KOMISJA NADZORU FINANSOWEGO

Przewodniczący
Andrzej Jakubiak

Warszawa, 23 kwietnia 2015 r.

DRK/WRM/485/32/1 /MK/25 /2015

Szanowna Pani/Pan

Prezes Zarządu
Domu Maklerskiego

Dyrektor
Biura Maklerskiego

W nawiązaniu do dostrzeżonych, w wyniku czynności nadzorczych, praktyk związanych z przechowywaniem środków pieniężnych klientów przez firmy inwestycyjne, jak również mając na względzie istotność tego zagadnienia dla prawidłowego funkcjonowania rynku kapitałowego, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego przedstawia poniższe stanowisko.

Wstęp

Katalog usług maklerskich świadczonych przez firmy inwestycyjne jest zbiorem różnorodnych rodzajów działalności, które w sposób bezpośredni bądź pośredni umożliwiają inwestorom obecność i aktywność na rynku kapitałowym. Wśród nich przewidziano usługę prowadzenia rachunków pieniężnych, która ma niejako charakter służebny, tzn. umożliwia wykorzystanie posiadanych środków pieniężnych i realizację powziętych decyzji inwestycyjnych przez inwestora. Wspomagający charakter czynności polegających na prowadzeniu wspomnianych rachunków pieniężnych na mocy art. 69 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2014 r. poz. 94, z późn.

Pl. Powstańców Warszawy 1, skr. poczt. nr 419, 00-950 Warszawa 1, tel. +48 22 262 41 11, faks +48 22 262 51 95, www.knf.gov.pl

zm.) zwanej dalej „ustawą o obrocie", nie oznacza jednakże nadania przedmiotowym czynnościom mniejszego znaczenia wobec innych rodzajów działalności. Przeciwnie, prawidłowe ewidencjonowanie i administrowanie środkami pieniężnymi, które zostały powierzone firmie inwestycyjnej przez jej klientów, jawi się jako jeden z fundamentów budowania zaufania do rynku kapitałowego – elementu, bez którego rynek ten nie będzie mógł poprawnie funkcjonować.

Mając powyższe na względzie, prawodawca europejski, a w ślad za nim prawodawca krajowy, stworzył zbiór norm, mający na celu zagwarantowanie, że powierzone firmie inwestycyjnej środki pieniężne klientów są bezpiecznie deponowane, należycie ewidencjonowane (zgodnie z działaniami inwestycyjnymi klienta) i chronione przed wykorzystaniem przez firmę inwestycyjną lub osoby trzecie, z którymi nie łączą klienta żadne relacje kontraktowe (np. wierzycieli firmy inwestycyjnej).

Obserwując w ostatnim okresie praktyki postępowania firm inwestycyjnych i konsekwencje, jakie przynoszą lub mogą przynosić określone zachowania dla sfery majątkowej klientów, Urząd zdecydował się na przypomnienie naczelnych zasad związanych z przechowywaniem i rejestrowaniem stanu powierzonych środków pieniężnych przez klientów firmy inwestycyjnych oraz wskazanie, jakie działania pozwalają na realizację obowiązków wynikających z przepisów prawa.

Kwestie analizowane w niniejszym piśmie należy ująć w czterech zagadnieniach tematycznych.

I. Przechowywanie środków pieniężnych – odrębność środków pieniężnych klientów firmy inwestycyjnej od środków pieniężnych tej firmy.

Jednym z istotnych elementów systemu ochrony aktywów klientów firmy inwestycyjnej jest zagwarantowanie ich nienaruszalności wskutek działań podejmowanych przez osoby trzecie w stosunku do samej firmy inwestycyjnej. Oczywistym i niespornym jest bowiem, że klienci powierzający swoje aktywa, w tym środki pieniężne, nie powinni ponosić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji w związku z zaniechaniem firmy inwestycyjnej lub czynnościami podejmowanymi przez tę firmę w obrocie gospodarczym, w szczególności będących rezultatem realizowania roszczeń wobec firmy inwestycyjnej.

W celu realizacji niniejszego zamysłu, do ustawy o obrocie wprowadzone zostały regulacje, które wskazują na odrębny status środków pieniężnych klientów firmy inwestycyjnej oraz chronią te środki w przypadku przymusowej realizacji wierzytelności osób trzecich lub ogłoszenia upadłości przez firmę inwestycyjną w związku z jej sytuacją finansową.

Zgodnie z art. 73 ust. 5b ustawy o obrocie: „*W razie wszczęcia postępowania egzekucyjnego przeciwko firmie inwestycyjnej środki pieniężne powierzone przez klientów firmie inwestycyjnej w związku ze świadczeniem przez nią usług maklerskich nie podlegają zajęciu*". Natomiast, w myśl art. 73 ust. 5c ustawy o obrocie: „*W razie ogłoszenia upadłości firmy inwestycyjnej środki pieniężne powierzone przez klientów firmie inwestycyjnej w związku ze świadczeniem przez nią usług maklerskich podlegają wyłączeniu z masy upadłości firmy inwestycyjnej.* ".

