

# INSTYTUCJE PARABANKOWE W POLSCE

Witold Srokosz

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business



# **INSTYTUCJE PARABANKOWE W POLSCE**

Witold Srokosz

Wydanie publikacji zostało dofinansowane przez Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Recenzent:  
Prof. dr hab. Eugenia Fojcik-Mastalska

Wydawca:  
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:  
Joanna Maż

Opracowanie redakcyjne:  
Katarzyna Rybczyńska

Łamanie:  
Andrzej Gudowski

Układ typograficzny:  
Marta Baranowska

© Copyright by  
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2011

ISBN 978-83-264-1420-6

ISSN 1897-4392

Wydane przez:  
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek  
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a  
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35  
e-mail: [ksiazki@wolterskluwer.pl](mailto:ksiazki@wolterskluwer.pl)

[www.wolterskluwer.pl](http://www.wolterskluwer.pl)  
Księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://www.profinfo.pl)

# Spis treści

---

Wykaz skrótów / 17

Wstęp / 25

## Rozdział 1

### **Działalność bankowa / 29**

1.1. Pojęcie działalności bankowej / 29

1.2. Działalność depozytowa / 32

1.2.1. Zakres działalności depozytowej / 32

1.2.2. Pojęcie depozytu dla potrzeb statystyki monetarnej / 37

1.2.3. Element zwrotności jako najważniejsza cecha działalności depozytowej / 39

1.2.4. Działalność depozytowa a działalność inwestycyjna / 42

1.2.5. Działalność depozytowa a działalność ubezpieczeniowa / 50

1.2.5.1. Pojęcie działalności ubezpieczeniowej / 50

1.2.5.2. Działalność depozytowa a ubezpieczenia gospodarcze (osobowe i majątkowe) / 52

1.2.5.3. Działalność depozytowa a ubezpieczenia społeczne / 54

1.2.6. Działalność depozytowa a wydawanie pieniądza elektronicznego / 63

1.2.7. Działalność depozytowa a świadczenie usług płatniczych (działalność płatnicza) / 68

1.3. Działalność bankowa wykonywana przez podmioty inne niż banki / 72

## Rozdział 2

### **Rodzaje instytucji parabankowych w Polsce / 76**

- 2.1. Pojęcie instytucji parabankowej / 76
  - 2.1.1. Pojęcie instytucji parabankowej w doktrynie prawa / 76
  - 2.1.2. Instytucja parabankowa a monetarna instytucja finansowa / 81
  - 2.1.3. Pojęcie instytucji parabankowej a pojęcie instytucji kredytowej / 83
  - 2.1.4. Pojęcie instytucji parabankowej a pojęcie banku / 83
  - 2.1.5. Pojęcie instytucji parabankowej a pojęcie instytucji finansowej / 84
- 2.2. Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe / 86
  - 2.2.1. Cechy konstrukcyjne spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych / 86
    - 2.2.1.1. Działalność depozytowo-kredytowa jako cecha charakterystyczna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej / 88
    - 2.2.1.2. Forma organizacyjno-prawna spółdzielni jako cecha konstrukcyjna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej / 90
    - 2.2.1.3. Niezarobkowość jako cecha konstrukcyjna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej / 104
    - 2.2.1.4. Istnienie wspólnych więzi pomiędzy członkami jako cecha konstrukcyjna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej / 113
  - 2.2.2. System SKOK / 116
    - 2.2.2.1. Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa jako najważniejszy element systemu SKOK / 117
    - 2.2.2.2. Struktura systemu SKOK / 157
    - 2.2.2.3. Zaangażowanie w systemie SKOK środków członków kas powierzonych pod tytułem zwrotnym (depozytów) / 160
    - 2.2.2.4. System SKOK a system bankowy / 163
- 2.3. Instytucje płatnicze / 164
  - 2.3.1. Definicja instytucji płatniczej w dyrektywie PSD / 164
  - 2.3.2. Zakres stosowania dyrektywy PSD dla potrzeb zidentyfikowania instytucji płatniczej / 166

- 2.3.2.1. Pojęcia dyrektywy PSD mające wpływ na jej zakres przedmiotowy /167
- 2.3.2.2. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego dyrektywy PSD /183
- 2.3.3. Zakres stosowania ustawy o usługach płatniczych dla potrzeb zdefiniowania instytucji płatniczej (według projektu ustawy) /200
- 2.3.4. Dostawcy usług płatniczych „traktowani jak” instytucje płatnicze według dyrektywy PSD oraz projektu ustawy o usługach płatniczych /201
- 2.4. Instytucja pieniądza elektronicznego /204
  - 2.4.1. Definicja legalna instytucji pieniądza elektronicznego /205
  - 2.4.2. Rynek pieniądza elektronicznego w Unii Europejskiej /207
  - 2.4.3. Wyłączenia z zakresu przedmiotowego dyrektywy 2009/110/EC w kontekście identyfikacji instytucji pieniądza elektronicznego /211
  - 2.4.4. Pojęcie pieniądza elektronicznego /212
    - 2.4.4.1. Definicja legalna pieniądza elektronicznego /212
    - 2.4.4.2. Pieniądz elektroniczny jako wartość pieniężna stanowiąca surogat monet i banknotów (pieniądza gotówkowego) /218
    - 2.4.4.3. Pieniądz elektroniczny a lokowanie, transfer lub wycofanie środków (*funds*) /219
    - 2.4.4.4. Pieniądz elektroniczny a inicjowanie transakcji płatniczej /224
    - 2.4.4.5. Pieniądz elektroniczny a rachunek płatniczy /225
    - 2.4.4.6. Pieniądz elektroniczny a „pieniądz sieciowy” /226

## Rozdział 3

### **Bezpieczeństwo środków powierzonych instytucjom parabankowym /227**

- 3.1. Regulacje prawne zapewniające bezpieczeństwo środkom powierzonym instytucjom parabankowym /227
- 3.2. Nadzór państwowy nad działalnością instytucji parabankowych /228

- 3.2.1. Zintegrowany nadzór finansowy a państwowy nadzór nad działalnością instytucji parabankowych / 230
- 3.2.2. Zintegrowany nadzór finansowy a nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi i Kasą Krajową / 231
  - 3.2.2.1. Konieczność objęcia kas i Kasy Krajowej nadzorem państwowym / 231
  - 3.2.2.2. Modele publicznoprawnego nadzoru nad uniami kredytowymi / 232
  - 3.2.2.3. Zintegrowany nadzór finansowy nad uniami kredytowymi w świetle modelowego prawa / 234
  - 3.2.2.4. Zintegrowany nadzór finansowy nad uniami kredytowymi w wybranych państwach Unii Europejskiej (z uwzględnieniem polskich przepisów) / 236
- 3.2.3. Wspólne reżimy nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami parabankowymi / 241
  - 3.2.3.1. Wspólny reżim nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami pieniądza elektronicznego oraz instytucjami kredytowymi / 241
  - 3.2.3.2. Wspólny reżim nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami pieniądza elektronicznego oraz instytucjami płatniczymi / 243
- 3.2.4. Cel i funkcje państwowego nadzoru nad działalnością instytucji parabankowych / 245
  - 3.2.4.1. Funkcja licencyjna / 247
  - 3.2.4.2. Funkcja regulacyjna / 350
  - 3.2.4.3. Funkcja kontrolna / 361
  - 3.2.4.4. Funkcja dyscyplinująca / 385
- 3.2.5. Odpowiedzialność Komisji Nadzoru Finansowego z tytułu wykonywania nadzoru nad działalnością instytucji parabankowych / 412
- 3.2.6. Współpraca i wymiana informacji Komisji Nadzoru Finansowego z innymi podmiotami przy wykonywaniu nadzoru nad instytucjami parabankowymi / 414
  - 3.2.6.1. Prawna regulacja współpracy i wymiany informacji / 414



- 3.2.6.2. Instytucjonalne ramy współpracy i wymiany informacji dotyczącej nadzoru nad instytucjami parabankowymi / 422
- 3.2.7. Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego / 427
- 3.2.8. Finansowanie nadzoru państwowego nad instytucjami parabankowymi / 429
- 3.3. Normy ostrożnościowe / 431
  - 3.3.1. Pojęcie i rodzaje norm ostrożnościowych / 432
  - 3.3.2. Normy ostrożnościowe dotyczące spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych / 437
  - 3.3.3. Normy ostrożnościowe dotyczące Kasy Krajowej / 444
  - 3.3.4. Normy ostrożnościowe dotyczące instytucji płatniczych i biur usług płatniczych / 446
  - 3.3.5. Normy ostrożnościowe dotyczące instytucji pieniądza elektronicznego / 448
  - 3.3.6. Stanowienie norm ostrożnościowych / 452
  - 3.3.7. Naruszenia norm ostrożnościowych a ważność umów zawieranych przez instytucje parabankowe / 452
  - 3.3.8. Model regulacji dotyczącej norm ostrożnościowych dla instytucji parabankowych / 456
- 3.4. Fundusze własne instytucji parabankowych / 458
  - 3.4.1. Fundusze własne spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych / 458
  - 3.4.2. Fundusze własne instytucji pieniądza elektronicznego według dyrektywy 2000/46/EC i ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych / 460
  - 3.4.3. Wspólna regulacja dotycząca funduszy własnych instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego według dyrektywy PSD oraz dyrektywy 2009/110/EC / 462
  - 3.4.4. Fundusze własne krajowej instytucji płatniczej według projektu ustawy o usługach płatniczych / 465
- 3.5. Wspólny reżim ostrożnościowy dla instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego według dyrektywy PSD oraz dyrektywy 2009/110/EC / 468
- 3.6. Systemy kontroli wewnętrznej w instytucjach parabankowych / 470
- 3.7. Systemy gwarantowania depozytów powierzonych instytucjom parabankowym / 474

- 3.7.1. System gwarantowania depozytów powierzonych spółdzielczym kasom oszczędnościowo-kredytowym oraz Kasie Krajowej / 474
- 3.7.2. System gwarantowania depozytów powierzonych instytucjom płatniczym oraz instytucjom pieniądza elektronicznego / 479
- 3.7.3. Gwarantowanie depozytów instytucji kredytowych prowadzących w Polsce działalność transgraniczną lub poprzez oddział / 485
- 3.8. Sieć bezpieczeństwa finansowego a instytucje parabankowe / 486
- 3.9. Konstytucyjność ograniczeń działalności instytucji parabankowych na przykładzie spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych / 488
  - 3.9.1. Wprowadzenie / 488
  - 3.9.2. Regulacje określające warunki (wymogi) prowadzenia działalności gospodarczej przez kasy, które nie stanowią ograniczeń wolności / 491
  - 3.9.3. Ważny interes publiczny jako przesłanka ograniczenia swobody działalności gospodarczej spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych / 494

## Rozdział 4

### **Działalność instytucji parabankowych / 498**

- 4.1. Działalność bankowa instytucji parabankowych / 498
  - 4.1.1. Czynności bankowe zastrzeżone dla banków wykonywane przez instytucje parabankowe / 498
    - 4.1.1.1. Przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów / 499
    - 4.1.1.2. Udzielanie kredytów / 505
    - 4.1.1.3. Przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych / 521
  - 4.1.2. Przeprowadzanie transakcji płatniczych / 527
    - 4.1.2.1. Przeprowadzanie transakcji płatniczych jako działalność bankowa / 527
    - 4.1.2.2. Faza I – żądanie wykonania transakcji płatniczej / 528

- 4.1.2.3. Faza II – „wykonania transakcji płatniczej” / 534
- 4.1.2.4. Faza III – faza odbiorcy / 538
- 4.1.3. Wpłata gotówkowa na rachunek płatniczy / 538
- 4.1.4. Emisja pieniądza elektronicznego / 539
- 4.2. Działalność instytucji parabankowych inna niż działalność bankowa / 540
- 4.3. Outsourcing usług świadczonych przez instytucje parabankowe / 547
  - 4.3.1. Pojęcie outsourcingu / 547
  - 4.3.2. Outsourcing usług świadczonych przez kasy / 547
  - 4.3.3. Outsourcing usług płatniczych świadczonych przez instytucje płatnicze / 551
  - 4.3.4. Outsourcing usług świadczonych przez instytucje pieniądza elektronicznego / 560
- 4.4. Ochrona konsumenta / 561
  - 4.4.1. Członek SKOK jako konsument / 561
  - 4.4.2. Regulacje konsumenckie mające zastosowanie do ochrony konsumentów usług instytucji parabankowych / 562
  - 4.4.3. Instytucjonalna ochrona konsumenta usług instytucji parabankowych / 564
  - 4.4.4. Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad instytucjami parabankowymi a ochrona konsumenta / 566
- 4.5. Sankcje za wykonywanie działalności bankowej bez zezwolenia / 567
  - 4.5.1. Sankcje natury cywilnoprawnej / 567
  - 4.5.2. Sankcje natury karnoprawnej / 569
- 4.6. Ochrona prawna nazw „kasa”, „instytucja płatnicza” oraz „biuro usług płatniczych” / 571
- 4.7. Szczególne ustawowe obowiązki instytucji parabankowych a szczególne ustawowe obowiązki banków / 573
  - 4.7.1. Katalog szczególnych ustawowych obowiązków banków / 573
  - 4.7.2. Tajemnica bankowa w działalności instytucji parabankowych / 574
  - 4.7.3. Realizowanie przez instytucje parabankowe w ustawowo określonym terminie poleceń przelewu dotyczących należności, do których są stosowane przepisy ordynacji podatkowej / 581

- 4.7.4. Przeciwdziałanie wykorzystywaniu działalności instytucji parabankowych do prania pieniędzy oraz do finansowania przestępstw o charakterze terrorystycznym / 582
  - 4.7.4.1. Zakres podmiotowy oraz przedmiotowy dyrektywy 2005/60/EC i ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu / 582
  - 4.7.4.2. Obowiązki ewidencyjne instytucji parabankowych / 586
  - 4.7.4.3. Obowiązki informacyjne instytucji parabankowych / 591
  - 4.7.4.4. Obowiązek wstrzymania transakcji i blokady rachunku / 593
  - 4.7.4.5. Obowiązki instytucji parabankowych według rozporządzenia 1781/2006 w sprawie informacji o zleceńodawcach, które towarzyszą przekazom pieniężnym / 595
- 4.8. Szczególne ustawowe uprawnienia instytucji parabankowych a szczególne ustawowe uprawnienia banków / 598
  - 4.8.1. Katalog szczególnych ustawowych uprawnień banków / 598
  - 4.8.2. Tytuł egzekucyjny SKOK a bankowy tytuł egzekucyjny / 599
  - 4.8.3. Hipoteka bankowa a hipoteka SKOK / 600

## Rozdział 5

### **Wykonywanie przez instytucje parabankowe działalności poprzez oddział lub transgranicznie / 603**

- 5.1. Unijna regulacja swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług w zakresie działalności instytucji kredytowych, instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego / 603
  - 5.1.1. Swobody wspólnotowe (obecnie unijne) a Jednolity Rynek Finansowy (ze szczególnym uwzględnieniem sektora bankowego) / 603
  - 5.1.2. Jednolita licencja instytucji kredytowej (bankowa), instytucji płatniczej oraz instytucji pieniądza elektronicznego / 610

- 
- 5.1.3. Pojęcie oddziału instytucji kredytowej, oddziału instytucji płatniczej oraz oddziału instytucji pieniądza elektronicznego w prawie Unii Europejskiej / 614
  - 5.1.4. „Stalość” i „przejściowość” działalności instytucji kredytowej, instytucji płatniczej oraz instytucji pieniądza elektronicznego / 617
  - 5.1.5. Działalność instytucji kredytowej, instytucji płatniczej oraz instytucji pieniądza elektronicznego objęta swobodą przedsiębiorczości / 620
  - 5.1.6. Działalność instytucji kredytowej, instytucji płatniczej oraz instytucji pieniądza elektronicznego objęta swobodą świadczenia usług / 624
  - 5.1.7. Swoboda świadczenia usług a swoboda przepływu kapitału w zakresie działalności instytucji kredytowych, instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego / 627
  - 5.1.8. Ograniczenia swobody świadczenia usług, swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu kapitału i płatności w zakresie działalności instytucji kredytowych, płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego / 633
    - 5.1.8.1. Obowiązek notyfikacji / 634
    - 5.1.8.2. Uprawnienie właściwych władz państwa przyjmującego do nakładania kar na instytucję kredytową, instytucję płatniczą i instytucję pieniądza elektronicznego oraz ograniczania ich działalności według dyrektywy 2006/48/EC oraz dyrektywy PSD / 638
    - 5.1.8.3. Możliwość ograniczenia przez państwo członkowskie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w zakresie działalności instytucji kredytowych, instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego, ze względu na ochronę dobra / 644
  - 5.2. Jednolita licencja (autoryzacja) a działalność instytucji kredytowej, instytucji płatniczej i instytucji pieniądza elektronicznego w Polsce / 653

