również, obok szeregu przepisów MiFID dotyczących licencjonowania (art. 16–18 MiFID), a także ochrony inwestora (art. 19–22 i 24 MiFID), przepisy art. 23 MiFID dotyczące powoływania przedstawicieli (tj. agentów firmy inwestycyjnej transponowane w art. 79 ustawy o obrocie), nadto przepisy zobowiązujące do utrzymywania integralności rynków, sprawozdawczości dotyczącej transakcji oraz przechowywania zapisów (art. 25 MiFID). Wzajemne uznawanie przez państwa członkowskie zezwoleń w przypadku instytucji kredytowych prowadzących działalność inwestycyjną (tj. w rozumieniu przepisów transponujących MiFID działalność maklerską) ma się przy tym odbywać zgodnie z wymogami stanowiącymi transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26.06.2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE, tzw. CRD IV, zgodnie z adnotacją do załącznika nr 1 tej dyrektywy.

Wymienione powyżej wymogi wynikające z MiFID są kluczowe dla określenia przyszłego „kształtu” omawianej regulacji tzw. jednolitej licencji bankowej, ponieważ wskazują na zakres przepisów transponujących MiFID, które w świetle prawa europejskiego powinny mieć zastosowanie do wszystkich banków prowadzących działalność maklerską niezależnie od trybu licencjonowania⁶.

⁶ Więcej na ten temat M. Michalski, *Ramy prawne działalności inwestycyjnej banków w świetle dyrektywy 2004/39/WE oraz przepisów prawa polskiego*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 24.

IV. Skutki wprowadzenia jednolitej licencji bankowej

Jak wynika z dotychczasowych rozważań, w prawie polskim istnieje dwutorowość regulacji w zakresie wykonywania działalności maklerskiej przez banki w zależności od rodzaju instrumentów finansowych, których działalność ta dotyczy; jest ona bowiem wykonywana na podstawie odrębnego zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej wydanego na mocy art. 111 ustawy o obrocie albo (w zakresie wynikającym z art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie) na mocy zezwolenia na utworzenie banku wydanego na podstawie art. 31 ustawy Prawo bankowe i modyfikowanego na podstawie art. 34 tej ustawy w trybie zezwolenia na zmianę statutu.

Podstawowym założeniem projektu jest usunięcie tej rozbieżności poprzez uchylene przepisów art. 111–114 ustawy o obrocie przewidujących odrębny tryb licencjonowania działalności maklerskiej w odniesieniu do banków i zastosowanie do banków zamierzających prowadzić działalność maklerską procedur licencyjnych określonych w ustawie Prawo bankowe w sposób analogiczny (jednak nie identyczny) do obecnie obowiązujących regulacji w zakresie czynności określonych w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie niezależnie od tego, jakie instrumenty finansowe będą przedmiotem czynności określonych w art. 69 ustawy o obrocie. Wprowadzone mają zostać zatem w odniesieniu do banków jednolite zasady licencjonowania wszystkich czynności maklerskich bez rozróżnienia na te odnoszące się do instrumentów określonych w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie oraz na wszystkie pozostałe.

