

27 grudnia 2017 r.

**Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie stosowania
w Polsce Dyrektywy MiFID II od 3 stycznia 2018 r.**

Niniejszy materiał stanowi podsumowanie analizy dokonanej w Urzędzie KNF i został przygotowany wyłącznie dla celów informacyjnych. Materiał przedstawia zasady postępowania Urzędu KNF, jakie będą stosowane przez Urząd po dniu 3 stycznia 2018 r. w sytuacji braku implementacji Dyrektywy 2014/65/UE i Dyrektywy 2017/593.

Urząd KNF zastrzega sobie prawo wprowadzenia zmian i uzupełnień do przedstawionego materiału informacyjnego.

Informacje zawarte w materiale nie stanowią porady prawnej. Urząd KNF nie jest organem uprawnionym do urzędowej wykładni prawa europejskiego oraz określania w sposób wiążący dla osób trzecich zakresu oraz zasad stosowania prawa, w szczególności prawa europejskiego.

3 lipca 2017 r. upłynął termin implementacji następujących aktów prawa europejskiego:

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/WE (dalej zwana „Dyrektywą MiFID II”, „MiFID II”),
- Dyrektywa delegowana Komisji (UE) 2017/593 z dnia 7 kwietnia 2016 r. uzupełniająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do zabezpieczenia instrumentów finansowych i środków pieniężnych należących do klientów, zobowiązań w zakresie zarządzania produktami oraz zasad mających zastosowanie do oferowania lub przyjmowania wynagrodzeń, prowizji bądź innych korzyści pieniężnych lub niepieniężnych (dalej zwana „Dyrektywą delegowaną”).

Państwa Członkowskie powinny stosować przepisy krajowe implementujące ww. Dyrektywy od dnia 3 stycznia 2018 r.

Na system europejskich aktów prawnych regulujących świadczenie usług inwestycyjnych po 3 stycznia 2018 r., (dalej zwany „Systemem MiFID II”) obok Dyrektywy MiFID II oraz Dyrektywy delegowanej, składają się:

- rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 600/2014 z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (dalej zwane: „rozporządzeniem MiFIR”, „MiFIR”),
- kilkadziesiąt rozporządzeń delegowanych oraz rozporządzeń wykonawczych Komisji (UE) do Dyrektywy MiFID II oraz rozporządzenia MiFIR (przepisy tych rozporządzeń stosowane są z dniem 3 stycznia 2018 r.), w tym m.in.:
 - rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/565 z dnia 25 kwietnia 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE

w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy (dalej zwane: „rozporządzeniem 2017/565”,

- rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/1943 z dnia 14 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących informacji i wymogów w zakresie udzielania zezwoleń firmom inwestycyjnym,
- rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/584 z dnia 14 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne w zakresie systemów obrotu.

Ponadto, powyższe regulacje uzupełniane są m.in. o Wytyczne Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA) do w/w wskazanych aktów prawnych. Obowiązek transpozycji takich Wytycznych do aktów prawa polskiego wynika z zapewnienia skuteczności ich przestrzegania.

Dyrektywa MiFID II, obok wprowadzenia szeregu nowych wymogów związanych ze świadczeniem usług inwestycyjnych, utrzymuje wiele rozwiązań i zasad prawnych kluczowych dla świadczenia usług inwestycyjnych w UE, w tym podstawowe warunki udzielania zezwoleń i prowadzenia działalności dla firm inwestycyjnych oraz rynków regulowanych, a także towarzystw funduszy inwestycyjnych.

Implementacja przepisów Dyrektywy MiFID II oraz Dyrektywy delegowanej do krajowego porządku prawnego została przewidziana w projekcie ustawy zmieniającej ustawę z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (w tym m.in. ustawę Prawo bankowe, ustawę o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi). Projekt ustawy został przedłożony pod obrady Rady Ministrów w grudniu 2017 r. i zamieszczony w Wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów pod pozycją UC 86. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez wnioskodawcę ww. projektu, tj. Ministerstwo Rozwoju i Finansów, wejście w życie przepisów implementujących ww. Dyrektywy możliwe jest najwcześniej na przełomie marca i kwietnia 2018 r.