- 5.2.1. Zakres dopuszczalnej działalności instytucji kredytowej, instytucji płatniczej i instytucji pieniądza elektronicznego w Polsce / 653
- 5.2.2. Pojęcie oddziału instytucji kredytowej, instytucji płatniczej i instytucji pieniądza elektronicznego w Polsce / 656
- 5.2.3. Pojęcie działalności transgranicznej / 657
  - 5.2.3.1. Definicja działalności transgranicznej / 657
  - 5.2.3.2. Działalność transgraniczna instytucji kredytowej według polskiej ustawy – Prawo bankowe a swoboda przedsiębiorczości oraz swoboda świadczenia usług / 659
  - 5.2.3.3. Polska definicja działalności transgranicznej a postanowienia dyrektywy 2006/48/EC i dyrektywy PSD / 661
  - 5.2.3.4. Formy działalności w Polsce instytucji kredytowych, instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego bez wykorzystania oddziału / 662
  - 5.2.3.5. Miejsce wykonywania działalności przez instytucję kredytową, instytucję płatniczą oraz instytucję pieniądza elektronicznego / 675
  - 5.2.3.6. Wpływ kanału dystrybucji na miejsce wykonania transgranicznej działalności instytucji kredytowych oraz miejsce świadczenia usług przez instytucje płatnicze i instytucje pieniądza elektronicznego / 680
- 5.3. Obowiązek notyfikacji o podjęciu w Polsce przez instytucję kredytową, instytucję płatniczą oraz instytucję pieniądza elektronicznego działalności transgranicznej lub poprzez oddział / 687
  - 5.3.1. Procedura notyfikacyjna – uwagi ogólne / 687
  - 5.3.2. Warunki rozpoczęcia działalności w Polsce przez instytucję kredytową, instytucję płatniczą oraz instytucję pieniądza elektronicznego / 688
    - 5.3.2.1. Stosowanie art. 48ł pr. bank. oraz art. 124 u.u.p. / 688
    - 5.3.2.2. Stosowanie art. 49ł pr. bank. oraz art. 122 u.u.p. / 690

- 5.3.2.3. Możliwość kontrolowania przez Komisję Nadzoru Finansowego spełnienia unijnych warunków uzyskania jednolitej licencji / 692
- 5.3.2.4. Obowiązek notyfikacji działalności w zakresie świadczenia usług bankowych oraz usług płatniczych na odległość / 692
- 5.4. Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad działającą w Polsce instytucją kredytową oraz instytucją płatniczą / 694
  - 5.4.1. Zasada nadzoru państwa macierzystego / 694
  - 5.4.2. Nadzór nad płynnością oddziałów instytucji kredytowej / 695
  - 5.4.3. Nadzór nad realizacją polityki pieniężnej / 697
  - 5.4.4. Przysługujące polskim władzom nadzorczym środki prawne nadzoru nad instytucją kredytową oraz instytucją płatniczą, która prowadzi w Polsce działalność / 698
- 5.5. Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad działalnością w Polsce instytucji pieniądza elektronicznego / 707
- 5.6. Szczególne obowiązki ustawowe instytucji kredytowej, instytucji płatniczej oraz instytucji pieniądza elektronicznego świadczących w Polsce usługi transgranicznie lub poprzez oddział / 709
- 5.7. Szczególne uprawnienia ustawowe instytucji kredytowej prowadzącej w Polsce działalność transgranicznie lub poprzez oddział / 712
  - 5.7.1. Uwagi wstępne / 712
  - 5.7.2. Pojęcie banku a pojęcie instytucji kredytowej na gruncie polskiego prawa bankowego w kontekście szczególnych uprawnień ustawowych / 713
  - 5.7.3. Bankowy tytuł egzekucyjny / 713
  - 5.7.4. Szczególna moc prawna ksiąg i niektórych innych dokumentów bankowych oraz hipoteka bankowa / 715
  - 5.7.5. Przetwarzanie dla celów prowadzonej działalności bankowej informacji zawartych w dokumentach tożsamości osób fizycznych / 717
- 5.8. Podejmowanie działalności przez krajowe instytucje płatnicze oraz instytucje pieniądza elektronicznego z siedzibą w Polsce w innych państwach członkowskich / 717

Wnioski /719

Literatura /731

Wykaz aktów prawnych /745

Wykaz orzecznictwa /757

Inne materiały /762



# Wykaz skrótów

---

## Akty prawne

<b>dyrektywa PSD</b>	dyrektywa 2007/64/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC, 2006/48/EC i uchylająca dyrektywę 97/5/EC (OJ L 319 z 5.12.2007)
<b>k.c.</b>	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
<b>k.p.a.</b>	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)
<b>k.p.c.</b>	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
<b>k.s.h.</b>	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)
<b>Konstytucja</b>	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
<b>konwencja rzymska</b>	Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 10, poz. 57)

<b>ordynacja podatkowa</b>	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.)
<b>pr. bank.</b>	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.)
<b>pr. spółdz.</b>	ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.)
<b>projekt poselski z 2008 r.</b>	projekt ustawy o zmianie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk nr 650
<b>projekt poselski z 2009 r.</b>	poselski projekt ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk nr 1876
<b>projekt prezydencki r.p.k.z.p.</b>	projekt ustawy o spółdzielniach, druk nr 657 rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1992 r. w sprawie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w zakładach pracy (Dz. U. Nr 100, poz. 502 z późn. zm.)
<b>rozporządzenie EBC 25/2009</b>	rozporządzenie Europejskiego Banku Centralnego nr 25/2009 (EBC/2008/32) z dnia 19 grudnia 2008 r. w sprawie bilansu skonsolidowanego sektora monetarnych instytucji finansowych (OJ L 15 z 20.01.2009)
<b>rozporządzenie Rzym I</b>	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (OJ L 177 z 4.07.2008)
<b>TFUE</b>	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana OJ C 83 z 30.03.2010)
<b>TWE</b>	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.); poprzednio Traktat o ustanowieniu Eu-

- ropejskiej Wspólnoty Gospodarczej (TEWG); od dnia 1 grudnia 2009 r. nosi nazwę Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
- u.d.u.** ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 z późn. zm.)
- u.e.i.p.** ustawa z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz. U. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.)
- u.f.b.s., ustawa o bankach spółdzielczych** ustawa z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (Dz. U. Nr 119, poz. 1252 z późn. zm.)
- u.f.f.e.** ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 34, poz. 189 z późn. zm.)
- u.f.i.** ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. Nr 146, poz. 1546 z późn. zm.)
- u.f.p.** ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.)
- u.k.k.** ustawa z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081 z późn. zm.)
- u.n.r.f.** ustawa z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. Nr 157, poz. 1119 z późn. zm.)
- u.o.d.o.** ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.)
- u.o.i.f.** ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 211, poz. 1384 z późn. zm.)
- u.o.p.k.** ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzial-

- ności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271 z późn. zm.)
- u.p.p.e.** ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych (Dz. U. Nr 116, poz. 1207 z późn. zm.)
- u.p.p.f.t.** ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 276 z późn. zm.)
- u.p.u.** ustawa z 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.)
- u.r.** ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 z późn. zm.)
- u.s.d.g.** ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.)
- u.s.k.o.k. 1995** ustawa z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. z 1996 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.)
- u.s.k.o.k. 2009** ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, druk nr 1876
- u.s.u.s.** ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 z późn. zm.)
- u.u.p.** projekt ustawy o usługach płatniczych (wersja z dnia 2 marca 2010 r.)
- ustawa o BFG** ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 711 z późn. zm.)
- ustawa o KSF** ustawa z dnia 7 listopada 2008 r. o Komitecie Stabilności Finansowej (Dz. U. Nr 209, poz. 1317)

**ustawa o NBP**      ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.)

### **Czasopisma, publikatory**

**Biul. SN**      Biuletyn Biura Orzecznictwa Sądu Najwyższego

**Dz. U.**      Dziennik Ustaw

**Dz. Urz.**      Dziennik Urzędowy

**EPS**      Europejski Przegląd Sądowy

**KPP**      Kwartalnik Prawa Prywatnego

**Mon. Praw.**      Monitor Prawniczy

**OJ**      Official Journal

**ONSA**      Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego

**ONSAiWSA**      Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych

**OSNC**      Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna

**OSNC-ZD**      Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy

**OSP**      Orzecznictwo Sądów Polskich

**OTK-A**      Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A

**PiP**      Państwo i Prawo

**PPH**      Przegląd Prawa Handlowego

**PPP**      Przegląd Prawa Publicznego

**Pr. Bank.**      Prawo Bankowe

**PUG**      Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

**RPEiS**      Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

**Zb. Orz.**      Zbiór Orzecznictwa Trybunału Europejskiego

## Inne

<b>b.t.e.</b>	bankowe tytuły egzekucyjne
<b>BaFin</b>	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (niemiecki urząd federalny do spraw kontroli usług finansowych)
<b>BFG</b>	Bankowy Fundusz Gwarancyjny
<b>BIK</b>	Biuro Informacji Kredytowej S.A.
<b>CBA</b>	Centralne Biuro Antykorupcyjne
<b>CEIDG</b>	Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
<b>EBA</b>	European Banking Authority
<b>EBC</b>	Europejski Bank Centralny
<b>ERRS</b>	Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego (European Systemic Risk Board – ESRB)
<b>ESFS</b>	European System of Financial Supervisors
<b>ESNF</b>	Europejski System Nadzoru Finansowego (European System of Financial Supervisors – ESFS)
<b>ESRB</b>	European Systemic Risk Board
<b>ETS</b>	Europejski Trybunał Sprawiedliwości, obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
<b>EUNB</b>	Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (European Banking Authority – EBA)
<b>FSA</b>	Financial Services Authority (Urząd ds. Usług Finansowych)
<b>Fundacja PZK</b>	Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych
<b>FUS</b>	Fundusz Ubezpieczeń Społecznych
<b>ICA</b>	International Co-operative Alliance (Międzynarodowy Związek Spółdzielczy)
<b>IKE</b>	indywidualne konta emerytalne
<b>IPE</b>	instytucja pieniądza elektronicznego
<b>Kasa Krajowa</b>	Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa

---

<b>KNB</b>	Komisja Nadzoru Bankowego
<b>KNF</b>	Komisja Nadzoru Finansowego
<b>KRS</b>	Krajowy Rejestr Sądowy
<b>KSF</b>	Komitet Stabilności Finansowej
<b>LEX</b>	System Informacji Prawnej LEX
<b>MIF</b>	monetarna instytucja finansowa
<b>NBP</b>	Narodowy Bank Polski
<b>OFE</b>	otwarty fundusz emerytalny
<b>PKZP</b>	pracownicze kasy zapomogowo-pożyczkowe
<b>PPE</b>	pracownicze programy emerytalne
<b>PSP</b>	payment service provider (dostawca usług płatniczych)
<b>SAK</b>	Spółdzielczy Arbitraż Konsumentki
<b>SG</b>	Straż Graniczna
<b>SKOK, kasy</b>	spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe
<b>UCITS</b>	Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities (przedsiębiorstwo zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe)
<b>wniosek Prezydenta</b>	wniosek Prezydenta RP do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją u.s.k.o.k. 2009 (Kp 10/09)
<b>WOCCU</b>	World Council of Credit Unions (Światowa Rada Związków Kredytowych)
<b>WSA</b>	Wojewódzki Sąd Administracyjny
<b>ZUS</b>	Zakład Ubezpieczeń Społecznych





Praca została napisana według metody dogmatyczno-prawnej i jest poświęcona regulacjom prawnym dotyczącym trzech różnych rodzajów instytucji finansowych w szerokim znaczeniu: spółdzielczym kasom oszczędnościowo-kredytowym, instytucjom płatniczym oraz instytucjom pieniądza elektronicznego. Każda z nich wyrasta z innego czasu i innej epoki. Idee i charakterystyczne rozwiązania prawne, które legły u podstaw regulacji spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (dalej nazywanych kasami), pochodzą z XIX i początku XX wieku, instytucje płatnicze są ewidentnie dzieckiem gwałtownego rozwoju nowoczesnych sposobów płatności za dobra i usługi, który miał miejsce pod koniec XX wieku, a instytucje pieniądza elektronicznego tkwią korzeniami już w XXI wieku i mają służyć realizacji marzenia o idealnym pieniądzu pozwalającym na dokonywanie płatności w środowisku cyberprzestrzeni.

Już to pobieżne przedstawienie uwidacznia, że instytucje te muszą się znacznie między sobą różnić, a jednocześnie w najbardziej możliwy, ogólny sposób pokazuje, dlaczego bliżej jest instytucjom płatniczym do instytucji pieniądza elektronicznego (IPE) niż do kas. Jest jednak coś, co stanowi niejako „wspólny mianownik” tych trzech instytucji, coś, co pozwala kwalifikować je do tej samej grupy podmiotów. Jest to działalność depozytowa. Wszystkie te trzy podmioty wykonują działalność depozytową podobnie jak banki, lecz nie są bankami. Są instytucjami parabankowymi.

Należy zatem postawić pytanie, jak na prawną regulację tych podmiotów wpływa fakt, że wykonują one, podobnie jak banki, działalność depozytową? Jak bardzo regulacja ta wzoruje się na prawnych rozwiązaniach dotyczących banków? Które rozwiązania prawne są wyjątkowe i charakterystyczne dla kas, a które dla instytucji płatniczych czy też IPE?

Najistotniejsze pytanie, wyrażające w istocie podstawowy cel badawczy pracy, dotyczy tego, czy obecnie jest możliwa jedna wspólna regulacja prawna instytucji parabankowych, ewentualnie, czy taka regulacja będzie możliwa w najbliższej przyszłości.

Aby spróbować odpowiedzieć na te pytania, należy najpierw ustalić, co to jest działalność depozytowa, i określić podmioty, które ją wykonują; opisuje to rozdział 1. Następnie należy ogólnie scharakteryzować poszczególne instytucje parabankowe, uwzględniając również Krajową Spółdzielczą Kasę Oszczędnościowo-Kredytową (nazywaną dalej Kasą Krajową), w przypadku której można mieć uzasadnione wątpliwości, czy wykonuje taką samą działalność depozytową jak kasy i banki. Pełni ona jednak zbyt istotne funkcje w systemie SKOK, aby można ją było pominąć w niniejszej pracy. Nie można również pominąć biura usług płatniczych – stanowi ono naturalne i wymuszone przez praktykę uzupełnienie instytucji płatniczej. Ponadto jako instytucje parabankowe będą również uznane te instytucje kredytowe działające w Polsce, które nie są, według prawa państwa macierzystego, bankami.

Najważniejsza i kluczowa dla niniejszej pracy jest problematyka bezpieczeństwa wkładów powierzanych instytucjom parabankowym pod tytułem zwrotnym. Potrzeba zapewnienia takiego bezpieczeństwa jest charakterystyczna dla działalności depozytowej. To ze względu na zapewnienie tego bezpieczeństwa powstało wiele swoistych dla tej działalności instytucji prawnych, jest to także powód ograniczania swobody prowadzenia tego rodzaju działalności gospodarczej. Warto zatem zbadać, w jaki sposób regulacje prawne dotyczące poszczególnych instytucji parabankowych zapewniają bezpieczeństwo wkładów, z uwzględnieniem regulacji dotyczącej banków (rozdział 3). Z problematyką bezpieczeństwa wkładów ściśle wiąże się kwestia zakresu i rodzajów działalności instytucji parabankowych innych niż działalność depozytowa. Analiza tego zagadnienia zostanie dokonana w rozdziale 4.

Z uwagi na postępującą globalizację i unifikację rynków finansowych ważnym aspektem działalności instytucji parabankowych jest możliwość prowadzenia przez nie działalności w innych państwach członkowskich. Zastanawia, w jakim stopniu odpowiednia regulacja prawna – unijna i polska – nawiązuje w tym zakresie do rozwiązań przyjętych powszechnie w przepisach dotyczących instytucji finansowych w szerokim znaczeniu, a w szczególności do rozwiązań przyjętych dla instytucji kredytowych (rozdział 5).

Wydaje się, że rok 2011 to dobry moment na publikację pracy poświęconej instytucjom parabankowym. System SKOK wraz z Kasą Krajową i kasami jest u progu rewolucyjnych zmian. To, czy do takich niezbędnych (co ma zostać wykazane) zmian dojdzie, zależy obecnie od decyzji Trybunału Konstytucyjnego, do którego został zaskarżony przez Prezydenta projekt ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych. Dlatego też w niniejszej pracy podjęto się analizy przepisów dwóch ustaw dotyczących kas – „starej”, obecnie obowiązującej i całkowicie nieodpowiadającej rzeczywistości systemu SKOK, ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych z 1995 r. oraz nowoczesnej, lecz poświadczanej o niezgodność z Konstytucją, ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych z 2009 r. Kasy są nie tylko spółdzielniami, ale przede wszystkim instytucjami finansowymi, a wyraźnie widać to wówczas, gdy ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych zostaną porównane z odpowiednimi przepisami dotyczącymi instytucji płatniczych oraz IPE, a także z przepisami ustawy – Prawo bankowe. Rewolucję czeka również IPE – upłynął już termin implementowania nowej dyrektywy dotyczącej podejmowania i prowadzenia działalności przez IPE, a odpowiedni projekt ustawy nie trafił jeszcze do Sejmu. Zupełnie nowa jest natomiast regulacja prawna instytucji płatniczych – dyrektywa PSD wprowadza wiele nowych, wcześniej nieznanych pojęć i mechanizmów, a prace legislacyjne mające na celu implementację tej dyrektywy nie zostały jeszcze zakończone.



# Rozdział 1

---

## Działalność bankowa

### 1.1. Pojęcie działalności bankowej

Pojęcie działalności bankowej nie jest tylko pojęciem doktrynalnym, lecz korzysta z niego również polski ustawodawca, przede wszystkim w ustawie – Prawo bankowe. W literaturze można znaleźć dwa odmienne sposoby ustalania treści i zakresu tego pojęcia. Jedni autorzy uznają za punkt wyjścia do takich poszukiwań przede wszystkim legalną definicję banku zawartą w art. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe<sup>1</sup> z odpowiednim uwzględnieniem regulacji art. 5 pr. bank. (zawierającego katalog czynności bankowych)<sup>2</sup>. W tym ujęciu znaczenie ma również definicja instytucji kredytowej zawarta w dyrektywie 2006/48/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. dotyczącej podejmowania i prowadzenia działalności bankowej przez instytucje kredytowe<sup>3</sup>. Natomiast inni autorzy opowiadają się raczej za konstruowaniem pojęcia działalności bankowej w pierwszym rzędzie na podstawie treści art. 5 i 6 ust. 1 pr. bank., a także art. 1 pr. bank. (określającego zakres przedmiotowy ustawy – Prawo bankowe)<sup>4</sup>.