Cytowane regulacje mają na celu stworzenie pożądanego poziomu ochrony środków pieniężnych klientów, jednakże nie są wprost adresowane do firm inwestycyjnych. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 13 ust. 8 dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz. Urz. UE L 145 z 30.04.2004, str. 1, z późn. zm. ; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 263, z późn. zm.) – zwanej dalej „dyrektywą MiFID", rolą firm inwestycyjnych jest przedsięwzięcie takich działań, aby w praktyce urzeczywistniały one cel zagwarantowania praw klientów do tych środków. Środkiem do realizacji dyspozycji powołanych regulacji staje się wykonywanie szczegółowych norm prawnych zawartych w aktach wykonawczych do ustawy o obrocie, w tym zwłaszcza rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1078, z późn. zm.) – zwanego dalej „Rozporządzeniem".

W świetle powyższego, Urząd uznaje, że zagwarantowanie odrębnego statusu środków pieniężnych klientów uzależnione jest w pierwszej kolejności od poinformowania o statusie środków podmiotu przechowującego te środki. Postulat ten nabiera szczególnego znaczenia w

krajowych realiach, gdy tego rodzaju aktywa przechowywane są na rachunkach bankowych, których formalnym posiadaczem jest firma inwestycyjna. UKNF uznaje, że wiedza banku, iż prowadzony rachunek w rzeczywistości służy do przechowywania środków pieniężnych klientów, nie zaś firmy inwestycyjnej, może powstrzymywać przed zajęciem środków w postępowaniu egzekucyjnym lub ich zakwalifikowaniem do masy upadłości firmy inwestycyjnej. Świadomość odrębności środków oddziaływać będzie nie tylko na zachowania przechowującego (np. banku prowadzącego rachunek bankowy na rzecz firmy inwestycyjnej), ale również organów egzekucyjnych lub osób wykonujących czynności postępowania upadłościowego. W opinii Urzędu nie jest jednak wystarczające wyłącznie przekazanie informacji, lecz zasadne jest zawarcie odpowiednich klauzul kontraktowych w umowie o prowadzenie rachunku. Okoliczność ta będzie przesłanką posiadania tej wiedzy przez wszystkie jednostki organizacyjne przechowującego środki, jak również może stanowić podstawę do ewentualnych roszczeń odszkodowawczych w przypadku niedołożenia należytej staranności w działaniu przez przechowującego.

II. Deponowanie środków pieniężnych powierzonych przez klientów w sposób odrębny od środków pieniężnych firmy inwestycyjnej.

Urząd przypomina, że jednym z najważniejszych nakazów związanych ze sposobem przechowywania środków pieniężnych powierzonych przez klientów jest przechowywanie tych aktywów odrębnie od własnych środków pieniężnych firmy inwestycyjnej.

Należy podkreślić, że realizowanie obowiązku oddzielnego przechowywania tych kategorii aktywów ma nie tylko znaczenie dla prowadzenia prawidłowej ewidencji stanu środków pieniężnych powierzonych przez klientów. Stanowi to również element działań zmierzających do ochrony tych środków przed czynnościami egzekucyjnymi bądź będących skutkiem ogłoszenia upadłości. Stąd też nieprzestrzeganie tego nakazu skutkuje nie tylko naruszeniem przepisu § 27 ust. 1 pkt 5 oraz § 32 ust. 1 Rozporządzenia (z możliwymi konsekwencjami w postaci zastosowania odpowiednich sankcji administracyjnych), ale może przynieść również reperkusje w stosunku do środków powierzonych przez klientów. Wiedza przechowującego, sądu lub innych organów postępowania egzekucyjnego, że na oznaczonym rachunku bankowym zdeponowane są w sposób niewyodrębniony środki pieniężne powierzone przez klientów i środki własne firmy inwestycyjnej może stanowić przyczynę

podejmowania przez te instytucje działań skierowanych do takiego rachunku bądź istotnie obniżyć skuteczność środków przeciwegzekucyjnych.

Fakt łącznego przechowywania obu rodzajów środków pieniężnych może również utrudniać ustalenie wysokości środków pieniężnych powierzonych przez jej klientów.

III. Wybór deponenta środków pieniężnych powierzonych przez klientów

Na mocy § 32 ust. 2 Rozporządzenia umożliwiono firmie inwestycyjnej deponowanie środków pieniężnych powierzonych przez klientów w pięciu kategoriach podmiotów, w tym banku centralnym oraz czterech kategoriach profesjonalnych i licencjonowanych uczestników rynku finansowego (w tym banku bądź zagranicznej instytucji kredytowej).