Rezultatem powyższych zmian będzie również uchylene art. 70 ust. 2–5 ustawy o obrocie. Jednocześnie jednak w odniesieniu do wykonywania czynności określonych w art. 69 ust. 2 pkt 1–2, 4–6 ustawy o obrocie, których przedmiotem są wyłącznie papiery wartościowe emitowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski lub inne instrumenty finansowe niedopuszczone do obrotu na rynku regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu oraz obligacje, o których mowa w art. 39p ust. 1 ustawy z dnia 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2012 r., poz. 931, ze zm.), wyłączony ma zostać obowiązek zatrudniania doradców inwestycyjnych lub maklerów papierów wartościowych. Warto w tym miejscu zauważyć, że obowiązek ten ma zostać wyłączony nie tylko w odniesieniu do banków wykonujących ww. czynności, ale również w odniesieniu do domów maklerskich oraz towarzystw funduszy inwestycyjnych w zakresie ww. czynności. Ponadto trzeba podkreślić, że regulacja ta uwzględnia również instrumenty finansowe niedopuszczone do obrotu zorganizowanego na terytorium innego państwa członkowskiego, dotychczas pominięte w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie, który to artykuł mówi wyłącznie o innych instrumentach finansowych niedopuszczonych do obrotu zorganizowanego. Pojęcie „obrotu zorganizowanego” zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 9 ustawy o obrocie, obejmuje wyłącznie obrót papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi, dokonywany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Przepisy umożliwiające bankowi prowadzenie działalności maklerskiej na podstawie licencji bankowej zostaną zamieszczone w art. 6 ustawy Prawo bankowe. W ustępie pierwszym tego artykułu po punkcie 7 ma zostać dodany punkt 7a stanowiący, że bank może prowadzić działalność maklerską na zasadach określonych w przepisach ustawy o obrocie. Jednoznacznie należy wskazać w tym miejscu, że ustawa Prawo bankowe nie będzie zawierała żadnych odrębnych regulacji dotyczących zasad prowadzenia przez banki działalności maklerskiej; działalność taka

będzie wykonywana w każdym wypadku na zasadach określonych w przepisach ustawy o obrocie stanowiących transpozycję omówionych powyżej przepisów MiFID, czego wyrazem jest chociażby wskazanie w projektowanym art. 6e ustawy Prawo bankowe, że przepisów tej ustawy dotyczących powierzania czynności przedsiębiorcy nie stosuje się do powierzania przez bank czynności związanych z prowadzoną przez ten bank działalnością maklerską. Powierzanie przez bank czynności związanych z prowadzoną przez ten bank działalnością maklerską następuje na zasadach określonych w przepisach ustawy o obrocie. Również z uwagi na wymogi MiFID w odróżnieniu od wykonywanych obecnie na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie czynności, działalność maklerska banku zawsze będzie wiązała się z obowiązkowym uczestnictwem banku w systemie rekompensat (niezależnie od rodzaju instrumentów finansowych będących przedmiotem danej czynności), a zmianie ulegnie przede wszystkim procedura związana z licencjonowaniem tej działalności, czego wyrazem są zmiany wprowadzone w art. 31 ustawy Prawo bankowe oraz w art. 43 tej ustawy.

Modyfikacja art. 31 ust 1 ustawy Prawo bankowe ma polegać na zmianie treści pkt 2 tego przepisu, który będzie stanowił, że wniosek o wydanie zezwolenia na utworzenie banku ma zawierać również, obok określenia czynności bankowych, określenie czynności stanowiących działalność maklerską albo powierniczą (o zmianach w zakresie licencjonowania działalności powierniczej będzie mowa poniżej). Również stosownie do zmiany zaproponowanej w art. 31 ust. 3 pkt 3 ustawy Prawo bankowe, projekt statutu banku będzie musiał określać m.in. zakres działalności banku z uwzględnieniem czynności stanowiących działalność maklerską albo działalność powierniczą, w miejsce obecnego brzmienia tego przepisu, który mówi wyłącznie o obowiązku wskazania czynności określonych w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie.

Ponadto art. 31 ust. 1 pkt 3a ustawy Prawo bankowe ma być uchylony, a wymogi w nim określone mają zostać przeniesione do art. 36 ust. 2a tej ustawy. Powyższa zmiana jest dostosowana do obowiązującego na gruncie prawa bankowego dwustopniowego systemu licencjonowania banków, w myśl którego stosowne procedury i regulaminy wykonywania czynności tak bankowych, jak maklerskich (wykonywanych przez banki) są weryfikowane w toku wydawania zezwolenia na rozpoczęcie działalności, zatem obowiązek przedstawiania tych dokumentów w odniesieniu do czynności maklerskich na etapie wydawania zezwolenia na utworzenie banku, nie wydaje się potrzebny.