W związku z powyższym, zaistniała konieczność wypracowania zasad przejściowych, które będą stosowane do momentu wejścia w życie wskazanej nowelizacji.

Stan prawny po 3 stycznia 2018 r. w przypadku braku implementacji Dyrektywy MiFID II i Dyrektywy delegowanej

W przypadku braku implementacji Dyrektyw MiFID II i Dyrektywy delegowanej przez Polskę do dnia 3 stycznia 2018 r. wystąpi problem związany ze stosowaniem właściwych przepisów odnoszących się do rynku kapitałowego. Będą istniały obok siebie następujące regulacje prawne:

1. Obowiązujące polskie przepisy ustawowe oraz wykonawcze regulujące funkcjonowanie rynku kapitałowego (ustawa o obrocie instrumentami finansowymi

i ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi, oraz akty wykonawcze do tych ustaw),

2. Dyrektywa MiFID II,
3. Dyrektywa delegowana,
4. MiFIR,
5. Rozporządzenia delegowane i wykonawcze KE do MiFID II oraz MiFIR.

W zaistniałej sytuacji konieczne jest przedstawienie zasad stosowania prawa europejskiego oraz obowiązujących przepisów prawa polskiego do dnia implementacji Dyrektywy MiFID II i Dyrektywy delegowanej.

Zasady stosowania prawa europejskiego

Rozważając zakres stosowania prawa wspólnotowego i zależności pomiędzy prawem wspólnotowym a prawem krajowym po 3 stycznia 2018 r., Urząd KNF będzie kierować się następującymi zasadami wyznaczającymi ogólny kierunek stosowania prawa wspólnotowego.

- Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego

Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego oznacza zapewnienie wszystkim normom prawa wspólnotowego przewagi w razie konfliktu z jakąkolwiek wcześniejszą lub późniejszą normą krajową w każdym państwie członkowskim. Zatem w sytuacji, gdy przepisy prawa państwa członkowskiego są sprzeczne z bezpośrednio skutecznymi przepisami prawa wspólnotowego, wówczas sądy i organy krajowe mają obowiązek stosować prawo wspólnotowe.

- Bezpośrednia skuteczność przepisów dyrektywy

Zasada bezpośredniej skuteczności dyrektyw została ukształtowana w licznych orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). W odniesieniu do dyrektyw ETS uznał, że uprawnienia przyznane jednostkom przez prawo wspólnotowe mogą być powoływane przed organami krajowymi bezpośrednio w celu ich wykonania, o ile spełnione są następujące warunki:

- przepisy danej dyrektywy są precyzyjne i bezwarunkowe,
- z norm dyrektywy wynikają prawa jednostek wobec państwa,
- upłynął termin implementacji dyrektywy przez dane państwo członkowskie, a jej normy nie zostały implementowane, albo implementacja jest nieprawidłowa.

Należy zaznaczyć, że przy formułowaniu tej zasady ETS akcentował jednak tylko obowiązek państw, czyli bezpośredni wertykalny skutek dyrektyw – możliwość powoływania się na bezpośrednio skuteczne normy prawa wspólnotowego przez jednostkę wobec państwa.

- Pośredni skutek dyrektyw

Zasada skutku pośredniego jest generalną dyrektywą interpretacyjną, zgodnie z którą na krajowych organach sądowych i administracyjnych ciąży obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym. W procesie stosowania prawa, państwa członkowskie i ich organy krajowe mają obowiązek tak interpretować przepisy wewnętrzne, by cele niewdrożonej dyrektywy zostały osiągnięte.

Stosowanie norm regulujących rynek kapitałowy po 3 stycznia 2018 r.

Przy zastosowaniu powyższych zasad, porządek prawny po 3 stycznia 2018 r., do momentu implementacji odpowiednich aktów prawa unijnego, będzie wyglądał w sposób następujący:

1. Przepisy aktów prawa polskiego pozostaną nadal stosowane, o ile nie będą sprzeczne z bezpośrednio skutecznymi przepisami aktów unijnych (MiFID II, Dyrektywa delegowana, rozporządzenia delegowane i wykonawcze Komisji (UE)).
2. Na przepisy Dyrektywy MiFID II i Dyrektywy delegowanej nadające jednostkom uprawnienia, jednostki będą mogły się powołać w stosunku do państwa lub organów publicznych (układ wertykalny), w przypadku spełniania przez te przepisy warunków bezpośredniej skuteczności (jasność, precyzyjność oraz bezwarunkowość – niepozostawianie swobody organom państw członkowskich).
3. W odniesieniu do przepisów Dyrektywy MiFID II i Dyrektywy delegowanej nakładających obowiązki na adresatów norm (niebędących organami władzy publicznej) możliwe jest powoływanie się przez tych adresatów na nieobowiązywanie przepisów wobec organów administracji publicznej przewidujących takie obowiązki. Należy jednak mieć na uwadze, że w odniesieniu do beneficjentów usług świadczonych przez instytucje finansowe, zasadnym byłoby przyjęcie przez te instytucje założenia, że powoływanie się na brak implementacji dyrektywy wobec tych beneficjentów może nie być skuteczne.
4. Rozporządzenia delegowane i wykonawcze Komisji (UE), jako część krajowego porządku prawnego państw członkowskich od chwili ich wejścia w życie, obowiązują wprost, powinny być stosowane z datą w nich określoną i nie podlegają implementacji do krajowego porządku prawnego (zgodnie z art. 249 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską).

Zdaniem Urzędu KNF, określając zakres stosowania tego rodzaju aktów przez adresatów norm należy mieć na uwadze dwie kategorie norm prawnych:

- A) Przepisy rozporządzeń, mimo niewdrożenia w/w Dyrektyw, w sposób autonomiczny i całościowy określają zasady postępowania danego podmiotu, również przy uwzględnieniu stanu prawnego obowiązującego w polskim prawodawstwie. W takiej sytuacji przepisy rozporządzeń podlegają stosowaniu przez podmioty do tego zobowiązane.
- B) Rozporządzenia zawierają wprowadzone regulacje określające sposób zachowania podmiotów w danej sytuacji, jednakże wskutek braku implementacji Dyrektyw nie jest możliwe ich zastosowanie w praktyce.

5. Organy krajowe i sądy będą zobowiązane do stosowania takiej wykładni prawa krajowego, która nie będąc niezgodna z prawem, zapewni realizację celów niewdrożonych Dyrektyw, MIFIR oraz rozporządzeń delegowanych i wykonawczych Komisji (UE).

Mając powyższe na względzie oraz okoliczność niewdrożenia Dyrektywy MiFID II i Dyrektywy delegowanej a także obowiązek bezpośredniego stosowania aktów prawa wspólnotowego, Urząd KNF wskazuje zasady stosowania przepisów odnoszące się do przykładowych sytuacji:

- A) W rozporządzeniu 2017/565 w art. 4 scharakteryzowano termin „okazjonalne świadczenie usług inwestycyjnych” na potrzeby wyłączenia od obowiązku uzyskania zezwolenia organu nadzoru, o którym mowa w art. 2 ust. 1 lit. c Dyrektywy MiFID II.

Należy wskazać, że odpowiednikiem art. 2 ust. 1 lit. c Dyrektywy MiFID II jest art. 2 ust. 1 lit. c dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych (...) implementowany w art. 70 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. obrocie instrumentami finansowymi.

Pomimo braku implementacji MiFID II, Urząd KNF wskazuje, że w związku z obowiązkiem stosowania wykładni praw wspólnotowej, powyższy przepis ustawy powinien być interpretowany z uwzględnieniem art. 4 rozporządzenia 2017/565.

- B) W rozporządzeniu 2017/565, w art. 30–32 określono warunki dotyczące stosowania outsourcingu przez firmy inwestycyjne, w tym wymogi jakie powinien spełniać podmiot, któremu powierzane są czynności do wykonania, w zależności od charakteru powierzanych funkcji. Jednocześnie, analogiczne regulacje znajdują się w chwili obecnej w art. 81a–81b, art. 81e–81g ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

Tym samym oznacza to, że od dnia 3 stycznia 2018 r. firmy inwestycyjne zobowiązane są do stosowania powołanych wyżej przepisów rozporządzenia, natomiast nie będą stosować wymienionych wyżej przepisów ustawy. Urząd KNF zwraca jednak uwagę, że w mocy pozostają przepisy art. 81c–81d ustawy.