Są to więc dwa odrębne ujęcia – podmiotowe i przedmiotowe. W pierwszym za działalność bankową uznaje się działalność podmiotu, który przez polskie prawo jest definiowany jako bank, a przez prawo Unii Europejskiej jako instytucja kredytowa, natomiast w drugim ujęciu przez działalność bankową rozumie się wykonywanie czynności, które

---

<sup>1</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.

<sup>2</sup> Zob. E. Fojcik-Mastalska (w:) M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 13 i 15–18.

<sup>3</sup> OJ L 177 z 30.06.2006 z późn. zm.

<sup>4</sup> Zob. B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 6–8.

ustawodawca określił mianem „bankowych”, a także innych, wskazanych w art. 6 pr. bank. Pierwsze ujęcie ze swojej istoty jest „węższe”, a drugie „szersze”. Tym samym zakres przedmiotowy pojęcia działalności bankowej będzie się różnił w zależności od tego, czy będzie ustalany przede wszystkim na podstawie treści art. 2 pr. bank., czy też głównie na podstawie art. 5 i 6 ust. 1 pr. bank. Wiele argumentów przemawia za tym pierwszym ujęciem<sup>5</sup>.

Pojawia się tu także pytanie o to, czy ustawodawca utożsamia pojęcie działalności bankowej z czynnościami bankowymi? Artykuł 1 pr. bank. może to sugerować, ale tego bynajmniej nie przesądza. Gdyby rzeczywiście ustawodawca zamierzał utożsamiać czynności bankowe z działalnością bankową, to konsekwentnie korzystałby z pojęcia działalności bankowej i nie wprowadzałby do art. 5 pr. bank. pojęcia czynności bankowej (w art. 6 pr. bank. posługuje się pojęciem usług finansowych, a nawet sformułowaniem „inne czynności”). Tak na przykład postępuje ustawodawca niemiecki, który w art. 1 ust. 1 ustawy o działalności kredytowej (Gesetz über das Kreditwesen<sup>6</sup> – KWG) wymienia czynności, które zbiorczo obejmuje pojęciem działalności bankowej. Z kolei włoska ustawa z zakresu bankowości i kredytu<sup>7</sup> (il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – t.u.b.), objęta dekretem Prezydenta Republiki Włoskiej<sup>8</sup> posługuje się pojęciem bankowości (*banking*), które w art. 10 ust. 1 definiuje jako zbieranie funduszy od społeczeństwa i udzielanie na ich bazie kredytów. Tak rozumiana „bankowość”, czyli działalność bankowa, jest zastrzeżona wyłącznie dla włoskich banków (art. 10 ust. 2 t.u.b.), które oprócz niej, według art. 10 ust. 3 t.u.b., mogą wykonywać również inną działalność finansową (*financial business*). Ani pojęcia działalności bankowej, ani nawet pojęcia bankowości nie używa natomiast brytyjska regulacja – Financial Services and Markets Act 2000. W art. 22 tej ustawy jest jedynie mowa o „działalnościach regulowanych” (*regulated activities*), których katalog został wskazany w załączniku 2. W załączniku tym nie występuje pojęcie działalności bankowej, wymienia się tam natomiast

<sup>5</sup> Więcej W. Srokosz, *Pojęcie „działalności bankowej” w polskim prawie*, PUG 2006, nr 12, s. 14.

<sup>6</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776, z późn. zm.

<sup>7</sup> D.Lgs. z dnia 1 września 1993 r. Nr 385 il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

<sup>8</sup> Zob. M. Spyra, *Prywatne prawo bankowe we Włoszech*, Pr. Bank. 2003, nr 1, s. 83 i n.

m.in. „przyjmowanie depozytów” (*accepting deposits*) oraz „pożyczki zabezpieczone na gruncie” (*loans secured on land*).

Treść art. 2 pr. bank. oraz to, że ustawa posługuje się dwoma pojęciami – czynności bankowej i działalności bankowej, przemawia raczej za tym, aby nie utożsamiać tych dwóch pojęć. Nie można jednak nie dostrzegać ogromnej roli, jaką pełni pojęcie czynności bankowych dla określenia pojęcia banku, a tym samym również dla określenia pojęcia działalności bankowej. Poszukiwać należy zatem rozwiązania kompromisowego, a więc takiego, które wychodząc z definicji banku zawartej w art. 2 pr. bank., uwzględnia również regulację art. 5 pr. bank.

Taka analiza została w literaturze przeprowadzona i doprowadziła do konkluzji, że działalność bankową należy postrzegać jako działalność polegającą na wykonywaniu takich czynności bankowych, które mogą prowadzić do powstania zysków lub strat w wyniku niepewności co do przebiegu tych czynności, przy czym te zyski i straty dotyczą środków, które bankowi zostały powierzone pod tytułem zwrotnym. Następnie po pewnym „wygładzeniu” tych wniosków zaproponowano, aby uznać, że w świetle definicji banku zawartej w art. 2 pr. bank. działalność bankowa polega na wykonywaniu czynności bankowych obciążających ryzykiem środki, które zostały powierzone bankowi pod tytułem zwrotnym<sup>9</sup>.

Ustalono także, że w świetle prawa Unii Europejskiej pojęcie działalności bankowej obejmuje zatem zarówno działalność depozytowo-kredytową, jak i samą działalność depozytową<sup>10</sup>.

W konkluzji należy stwierdzić, że niezbędnym elementem działalności bankowej jest „zwrotność powierzonych środków”, czyli prowadzenie działalności depozytowej. Innymi słowy, aby uznać jakąś działalność za bankową, musi ona zostać co najmniej zakwalifikowana jako działalność depozytowa. Owa zwrotność powierzonych środków uzasadnia również ingerencję państwa wyrażającą się w różnego rodzaju działaniach nadzorczych, a przede wszystkim w reglamentowaniu działalności depozytowej. W prawie Unii Europejskiej znalazło to wyraz w treści art. 5 dyrektywy 2006/48/EC, według którego państwa członkowskie mają obowiązek zakazać osobom lub podmiotom gospodarczym niebędącym instytucjami kredytowymi prowadzenia działalności polegającej na przyjmowaniu od ludności depozytów i innych środków podlegających zwrotowi.

<sup>9</sup> W. Srokosz, *Pojęcie „działalności bankowej”...*, s. 14–15.

<sup>10</sup> Tamże, s. 17.

## 1.2. Działalność depozytowa

### 1.2.1. Zakres działalności depozytowej

Czynnościami, które prowadzą do powierzenia dowolnemu podmiotowi (niekoniecznie bankowi) środków pieniężnych pod tytułem zwrotnym, są przede wszystkim czynności wymienione w art. 5 ust. 1 pr. bank., takie jak:

- przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów (pkt 1),
- emitowanie bankowych papierów wartościowych (pkt 5).

W załączniku I do dyrektywy 2006/48/EC zostały wymienione rodzaje działalności podlegających wzajemnemu uznaniu – stanowią one przykładowy katalog usług bankowych, inwestycyjnych oraz płatniczych. Czynnościom bankowym o charakterze depozytowym wymienionym w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 5 pr. bank. odpowiada działalność wskazana w pkt 1 załącznika I, jaką jest przyjmowanie od ludności depozytów i innych środków podlegających zwrotowi.

Charakterystyczny element zwrotności środków pieniężnych występuje również w regulacjach prawnych innych państw członkowskich dotyczących bankowości, np. w definicji depozytów zawartej w pkt 22 załącznika 2 do Financial Services and Markets Act 2000. Według tej definicji depozyty to prawa (*rights*) wynikające z umowy, zgodnie z którą suma pieniężna (bez względu na to, czy jest wyrażona w walucie – *currency*) jest wypłacana przez osobę przechowującą tę sumę w terminach, w których miała być zwrócona, z odsetkami lub premią, lub bez nich, i albo na żądanie, albo w uzgodnionym czasie, lub też w razie wystąpienia uzgodnionych okoliczności lub na rzecz osoby dokonującej wypłaty.

W niemieckim prawie bankowym wprost mówi się o działalności depozytowej (*Einlagengeschäft, deposit business*), a definicja tej działalności również zawiera element zwrotności powierzonych środków pieniężnych. Według art. § 1 ust. 1 Gesetz über das Kreditwesen (KWG) działalnością depozytową jest przyjmowanie funduszy od innych jako depozytów lub przyjmowanie zwrotnych funduszy od społeczeństwa, chyba że żądanie zwrotu funduszy jest zabezpieczone w formie świadectw na okaziciela (*bearer certificate*) lub bez względu na obowiązek zapłaty odsetek.

Natomiast we włoskiej ustawie z zakresu bankowości i kredytu (t.u.b.) zdefiniowano działalność nazwaną „gromadzeniem oszczędności” (*raccoll-*



*ta del risparmio*), której charakterystyczną cechą również jest przyjmowanie zwrotnych środków pieniężnych. Jest to więc niewątpliwie działalność odpowiadająca działalności depozytowej. Według art. 11 ust. 1 włoskiej ustawy bankowej „gromadzenie oszczędności” polega na przyjmowaniu zwrotnych funduszy w formie depozytów lub w innych formach.

Definicję depozytu zawiera art. 1 ust. 1 dyrektywy 94/19/EC w sprawie systemów gwarantowania depozytów<sup>11</sup>, według którego depozyt to saldo dodatnie (*credit balance*), które jest rezultatem:

- wpłaty środków pieniężnych (*funds*) na rachunek (*account*) lub
- zaistnienia czasowych sytuacji zachodzących w ramach zwykłych transakcji bankowych (*normal banking transactions*), jak również mających miejsce wtedy, gdy instytucja kredytowa musi spłacać dług wynikający z obowiązujących ją regulacji prawnych lub umów.

Ponadto depozytem jest wierzycelność potwierdzona przez dokument (*certificate*) wystawiony przez instytucję kredytową. Również w tej definicji kładzie się nacisk na zwrotność środków powierzonych instytucji kredytowej.

Jaki jest zatem zakres działalności depozytowej rozumianej jako działalność polegająca na przyjmowaniu środków pieniężnych pod tytułem zwrotnym? Odpowiedź na to pytanie próbował znaleźć Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-366/97, *Massimo Romanelli & Paolo Romanelli*<sup>12</sup> wynika, że działalność depozytową należy rozumieć bardzo szeroko, ponieważ może być ona wykonywana nie tylko za pomocą instrumentów finansowych posiadających immanentną („wrodzoną”) cechę zwrotności, ale również za pomocą instrumentów finansowych nieposiadających takiej cechy, których zwrotny charakter wynika z postanowień umownych. Orzeczenie to zostało wydane na podstawie art. 3 drugiej dyrektywy bankowej 89/646/EEC<sup>13</sup>. Dyrektywa ta została zastąpiona dyrektywą 2000/12/EC dotyczącą podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kre-

<sup>11</sup> Dyrektywa 94/19/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 1994 r. w sprawie gwarancji depozytów (OJ L 135 z 31.05.1994 z późn. zm.).

<sup>12</sup> Wyrok z dnia 11 lutego 1999 r. w sprawie C-366/97, *Massimo Romanelli i Paolo Romanelli*, Zb. Orz. 1999, s. I-855.

<sup>13</sup> Second Council Directive 89/646/EEC of 15 December 1989 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions and amending Directive 77/780/EEC (OJ L 386 z 30.12.1989 z późn. zm.).

dytowe, a treść art. 3 dyrektywy 89/646/EEC znalazła wierne odzwierciedlenie w treści art. 3 dyrektywy 2000/12/EC i następnie w treści art. 5 dyrektywy 2006/48/EC. Tak więc orzeczenie ETS, pomimo formalnego uchylenia dyrektywy 89/646/EEC, nie straciło aktualności.

Orzeczenie w sprawie C-366/97, *Massimo Romanelli & Paolo Romanelli* zostało wydane w odpowiedzi na pytanie sądu we Florencji. Zwrócił się on do ETS o stwierdzenie, czy wyrażenie „zwrotne fundusze” zawarte w dyrektywie 89/646/EEC dotyczy tylko instrumentów finansowych, które posiadają wrodzoną cechę (właściwość) zwrotności, czy też wyrażenie to odnosi się również do instrumentów, które – chociaż nie posiadają takiej wrodzonej (immanentnej) cechy (właściwości) – są przedmiotem postanowienia umownego dotyczącego zwrotu zapłaconej wartości.

Włoski sąd rozpatrywał sprawę na podstawie przepisów ustawy z zakresu bankowości i kredytu (t.u.b.). Ustawa ta implementuje dyrektywę 89/646/EEC i konsoliduje włoską legislację z obszaru bankowości i kredytów. W art. 11 ust. 2 t.u.b. zakazano przedsiębiorstwom innym niż banki przyjmowania oszczędności od społeczeństwa. Działalność ta została zdefiniowana w art. 11 ust. 1 jako „przyjmowanie obciążonych obowiązkiem zwrotu funduszy w formie depozytów lub w inny sposób”. Ponadto art. 130 t.u.b. uznaje nielegalne przyjmowanie oszczędności od społeczeństwa za przestępstwo.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł na podstawie stanu faktycznego, zgodnie z którym w 1994 i 1995 r. Messers Massimo i Paolo Romanelli wyemitowali depozytowe papiery wartościowe (ang. *trust securities*) reprezentujące kwotę należną (przypadającą do zapłaty) oraz prawo do żądania natychmiastowego wykupu za cenę obejmującą umówione odsetki. Ponadto Messers Massimo i Paolo Romanelli wyemitowali również warranty reprezentujące prawo do nabycia skryptów dłużnych (ang. *debentures*) wyemitowanych przez Romanelli Finanzia SpA.

Sąd cywilny i karny we Florencji stwierdził, że „depozytowe papiery wartościowe oraz warranty opiewające na obligacje nie były finansowymi instrumentami zwrotnymi ze swojej natury, lecz ich charakter zwrotny był rezultatem postanowień umownych”.

Według Messersa Massimo i Paola Romanello art. 3 dyrektywy 89/646/EEC (obecnie art. 5 dyrektywy 2006/48/EC) dotyczy tylko nabywania funduszy, które są immanentnie (pierwotnie) zwrotne, i nie znajduje zastosowania do instrumentów finansowych bez tej właściwości, nawet jeżeli – jak w ich przypadku – „rekompensata” wynika z umowy. Obaj twierdzili, że chociaż dyrektywa 89/646/EEC i dyrektywa Rady

77/780/EEC<sup>14</sup> (obecnie dyrektywa 2006/48/EC) mają na celu ochronę kapitału kredytowego (ang. *credit capital*), takiego jak certyfikaty depozytowe i obligacje, nie dotyczą jednak ryzyka kapitałowego (ang. *risk capital*) związanego z akcjami (udziałami), które nie są inwestowane na bazie gwarancji spłaty, ale w celu spekulatywnego zarobku.

Odmienny pogląd wyraziły rządy Belgii, Austrii, Finlandii oraz Komisja Europejska, twierdząc, że jednym z celów dyrektywy 89/646/EEC (obecnie dyrektywy 2006/48/EC) jest ochrona oszczędności, a cel ten może być osiągnięty tylko wtedy, gdy art. 3 (obecnie art. 5 dyrektywy 2006/48/EC) jest interpretowany tak, aby termin „fundusze zwrotne” dotyczył każdej transakcji zawierającej zobowiązanie do spłaty (*repayment*). Uzasadniano to tym, że z racji tendencji instytucji finansowych do wynajdywania coraz to nowych instrumentów finansowych jakakolwiek inna interpretacja postanowień art. 3 (art. 5 dyrektywy 2006/48/EC) mogłaby pozbawić skuteczności sformułowanego w nim zakazu.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości podzielił stanowisko Komisji i państw członkowskich. Przede wszystkim przywołał wcześniejsze orzeczenie w sprawie C-222/95, *Parodi v. Banque H. Albert de Bary*, gdzie Trybunał stwierdził, że sektor bankowy jest szczególnie wrażliwym obszarem z punktu widzenia ochrony praw konsumenta. Konsumentom muszą być chronieni przed szkodami, które mogą zostać im wyrządzone przez instytucje kredytowe lekceważące wymagania dotyczące wypłacalności lub których menedżerowie nie mają wystarczających kwalifikacji bądź nie spełniają odpowiednich kryteriów prawości (*integrity*).

Według ETS, z punktu widzenia dyrektyw 77/780/EEC i 89/646/EEC, a więc i dyrektywy 2006/48/EC, ochrona oszczędności stanowi jeden z elementów będących miarą koordynacji (uzgadniania, harmonizowania – *coordinate*) instytucji kredytowych. Zgodnie z preambułą do dyrektywy 77/780/EEC miara ta musi mieć zastosowanie do wszystkich instytucji kredytowych, a ponadto powinna mieć możliwie szeroki zakres i dotyczyć wszystkich instytucji, których działalność polega na otrzymywaniu zwrotnych funduszy od społeczeństwa czy to w formie depozytów, czy też w innych formach, takich jak stała emisja obligacji i innych podobnych (zbliżonych) papierów wartościowych. W związku z tym ETS uważa, że zakaz określony w art. 3 dyrektywy 89/646/EEC (również w art. 5 dyrek-

<sup>14</sup> First Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (OJ L 322 z 17.12.1977 z późn. zm.).

tywy 2006/48/EC) musi być interpretowany tak, aby stosować go również do instrumentów finansowych, w których wymóg zwrotności wywodzi się z postanowień umownych.