W kwestii dokonywania wyboru przez firmę inwestycyjną jednego z podmiotów profesjonalnych i licencjonowanych, Urząd pragnie zwrócić uwagę, że fakt legitymowania się przez deponenta odpowiednim zezwoleniem nie może być jedynym czynnikiem przesądzającym o jego wyborze (w przypadku uznanego funduszu rynku pieniężnego w grę wchodzi także wypełnienie wymogów, o których mowa w § 32 ust. 4 i 7 Rozporządzenia).

Fakt posiadania statusu jednego z podmiotów wyróżnionych w § 32 ust. 2 pkt 2–5 Rozporządzenia stanowić może, w świetle § 32 ust. 5 Rozporządzenia jedynie podstawę do dalszej selekcji według kryteriów przewidzianych w ust. 5.

Zgodnie z § 32 ust. 5 Rozporządzenia, firma inwestycyjna dokonując wyboru deponenta środków pieniężnych powinna kierować się należytą starannością i brać pod uwagę wszelkie istotne okoliczności. Uwagę zwraca fakt, że normodawca nie określił wszystkich czynników wpływających na trafny wybór, a jedynie wymienił zbiór istotnych przesłanek takich jak: stopień ochrony praw przysługujących klientowi, poziom specjalistycznej wiedzy instytucji przyjmującej środki, opinię jaką cieszy się podmiot na rynku oraz system prawny i praktyki związane z przechowywaniem środków pieniężnych, które mogłyby mieć wpływ na należyte zabezpieczenie praw klientów do tych środków. W świetle powyższych kryteriów zasadne jest uwzględnienie również ocen wiarygodności kredytowej nadanych potencjalnemu deponentowi przez uznane agencje ratingowe, co nabiera szczególnego znaczenia przy ocenie podmiotów działających w państwach spoza UE, jeżeli zachodzi potrzeba przechowywania środków pieniężnych klientów w takim państwie.

W ocenie Urzędu, proces wyboru odpowiedniej instytucji przechowującej środki pieniężne powierzone przez klientów powinien być usystematyzowany, uporządkowany i

należycie udokumentowany, aby firma inwestycyjna mogła wykazać, że uczyniła zadość wymogom wskazanym w § 32 ust. 5 Rozporządzenia, jak również mając na względzie treść § 9 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków technicznych i organizacyjnych dla firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, i banków powierniczych oraz warunków szacowania przez dom maklerski kapitału wewnętrznego (Dz. U. z 2012 r. poz. 1072) – zwanego dalej „Rozporządzeniem o warunkach". Zasadne jest również, w celu optymalizacji i obiektywizacji wyboru, przyporządkowanie wag poszczególnym czynnikom przyjętym do analizy.

Pożądanym jest, aby w procesie ustalania, branych przez firmę inwestycyjną pod uwagę, kryteriów wyboru i ich wartościowania uczestniczył inspektor nadzoru, tak by możliwa była ich ocena *ex ante*, pod kątem zgodności z przepisami regulującymi świadczenie usług maklerskich (m.in. § 14 ust. 2 i ust. 5 pkt 2 Rozporządzenia o warunkach).

Na kanwie obserwacji poczynionych w toku sprawowanego nadzoru, UKNF pragnie także przypomnieć, że dokonany wybór podmiotu, u którego zdeponowane będą środki pieniężne powierzone przez klientów nie ma charakteru stałego. Zmieniające się uwarunkowania faktyczne i prawne mogą bowiem mieć wpływ na słuszność podjętej wcześniej decyzji. Z tych względów niezmiernie ważne jest dokonywanie przez firmę inwestycyjną cyklicznej oceny sposobu świadczenia usługi przez podmiot, w którym zdeponowane zostały środki pieniężne powierzone przez klientów tej firmy (w razie konieczności, jako naturalna konsekwencja ewentualnej negatywnej oceny, wybór innego podmiotu). Normodawca dostrzegł również istotność aktualizowania oceny poprawności wyboru przechowującego, formułując taki obowiązek w § 32 ust. 6 Rozporządzenia.

IV. Ewidencjonowanie zdeponowanych środków pieniężnych powierzanych przez klientów

Jak wspomniano we wstępie niniejszego pisma, ochrona aktywów, w tym środków pieniężnych powierzanych przez klientów firmie inwestycyjnej, ma zasadnicze znaczenie w tworzeniu silnego rynku kapitałowego, opartego na zaufaniu inwestorów do jego profesjonalnych uczestników (instytucji finansowych). Ochrona aktywów pieniężnych wiąże się nie tylko z obowiązkiem ich zdeponowania w należycie wybranej instytucji finansowej, ale również z prowadzeniem poprawnej ewidencji analitycznej stanu tych środków.