Analogiczne przepisy będą miały zastosowanie w przypadku wydawania zezwolenia na zmianę statutu banku celem rozpoczęcia przez istniejący już bank wykonywania działalności maklerskiej albo powierniczej (zmiana w art. 34 ust. 3 ustawy Prawo bankowe) oraz w przypadku odmowy wydania zezwolenia na utworzenie banku albo zmianę statutu (zmiana w art. 37 ust. 2 ustawy Prawo bankowe).

Nadto w projektowanym art. 6 ust. 5 ustawy Prawo bankowe ma być wskazane, że bank, który nie prowadzi działalności maklerskiej, może prowadzić rachunki papierów wartościowych i rachunki zbiorcze (bank powierniczy). W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę na zmiany dotyczące trybu licencjonowania działalności powierniczej banku, ponieważ zgodnie z projektem uchylone mają zostać znajdujące się w ustawie o obrocie przepisy dotyczące banków powierniczych, tj. art. 119–123 przywołanej ustawy. Działalność powiernicza stanowi bowiem niejako wycinek działalności maklerskiej, więc konsekwentnie powinna również być objęta jednolitą licencją

bankową. Powyższe stwierdzenie prowadzi do wniosku, że również działalność powiernicza – obok działalności maklerskiej – będzie wykonywana przez bank na podstawie licencji bankowej (co znalazło wyraz w proponowanych zmianach do art. 31 ust. 1 pkt 2, do art. 31 ust. 3 pkt 2, do art. 34 ust. 3, do art. 36 ust 2b oraz do art. 37 ustawy Prawo bankowe) przy zachowaniu wskazanych w ustawie o obrocie wymogów, takich jak obowiązki informacyjne określone w art. 86 ust. 2 ustawy o obrocie czy uczestnictwo w Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych S.A., a także w systemie rekompensat oraz wymogów wynikających z rozporządzeń wykonawczych do ustawy o obrocie wydanych na podstawie art. 94 tej ustawy.

Na marginesie jedynie przedmiotowych rozważań trzeba zwrócić uwagę, że projekt nie przewiduje możliwości łącznego wykonywania działalności maklerskiej i działalności powierniczej, ponieważ zgodnie z definicją działalność powiernicza (tj. rachunki papierów wartościowych i rachunki zbiorcze) może prowadzić bank, który nie prowadzi działalności maklerskiej.

Na uwagę zasługuje również projektowany ust. 4 artykułu 6 ustawy Prawo bankowe, zgodnie z którym bank, który nie prowadzi działalności maklerskiej, będzie mógł prowadzić działalność w zakresie nabywania lub zbywania na własny rachunek instrumentów finansowych niedopuszczonych do obrotu zorganizowanego lub obrotu zorganizowanego na terytorium innego państwa członkowskiego, w celu zabezpieczenia ryzyka płynności banku, ryzyka kursów walutowych lub ryzyka stóp procentowych, jeżeli taka działalność jest zgodna z przyjętą w banku strategią zabezpieczania tych ryzyk. Zatem bank, który nie prowadzi działalności maklerskiej, będzie mógł, podobnie jak ma to miejsce na gruncie obecnie obowiązujących regulacji (choć nie zostało to *expressis verbis* wyrażone w ustawie) zawierać transakcje na rynku międzybankowym i działalność taka nie będzie uważana za inwestycyjną, ponieważ tzw. zarządzanie płynnością banku nie stanowi przedmiotu działalności banku, o którym mowa w art. 5 ust. 1 i 2 oraz w art. 6 ust. 1 ustawy Prawo bankowe.

Dyskusyjna jest zaproponowana w projekcie rezygnacja ze stosowania wobec banków prowadzących działalność maklerską przepisów o rachunkach pieniężnych. Wobec licznych kontrowersji, które wzbudza ten przepis, nie jest możliwe wskazanie, jaka będzie ostatecznie przyjęta koncepcja uregulowania tego zagadnienia.