Trybunał podsumowuje swoje rozważania sentencją, zgodnie z którą określenie „inne zwrotne fundusze” użyte w art. 3 dyrektywy 89/646/EWG (art. 5 dyrektywy 2006/48/EC) dotyczy nie tylko finansowych instrumentów posiadających immanentną (wrodzoną, naturalną) charakterystyczną właściwość „zwrotności”, ale także takich, które jej nie posiadają, a są przedmiotem porozumienia wynikającego z umowy o zwrot wpłaconych funduszy.

Stanowisko Trybunału podziela doktryna, która podnosi, że duże znaczenie dla ustalenia istotnych cech działalności depozytowej ma użyty w art. 3 dyrektywy 2000/12/EC zwrot „inne zwrotne fundusze pochodzące od społeczeństwa”. Zwrot ten ma sugerować szeroką wykładnię pojęcia depozytu i tym samym szerokie rozumienie działalności depozytowej. „Tak więc uzyskiwanie jakichkolwiek wpływów pieniężnych można sprowadzić do działalności depozytowej (w szerokim znaczeniu), jeżeli w ten sposób uzyskanych środków dotyczy obowiązek zwrotu. Nie jest przy tym istotne, czy wymóg zwrotu już istnieje w czasie przyjęcia środków (i stanowi „przedmiotowo istotny” element tej transakcji), czy też zobowiązanie to powstaje dopiero w wyniku wykreowania w drodze umowy stosownego uprawnienia”<sup>15</sup>. Ten pogląd jest również w pełni akceptowany przez Europejski Bank Centralny<sup>16</sup>. Takie szerokie ujęcie działalności depozytowej znajduje ponadto uzasadnienie w treści pkt 6 preambuły dyrektywy 2006/48/EC.

Część doktryny przyjmuje, że w świetle postanowień dyrektywy 2000/12/EC (obecnie dyrektywy 2006/48/EC) instytucją kredytową jest każdy podmiot, który przyjmuje wkłady pieniężne od ludności pod tytułem zwrotnym, nawet jeżeli nie udziela na ich bazie kredytów (pożyczek)<sup>17</sup>. Podobnie twierdzi EBC, według którego „działalność polegająca

<sup>15</sup> Tak A. Bornemann, *Abridged Opinion on the Concept of the Credit Institution in the Directives of the European Community Relating to Bank Regulation and Supervision*, <http://www.money-advice.net/media.php?id=234>, s. 11 i cyt. tam lit. Por. też W. Szpringer, *Problem parabanków na tle pojęcia banku jako instytucji kredytowej w Unii Europejskiej*, Pr. Bank. 2004, nr 11, s. 52 i n.

<sup>16</sup> Zob. opinię Europejskiego Banku Centralnego z dnia 26 kwietnia 2006 r. dotycząca projektu dyrektywy w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (EBC/2006/21), (OJ C 109 z 9.05.2006).

<sup>17</sup> Zob. A. Bornemann, *Abridged Opinion...*, s. 9; inne poglądy prezentuje W. Szpringer, *Problem parabanków...*, s. 54.

na przyjmowaniu depozytów lub innych środków podlegających zwrotowi stanowi podstawę dla bankowości jako takiej, jak wyjaśnia to definicja »instytucji kredytowej« zawarta w art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2000/12/EC”.

### 1.2.2. Pojęcie depozytu dla potrzeb statystyki monetarnej

Próbę ustalenia treści i zakresu pojęcia działalności depozytowej może ułatwić definicja depozytu przyjęta dla potrzeb statystyki monetarnej w rozporządzeniu Europejskiego Banku Centralnego 25/2009 (EBC/2008/32) z dnia 19 grudnia 2008 r. w sprawie bilansu skonsolidowanego sektora monetarnych instytucji finansowych<sup>18</sup>. Definicja ta została skorelowana z postanowieniami rozporządzenia Rady 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie<sup>19</sup> (zwanego również ESA 95).

Według pkt 1.2 sekcji I części I załącznika I w zw. z pkt 9 części 2 załącznika II rozporządzenia EBC 25/2009 depozyty to przede wszystkim kwoty (*amounts*), udziały, depozyty lub inne (*shares, deposits or other*) należne wierzycielom od podmiotów sprawozdawczych, które charakteryzują się:

- przenoszalnością, oznaczającą możliwość uruchomienia środków ulokowanych w danym instrumencie finansowym przez wykorzystanie form rozliczeń, takich jak чеки, polecenia przelewu, bezpośrednie obciążenie konta lub podobne,
- wymienialnością, oznaczającą możliwość i koszt wymiany instrumentów finansowych na gotówkę lub depozyty rozliczeniowe,
- pewnością, oznaczającą posiadanie z wyprzedzeniem dokładnej wiedzy na temat wartości kapitału instrumentu finansowego wyrażonego w walucie krajowej.

Z pojęcia depozytu wyłączono kwoty wynikające z emisji zbywalnych papierów wartościowych lub jednostek uczestnictwa funduszy rynku pieniężnego.

Dla potrzeb statystyki rozporządzenie EBC wyróżnia depozyty bieżące, terminowe, z terminem wypowiedzenia oraz operacje z przyrzeczeniem odkupu. Do depozytów zalicza się również „kredyty” kwalifiko-

<sup>18</sup> OJ L 15 z 20.01.2009.

<sup>19</sup> OJ L 310 z 30.11.1996.

wane jako pasywa monetarnych instytucji finansowych (MIF). W ujęciu metodologicznym kredyty to kwoty otrzymane przez MIF, które nie zostały skonstruowane jako „depozyty” (czyli mają cechy depozytów). Należy zaznaczyć, że rozporządzenie pozwala tak kwalifikować wyłącznie kredyty zaciągane przez monetarne instytucje finansowe i takie ujęcie nie będzie dotyczyć pozostałych instytucji finansowych. W rozporządzeniu zwraca się uwagę na to, że ESA 95 rozróżnia „kredyty” i „depozyty” na podstawie identyfikacji inicjatora operacji (jeżeli jest nim kredytobiorca, to taką operację uznaje się za kredyt, a jeżeli inicjatorem jest kredytodawca, to należy operację kwalifikować jako depozyt). W systemie sprawozdawczym „kredyty” nie są ujmowane w bilansie jako oddzielna kategoria po stronie pasywnej. Zamiast tego, takie „kredyty” wykazuje się w pozycji „depozyty”, o ile nie występują one w formie instrumentów zbywalnych. Kredyty udzielone MIF, zdefiniowane jako „depozyty”, wykazuje się w podziale zgodnym z wymogami systemu sprawozdawczego (tj. według sektora, instrumentów, waluty lub terminów pierwotnych).

Jako depozyty powinny być również kwalifikowane niezbywalne instrumenty dłużne. Ich „niezbywalność” polega na tym, że istnieją ograniczenia dotyczące przeniesienia prawa własności instrumentu, co uniemożliwia wprowadzenie go na rynek lub do obrotu, mimo ich teoretycznej zbywalności, z uwagi na brak zorganizowanego rynku. Niezbywalne instrumenty emitowane przez podmioty sprawozdające, które następnie stały się zbywalne i mogą być dopuszczone do obrotu na rynkach wtórnych, należy reklasifikować jako „dłużne papiery wartościowe”.

Depozytami w rozumieniu rozporządzenia EBC 25/2009 są również tzw. depozyty zabezpieczające złożone w ramach kontraktów na instrumenty pochodne, jeżeli są wyrażone w gotówce złożonej w MIF jako zabezpieczenie oraz pozostają własnością deponenta i są płatne na rzecz deponenta z wygaśnięciem kontraktu. W oparciu o praktykę rynkową w rozporządzeniu sugeruje się, aby depozyty zabezpieczające otrzymane przez podmiot sporządzający sprawozdanie były klasyfikowane jako „depozyty” jedynie w zakresie, w jakim MIF jest zasilona środkami, które są łatwo dostępne dla akcji kredytowej. Jeżeli część depozytu zabezpieczającego otrzymanego przez MIF musi zostać przekazana innemu uczestnikowi rynku instrumentów pochodnych (np. izbie rozrachunkowej), w kategorii „depozyty” należy w zasadzie wykazać jedynie część pozostałą do dyspozycji MIF. Warto tu zaznaczyć, że według rozporządzenia środków (depozytów) otrzymanych na zasadzie powiernictwa nie wykazuje się w bilansie MIF.

Dookreślenie treści pojęcia depozytu używanego przez rozporządzenie EBC 25/2009 mogą ułatwić definicje poszczególnych rodzajów depozytów. I tak, depozyty bieżące to według rozporządzenia takie depozyty, które są wycofywane i/lub rozliczane na żądanie za pośrednictwem czeku, stałego zlecenia płatniczego, polecenia zapłaty lub w podobny sposób bez znaczącej zwłoki, ograniczeń lub kar. Do depozytów bieżących rozporządzenie zalicza:

- lokaty (oprocentowane lub nieoprocentowane), które są wycofywane niezwłocznie na żądanie lub do końca dnia roboczego następującego po dacie takiego żądania bez znaczącej kary lub ograniczenia, niebędące jednak depozytami rozliczeniowymi,
- lokaty (oprocentowane lub nieoprocentowane) reprezentujące kwoty przedpłacone z wykorzystaniem pieniądza elektronicznego „gromadzonego na urządzeniu” lub w oparciu o oprogramowanie komputerowe (np. karty przedpłacone),
- kredyty pozostające do spłacenia do końca dnia roboczego w dniu następującym po dacie, w której je udzielono.

Z kolei depozyty rozliczeniowe (nazywane przez rozporządzenie również „depozytami przenoszalnymi”) to te depozyty w kategorii „depozyty bieżące”, które są bezpośrednio rozliczane na żądanie w celu dokonywania płatności na rzecz innych instytucji za pomocą powszechnie stosowanych sposobów płatności, takich jak polecenie przelewu i polecenie zapłaty, również za pośrednictwem karty kredytowej lub debetowej, pieniądza elektronicznego, czeków lub podobnych środków bez znaczących opóźnień, ograniczeń lub kar. Tak więc rozporządzenie EBC 25/2009 kwalifikuje depozyty rozliczeniowe jako rodzaj depozytów bieżących (wskazuje na to również systematyka aktu prawnego – depozyty bieżące są definiowane w pkt 1.9, a depozyty rozliczeniowe w pkt 9.1a). Depozyty rozliczeniowe nie obejmują depozytów, które mogą zostać zrealizowane lub przeniesione tylko za pośrednictwem innego rachunku tego samego posiadacza.

### 1.2.3. Element zwrotności jako najważniejsza cecha działalności depozytowej

Dla określenia działalności depozytowej i odróżnienia jej od innych rodzajów działalności istotne jest zaakcentowanie elementu zwrotności, który przejawia się tym, że powierzona kwota musi zostać zwrócona. Założenie „zwrotności” kwoty pieniężnej implikuje również czasowość

powierzenia takiej kwoty, oznacza więc, że jest ona zwracana na żądanie lub po upływie określonego z góry czasu. Zwrot może być również uzależniony od wystąpienia ustalonej wcześniej okoliczności (a więc od zaistnienia warunku) lub stosownego ustalenia dokonanego przez strony.

Wymóg zwrotności nie wyklucza jednak niemożności zwrotu powierzonych środków – w całości lub w części. Niemożność odzyskania z powrotem powierzonych środków stanowi ryzyko powierzającego i wystąpienie takiego ryzyka jest immanentnie związane z działalnością depozytową.

Uwypuklenie elementu zwrotności środków, jako charakterystycznego dla działalności depozytowej, umożliwia pozostawienie na boku sporu o własność środków powierzonych podmiotowi prowadzącemu taką działalność<sup>20</sup>. O tym, czy środki pieniężne zostały powierzone w ramach działalności depozytowej, decyduje możliwość wystąpienia przez powierzającego środki z roszczeniem o ich zwrot zarówno w przypadku, gdy założyć, że przy osobie powierzającej środki pieniężne pozostaje prawo własności do tych środków, jak i w razie przyjęcia koncepcji odmiennej, zakładającej przeniesienie własności na podmiot, któremu środki te zostały powierzone.

Niezwykle istotne jest to, aby zaznaczyć tu, że element zwrotności ma znaczenie wyłącznie wówczas, gdy dotyczy środków przyjętych „od ludności” pod tytułem zwrotnym.

Jak stwierdza EBC w opinii do projektu dyrektywy 2009/110/EC, użycie w definicji instytucji kredytowej zawartego w dyrektywie 2006/48/EC terminu „od ludności” odnosi się do osób fizycznych i prawnych, które

<sup>20</sup> Taki spór w doktrynie dotyczy własności środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym. Część autorów oraz orzecznictwa opowiada się za koncepcją, że środki te stają się własnością banku – tak np. W. Pyziół (w:) M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 176; A. Janiak, *Umowa rachunku bankowego*, Pr. Bank. 2002, nr 7–8, s. 102; zob. też uzasadnienie wyroku SN z dnia 4 października 2007 r., V CSK 255/07, OSNC-ZD 2008, nr 3, poz. 79, LEX nr 435625; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 18 kwietnia 2007 r., I ACa 201/07, LEX nr 446233. Inni autorzy uważają, że własność tych środków pozostaje przy posiadaczu rachunku – tak np. T. Narożny, *Prawo bankowe*, Warszawa 1998, s. 51; takie ujęcie prezentowane jest również przez orzecznictwo – zob. wyrok SN z dnia 25 lipca 2001 r., I CKN 501/99, OSP 2002, z. 1. Zestawienie poglądów na kwestię własności wkładów (depozytów) w bankach sporządziła np. D. Rogoń (w:) *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I, red. F. Zoll, Kraków 2005, s. 413–414. Analiza tego zagadnia z uwzględnieniem prawa litewskiego, włoskiego, rosyjskiego, francuskiego, niemieckiego oraz prawa rzymskiego – zob. K. Laurinavičius, *The Legal Nature of Bank Deposits*, Review of Central and East European Law 2006, nr 31, s. 291 i n.



uważa się za wymagające ochrony prawnej, natomiast te podmioty, które takiej ochrony nie potrzebują – np. te, które prowadzą działalność wyłącznie na rynkach międzybankowych – nie są objęte zakresem terminu „od ludności”. Dlatego też, zdaniem EBC, „na potrzeby definicji instytucji kredytowej za należące do zakresu terminu »od ludności« uważa się wszelkie osoby fizyczne i prawne niebędące instytucjami kredytowymi czy finansowymi”<sup>21</sup>.

Należy tu jeszcze dodać, że zwrot „od ludności” zakłada ze swojej istoty pewną „masowość” działania, tj. przyjmowanie środków od dużej czy wręcz nieograniczonej grupy osób. Nie chodzi tutaj o brak wymogów stawianych takim osobom, lecz o to, że środki są przyjmowane od każdej osoby, która określone wymogi spełnia (np. każdy, kto spełnia wymóg istnienia określonych wspólnych więzi, może zostać członkiem spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej).

Ta immanentnie związana z terminem „od ludności” masowość działania, skierowanego do potencjalnie nieograniczonej grupy osób, powoduje, że nie można uznać za działalność depozytową pojedynczych czy też nielicznych działań, na skutek których są przyjmowane środki pod tytułem zwrotnym, a które opierają się na umowie pożyczki (czy też umowie kredytu). Jednak w sytuacji, gdy działalność ta przybiera postać „masową” i określony podmiot zaciąga pożyczki na taką skalę, że można traktować jego działalność jako przyjmowanie środków „od ludności”, to wówczas, ze względu na cechę zwrotności pożyczki, należy uznać działalność takiego podmiotu za działalność depozytową<sup>22</sup>. Uwaga ta odnosi się również do umowy o depozyt nieprawidłowy. Przy okazji warto zauważyć, że element przyjmowania środków pod tytułem zwrotnym „od ludności” nie wystąpi w przypadku zaciągania kredytów bankowych, ponieważ kredytobiorcami są profesjonaliści (wyłącznie banki i spół-

<sup>21</sup> Europejski Bank Centralny powołuje się tu na poglądy wyrażone w literaturze – zob. P. Verheugd, *Definition of credit institution (w:) Banking and EC Law Commentary*, red. M. van Empel, R. Smits, Deventer 1992, s. 23.

<sup>22</sup> Można zgodzić się z poglądem A. Janiaka (*Działalność kredytowa niebankowych instytucji finansowych*, Monitor Prawa Bankowego 2011, nr 1, s. 70), że „przewidziana w art. 4 pkt 7 pr. bank. możliwość udzielania przez instytucje finansowe pożyczek ze środków własnych nie przesądza zatem o niedopuszczalności pozyskiwania przez te instytucje środków pieniężnych od innych podmiotów pod tytułem zwrotnym (np. pod postacią zaciągniętych kredytów bankowych, pożyczek lub emisji dłużnych papierów wartościowych)”, ale tylko pod warunkiem, że te środki pieniężne nie pochodzą „od ludności”. Poza tym można mieć wątpliwości, czy rzeczywiście środki te są „środkami własnymi” tych instytucji (w znaczeniu funduszy własnych).

dzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe). Masowe zaciąganie kredytów bankowych jest zresztą niemożliwe w praktyce ze względu na wymóg posiadania przez kredytobiorcę zdolności kredytowej.

Występowanie „zwrotności powierzonych środków” jest kluczowe dla przeprowadzenia rozróżnienia pomiędzy działalnością depozytową a działalnością inwestycyjną, ubezpieczeniową, emerytalną i rentową, działalnością polegającą na świadczeniu usług płatniczych, emitowaniu pieniądza elektronicznego<sup>23</sup>.

#### 1.2.4. Działalność depozytowa a działalność inwestycyjna

Według art. 4 ust. 1 pkt 2 dyrektywy 2004/39/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych<sup>24</sup> „usługi i działalność inwestycyjna” to usługi i działalność (*activities*) wymienione w sekcji A załącznika I do dyrektywy odnoszące się do wszelkiego rodzaju instrumentów wymienionych w sekcji C tego załącznika<sup>25</sup>.