Prawidłowe wykonywanie czynności ewidencyjnych wpływa na szereg aspektów, m.in. jakość usługi maklerskiej, o której mowa w art. 69 ust. 4 pkt 1 ustawy o obrocie, kwestię przestrzegania zakazów wykorzystywania środków powierzanych przez klientów na rachunek własny lub innego podmiotu, możliwość ustalania wysokości roszczeń związanych z niewypłacalnością deponenta czy też sprawność ewentualnej wypłaty rekompensat.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Urząd zwraca w tym zakresie uwagę w szczególności na § 27 ust. 1 i 2 Rozporządzenia. Przepisy te obligują firmę inwestycyjną do podejmowania działań weryfikacyjnych i ewidencyjnych. Zdaniem UKNF działania te powinny być wykonywane w sposób ciągły, rzetelny i niezwłoczny, tak aby odzwierciedlone były skutki każdego zdarzenia związanego z działalnością inwestycyjną klienta.

W związku z przywołanymi powyżej obowiązkami, w świetle doświadczeń nadzorczych, UKNF pragnie zwrócić uwagę na praktykę, w której firma inwestycyjna deponuje środki pieniężne w wielu instytucjach, lecz nie jest w stanie wykazać, w jakiej wysokości środki powierzone przez każdego klienta zostały zdeponowane na różnych rachunkach bankowych w danej instytucji lub instytucjach finansowych.

W ocenie UKNF taka sytuacja narusza dyspozycję § 27 ust. 1–3 Rozporządzenia i niesie za sobą szereg ryzyk. Brak dokładnej ewidencji może uniemożliwić, w przypadku zajęcia rachunku, którego posiadaczem jest firma inwestycyjna, przeprowadzenie skutecznego dowodu w postępowaniu przeciw egzekucyjnym, wykazującego, że dany rachunek służy wyłącznie przechowywaniu środków pieniężnych powierzonych przez klientów. Nie jest również możliwe ustalenie stanu posiadania środków pieniężnych powierzonych przez każdego z klientów w przypadku niewypłacalności deponenta. W takim przypadku może także dochodzić do nieuprawnionego przenoszenia ryzyka świadczenia usługi dla jednej grupy klientów na pozostałych inwestorów. Taki stan zaistnieje zwłaszcza wówczas, jeżeli rachunek prowadzony jest w związku z koniecznością obsługi jedynie określonych rodzajów transakcji zawieranych na rzecz grupy klientów (np. transakcji zagranicznych). Brak ewidencjonowania może rodzić niebezpieczeństwo wykorzystania środków pieniężnych powierzonych przez jednych klientów do sfinansowania kosztów bieżącej obsługi transakcji zawieranych przez innych klientów (np. wykorzystania puli środków do niezwłocznego uzupełnienia depozytu zabezpieczającego).

Nieprowadzenie przejrzystego i rzetelnego sposobu ewidencji może doprowadzać również do nienależytego wykonania obowiązku, o którym mowa w § 27 ust. 2 lub § 32 ust. 4

Rozporządzenia – nie będzie bowiem wiadomym, który klient i w odniesieniu do jakiej wysokości środków miałby składać oświadczenie woli (odpowiednio zgodę lub sprzeciw).

UKNF zwraca uwagę na fakt, że status firmy inwestycyjnej (art. 3 pkt 33 ustawy o obrocie) posiada bank krajowy (art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 poz. 128) prowadzący działalność maklerską, który może przechowywać środki pieniężne klientów w ramach wykonywania czynności depozytowych (jako bank krajowy).

Mając na uwadze wskazane uwarunkowanie prawne, wcześniejsze wytyczne należy stosować odpowiednio z zachowaniem należytej staranności również w takim stanie faktycznym, to jest wówczas, gdy bank prowadzący działalność maklerską przechowuje te środki jako bank krajowy.

Opisane wyżej zagadnienia nie stanowią wyczerpującego stanowiska związanego z przechowywaniem i ewidencjonowaniem środków pieniężnych powierzonych przez klientów, lecz stanowią pewien zbiór praktycznych konkluzji z doświadczeń sprawowanego nadzoru.

Mając na uwadze wagę poruszanych kwestii, Urząd oczekuje, że stopień przestrzegania, jak również wdrożenia działań zmierzających do optymalnej realizacji obowiązków przewidzianych przez regulacje prawne będzie przedmiotem weryfikacji przez podmiot uprawniony do badania sprawozdań finansowych w ramach sporządzania raportu, o którym mowa w § 89 ust. 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 5 lutego 2010 r. w sprawie zakresu, trybu i formy oraz terminów przekazywania informacji przez firmy inwestycyjne, banki, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, i banki powiernicze (Dz. U. Nr 25 poz. 129, z późn. zm.).

Z poważaniem,

PRZEWODNICZĄCY
KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO

Andrzej Jakubiak