Podobnie kontrowersyjna okazała się propozycja wykreślenia art. 121 ustawy o obrocie, który umożliwi klientowi banku powierniczego w umowie, której przedmiotem jest prowadzenie rachunku papierów wartościowych, zastrzeżenie, że rozliczenie na rachunku klienta transakcji zawartej na podstawie zlecenia klienta nastąpi po dostarczeniu bankowi przez klienta potwierdzenia tej transakcji. Warto zauważyć, że mimo że przepis ten jest zamieszczony w oddziale nr 1 Rozdziału nr 2 działu IV ustawy o obrocie dotyczącym banków powierniczych, to jego przepisy stosuje się odpowiednio do klienta firmy inwestycyjnej prowadzącej na jego rzecz rachunek papierów wartościowych oraz do firmy inwestycyjnej. Nie odnosząc się szerzej do tej kwestii, należy jedynie wskazać, że wykreślenie tego przepisu nie może być i nie jest konsekwencją przeniesienia regulacji dotyczącej licencjonowania banków powierniczych do ustawy Prawo bankowe.

Na uwagę zasługują również propozycje zmiany art. 83 ustawy o obrocie, w szczególności fakt, że obowiązek zatrudniania określonej liczby maklerów papierów wartościowych lub doradców inwestycyjnych ma być zastąpiony obowiązkiem wykonywania określonych w tym przepisie czynności (takich jak przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów

finansowych, wykonywanie ww. zleceń na rachunek własny, zarządzanie portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, doradztwo inwestycyjne oraz sporządzanie analiz inwestycyjnych, analiza finansowych oraz innych rekomendacji o charakterze ogólnym dotyczących transakcji w zakresie instrumentów finansowych) wyłącznie przez posiadające takie kwalifikacje osoby.

Konsekwencją zastosowania do banków prowadzących działalność maklerską zasad licencjonowania określonych w ustawie Prawo bankowe, jest również zamieszczenie w tej ustawie (poprzez dodanie po art. 138b, artykułów 138c i 138d) stosownych przepisów sankcyjnych, analogicznych do tych, które znajdują się obecnie w art. 167 i 168 ustawy o obrocie.

V. Obowiązek wydzielenia działalności inwestycyjnej

Zagadnieniem, które w kontekście przedmiotowego projektu wymaga odrębnego omówienia, jest wprowadzenie obowiązku wydzielenia działalności inwestycyjnej przez bank prowadzący działalność maklerską albo przez bank prowadzący wyłącznie działalność inwestycyjną (na zasadzie wyjątku przewidzianego w art. 70 ust. 1 pkt 4 ustawy o obrocie), w przypadku, gdy działalność ta przekroczy określony w projektowanych przepisach próg. Zmiana ta, polegająca na dodaniu po art. 37 ustawy Prawo bankowe, artykułów 37a–37c, zawierających stosowne regulacje, nie jest bezpośrednio związana z wprowadzeniem jednolitej licencji bankowej, jednak jest uzasadniona, z uwagi na fakt, że działalność maklerska obejmuje prowadzenie działalności inwestycyjnej (art. 69 ust. 2 pkt 3 ustawy o obrocie). Na uwagę w tym kontekście zasługuje treść punktu 2 Komunikatu z 203. posiedzenia Komisji Nadzoru Finansowego w dniu 7 stycznia 2014 r.⁷