Działalnością i usługami inwestycyjnymi wymienionymi w sekcji A są:

- 1) przyjmowanie i przekazywanie zleceń w odniesieniu do jednego lub większej liczby instrumentów finansowych,
- 2) realizacja zleceń w imieniu klientów,
- 3) zawieranie transakcji na własny rachunek (*dealing on own account*),
- 4) zarządzanie pakietami akcji (*portfolio management*),
- 5) doradztwo inwestycyjne,

---

<sup>23</sup> Poszczególne rodzaje działalności są tutaj wyodrębniane wg kryterium świadczonych usług finansowych, kolejno: inwestycyjnych, ubezpieczeniowych, emerytalnych i rentowych, płatniczych oraz usług polegających na emitowaniu pieniądza elektronicznego. Takie wyliczenie powstało w oparciu o brzmienie art. 2 lit. b) dyrektywy 2002/65/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września o świadczeniu na rzecz konsumentów usług finansowych na odległość (OJ L 271 z 9.10.2002), według którego usługa finansowa to jakakolwiek usługa o bankowym, kredytowym, emerytalnym (rentowym), inwestycyjnym lub płatniczym charakterze.

<sup>24</sup> Dyrektywa 2004/39/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EEC i 93/6/EEC i dyrektywę 2000/12/EC Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EEC (OJ L 145 z 30.04.2004 z późn. zm.).

<sup>25</sup> W polskiej wersji językowej dyrektywy 2004/39/EC w definicji zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 2 zamiast spójnika „i” użyto, odmiennie niż w innych wersjach językowych, spójnika „lub”.

- 6) subskrypcja (lub gwarantowanie nowo emitowanych) (*underwriting*) instrumentów finansowych i/lub wprowadzanie instrumentów finansowych na zasadzie zaangażowania instytucji inwestycyjnej,
- 7) wprowadzanie instrumentów finansowych bez zaangażowania instytucji inwestycyjnej,
- 8) prowadzenie Wielostronnych Platform Obrotu (*Operation of Multilateral Trading Facilities*).

Wydaje się, że żadna spośród tych usług inwestycyjnych i działalności nie zawiera w sobie elementu zwrotności, charakterystycznego dla działalności depozytowej.

Ponadto, obok wykonywania działalności i usług wskazanych w sekcji A dotyczących instrumentów finansowych wymienionych w sekcji C, istnieje możliwość wykonywania również tzw. usług dodatkowych, wymienionych w sekcji B. Spośród tych usług tylko usługa wymieniona w pkt 1 ma charakter depozytowy. Jest to „zabezpieczanie i administrowanie instrumentami finansowymi na rachunek klientów, w tym przechowywanie i usługi pochodne, takie jak zarządzanie środkami pieniężnymi/dodatowym ubezpieczeniem”.

Polskie prawo nie zawiera jednej całościowej definicji działalności inwestycyjnej na wzór definicji zawartej w dyrektywie 2004/39/EC. Regulacja prawna poszczególnych rodzajów działalności wskazanych w tej dyrektywie oraz regulacja funkcjonowania podmiotów wykonujących tę działalność została zawarta w wielu szczegółowych ustawach.

W pierwszym rzędzie na uwagę zasługuje ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi<sup>26</sup>. Ustawa ta reguluje zasady, tryb i warunki podejmowania i prowadzenia działalności w zakresie obrotu papierami wartościowymi i innymi instrumentami finansowymi, prawa i obowiązki podmiotów uczestniczących w tym obrocie oraz wykonywanie nadzoru w tym zakresie (art. 1).

Według art. 69 ust. 2 u.o.i.f. działalność maklerska, z zastrzeżeniem art. 16 ust. 3 i art. 70, 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,

<sup>26</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 211, poz. 1384 z późn. zm.

- 4) zarządzaniu portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych,
- 5) doradztwie inwestycyjnym,
- 6) oferowaniu instrumentów finansowych,
- 7) świadczeniu usług w wykonaniu zawartych umów o subemisję inwestycyjne i usługowe lub zawieraniu i wykonywaniu innych umów o podobnym charakterze, jeżeli ich przedmiotem są instrumenty finansowe,
- 8) organizowaniu alternatywnego systemu obrotu.

Ponadto ust. 4 tego artykułu podaje inne czynności, których wykonywanie jest działalnością maklerską.

Spośród czynności wchodzących w zakres działalności maklerskiej charakter depozytowy będzie miała czynność polegająca na prowadzeniu rachunków pieniężnych (art. 69 ust. 4 pkt 1 u.o.i.f.)<sup>27</sup>. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że jest to czynność o służebnym charakterze względem pozostałych czynności maklerskich, w szczególności wymienionych w art. 69 ust. 2 u.o.i.f. i odpowiadają one usłudze dodatkowej, wymienionej w sekcji B pkt 1 załącznika I do dyrektywy 2004/39/WE.

Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi nie podaje zamkniętego katalogu podmiotów, które wykonują działalność maklerską, jednak należy pamiętać o tym, że prowadzenie działalności maklerskiej wymaga zezwolenia udzielonego przez Komisję Nadzoru Finansowego (art. 69 ust. 1 u.o.i.f.).

Działalność maklerską mogą przede wszystkim wykonywać podmioty objęte przez ustawę o obrocie instrumentami finansowymi zakresem pojęcia firmy inwestycyjnej (zob. art. 3 pkt 33), czyli:

- dom maklerski,
- bank,
- zagraniczna firma inwestycyjna,
- zagraniczna osoba prawna z siedzibą na terytorium państwa należącego do OECD lub WTO.

Ponadto działalność maklerską wykonują wskazane w rozdziale 2 działu IV ustawy o obrocie instrumentami finansowymi banki powierzone (art. 119–123) oraz kluby inwestorów (art. 124).

---

<sup>27</sup> Na depozytowy charakter tych rachunków zwraca pośrednio uwagę np. W. Wąsowski, *Depozyty*, PUG 1998, nr 2, s. 31. Pogląd ten nie stracił aktualności pomimo zmiany stanu prawnego.

Oczywiście również inne podmioty niż firmy inwestycyjne (bankiowiernicze i kluby inwestorów), wskazane w art. 70 ust. 1 u.o.i.f., mogą prowadzić działalność inwestycyjną w rozumieniu dyrektywy 2004/39/EC, nie będzie to jednak działalność maklerska i według art. 70 ust. 1 u.o.i.f. do takich pomiotów nie znajdują zastosowania przepisy działu IV ustawy o obrocie instrumentami finansowymi pt. „Uczestnictwo w obrocie instrumentami finansowymi”.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych<sup>28</sup> fundusz inwestycyjny jest osobą prawną, której wyłącznym przedmiotem działalności jest lokowanie środków pieniężnych zebranych w drodze publicznego, a w przypadkach określonych w ustawie również niepublicznego, proponowania nabycia jednostek uczestnictwa albo certyfikatów inwestycyjnych, w określone w ustawie papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego i inne prawa majątkowe. Definicja ta kładzie akcent na to, że fundusz inwestycyjny lokuje zebrane wcześniej środki pieniężne<sup>29</sup>, przy czym środki te gromadzone są za pomocą jednostek uczestnictwa albo certyfikatów inwestycyjnych.

W doktrynie podnosi się, że ogólna konstrukcja funduszu inwestycyjnego przyjęta w ustawie o funduszach inwestycyjnych nawiązuje do modelu korporacyjnego wskazanego w art. 1 ust. 3 dyrektywy 85/611/EEC dotyczącej przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS)<sup>30</sup> jako jedna z trzech dopuszczalnych form instytucji zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe. Akcentuje się jednak brak czysto korporacyjnej podstawy partycypacyjnej w relacjach pomiędzy uczestnikami a funduszem inwestycyjnym, zaznaczając umowną podstawę uczestnictwa, wzbogaconą elementami korporacyjnymi, których źródłem jest stosunek obligacyjny wyrażający się w „powie-

<sup>28</sup> Dz. U. Nr 146, poz. 1546 z późn. zm.

<sup>29</sup> Wyjątkowo wpłaty mogą być dokonywane również w innej postaci, np. zdematerializowanymi papierami wartościowymi (w przypadku specjalistycznych funduszy specjalistycznych otwartych – zob. art. 116 u.f.i.) lub papierami wartościowymi oraz udziałami w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 128 ust. 1 u.f.i.).

<sup>30</sup> Dyrektywa Rady z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie koordynacji przepisów dotyczących przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS), OJ L 375 z 31.12.1985 z późn. zm. Dyrektywa została uchylona z dniem 1 lipca 2011 r. przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/65/EC z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji przepisów dotyczących przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS), która weszła w życie w dniu 7 grudnia 2009 r., a termin jej implementacji minął 30 czerwca 2011 r. Zob. też dyrektywę Komisji 2007/16/EC z dnia 19 marca 2007 r. dotyczącą wykonania dyrektywy Rady 85/611/EEC (OJ L 79 z 20.03.2007, s. 11–19).

zeniu funduszowi inwestycyjnemu środków pieniężnych pod tytułem zwrotnym<sup>31</sup>.

Jednostki uczestnictwa funduszy inwestycyjnych są, zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3 u.o.i.f., niebędącymi papierami wartościowymi instrumentami finansowymi reprezentującymi prawa majątkowe przysługujące jego uczestnikom. Przepis ten kwalifikuje jednostki uczestnictwa do szerszej grupy tytułów uczestnictwa w instytucjach zbiorowego inwestowania. Natomiast według art. 6 ust. 2 u.f.i. jednostki uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych reprezentują prawa majątkowe uczestników funduszu, określone ustawą i statutem funduszu inwestycyjnego. W pierwszej kolejności takim prawem majątkowym jest prawo do udziału w aktywach netto funduszu. Ponadto uczestnikowi przysługuje prawo do żądania od funduszu inwestycyjnego odkupienia jednostek uczestnictwa.

Otwarty fundusz inwestycyjny jest zobowiązany do odkupienia jednostek uczestnictwa na żądanie uczestnika funduszu (art. 82 u.f.i.), przy czym odkupywanie jest dokonywane z częstotliwością określoną w prospekcie informacyjnym funduszu, jednak nie rzadziej niż raz na 7 dni (art. 84 ust. 1 u.f.i.). Istnieje możliwość zawieszenia odkupywania jednostek uczestnictwa na 2 tygodnie w razie zaistnienia warunków określonych w art. 89 ust. 4 u.i.f., a nawet, za zgodą Komisji Nadzoru Finansowego i na warunkach przez nią określonych, fundusz może zawiesić odkupywanie jednostek uczestnictwa na okres dłuższy niż 2 tygodnie, lecz nieprzekraczający 2 miesięcy (art. 89 ust. 5 pkt 1 u.i.f.). Na zasadach określonych w art. 89 ust. 5 pkt 2 fundusz może również odkupywać jednostki uczestnictwa w ratach w okresie nieprzekraczającym 6 miesięcy.

Zasady dotyczące odkupu jednostek mogą ulec pewnej modyfikacji w przypadku specjalistycznego funduszu inwestycyjnego otwartego. Statut takiego funduszu może określać warunki odkupu jednostek uczestnictwa, w tym w szczególności termin, w którym uczestnik powinien zgłosić zamiar żądania odkupienia, lub termin, w jakim nastąpi wypłata (art. 113 ust. 2 u.f.i.).

Jednostki uczestnictwa są odkupywane po cenie wynikającej z podzielenia wartości aktywów netto funduszu przez liczbę jednostek ustaloną na podstawie rejestru uczestników funduszu w dniu wyceny, przy czym przy odkupywaniu mogą być pobierane opłaty manipulacyjne, jeżeli statut tak stanowi i określa maksymalną wysokość i sposób pobierania

---

<sup>31</sup> M. Romanowski (w): *System prawa prywatnego*, t. 18, *Prawo papierów wartościowych*, red. tomu A. Szumański, Warszawa 2005, s. 655.

tych opłat (art. 86 u.f.i.). Tak ustalona cena wiąże fundusz (art. 89 ust. 1 u.f.i.), który jest zobowiązany dokonać wypłaty niezwłocznie, w sposób określony w prospekcie emisyjnym funduszu (art. 89 ust. 3 u.f.i.).

Ustawowa konstrukcja jednostek uczestnictwa w otwartym funduszu inwestycyjnym niezbiecie wskazuje, że jest to instrument finansowy o charakterze zwrotnym. Stąd wniosek, że otwarty fundusz inwestycyjny (również specjalistyczny) wykonuje działalność depozytową. Niemniej nie jest to jego działalność podstawowa.

Można przedstawić wiele argumentów przemawiających za tym, że podstawową działalnością funduszu inwestycyjnego jest działalność inwestycyjna. Przede wszystkim wskazuje na to jego nazwa – jest to fundusz INWESTYCYJNY. Także w definicji art. 3 ust. 1 u.f.i. w pierwszej kolejności zaznaczono, że przedmiotem działalności tego funduszu – i to „wyłącznym” – jest lokowanie środków pieniężnych, a potem dopiero wskazano, skąd te środki pochodzą.

Jednak o tym, że działalność inwestycyjna jest działalnością podstawową funduszu inwestycyjnego, przesądza cel jego działalności. Fundusz inwestycyjny nie działa w celu gromadzenia i „przechowywania” środków pieniężnych – środki te są mu powierzane przez uczestników po to, aby fundusz osiągnął określony w statucie cel inwestycyjny. Ustawa w art. 18 ust. 2 nie przewiduje możliwości wskazania funduszowi innych celów poza inwestycyjnym. Zresztą w definiowaniu tego celu fundusz nie ma dużej swobody – według art. 19 ust. 1 u.f.i. celami funduszy inwestycyjnych otwartych (w tym specjalistycznych) mogą być wyłącznie (czyli jest to katalog zamknięty):

- ochrona realnej wartości aktywów funduszu inwestycyjnego lub
- osiągnięcie przychodów z lokat netto funduszu inwestycyjnego, lub
- wzrost wartości aktywów funduszu inwestycyjnego w wyniku wzrostu wartości lokat.

Ustawodawca wymaga, aby przy określaniu celu inwestycyjnego zastrzec w statucie, że fundusz inwestycyjny nie gwarantuje jego osiągnięcia.

Także z poglądów doktryny na istotę funduszu inwestycyjnego wynika, że za jego podstawową działalność uznaje się działalność inwestycyjną. Przede wszystkim akcentuje się, że istotą funduszu jest połączenie środków pieniężnych inwestorów indywidualnych w celu wspólnego inwestowania, jest zatem realizacją idei zbiorowego inwestowania<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Więcej zob. P. Zawadzka, *Fundusz inwestycyjny w systemie instytucji finansowych*, Warszawa 2009, s. 115 i cyt. tam lit.

W końcu należy podnieść, że polska regulacja dotycząca funduszy inwestycyjnych stanowi implementację dyrektywy Rady 85/611/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie koordynacji przepisów dotyczących przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS). Według art. 1 ust. 2 tej dyrektywy dla jej celów i z zastrzeżeniem ust. 2, za UCITS uważa się przedsiębiorstwa:

- których jedynym celem jest zbiorowe inwestowanie w zbywalne papiery wartościowe kapitału pochodzącego od społeczeństwa (*from the public*) i które działają na zasadzie dywersyfikacji ryzyka oraz
- których jednostki uczestnictwa są, na żądanie ich posiadaczy, odkupywane lub umarzane bezpośrednio lub pośrednio z aktywów tych przedsiębiorstw.

Definicja ta, wyraźniej niż definicja funduszu inwestycyjnego zawarta w ustawie o funduszach inwestycyjnych, akcentuje inwestycyjny charakter działalności UCITS, a zatem również polskich funduszy inwestycyjnych. Warto tu zwrócić uwagę na szczególne zaakcentowanie, silniejsze niż w polskiej definicji, idei zbiorowego inwestowania.

Certyfikaty inwestycyjne emitowane przez fundusze inwestycyjne zamknięte co do zasady nie mają charakteru zwrotnego. Stanowi o tym art. 138 u.f.i., zgodnie z którym fundusz inwestycyjny zamknięty nie może nabywać certyfikatów inwestycyjnych, które wyemitował. Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 139 u.i.f., stanowiąc, że taki fundusz może skupować wyemitowane przez siebie certyfikaty inwestycyjne, jeżeli jego statut tak stanowi. Muszą zostać jednak spełnione pewne warunki. Certyfikaty muszą być w pełni opłacone (art. 139 ust. 2). Statut funduszu musi określać przesłanki, tryb i warunki wykupywania certyfikatów oraz terminy i sposób dokonywania ogłoszeń o wykupie certyfikatów. W szczególności należy określić, czy wykup certyfikatów następuje na żądanie uczestnika, czy niezależnie od zgłoszenia takiego żądania, oraz przypadki, w których wykup certyfikatów może nastąpić niezależnie od zgłoszenia żądania przez uczestnika funduszu (art. 139 ust. 3).

Cena wykupu certyfikatu inwestycyjnego jest równa wartości aktywów netto funduszu, przypadającej na certyfikat inwestycyjny, według wyceny aktywów z dnia wykupu, a przy wykupywaniu certyfikatów inwestycyjnych mogą być pobierane opłaty manipulacyjne, jeżeli statut funduszu tak stanowi i określa maksymalną wysokość i sposób pobierania tych opłat (art. 139 ust. 4 i 5). Wyplata musi nastąpić niezwłocznie. Wykupione certyfikaty inwestycyjne są umarzane z mocy prawa.



Należy zatem stwierdzić, że co do zasady fundusze inwestycyjne zamknięte nie prowadzą działalności depozytowej. Jednak wyjątkowo fundusz inwestycyjny zamknięty, którego statut przewiduje skup wyemitowanych certyfikatów inwestycyjnych i który spełnia warunki przewidziane w art. 139 u.f.i., należy uznać za podmiot prowadzący działalność depozytową. Jednak, podobnie jak w przypadku otwartego funduszu inwestycyjnego, jego działalnością podstawową jest działalność inwestycyjna.