- C) W rozporządzeniu 2017/565, w art. 50 określono szczegółowe wymogi postępowania firm inwestycyjnych w celu przekazywania klientom informacji o kosztach i opłatach związanych ze świadczeniem usług maklerskich.

Urząd KNF informuje, że obowiązek informowania klientów o kosztach i opłatach związanych ze świadczeniem usług maklerskich wynikał już z przepisów § 10 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 roku 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.

Zatem brak implementacji Dyrektywy MiFID II do dnia 3 stycznia 2018 r. nie wpływa na istnienie tego obowiązku, a jedynie na sposób jego wykonania, który wobec zasady

pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego, powinien być zgodny z art. 50 rozporządzenia 2017/565.

- D) Przy kwalifikacji instrumentów jako nieskomplikowanych/niekompleksowych firmy inwestycyjne powinny brać pod uwagę, że przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 roku 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 stanowią implementację do polskiego porządku prawnego Dyrektywy MiFID I.

Firmy inwestycyjne powinny zatem w okresie przejściowym do dnia implementacji Dyrektywy MiFID II do polskiego porządku prawnego, nadal stosować § 20 ust. 2 w/w rozporządzenia z jednoczesnym uwzględnieniem art. 57 rozporządzenia 2017/565, który wprowadza możliwość zakwalifikowania do takiej kategorii instrumentów, także instrumentów spełniających kryteria określone w tym przepisie.

- E) W rozporządzeniu 2017/565, w art. 64 ust. 4 określono wymóg firmy inwestycyjnej dotyczący wykonywania zleceń w zakresie instrumentów finansowych będących w obrocie poza rynkiem regulowanym.

W ocenie Urzędu KNF przywołany przepis jest przykładem całościowej i precyzyjnej regulacji, która może być bezpośrednio stosowana.

- F) W rozporządzeniu 2017/565, w art. 76 określono obowiązki firm inwestycyjnych dotyczące nagrywania rozmów telefonicznych i zapisywania korespondencji elektronicznej.

Przywołana regulacja stanowi uszczegółowienie norm zawartych w art. 16 ust. 7 dyrektywy MiFID II, który nie został zaimplementowany na poziomie krajowym.

Jednocześnie w § 95 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 roku 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, został określony zakres obowiązków związanych m.in. ze zleceniami klientów oraz dokumentacją elektroniczną otrzymywaną przez firmę inwestycyjną. W związku z tym, że przepis ten nie pozostaje w sprzeczności z Dyrektywą MiFID II, powinien być stosowany przez firmy inwestycyjne.

- G) W rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) 2017/592 z dnia 1 grudnia 2016 r. uzupełniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących kryteriów pozwalających ustalić, kiedy działalność ma być uznawana za działalność dodatkową względem głównego zakresu działalności, określono sposób przeprowadzenia oceny czy działalność polegająca na zawieraniu na rachunek własny transakcji mających za przedmiot uprawnienia do emisji jest działalnością dodatkową względem głównego zakresu działalności.

Celem tego rozporządzenia jest doprecyzowanie warunków korzystania z wyłączenia od obowiązku uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej. Urząd KNF wskazuje, że w świetle obecnie obowiązującego stanu prawnego, katalog instrumentów finansowych zawarty w art. 2 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi nie obejmuje uprawnień do emisji.

W konsekwencji, podmioty które prowadzą wyżej wymienioną działalność nie są zobowiązane w odniesieniu do tej działalności stosować przepisów powołanego rozporządzenia, jak również występować z wnioskiem o uzyskanie zezwolenia KNF na prowadzenie działalności maklerskiej.

- H) Art. 2 ust. 1 pkt 9 MiFIR definiuje pojęcie instrumentu finansowego poprzez odesłanie do art. 4 ust. 1 pkt 18 MiFID II, która to definicja z kolei wskazuje, że przez instrument finansowy należy rozumieć instrumenty wskazane w sekcji C załącznika 1 do MiFID II.

Powyższy przepis MiFIR stosuje się wprost, bez potrzeby jego implementacji. Niezależnie zatem od definicji instrumentów finansowych zawartej w art. 2 ust. 1 ustawy o obrocie, instrumenty finansowe, na potrzeby wykonywania obowiązków przewidzianych przez MiFIR, należy rozumieć zgodnie z sekcją C załącznika 1 do MiFID II „Wykaz usług i działalności oraz instrumentów finansowych”.