W myśl projektu działalność inwestycyjna na rachunek własny ma być obliczana na podstawie aktywów i zobowiązań finansowych powstałych w wyniku czynności określonych w art. 69 ust. 2 pkt 3 ustawy o obrocie (nabywanie lub zbywanie na własny rachunek instrumentów finansowych), w szczególności zakwalifikowanych jako przeznaczone do obrotu, dostępne do sprzedaży, wyceniane do wartości godziwej przez wynik finansowy zgodnie z obowiązującymi zasadami rachunkowości z uwzględnieniem zasad określonych w dalszej części projektowanego przepisu. Działalność ta nie będzie mogła przekroczyć 5% sumy aktywów bilansowych ogółem na koniec miesiąca poprzedzającego datę dokonywania obliczeń, a także 10% udziału w całkowitych wymogach w zakresie funduszy własnych banku na koniec miesiąca poprzedzającego dzień dokonywania obliczeń, wymogów w zakresie funduszy własnych z tytułu pozycji uwzględnionych w obliczeniach skali działalności inwestycyjnej na rachunek własny, w szczególności z tytułu ryzyka pozycji, ryzyka walutowego, ryzyka cen towarów, ryzyka kredytowego i ryzyka kredytowego kontrahenta. Bank będzie obowiązany do powiadamiania Komisji Nadzoru Finansowego o przypadkach przekroczenia któregokolwiek z ww. limitów. Natomiast w przypadku utrzymywania się przekroczenia jednego z tych limitów w okresie dłuższym niż pięć dni roboczych Komisja Nadzoru Finansowego będzie mogła nałożyć karę pieniężną na członka zarządu nadzorującego przestrzeganie ww. limitów oraz nakazać bankowi zbycie aktywów i przeniesienie zobowiązań banku wynikających z działalności inwestycyjnej na rachunek własny do podmiotu zależnego w terminie i na warunkach określonych w decyzji. Komisja Nadzoru Finansowego będzie mogła nakazać bankowi przeniesienie działalności inwestycyjnej na rachunek własny do podmiotu zależnego również przy braku przekroczenia

⁷ http://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty/203_posiedzenia_KNF.html.

ww. limitów, jeżeli w ocenie Komisji Nadzoru Finansowego działalność ta stanowi zagrożenie dla stabilności finansowej banku lub systemu bankowego⁸.

VI. Wnioski końcowe

Podsumowując, należy stwierdzić, że następstwem wejścia w życie omawianego projektu będą znaczące zmiany w zakresie licencjonowania działalności maklerskiej w przypadku, gdy podmiotem prowadzącym tę działalność będzie bank oraz w zakresie licencjonowania działalności powierniczej. W rezultacie tych zmian, wobec planowanego uchylecia art. 111–114 oraz art. 119–123 ustawy o obrocie, proces licencyjny ma zostać przesunięty do ustawy Prawo bankowe i w konsekwencji skumulowany w jednym postępowaniu w przedmiocie wniosku o wydanie zezwolenia na utworzenie banku albo w postępowaniu o wydanie zezwolenia na zmianę statutu dla banku już istniejącego, tak jak ma to miejsce obecnie w przypadku czynności bankowych i działalności bankowych określonych w art. 5 i 6 ustawy Prawo bankowe.

Skutkiem planowanych zmian ma być równoległe uchylecie art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie i tym samym likwidacja różnic w zakresie sposobu licencjonowania i wykonywania przez bank czynności określonych w art. 69 ustawy o obrocie, w zależności od tego, jakie instrumenty finansowe są ich przedmiotem. Jednocześnie wykonywanie czynności określonych w art. 69 ust. 2 pkt 1–7 ustawy o obrocie w odniesieniu do instrumentów finansowych wskazanych w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie będzie stanowiło działalność maklerską.

Ważną zmianą dotyczącą sposobu i warunków wykonywania działalności maklerskiej przez bank jest propozycja zastąpienia obowiązku zatrudniania maklerów papierów wartościowych i doradców inwestycyjnych obowiązkiem wykonywania określonych w projekcie czynności wyłącznie przez te osoby (zmiana ta ma również dotyczyć innych niż bank prowadzący działalność maklerską, firm inwestycyjnych oraz towarzystw funduszy inwestycyjnych). Pozostałe zmiany są nieznaczne i dotyczą głównie realizacji obowiązków informacyjnych, obowiązku prowadzenia rachunków pieniężnych, uprawnienia do powierzenia wykonywania czynności oraz uczestnictwa w systemie rekompensat.

Wskazać na koniec należy, że szczegółowy zakres wymogów organizacyjnych oraz warunków zachowania poufności danych w banku prowadzącym działalność maklerską albo powierniczą nie jest jeszcze ostatecznie doprecyzowany wobec trwających prac nad projektem rozporządzenia w sprawie określenia szczegółowych warunków technicznych i organizacyjnych dla firm inwestycyjnych i banków powierniczych.