Szczególnym przejawem działalności inwestycyjnej jest prowadzenie przez zakłady ubezpieczeń na życie ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego. Według art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej<sup>33</sup> jest to, w ubezpieczeniu, o którym mowa w dziale I grupa 3 załącznika do tej ustawy (czyli w ubezpieczeniu na życie), wydzielony fundusz aktywów, stanowiący rezerwę tworzoną ze składek ubezpieczeniowych, inwestowany w sposób określony w umowie ubezpieczenia. Jak wynika z tej definicji, ubezpieczeniowy fundusz kapitałowy może być związany jedynie z ubezpieczeniem na życie, jest tworzony ze składek ubezpieczeniowych i jest inwestowany tak, jak to określa umowa ubezpieczenia. Wpłacane przez ubezpieczonego składki są alokowane w jednostki ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego. Umowa ubezpieczeniowa musi określać zasady tej alokacji składek ubezpieczeniowych, a w szczególności zasady i terminy wyceny jednostek ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego oraz zasady ustalania wysokości kosztów oraz wszelkich innych obciążeń potrącanych ze składek lub z ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego (art. 13 ust. 4 pkt 4–5 u.d.u.). Umowa powinna również określać terminy zamiany składek na jednostki tego funduszu.

Składka ubezpieczeniowa, w części, w której zostaje przeznaczona na jednostki ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego, ma charakter zwrotny charakterystyczny dla działalności depozytowej, ponieważ jednostki ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego są umarzane i zamieniane na środki pieniężne. Zasady umarzania tych jednostek, terminy zamiany oraz terminy wypłat środków pieniężnych powinny zostać określone w umowie ubezpieczeniowej. Nie może budzić wątpliwości, że tego rodzaju przejaw działalności depozytowej jest służebny względem funkcji inwestycyjnej, jaką ma pełnić ubezpieczeniowy fundusz kapitałowy. Z kolei działalność inwestycyjna jest służebna względem podstawowej działalności zakładu ubezpieczeń na życie, jaką jest działalność ubezpieczeniowa.

<sup>33</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 z późn. zm.

## 1.2.5. Działalność depozytowa a działalność ubezpieczeniowa

### 1.2.5.1. Pojęcie działalności ubezpieczeniowej

W bardzo szerokim ujęciu działalność ubezpieczeniowa obejmuje ubezpieczenia gospodarcze, społeczne i zdrowotne. W tym znaczeniu ubezpieczenie to „urządzenie społeczno-gospodarcze, umożliwiające zbiorowe tworzenie w sposób zorganizowany rezerw materialnych z góry przeznaczonych na łagodzenie następstw klęsk żywiołowych, nieszczęśliwych wypadków i innych zdarzeń losowych godzących w życie i mienie człowieka”<sup>34</sup>. Według innej, jeszcze przedwojennej definicji „ubezpieczenie to takie urządzenie gospodarcze, które zapewnia pokrycie przyszłych potrzeb majątkowych, wywołanych u poszczególnych jednostek przez odznaczające się pewną prawidłowością zdarzenia losowe, w drodze rozłożenia ciężaru tego pokrycia na wiele jednostek, którym te same zdarzenia zagrażają”<sup>35</sup>.

Można stąd wyprowadzić wniosek, że, jak wskazuje się w literaturze, „działalność ubezpieczeniowa obejmuje całokształt powiązań oraz relacji pomiędzy jednostkami oferującymi ten rodzaj usług (reprezentują podaż usług ubezpieczeniowych) a jednostkami zgłaszającymi zapotrzebowanie na nie (reprezentują popyt na usługi ubezpieczeniowe) zgodnie z ich możliwościami finansowymi”<sup>36</sup>. Usługa ubezpieczeniowa jest tu rozumiana jako polegająca na „zapewnieniu przez zakład ubezpieczeń ochrony ubezpieczeniowej swoim klientom, przy czym ochrona ta polega na utrzymaniu warunków i gotowości zakładu ubezpieczeń do wypłaty odszkodowania lub świadczenia na skutek zajścia wypadku ubezpieczeniowego”<sup>37</sup>.

Idea działalności ubezpieczeniowej wywodzi się z samopomocy – w tej działalności chodzi o rozłożenie majątkowych następstw danego zdarzenia, które byłyby zbyt dotkliwe dla pojedynczej osoby, na większą

---

<sup>34</sup> Por. I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2007, s. 39.

<sup>35</sup> J. Łazowski, *Wstęp do nauki o ubezpieczeniach*, Warszawa 1948, s. 10.

<sup>36</sup> R. Pajewska, *Instytucje ubezpieczeniowe w Polsce (w:) Instytucje rynku finansowego w Polsce*, red. A. Szelałowska, Warszawa 2007, s. 261; A. Szromik, *Psychospołeczne uwarunkowania przemian polskiego rynku ubezpieczeniowego (cz. I)*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1998, nr 7–8, s. 3–9.

<sup>37</sup> R. Pajewska, *Instytucje ubezpieczeniowe...*, s. 261.

liczbę jednostek, przez co dotkliwość takiego zdarzenia zostaje zminimalizowana<sup>38</sup>. Jeżeli zatem w ramach tej działalności są przyjmowane środki pieniężne od ubezpieczonych, to po to, aby przeznaczyć je na wypłatę świadczenia dla jednego z tych ubezpieczonych, który stał się poszkodowany. Zupełnie odmienny jest cel przyjmowania środków pieniężnych w ramach działalności depozytowej, w której chodzi o przechowywanie przyjętych środków i ich zwrot wraz z ewentualną nadwyżką.

Takie teoretyczne ujęcie znajduje odzwierciedlenie w definicji działalności ubezpieczeniowej zawartej w art. 3 ust. 1 u.d.u. W definicji tej jest mowa o oferowaniu i udzielaniu ochrony przed skutkami zdarzeń losowych, czyli akcentuje się funkcję ochronną ubezpieczeń oraz ich losowy charakter. Artykuł 3 ust. 1 stanowi, że przez działalność ubezpieczeniową rozumie się wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek wystąpienia skutków zdarzeń losowych, przy czym czynnościami ubezpieczeniowymi, zgodnie z ust. 3 tego artykułu, są:

- 1) zawieranie umów ubezpieczenia, umów reasekuracji lub umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecanie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym<sup>39</sup>, a także wykonywanie tych umów,
- 1a) zawieranie umów reasekuracji lub zlecanie ich zawierania brokerom reasekuracyjnym w rozumieniu ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, a także wykonywanie tych umów, w zakresie cedowania ryzyka z umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych (reasekuracja bierna),
- 2) składanie oświadczeń woli w sprawach roszczeń o odszkodowania lub inne świadczenia należne z tytułu umów, o których mowa w pkt 1 i 1a,
- 3) ustalanie składek i prowizji należnych z tytułu zawieranych umów, o których mowa w pkt 1,
- 4) ustanawianie, w drodze czynności cywilnoprawnych, zabezpieczeń rzeczowych lub osobistych, jeżeli są one bezpośrednio związane z zawieraniem umów, o których mowa w pkt 1 i 1a.

Ten katalog czynności ubezpieczeniowych został poszerzony o czynności wymienione w art. 3 ust. 4 i 5 u.d.u. Warto tu zauważyć, że w ramach

<sup>38</sup> Por. I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, s. 39; M. Kuchlewska, *Ubezpieczenie jako metoda finansowania ryzyka przedsiębiorstw*, Poznań 2003, s. 113.

<sup>39</sup> Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.).

czynności kwalifikowanych przez ustawę jako działalność ubezpieczeniowa mogą mieścić się działania mające ewidentnie charakter depozytowy. Według art. 3 ust. 4 pkt 7 u.o.d.u. do czynności ubezpieczeniowych zalicza się m.in. wykonywanie innych czynności określonych w przepisach innych ustaw (tzn. innych niż ustawa o działalności ubezpieczeniowej). Takimi „innymi czynnościami” mogą być prowadzenie pracowniczego programu emerytalnego (PPE) przyjmującego postać umowy grupowego ubezpieczenia na życie pracowników z zakładem ubezpieczeń w formie grupowego ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym lub prowadzenie indywidualnego konta emerytalnego (IKE) będącego wyodrębnionym rachunkiem w ubezpieczeniowym funduszu kapitałowym. Co ciekawe, tego rodzaju działalność ściśle łączy się z działalnością o charakterze inwestycyjnym, polegającą na prowadzeniu ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego.

Ustawa o działalności ubezpieczeniowej nie dotyczy wszystkich ubezpieczeń, lecz zgodnie z jej art. 1 ust. 1 określa wyłącznie warunki wykonywania działalności w zakresie ubezpieczeń osobowych i majątkowych. Dlatego też zawarta w tej ustawie definicja działalności ubezpieczeniowej ma zastosowanie przede wszystkim do tych dwóch rodzajów ubezpieczeń i nie znajdzie zastosowania do ubezpieczeń społecznych oraz zdrowotnych. Działalność ubezpieczeniowa w zakresie ubezpieczeń społecznych oraz zdrowotnych nie została ustawowo zdefiniowana. Takiej definicji nie zawiera ani ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>40</sup>, ani ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych<sup>41</sup>. Niemniej do działalności, którą regulują te dwie ustawy, można stosować wskazane już doktrynalne definicje ubezpieczeń oraz działalności ubezpieczeniowej.

### 1.2.5.2. Działalność depozytowa a ubezpieczenia gospodarcze (osobowe i majątkowe)

Jak już to zaznaczono, działalność ubezpieczeniowa w zakresie ubezpieczeń osobowych i majątkowych została zdefiniowana w art. 3 ust. 1 u.o.d.u. Porównanie tej definicji z definicją działalności depozytowej pro-

---

<sup>40</sup> Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 z późn. zm.).

<sup>41</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm.).

wadzi do wniosków, że pomiędzy tymi dwoma rodzajami działalności nie ma właściwie punktów zbieżnych, tzn. ani działalność ubezpieczeniowa ujęta w całości, ani też żadna z konkretnych czynności ubezpieczeniowych wymienionych w art. 3 ust. 3–5 tej ustawy nie spełniają kryteriów działalności depozytowej.

Podobieństwo pomiędzy działalnością depozytową i działalnością ubezpieczeniową w rozumieniu ustawy o działalności ubezpieczeniowej polega na tym, że w obu przypadkach instytucja finansowa przyjmuje środki pieniężne, a podmiot, od którego przyjmuje te środki, ma wobec tej instytucji, w razie wystąpienia określonego warunku, roszczenie o wypłatę pewnej możliwej do ustalenia kwoty pieniężnej. Przede wszystkim jednak w obu tych rodzajach działalności występuje element ryzyka – w działalności depozytowej jest to ryzyko bankowe, a w przypadku działalności ubezpieczeniowej – ryzyko ubezpieczeniowe<sup>42</sup>. Występowanie tych ryzyk uzasadnia wprowadzenie nadzoru państwowego, ograniczenia swobody prowadzenia tych działalności poprzez obowiązkową autoryzację (*authorization*) oraz zakaz prowadzenia tych działalności przez podmioty, której takiej autoryzacji nie uzyskały.

Instytucja ubezpieczeniowa (zakład ubezpieczeniowy) musi zgodnie z art. 6 ust. 1 znowelizowanej pierwszej dyrektywy 73/239/EEC Rady w sprawie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie<sup>43</sup> uzyskać zezwolenie (autoryzację), podobnie stanowi art. 4 dyrektywy 2002/83/EC dotyczącej ubezpieczeń na życie<sup>44</sup> oraz art. 3 dyrektywy 2005/68/EC w sprawie reasekuracji<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> O ryzyku ubezpieczeniowym zob. np. W. Warkało, W. Marek, W. Mogiński, *Prawo ubezpieczeniowe*, Warszawa 1983, s. 177.

<sup>43</sup> Pierwsza dyrektywa 73/239/EEC Rady z dnia 24 lipca 1973 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie (OJ L 228 z 16.08.1973 z późn. zm.). Dyrektywa ta zostanie uchylona w dniu 1 listopada 2012 r. przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/EC z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (OJ L 335 z 17.12.2009).

<sup>44</sup> Dyrektywa 2002/83/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. dotycząca ubezpieczeń na życie (OJ L 345 z 19.12.2002 z późn. zm.). Dyrektywa ta zostanie uchylona w dniu 31 października 2012 r. przez dyrektywę 2009/138/EC.

<sup>45</sup> Dyrektywa 2005/68/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2005 r. w sprawie reasekuracji oraz zmieniająca dyrektywy Rady 73/239/EEC, 92/49/EEC, a także dyrektywy 98/78/EC i 2002/83/EC (OJ L 323 z 9.12.2005 z późn. zm.). Dyrektywa ta zostanie uchylona w dniu 31 października 2012 r. przez dyrektywę 2009/138/EC.

Znalazło to odzwierciedlenie w ustawie o działalności ubezpieczeniowej. Według art. 6 ust. 1 tej ustawy wykonywanie działalności ubezpieczeniowej wymaga zezwolenia organu nadzoru, a według ust. 2 tego artykułu tę działalność może wykonywać wyłącznie zakład ubezpieczeń. Wykonywanie czynności ubezpieczeniowych bez zezwolenia jest zagrożone grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 225 ust. 1 u.d.u.). Zachodzi tu oczywista analogia do postanowień art. 5 i 6 dyrektywy 2006/48/EC, art. 5 ust. 4 pr. bank. oraz art. 171 pr. bank.

### 1.2.5.3. Działalność depozytowa a ubezpieczenia społeczne

W doktrynie ubezpieczenie społeczne definiuje się jako urządzenie społeczno-gospodarcze pozwalające zabezpieczyć jednostkę przed skutkami zajścia w jej życiu zdarzenia losowego (chodzi o zdarzenia losowe biotyczne, czyli właściwe dla człowieka jako jednostki biologicznej, np. choroba, śmierć, urodzenie dziecka), niekoniecznie niekorzystnego, jednak niekorzystnie wpływającego na zdolność samodzielnego zdobywania środków na utrzymanie<sup>46</sup>. Według innej definicji ubezpieczenie społeczne stanowi system zagwarantowanych ustawowo i związanych z pracą świadczeń o charakterze roszczeniowym, pokrywających potrzeby wywołane przez zdarzenia losowe lub inne zrównane z nimi, spełniane przez zobowiązane do tego instytucje oraz finansowane w zakresie bezpośredniego lub pośredniego rozłożenia ciężaru tych świadczeń, w całości lub co najmniej w poważnej mierze, przez zbiorowość osób do nich uprawnionych<sup>47</sup>.

Należy tu podkreślić, że ubezpieczenia społeczne traktuje się jako jedną z technik zabezpieczenia społecznego, obok zaopatrzenia społecznego i pomocy społecznej<sup>48</sup>.

Według art. 1 u.s.u.s. ubezpieczenia społeczne obejmują ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie chorobowe (czyli

---

<sup>46</sup> I. Jędrasik-Jankowska, *Treść ryzyka emerytalnego* (w:) *Konstrukcje prawa emerytalnego*, Kraków 2004, s. 69.

<sup>47</sup> W. Szubert, *Ubezpieczenia społeczne. Zarys systemu*, Warszawa 1987, s. 66.

<sup>48</sup> G. Uścińska, *Świadczenia z zabezpieczenia społecznego w regulacjach międzynarodowych i polskich*, Warszawa 2005, s. 33. Więcej o pojęciu zabezpieczenia społecznego zob. np. G. Uścińska, *Europejskie standardy zabezpieczenia społecznego a współczesne rozwiązania polskie*, Warszawa 2005, s. 28 i n. oraz cyt. tam lit. Należy tu dodać, że ubezpieczenia społeczne dotyczą metody ubezpieczeniowej, która stanowi jedną z metod zabezpieczenia społecznego, obok metody zaopatrzeniowej i opiekuńczej.

ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa) oraz ubezpieczenie wypadkowe (ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych). Zadania z zakresu ubezpieczeń społecznych wykonują Zakład Ubezpieczeń Społecznych, otwarte fundusze emerytalne, zakłady emerytalne oraz płatnicy składek (art. 3 ust. 1 u.s.u.s.).

Świadczenia z ubezpieczenia społecznego mogą być finansowane z wykorzystaniem dwóch metod: repartycyjnej albo kapitałowej.

Metoda repartycyjna polega na tym, że źródłem finansowania świadczeń jest bieżąca składka. Tak zgromadzony fundusz ma wówczas charakter konsumpcyjny i w ciągu roku zachodzi potrzeba zgromadzenia tyłu środków, aby pokryć całoroczne wydatki<sup>49</sup>. W przypadku stosowania tej metody składki nie są w żaden sposób inwestowane, a z wpłaceniem składki wiąże się uprawnienie do zwrotu powierzonych w ten sposób środków pieniężnych.

Metodę repartycyjną stosuje się dla wypłacania świadczeń z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, będącego, zgodnie z art. 51 u.s.u.s., państwowym funduszem celowym, którym dysponuje Zakład Ubezpieczeń Społecznych. W ramach Funduszu Ubezpieczeń Społecznych wyodrębnia się cztery autonomiczne fundusze (emerytalny, rentowy, chorobowy i wypadkowy) dla finansowania poszczególnych rodzajów świadczeń (emerytalnych, rentowych, chorobowych oraz wypadkowych) oraz dwa fundusze rezerwowe – jeden dla ubezpieczeń rentowych i ubezpieczenia chorobowego oraz drugi dla ubezpieczenia wypadkowego (art. 55 u.s.u.s.). Jest zatem oczywiste, że działalność ubezpieczeniowa w zakresie ubezpieczeń społecznych finansowanych metodą repartycyjną nie ma elementów wspólnych z działalnością depozytową, a przede wszystkim nie może być kwalifikowana jako działalność depozytowa.