- I) W Dyrektywie delegowanej w rozdziale II określono warunki dotyczące przechowywania oraz zabezpieczania instrumentów finansowych i środków klientów.

Urząd KNF zwraca uwagę, że w znaczącym zakresie obowiązki wynikające z Dyrektywy delegowanej zostały uregulowane w Rozdziale 2 Oddział 2 obowiązującego rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 roku 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.

W okresie przejściowym do dnia implementacji Dyrektywy delegowanej obowiązki te powinny być stosowane zgodnie z przepisami w/w rozporządzenia.

W pozostałym zakresie, nieuregulowanym dotychczasowymi przepisami, wymogi wynikające z Dyrektywy delegowanej będą obowiązywać z dniem wejścia w życie przepisów implementujących tę dyrektywę.

- J) W Dyrektywie delegowanej w rozdziale III określono wymogi związane z zarządzaniem produktami odnoszące się zarówno do podmiotów emitujących lub wystawiających instrumenty finansowe lub udzielających porad w zakresie emitowania lub wystawiania instrumentu finansowego jak też podmiotów rekomendujących lub oferujących albo w inny sposób umożliwiających nabycie instrumentu finansowego.

Zasady postępowania oraz obowiązki podmiotów w powyższym zakresie są obowiązkami nowymi, dotychczas nieuregulowanymi w obowiązujących przepisach.

W związku z tym zasady postępowania oraz obowiązki podmiotów wynikające z Dyrektywy delegowanej będą stosowane dopiero od dnia wejścia w życie przepisów implementujących tę Dyrektywę.

Urząd KNF zwraca jednak uwagę, że pomimo braku implementacji Dyrektywy MiFID II do krajowego porządku prawnego, instytucje finansowe, w aspekcie cywilnoprawnym, powinny brać pod uwagę, że cele Dyrektywy MiFID II, wynikające z powyższych przepisów, mogą stanowić odpowiedni wzorzec w zakresie interpretacji prawa polskiego (porównaj : wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2012 r. IV CSK 225/11).

- K) W Dyrektywie delegowanej w rozdziale IV określono zasady odnoszące się do przyjmowania i przekazywania świadczeń pieniężnych i niepieniężnych tzw. „zachęty”.

W związku z tym, że w dotychczas obowiązujących przepisach kwestie dotyczące zachęt zostały uregulowane, do dnia wejścia w życie przepisów implementujących Dyrektywę delegowaną w odniesieniu do zachęt należy stosować przepisy dotychczasowe.

W tym przypadku Urząd KNF również zwraca uwagę, że pomimo braku implementacji Dyrektywy MiFID II do krajowego porządku prawnego, instytucje finansowe, w aspekcie cywilnoprawnym, powinny brać pod uwagę, że cele Dyrektywy MiFID II wynikające z powyższych przepisów, mogą stanowić odpowiedni wzorzec w zakresie interpretacji prawa polskiego (porównaj : wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11).

W odniesieniu do Towarzystw Funduszy Inwestycyjnych Urząd KNF wskazuje w szczególności na następujące kwestie:

- A) Zgodnie z art. 1 rozporządzenia 2017/565, wskazane w tym przepisie artykuły mają zastosowanie wprost do spółek zarządzających UCITS oraz spółek zarządzających AFI prowadzących działalność w zakresie usług dodatkowych do zarządzania UCITS lub AFI wskazanych odpowiednio w art. 6 ust. 3 Dyrektywy UCITS oraz art. 6 ust. 4 Dyrektywy ZAFI, od dnia rozpoczęcia stosowania przepisów tego rozporządzenia tj. od dnia 3 stycznia 2018 r.

Oznacza to, że brak implementacji Dyrektywy MiFID II oraz Dyrektywy delegowanej do polskiego porządku prawnego do tego dnia, nie wyłącza obowiązku stosowania przez towarzystwa wykonujące działalność w zakresie zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych doradztwa inwestycyjnego lub przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych przepisów rozporządzenia 2017/565.