Podsumowując powyższe rozważania należy wskazać, że omawiany projekt już na wczesnym etapie konsultacji spotkał się z dużym zainteresowaniem instytucji kredytowych, firm inwestycyjnych i innych podmiotów rynku finansowego. Poparcie dla inicjatywy w zakresie zmiany ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i niektórych innych ustaw wyraziły Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. oraz Związek Banków Polskich⁹, który zwrócił uwagę, że celem wprowadzanych zmian jest umożliwienie polskim bankom bezpośredniego dostępu do rynku kapitałowego, a więc wykonywania przez nie działalności inwestycyjnej i maklerskiej. Jest to

⁸ Więcej na temat działalności inwestycyjnej i maklerskiej banków K. Borowski, *Bankowość inwestycyjna*, [w:] M. Zalewska (red.), *Współczesna Bankowość*, Difin, Warszawa 2007, s. 128 oraz P. Zapadka, *Usługi bankowości inwestycyjnej*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 6–9.

⁹ <http://zbp.pl/wydarzenia/archiwum/komentarze/2014/wrzesien/banki-jako-uczestnik-ryнку-gieldowym>.

inicjatywa, na którą środowisko bankowe oczekiwało już przez bez mała 10 lat, jako że na polskim rynku ciągle jeszcze utrzymuje się sztuczny i dysfunkcyjny podział na licencje bankowe i maklerskie. Związek Banków Polskich wskazał, że stosowane w polskich warunkach rozwiązanie tworzenia biur maklerskich trudno uznać za właściwe, ponieważ ze względu na odmienne przepisy regulujące tę działalność, nie są one w rzeczywistości funkcjonalną częścią organizacji bankowej; różnice dotyczą, np. zasad tajemnicy bankowej i zawodowej czy outsourcingu bankowego i inwestycyjnego. Ponadto, zdaniem Związku Banków Polskich nowa grupa dużych instytucjonalnych inwestorów finansowych na rynku kapitałowym, takich jak polskie banki, mogłaby także stać się kolejnym impulsem wzrostowym.

Natomiast Izba Domów Maklerskich wskazała, że proponowane zmiany mogą doprowadzić do marginalizacji usług maklerskich i firm inwestycyjnych aranżujących pozyskiwanie kapitału dla krajowych przedsiębiorców kosztem sektora bankowego¹⁰. Zgodnie ze stanowiskiem Izby Domów Maklerskich w toku prac nad projektem w pierwszej kolejności należy brać pod uwagę ochronę interesów klienta oraz tzw. *best effort*, aby nie okazało się, że wraz z ograniczeniami kosztów klient, z biegiem czasu, dostanie usługę niższej jakości i obciążoną wyższym ryzykiem, podporządkowaną całościowej strategii banku i wymaganiom innych oferowanych produktów. Brak jakichkolwiek barier w dostępie do informacji oraz oferowanie produktów inwestycyjnych na równi z lokatami i kredytami (w okienku bankowym), zdaniem Izby Domów Maklerskich, rodzi takie ryzyko. Także właściwa ocena wiedzy i doświadczenia oraz apetytu na ryzyko klienta w organizacji tak dużej jak bank może być bardziej utrudniona. Te wszystkie czynniki mogą prowadzić do marginalizacji usługi, a nawet znacznego wyeliminowania inwestorów indywidualnych z rynku. Izba Domów Maklerskich zwróciła uwagę, że wprowadzenie przepisu, zgodnie z którym bank prowadzący działalność maklerską nie będzie prowadził dla klienta rachunku pieniężnego na zasadach określonych w ustawie o obrocie wyłączy te środki z ochrony przewidzianej w tej ustawie. Nadto, Izba Domów Maklerskich wskazała na brak uzasadnienia dla proponowanej zmiany zapisów art. 83 ustawy o obrocie wprowadzającej wymóg wykonywania czynności maklerskich wyłącznie przez zatrudnionych maklerów papierów wartościowych lub doradców inwestycyjnych.

¹⁰ <http://www.idm.com.pl/index.php/pl/informacje-o-izbie-2/centrum-prasowe/stanowiska-idm/230-stanowisko-idm-dot-jednolitej-licencji-bankowej>.