Na tę ocenę nie wpływa okoliczność, że dla dużej grupy ubezpieczonych (urodzonych po 31 grudnia 1948 r.) część należnej składki na ubezpieczenie emerytalne, która jest przekazywana do ZUS i zasila Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (druga część tej składki trafia do wybranego lub wylosowanego OFE), jest wykazywana na indywidualnym koncie ubezpieczonego prowadzonym przez ZUS. Jak zauważa się w literaturze, składka jest wykazywana na tym koncie jedynie jako „wartość księgową, która posłuży do ustalania wymiaru i obliczenia emerytury”<sup>50</sup>. Wskazuje na to wyraźnie treść ustawy, np. według art. 40 ust. 1 u.s.u.s. „na koncie ubezpie-

<sup>49</sup> I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje...*, s. 50.

<sup>50</sup> J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2006, s. 109.

czonego ewidencjuje się informacje o zwaloryzowanej wysokości składek na ubezpieczenie emerytalne”, a według art. 4 pkt 7 u.s.u.s. konto ubezpieczonego to „konto, na którym ewidencjonowane są składki oraz informacje dotyczące przebiegu ubezpieczeń społecznych danego ubezpieczonego”. Tak więc ustawa o ubezpieczeniach społecznych traktuje konto ubezpieczonego raczej jako instrument do zapisywania informacji koniecznych do późniejszego ustalenia wysokości emerytury. Ustawa ta nie traktuje tego konta tak, jak np. jest rozumiane konto rachunku bankowego<sup>51</sup>.

Ubezpieczony nie ma roszczenia cywilnoprawnego o zwrot składek, które trafiły do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Ma on natomiast prawo o charakterze publicznoprawnym do emerytury w wysokości wynikającej z ustawy, przy czym na wysokość tej emerytury ma istotny wpływ łączna kwota składek odprowadzona do FUZ przez cały okres ubezpieczenia<sup>52</sup>. Nie można traktować prawa do emerytury jako podstawy roszczenia o zwrot wcześniej wpłaconych składek do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych – jest to oczywista konsekwencja przyjęcia metody repartycyjnej na finansowanie tej części emerytury.

Co więcej, zgodnie z art. 40 ust. 1 pkt 1 u.s.u.s. na prowadzonym przez ZUS koncie ubezpieczonego ma figurować składka należna, a nie zapłacona (z wyjątkiem kont ubezpieczonych opłacających składki za samych siebie<sup>53</sup>, dla których wykazuje się składkę zapłaconą)<sup>54</sup>. Jest to przesądzający argument za tym, aby środków gromadzonych na takim koncie nie traktować jako środków powierzonych pod tytułem zwrotnym. Na marginesie dodać należy, że środki gromadzone w Funduszu Ubezpieczeń Społecznych mają charakter publiczny, tzn. są środkami publicznymi w rozumieniu ustawy o finansach publicznych<sup>55</sup>. Jest to konsekwencja tego, że obowiązkowe składki pobierane w ramach ubezpieczenia społecznego są dochodami publicznymi w rozumieniu art. 5 ust. 2

<sup>51</sup> Rachunek bankowy w ujęciu formalnym oznacza zapisy w księgach rachunkowych banku odzwierciedlające stan wierzytelności przysługującej jednej ze stron stosunku rachunku bankowego względem drugiej oraz zmiany tego stanu – zob. W. Pyziół (w:) *Prawo bankowe...*, s. 172.

<sup>52</sup> Por. M. Zieleniecki, *Stosunki prawne wiążące podmioty prawa emerytalnego* (w:) *Konstrukcje prawa emerytalnego*, Kraków 2004, s. 241 i n.; I. Jędrasik-Jankowska, *Treść ryzyka emerytalnego...*, s. 77 i n.

<sup>53</sup> Chodzi o osoby prowadzące pozarolniczą działalność, osoby dobrowolnie ubezpieczone na podstawie art. 7 i 10 u.s.u.s. oraz duchownych niebędących członkami zakonu.

<sup>54</sup> Por. J. Jończyk, *Prawo...*, s. 109; M. Zieleniecki, *Stosunki prawne...*, s. 261.

<sup>55</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).



pkt 1 tej ustawy<sup>56</sup>. Z całą pewnością więc ubezpieczonemu nie przysługuje prawo własności do części składki wpłacanej na Fundusz Ubezpieczenia Społecznego, ponieważ kwota ta staje się własnością Skarbu Państwa.

Metoda kapitałowa znajduje zastosowanie do wypłacania świadczeń emerytalnych z otwartych funduszy emerytalnych (OFE). Właściwie, precyzyjnie rzecz ujmując, to środki z OFE nie są wypłacane bezpośrednio ubezpieczonemu, lecz mają zostać przekazane do funduszu dożywotnich emerytur kapitałowych prowadzonego przez zakład emerytalny i dopiero z tego funduszu (ze środków przekazanych przez OFE) jest wypłacana emerytura, tzw. emerytura kapitałowa (okresowa lub dożywotnia).

Należy postawić pytanie, czy działalność otwartych funduszy emerytalnych oraz działalność funduszy dożywotnich emerytur kapitałowych prowadzonych przez zakłady emerytalne nosi znamiona działalności depozytowej.

Cecha zwrotności będzie dotyczyć tylko części środków przekazywanych do OFE – tych, które są objęte składką płaconą przez ubezpieczonego. Te środki wychodzą z jego majątku i tylko co do tych środków można zasadnie stawiać pytanie o ich zwrotny charakter. Części składki, którą uiszcza płatnik ze swoich środków, nie dotyczy „zwrotność”, bo przecież środki te nigdy nie stanowiły majątku ubezpieczonego. Ubezpieczony nie ma też roszczenia o ich przekazanie do ZUS – obowiązek przekazania składki wynika z ustawy i jest egzekwowany przez ZUS. Ogólnie rzecz ujmując i nie wchodząc w szereg szczegółowych wyjątków, zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 16 ust. 1 u.s.u.s., w sytuacjach określonych w tym artykule płatnik finansuje połowę składki emerytalnej ubezpieczonego ze swoich środków, a drugą połowę finansuje ze swoich środków ubezpieczony. Jednak niektórzy ubezpieczeni wpłacają w całości składkę na ubezpieczenie emerytalne za samych siebie.

W doktrynie wyrażono dwa przeciwstawne poglądy: według jednych autorów<sup>57</sup> środki otwartych funduszy emerytalnych mają charakter publiczny, według innych autorów<sup>58</sup> są to środki prywatne.

<sup>56</sup> Z. Ofiarski (w:) M. Karlikowska, W. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010, s. 25.

<sup>57</sup> J. Jończyk, *Prawo...*, s. 109–110; K. Gonera, *Środki gromadzone w OFE – prywatne czy publiczne?*, Służba Pracownicza 2008, nr 10, s. 23; K. Antonów, *Prawo do emerytury*, Kraków 2003, s. 83–84.

<sup>58</sup> M. Kulesza, P. Radziejewicz, *Kwalifikacja prawna środków przekazywanych na rachunki otwartych funduszy emerytalnych*, Glosa 2001, nr 7, s. 12 i n.; R. Pacud, *Oczekiwania prawne na emeryturę dożywotnią*, Kraków–Katowice 2006, s. 107–108, 276.

Wydaje się, że bardziej przekonująca jest teza o publicznym charakterze środków gromadzonych przez OFE. Przemawia za tym przede wszystkim treść wspomnianego już art. 5 ust. 2 pkt 1 u.f.p. Z artykułu tego wynika, że cała składka przekazana przez płatnika do ZUS nabiera charakteru środków publicznych. Nie ulega wątpliwości, że ta część tej składki, która trafia do FUS, nadal ma taki charakter i nie wydaje się, aby pozostała część składki przekazywana przez ZUS do OFE miałyby ten charakter zatracić, stając się, tylko z uwagi na przekazanie do OFE, środkami prywatnymi<sup>59</sup>. Skoro ustawa o finansach publicznych wyraźnie nadaje charakter środków publicznych składkom powierzonym ZUS przez płatnika, to tylko i wyłącznie ustawa może następnie te środki pozbawić charakteru publicznego. Ani ustawa o finansach publicznych, ani przede wszystkim ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych, ani też żadna inna ustawa nie stanowią, że środki publiczne przekazane przez ZUS do OFE nabierają charakteru środków prywatnych. Na publiczny charakter środków gromadzonych przez OFE wskazuje również zasada, zgodnie z którą prawo do emerytury kapitałowej i jej wysokość ustala ZUS w drodze decyzji, na podstawie wniosku o ustalenie prawa do emerytury złożonego przez członka otwartego funduszu emerytalnego (art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych<sup>60</sup>).

Zwolennikiem koncepcji zakładającej publiczny charakter środków gromadzonych przez OFE jest również Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. (II UK 12/08)<sup>61</sup> Sąd stwierdził, że „składki na ubezpieczenie emerytalne odprowadzane do funduszu nie są prywatną własnością członka funduszu, a pochodzą z podziału przekazywanej Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych składki na to właśnie ubezpieczenie i przeliczone na jednostki rozrachunkowe stanowią podstawę nabywania przez członka funduszu uprawnień częściowych do przyszłej emerytury do czasu nabycia prawa do całości środków zgromadzonych na indywidualnym koncie. Zatem składka emerytalna, z uwagi na jej przeznaczenie na tworzenie funduszu emerytalnego, posiada publicznoprawny ubezpie-

---

<sup>59</sup> Takich argumentów nie podają M. Kulesza, P. Radziewicz, którzy wbrew literalnemu brzmieniu przepisów ustawy o finansach publicznych twierdzą, że część składki przekazywanej do OFE, jako że ma charakter „zindywidualizowany”, pozostanie poza zakresem środków publicznych już na etapie przekazywania tej części składki przez płatnika do ZUS, a tym bardziej na etapie przekazywania z ZUS do OFE – zob. M. Kulesza, P. Radziewicz, *Kwalifikacja prawna...*, s. 13.

<sup>60</sup> Dz. U. Nr 228, poz. 1507, z późn. zm.

<sup>61</sup> LEX nr 448187.

zeniowy charakter, który zachowuje nadal po przekazaniu przez Zakład jej części do funduszu”.

Za koncepcją zakładającą publiczny charakter środków zgromadzonych przez OFE przemawia daleko idące ograniczenie ubezpieczonego w możliwości dysponowania środkami zgromadzonymi w OFE. Według art. 107 ust. 1 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych<sup>62</sup> nie może on, jako członek OFE, rozporządzać środkami zgromadzonymi na swoim rachunku prowadzonym przez OFE. Jest to pierwszy artykuł rozdziału 11 zatytułowanego „Wypłata środków zgromadzonych na rachunku”, co oddaje wagę, jaką ustawodawca przykłada do tej zasady. Ustawodawca przewidział tylko jeden wyjątek – postanowień art. 107 ust. 1, jak stanowi ust. 2, nie stosuje się do rozporządzeń członka funduszu na wypadek śmierci. Jednak w tym przypadku nie ma zastosowania ogólna regulacja prawa spadkowego zawarta w kodeksie cywilnym, lecz przepisy rozdziału 13 u.f.f.e. (art. 131–133). Środki zgromadzone na rachunku zmarłego członka OFE najpierw są wykorzystywane zgodnie z postanowieniami art. 131 u.f.f.e. i dopiero gdy nie zostaną w ten sposób wykorzystane, są przekazywane osobom wskazanym przez zmarłego. W doktrynie wyjątek ten ocenia się jako „modyfikację instytucji renty rodzinnej z ubezpieczenia społecznego”<sup>63</sup>. Niewykorzystanie środków zgodnie z art. 131 u.f.f.e. (jeżeli członek OFE nie pozostawał w związku małżeńskim) ani też nieprzekazanie tych środków osobom wskazanym przez zmarłego (w razie braku takiego wskazania) umożliwi dopiero wejście tych środków w skład spadku.

Niemniej nawet przyjęcie tezy o publicznym charakterze środków gromadzonych przez OFE niekoniecznie musi pozbawiać działalność polegającą na gromadzeniu tych środków elementu zwrotności. Co prawda ubezpieczony (który jest jednocześnie członkiem OFE) nie będzie miał roszczenia o zwrot tych środków przez cały okres opłacania składek, jednak w razie wystąpienia okoliczności wskazanych przez ustawę (osiągnięcie wieku emerytalnego) będzie miał ustawowe prawo do wypłacenia mu środków zgromadzonych przez OFE. Taka konstrukcja wskazywałaby na występowanie elementu zwrotności, nawet jeżeli roszczenie o zwrot nie wynika z umowy, a środki pieniężne tracą charakter prywatny. Są jednak silne argumenty przeciwko przyjęciu, że element zwrotności w ogóle występuje w przypadku działalności OFE. Przede

<sup>62</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 34, poz. 189 z późn. zm.

<sup>63</sup> J. Jończyk, *Prawo...*, s. 110 i cyt. tam lit.

wszystkim środki gromadzone przez otwarte fundusze emerytalne po upływie okresu gromadzenia składek i po nabyciu przez ubezpieczonego prawa do emerytury nie trafiają do ubezpieczonego (członka OFE), lecz do funduszu dożywotnich emerytur kapitałowych prowadzonego przez zakład emerytalny, który następnie wypłaca ubezpieczonemu emeryturę kapitałową. Tak więc nawet po ziszczeniu się warunku wypłaty emerytury, kwota zgromadzona przez OFE i przekazana do zakładu emerytalnego nie jest wypłacana w całości, lecz w cyklicznych wypłatach. Poza tym trudno mówić o „zwrotności” środków w sytuacji, gdy wypłata środków zgromadzonych przez OFE jest uzależniona od decyzji podjętej przez ZUS, który rozstrzyga w drodze decyzji administracyjnej o prawie do emerytury kapitałowej i o jej wysokości.

Wydaje się, że również fundusz dożywotnich emerytur kapitałowych nie prowadzi działalności, która cechowałaby się elementem zwrotności. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że środki trafiające do tego funduszu nie są wpłacane przez ubezpieczonego (emeryta), lecz przez otwarty fundusz emerytalny. „Zwrotność” można by tu rozpatrywać tylko przy założeniu, że własność tych środków pozostaje przy ubezpieczonym, co – jak już zostało przedstawione – wydaje się wątpliwe. Poza tym zakład emerytalny wypłaca ze środków przekazanych przez OFE emeryturę ratami i ubezpieczony nie może tymi środkami rozporządzać w dowolny sposób, występuje również duże prawdopodobieństwo tego, że środki te nie zostaną w całości wypłacone, bo ubezpieczony wcześniej umrze.

Jednak koronnego argumentu przeciwko tezie, że fundusz dożywotnich emerytur kapitałowych wykonuje działalność depozytową, dostarcza uwzględnienie funkcji i celu jego działalności. Według art. 2 ust. 2 zawetowanej przez Prezydenta, a następnie nieuchwalonej (a więc nieobowiązującej) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o funduszach dożywotnich emerytur kapitałowych<sup>64</sup> przedmiotem działalności funduszu jest przyjmowanie składek (chodzi o środki otrzymane z rachunku członka OFE), ich lokowanie oraz wypłata świadczeń pieniężnych ze środków przekazanych z OFE. Tak więc celem działalności funduszu dożywotnich emerytur kapitałowych jest przede wszystkim redystrybucja środków pochodzących z OFE, a w dalszej kolejności realizacja funkcji inwestycyjnej (lokowanie środków). Niewątpliwie z tej perspektywy działalność OFE jest bliższa działalności depozytowej – według art. 2 ust. 2 u.f.f.e. przed-

---

<sup>64</sup> Druk nr 865, po zawetowaniu przez Prezydenta ustawa ta w dniu 5 marca 2009 r. nie została uchwalona przez Sejm.

miotem działalności OFE jest gromadzenie środków pieniężnych, ich lokowanie z przeznaczeniem na wypłatę członkom po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego oraz wypłata okresowych emerytur kapitałowych. Jednak – jak to już wykazano – inne cechy działalności OFE wyłączają je z zakresu podmiotów wykonujących działalność depozytową.

W ujęciu systemowym zwraca uwagę fakt, że ustawodawca, kierując się właśnie kryterium funkcji i celu działalności, zakwalifikował Towarzystwa Funduszy Emerytalnych wraz z OFE oraz zakłady emerytalne z funduszami dożywotnich emerytur kapitałowych do systemu ubezpieczeń społecznych obok Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zarządzającego FUS (por. art. 3 u.s.u.s.). To usprawiedliwia analizę działalności tych podmiotów w tym podrozdziale. Natomiast wydaje się, że działalność wielu podmiotów, które pozostają poza systemem ubezpieczeń społecznych, a pełnią istotną uzupełniającą funkcję, współtworząc tzw. III filar finansowania emerytur, nie powinna tu być analizowana. Chodzi tu o podmioty prowadzące pracownicze programy emerytalne (PPE) lub indywidualne konta emerytalne (IKE).

Pracownicze programy emerytalne (PPE) to pojęcie zbiorcze, oznaczające różne formy organizacyjne, mające na celu stworzenie pracownikowi możliwości dobrowolnego gromadzenia i pomnażania środków finansowych przeznaczonych do wykorzystania w wieku emerytalnym<sup>65</sup>. Zostały uregulowane w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych<sup>66</sup>. W art. 6 ust. 1 tej ustawy podano, w jakich formach mogą być one prowadzone. Mogą więc przybrać formę:

- funduszu emerytalnego,
- umowy o wnoszenie przez pracodawcę składek pracowników do funduszu inwestycyjnego,
- umowy grupowego ubezpieczenia na życie pracowników z zakładem ubezpieczeń w formie grupowego ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym,
- zarządzania zagranicznego.