Należy mieć na względzie, że wskazanie w nowelizowanym art. 45 ust. 3a ustawy o funduszach inwestycyjnych (...) na obowiązek stosowania przez towarzystwa rozporządzenia 2017/565, jak też innych bezpośrednio stosowanych przepisów prawa Unii Europejskiej, ma jedynie charakter informacyjny.

- B) Przepisy rozporządzenia 2017/565 stosuje się do towarzystw funduszy inwestycyjnych prowadzących działalność zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych lub doradztwa inwestycyjnego w takim zakresie, jakim przepisy wskazane w art. 1 tego rozporządzenia odnoszą się do podmiotów świadczących usługi w zakresie zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych lub doradztwa inwestycyjnego.

Zgodnie z zasadą pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego, w takim zakresie, w jakim rozporządzenie 2017/565 reguluje obowiązki towarzystw wykonujących działalność zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych lub doradztwa inwestycyjnego, towarzystwa nie mają obowiązku stosowania przepisów rozporządzenia Ministra Finansów i Rozwoju z dnia 20 lipca 2017 r. w sprawie sposobu, trybu oraz warunków prowadzenia działalności przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych, określających obowiązki towarzystw wykonujących taką działalność.

Powyższa zasada ma również zastosowanie do wykonywania przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych działalności w zakresie przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych.

- C) Przy kwalifikacji instrumentów jako nieskomplikowanych/niekompleksowych towarzystwa powinny brać pod uwagę, że przepisy rozporządzenia Ministra Finansów i Rozwoju z dnia 20 lipca 2017 r. w sprawie sposobu, trybu oraz warunków prowadzenia działalności przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych stanowią implementację do polskiego porządku prawnego m. in. Dyrektywy MiFID I w odniesieniu do towarzystw.

Towarzystwa powinny zatem w okresie przejściowym do dnia implementacji Dyrektywy MiFID II do polskiego porządku prawnego, nadal stosować par. 55 ust. 8 i 9 w/w rozporządzenia z jednoczesnym uwzględnieniem art. 57 rozporządzenia 2017/565, który wprowadza możliwość zakwalifikowania do takiej kategorii instrumentów, także instrumentów spełniających kryteria określone w tym przepisie.

- D) W rozporządzeniu 2017/565, w art. 50 określono szczegółowe wymogi postępowania firm inwestycyjnych w celu przekazywania klientom informacji o kosztach i opłatach związanych ze świadczeniem usług maklerskich. Zgodnie z art. 1 tego rozporządzenia, przepis ten ma zastosowanie do spółek zarządzających UCITS oraz AIF.

Obowiązek informowania klientów o kosztach i opłatach związanych ze świadczeniem usług w zakresie pośrednictwa w zbywaniu lub odkupywaniu jednostek uczestnictwa lub tytułów uczestnictwa, zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, doradztwa inwestycyjnego oraz przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych

wynikał już odpowiednio z § 42, 44 i 64 rozporządzenia Ministra Finansów i Rozwoju z dnia 20 lipca 2017 r. w sprawie sposobu, trybu oraz warunków prowadzenia działalności przez towarzystwa funduszy inwestycyjnych.

Zatem brak zaimplementowania Dyrektywy MiFID II do dnia 3 stycznia 2018 r. nie wpływa na istnienie tego obowiązku, a jedynie na sposób jego wykonania, który wobec zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego, powinien być zgodny z art. 50 rozporządzenia 2017/565.

- E) W rozporządzeniu 2017/565, w art. 76 określono obowiązki firm inwestycyjnych dotyczące nagrywania rozmów telefonicznych i zapisywania korespondencji elektronicznej. Powołana regulacja stanowi uszczegółowienie norm zawartych w art. 16 ust. 7 dyrektywy MiFID II, który nie został obecnie zaimplementowany na poziomie krajowym co do zakresu tej powinności.

UKNF informuje, że Towarzystwa wykonujące działalności w zakresie zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych lub doradztwa inwestycyjnego nie mają obowiązku nagrywania rozmów i rejestrowania korespondencji elektronicznej.

Obowiązek dokonywania czynności w powyższym zakresie przez towarzystwa wykonujące powyższe usługi nie wynika z art. 16 ust. 7 Dyrektywy MiFID II.

Obowiązek ten nie będzie także ciążył na towarzystwach prowadzących działalność w zakresie przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych do dnia implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy MiFID II. W obowiązujących przepisach, do czasu wejścia w życie znowelizowanych przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, brak jest bowiem regulacji, która stanowiłaby podstawę do stosowania art. 76 rozporządzenia 2017/565.

- F) Co do zasady, zgodnie z zakresem określonym w art. 1, rozporządzenie MIFIR nie ma zastosowania do spółek zarządzających UCITS oraz spółek zarządzających AFL.

Zatem do wykonywania przez towarzystwa działalności w zakresie zarządzania portfelami, w których skład wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych lub doradztwa inwestycyjnego przepisy rozporządzenia MIFIR nie będą miały zastosowania.

Jednakże należy pamiętać, że zgodnie z art. 1 ust. 3 tego rozporządzenia, tytuł V „Instrumenty pochodne” rozporządzenia będzie miał zastosowanie do wszystkich kontrahentów finansowych określonych w art. 2 ust. 8 rozporządzenia UE 648/12.

Należy także zwrócić uwagę, że w opinii ESMA z dnia 12.01.2017 r., (ESMA50-1215332076-23) brak jest podstaw do stosowania interwencji produktowej określonej w art. 40 i 42 rozporządzenia MIFIR do spółek zarządzających UCITS i ZAFL.

Ponadto Urząd KNF informuje, że wobec opóźnienia wejścia w życie ustawy wdrażającej do polskiego porządku prawnego Dyrektywę MiFID II i Dyrektywę delegowaną, częściowa implementacja przepisów prawa europejskiego została dokonana w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń. W dniu 15 grudnia 2017 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił przedmiotową

ustawę, a następnie przedłożył do podpisu Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej. Wspomniana ustawa zawiera m.in. przepisy dostosowujące polski porządek prawny do postanowień Dyrektywy MiFID II oraz Rozporządzenia MiFIR.

Przedmiotowa ustawa wskazuje, że organem właściwym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 26 MiFID II oraz art. 2 ust. 1 pkt 18 MiFIR jest Komisja Nadzoru Finansowego.

Jednocześnie w związku z art. 66 MiFID II powyższa ustawa wprowadzi art. 3 pkt 33c ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, definiujący zatwierdzony mechanizm sprawozdawczy (ARM). Przez ARM rozumie się firmę inwestycyjną, spółkę prowadzącą rynek regulowany lub inną osobę prawną posiadającą zezwolenie Komisji na świadczenie usług polegających na pośrednictwie w przekazywaniu Komisji, innym właściwym organom nadzoru lub Europejskiemu Urzędowi Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych informacji dotyczących realizacji transakcji w instrumentach finansowych oraz zgłaszania pełnych i zgodnych ze stanem faktycznym szczegółów tych transakcji (art. 26 MiFIR). Do przekazania przedmiotowych informacji zobowiązane są firmy inwestycyjne, banki, o których mowa w art. 70 ust. 2, zagraniczne firmy inwestycyjne na terytorium Unii Europejskiej lub prowadzące działalność inwestycyjną przez utworzenie oddziału w Unii Europejskiej.

Natomiast zgodnie z art. 109 ustawy o dystrybucji ubezpieczeń podmiot prowadzący repozytorium transakcji z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady 648/2012 (EMIR), może prowadzić wyżej opisaną działalność jako ARM, jeżeli przed dniem 3 stycznia 2018 r. zawarł umowę o wykonywanie czynności polegających na przekazywaniu, w imieniu firm inwestycyjnych zgłoszeń transakcji, wynikających z treści art. 26 MiFIR. Działalność tę może prowadzić do dnia wydania ostatecznej decyzji o udzieleniu albo odmowie udzielenia zezwolenia na świadczenie usług zatwierdzonego mechanizmu sprawozdawczego (ARM) pod warunkiem, że złoży wniosek o uzyskanie tego zezwolenia w terminie do dnia 30 kwietnia 2018 r. Jednocześnie informujemy, że jedynym podmiotem prowadzącym obecnie repozytorium transakcji na terytorium RP jest Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych SA.