Artykuł 10 u.p.p.e. podaje 3 etapy tworzenia pracowniczego programu emerytalnego. Pierwszy etap to zawarcie umowy zakładowej albo umowy międzyzakładowej. Drugi etap oferuje trzy możliwości:

<sup>65</sup> T.H. Bednarczyk, *Pracowniczy fundusz emerytalny jako podmiot rynku finansowego* (w:) *Rynek finansowy, instytucje, strategie, instrumenty*, red. P. Karpuś, J. Węclawski, Lublin 2003, s. 175.

<sup>66</sup> Dz. U. Nr 116, poz. 1207 z późn. zm.

- 1) zawarcie umowy z instytucją finansową (z zastrzeżeniem art. 17 ust. 3 u.p.p.e.) albo
- 2) utworzenie towarzystwa emerytalnego i funduszu emerytalnego, albo
- 3) nabycie przez pracodawcę akcji istniejącego towarzystwa emerytalnego.

Ostatnim, trzecim etapem, jest rejestracja programu przez organ nadzoru (Komisję Nadzoru Finansowego). W przypadku gdy program ma być prowadzony w formie zarządzania zagranicznego, warunkiem rejestracji programu przez Komisję jest przekazanie jej przez zagraniczny organ nadzoru informacji o tym, że akceptuje on zarządzanie programem przez zarządzającego zagranicznego (art. 10 ust. 3 u.p.p.e.).

Z postanowień ustawy o pracowniczych programach emerytalnych wynika, że takie programy nie są bynajmniej jakąś nową formą działalności finansowej, są natomiast realizowane w ramach działalności inwestycyjnej albo ubezpieczeniowej w zakresie ubezpieczeń osobowych. Te rodzaje działalności finansowej zostały już omówione w kontekście działalności depozytowej. Zostały również wskazane podmioty, które prowadzą pracownicze programy emerytalne. Tu wystarczy przypomnieć, że są to:

- Pracownicze Towarzystwa Emerytalne zarządzające pracowniczymi funduszami emerytalnymi,
- Towarzystwa Funduszy Inwestycyjnych zarządzające funduszami inwestycyjnymi,
- banki,
- Zakłady Ubezpieczeń na Życie w formie spółki akcyjnej,
- Zakłady Ubezpieczeń na Życie w formie towarzystw ubezpieczeń wzajemnych.

Oczywiście podmioty prowadzące pracownicze programy emerytalne wykonują działalność depozytową, jednak nie jest to ich działalność podstawowa (z wyłączeniem banków), lecz jedynie uboczna, pełniąca wyłącznie funkcję służebną względem działalności inwestycyjnej. Uwaga ta dotyczy również Zakładów Ubezpieczeń na Życie, bo przecież PPE mogą prowadzić tylko takie zakłady, które zarządzają ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym.

Prowadzenie indywidualnych kont emerytalnych również jest przejawem działalności depozytowej. Według art. 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontach emerytalnych<sup>67</sup> IKE to:

---

<sup>67</sup> Dz. U. Nr 116, poz. 1205 z późn. zm.

- wyodrębniony zapis w rejestrze uczestników funduszu inwestycyjnego,
- wyodrębniony rachunek papierów wartościowych lub inny rachunek, na którym zapisywane są instrumenty finansowe niebędące papierami wartościowymi, oraz rachunek pieniężny służący do obsługi takich rachunków w podmiocie prowadzącym działalność maklerską,
- wyodrębniony rachunek w ubezpieczeniowym funduszu kapitałowym,
- wyodrębniony rachunek bankowy w banku.

Podobnie jak w przypadku PPE, działalność depozytowa prowadzona w oparciu o IKE pełni jedynie funkcję służebną wobec działalności inwestycyjnej. Indywidualne konta emerytalne mogą prowadzić takie instytucje finansowe (w szerokim znaczeniu), jak:

- Towarzystwa Funduszy Inwestycyjnych,
- domy maklerskie,
- banki,
- Zakłady Ubezpieczeń na Życie w formie spółki akcyjnej,
- Zakłady Ubezpieczeń na Życie w formie towarzystw ubezpieczeń wzajemnych.

### 1.2.6. Działalność depozytowa a wydawanie pieniądza elektronicznego

Według art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2000/46/EC dotyczącej instytucji pieniądza elektronicznego<sup>68</sup> pieniądz elektroniczny oznacza wartość pieniężną stanowiącą prawo roszczenia wobec emitenta, a art. 3 ust. 1 tej dyrektywy wprost stanowi, że posiadacz pieniądza elektronicznego może, w okresie ważności, zwrócić się do emitenta o wykupienie tego pieniądza według wartości nominalnej w monetach i banknotach lub poprzez przelanie równowartości na rachunek posiadacza. W takim razie pieniądz elektroniczny według dyrektywy jest emitowany pod tytułem zwrotnym. Również polska ustawa nadaje pieniądzwowi elektronicznemu taki zwrotny charakter – według art. 4 ust. 1 pkt 5 pr. bank. pieniądz elektroniczny

<sup>68</sup> Dyrektywa 2000/46/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 września 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością (OJ L 275 z 27.10.2000 r. z późn. zm.).

to wartość pieniężna, która jest na żądanie wymieniana przez wydawcę na środki pieniężne. Ten zwrotny charakter pieniądza elektronicznego sugeruje, że działalność polegająca na jego emisji może być uznana za działalność depozytową. Jednak w pkt 9 preambuły dyrektywy wyraźnie zaznaczono, że „możliwość wykupu sama w sobie nie oznacza, że środki pieniężne otrzymane w zamian za pieniądź elektroniczny traktowane są jako depozyt lub inne środki pieniężne w rozumieniu dyrektywy 2000/12/EC” (obecnie dyrektywy 2006/48/EC). Zasadę tą wyrażono w art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/46/EC, według którego otrzymanie środków pieniężnych w znaczeniu art. 1 ust. 3 lit. b) pkt ii) tej dyrektywy (chodzi o emitowanie pieniądza elektronicznego w zamian za środki pieniężne o wartości nie mniejszej niż wartość wyemitowana) nie należy traktować jako depozytów lub innych zwrotnych środków w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2000/12/EC (obecnie art. 5 dyrektywy 2006/48/EC), jeżeli otrzymane środki pieniężne są natychmiast (ang. *immediately*) zamieniane na pieniądź elektroniczny. Takie rygorystyczne wykluczenie depozytowego charakteru działalności polegającej na emitowaniu pieniądza elektronicznego uzasadnia się w pkt 7 preambuły dyrektywy 2000/46/EC szczególnym charakterem pieniądza elektronicznego jako „elektronicznego surogatu dla monet i banknotów”. Dopiero w sytuacji gdyby emitowanie pieniądza elektronicznego skutkowało powstaniem salda kredytowego, a więc gdyby wartość wyemitowanego pieniądza elektronicznego była wyższa od wartości środków pieniężnych przyjętych w zamian za ten pieniądź, instytucja pieniądza elektronicznego prowadziłaby działalność depozytową. Wynika to z brzmienia pkt 8 preambuły dyrektywy, według którego „otrzymanie środków pieniężnych od ludności w zamian za pieniądź elektroniczny, skutkujące saldem kredytowym pozostającym na rachunku w instytucji emitującej, stanowi otrzymanie depozytów lub innych środków zwrotnych w rozumieniu dyrektywy 2000/12/EC” (obecnie dyrektywy 2006/48/EC). Jednak instytucje pieniądza elektronicznego mogą emitować pieniądź elektroniczny tylko w stosunku 1:1 (wynika to z definicji pieniądza elektronicznego), a kredytowanie tej emisji stanowiłoby naruszenie postanowień dyrektywy określających zakres działalności instytucji pieniądza elektronicznego. Artykuł 4 dyrektywy 2000/46/EC ogranicza zakres działalności instytucji pieniądza elektronicznego, stanowiąc, że działalność gospodarcza instytucji pieniądza elektronicznego, inna niż emisja pieniądza elektronicznego, ogranicza się do:

- a) świadczenia powiązanych ze sobą usług finansowych i niefinansowych, takich jak administrowanie pieniądzem elektronicznym po-



przez wykonywanie funkcji operacyjnych i innych funkcji pomocniczych związanych z jego emisją oraz emitowanie i administrowanie innymi środkami płatniczymi, wyłączając udzielenie kredytu w jakiegokolwiek formie; oraz

- b) przechowywania danych na nośnikach elektronicznych w imieniu innych podmiotów lub instytucji publicznych.

Odpowiednio również polska ustawa z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych<sup>69</sup> ogranicza działalność instytucji pieniądza elektronicznego, stanowiąc w art. 45 ust. 1, że instytucja pieniądza elektronicznego, w zakresie wykonywanej działalności gospodarczej innej niż wydawanie pieniądza elektronicznego, może wyłącznie:

- 1) świadczyć ściśle powiązane z wydawaniem pieniądza elektronicznego usługi finansowe i niefinansowe, takie jak wykonywanie funkcji operacyjnych i innych funkcji pomocniczych, a także wydawać oraz administrować innymi środkami płatniczymi, z wyłączeniem prowadzenia działalności kredytowej w jakiegokolwiek formie, oraz
- 2) przechowywać dane na informatycznych nośnikach danych w imieniu innych podmiotów lub instytucji publicznych.

Ponadto instytucja pieniądza elektronicznego nie może przyjmować w celu zarobkowym pod tytułem zwrotnym środków pieniężnych oraz gromadzić tych środków, w szczególności przyjmować środków pieniężnych podlegających zwrotowi oraz prowadzić rachunków tych środków (art. 46 u.e.i.p.).

W celu zaakcentowania rozdzielności działalności depozytowej i działalności polegającej na emitowaniu pieniądza elektronicznego polski ustawodawca wyraźnie zastrzegł w ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych, że środki pieniężne przyjęte przez bank od posiadacza nie są wkładem pieniężnym płatnym na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank., jeżeli środki te są niezwłocznie wymienione na pieniądź elektroniczny (art. 59 u.e.i.p.).

W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/EC z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniającej dyrektywę 2005/50/EC i 2006/48/EC oraz uchylającej dyrektywę 2000/46/EC<sup>70</sup>, jeszcze precyzyjniej wyjaśnia

<sup>69</sup> Dz. U. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.

<sup>70</sup> OJ L 267 z 10.10.2009. Więcej o tej dyrektywie i jej relacjach do dyrektywy 2000/46/EC zob. podrozdział 2.2.2.

się przyczyny, dla których emitowanie pieniądza elektronicznego nie może zostać uznane za działalność depozytową. Według pkt 13 preambuły dyrektywy 2009/110/EC „emisja pieniądza elektronicznego nie stanowi działalności w zakresie przyjmowania depozytów, przewidzianej w dyrektywie 2006/48/WE, w świetle szczególnego charakteru pieniądza elektronicznego jako substytutu monet i banknotów, pieniądza, który można wykorzystać wyłącznie do dokonywania płatności, zwykle na ograniczoną kwotę, a nie jako formę oszczędzania (*not as means of saving*)”. Podkreśleniem różnicy w rodzajach działalności prowadzonych przez instytucję kredytową i instytucję pieniądza elektronicznego jest przewidziana przez dyrektywę 2009/110/EC zmiana w definicji instytucji kredytowej zawartej w dyrektywie 2006/48/EC, tak aby instytucje pieniądza elektronicznego na gruncie tej dyrektywy nie były uważane za instytucje kredytowe.

Także dyrektywa 2009/110/EC w art. 6 ust. 2 i 3 zawiera przepisy, które zdaniem ustawodawcy unijnego mają zapewnić, aby działalność instytucji pieniądza elektronicznego nie była kwalifikowana jako działalność depozytowa. Według art. 6 ust. 2 instytucje pieniądza elektronicznego nie przyjmują od ludności depozytów lub innych środków podlegających zwrotowi w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2006/48/EC. Natomiast według art. 6 ust. 3 wszelkie środki otrzymane przez IPE od posiadacza pieniądza elektronicznego są niezwłocznie wymieniane na pieniądz elektroniczny, przy czym takie środki nie stanowią depozytu ani innych podlegających zwrotowi środków otrzymanych od ludności w rozumieniu wspomnianego art. 5 dyrektywy 2006/48/EC. Pomimo tych zabiegów legislacyjnych pieniądz elektroniczny nadal, zgodnie z jego definicją zawartą w dyrektywie 2009/110/EC, jest wartością pieniężną, przechowywaną elektronicznie, w tym magnetycznie, stanowiącą prawo do roszczenia wobec emitenta. Ponadto według art. 11 ust. 2 dyrektywy państwa członkowskie muszą zapewnić, że na wniosek posiadacza pieniądza elektronicznego emitenci pieniądza elektronicznego będą umożliwiać, w każdym czasie i według wartości nominalnej, wykup wartości pieniężnej posiadanego pieniądza elektronicznego. Tak więc pomimo treści art. 6 ust. 2 i 3 dyrektywy 2009/110/EC charakterystyczną cechą działalności polegającej na emisji pieniądza elektronicznego jest zwrotność. Instytucja pieniądza elektronicznego w każdym momencie musi zwrócić powierzone jej w zamian za pieniądz elektroniczny środki pieniężne, które w określonym kraju członkowskim są prawnym środkiem płatniczym. Z tego punktu widzenia działalność polegająca na emisji

pieniądza elektronicznego jest niewątpliwie działalnością depozytową. Jest to jej cecha immanentna, wynikająca z samej istoty pieniądza elektronicznego i nie mogą tego zmienić deklaracje ustawodawcy zawarte w art. 6 ust. 2 i 3 dyrektywy 2009/110/EC ani też zastrzeżenie dokonane w pkt 18 preambuły, że pieniądź elektroniczny podlega wykupowi w celu podtrzymania zaufania posiadacza tego pieniądza, a możliwość wykupu nie oznacza, że środki pieniężne otrzymane w zamian za pieniądź elektroniczny należy traktować jako depozyty lub inne środki podlegające zwrotowi do celów dyrektywy 2006/48/EC. Uznanie emisji pieniądza elektronicznego za działalność depozytową nie zmienia tego, że podstawową funkcją tego pieniądza nie jest, co akcentuje się w dyrektywie 2009/110/EC, „oszczędzanie”, lecz przeprowadzanie płatności.

Pieniądź elektroniczny, jako surogat monet i banknotów, jest odpowiednikiem tej wartości, która została powierzona w zamian za niego instytucji pieniądza elektronicznego, i jego funkcja nie ma polegać na reprezentowaniu prawa do odzyskania tej wartości, lecz ma reprezentować prawo do zapłaty za towary i usługi, tak jak banknoty i monety. Jego funkcja nie polega zatem na inkorporowaniu prawa do wypłaty środków pieniężnych, lecz prawa do zapłaty, co ewidentnie wskazuje na funkcję płatniczą pieniądza elektronicznego. To, że pieniądź elektroniczny nie pełni funkcji oszczędnościowej, lecz płatniczą, nie zmienia jednak kwalifikacji działalności polegającej na emisji tego pieniądza – będzie to, ze względu na cechę zwrotności, działalność depozytowa.

Jednak ostatecznym argumentem przemawiającym za tym, aby wbrew treści art. 6 ust. 2 i 3 dyrektywy 2009/110/EC uznać, że emitowanie pieniądza elektronicznego jest działalnością depozytową, jest stanowisko Europejskiego Banku Centralnego. W opinii z dnia 5 grudnia 2008 r. dotyczącej projektu dyrektywy 2009/110/EC<sup>71</sup> Europejski Bank Centralny w pkt 1.4.3 stwierdził: „dla twierdzenia, że ELMIS [instytucje pieniądza elektronicznego – uwaga W.S.] nadal będą przyjmować depozyty lub inne fundusze podlegające zwrotowi, decydujące jest to, że środki wpłacane na rzecz ELMIS podlegają wykupowi zgodnie z art. 5 projektu dyrektywy [obecnie odpowiada mu treścią art. 11 ust. 2 dyrektywy 2009/110/EC – uwaga W.S.], zgodnie z którym środki te podlegają zwrotowi posiadaczowi pieniądza elektronicznego, na wniosek i według

<sup>71</sup> Opinia Europejskiego Banku Centralnego z dnia 5 grudnia 2008 r. dotycząca projektu dyrektywy w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością (CON/2008/84), (OJ C 30 z 6.02.2009).

ich wartości parytetowej”. Europejski Bank Centralny uzasadnia swoje stanowisko, cytując obszerne fragmenty orzeczenia ETS w sprawie C-366/97, *Massimo Romanelli & Paolo Romanelli*, wskazując, że w świetle tego orzeczenia środki pieniężne przyjmowane przez instytucje pieniądza elektronicznego w zamian za pieniądź elektroniczny mieszczą się w zakresie „innych zwrotnych funduszy pochodzących od społeczeństwa”, o których mowa w definicji instytucji kredytowej zawartej w dyrektywie 2006/48/EC. Co więcej, Europejski Bank Centralny stwierdził (w pkt 1.7 opinii), że „niezależnie od faktu, iż zgodnie z projektem dyrektywy ELMIS (IPE) przestają mieć status instytucji kredytowych oraz niezależnie od istnienia zakazu przyjmowania przez ELMIS (IPE) depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi – podmioty te *de facto* będą takie depozyty nadal przyjmowały”.

Tak więc w niniejszej pracy, wbrew literalnej treści dyrektywy 2009/110/EC, lecz zgodnie z faktycznym stanem rzeczy i stanowiskiem EBC, działalność instytucji pieniądza elektronicznego zostanie uznana za działalność depozytową.

### 1.2.7. Działalność depozytowa a świadczenie usług płatniczych (działalność płatnicza)

Świadczenie usług płatniczych na wspólnym rynku (obecnie rynku wewnętrznym) reguluje dyrektywa 2007/64/EC w sprawie usług płatniczych<sup>72</sup> (nazywana też dyrektywą PSD). Według art. 4 pkt 3 tej dyrektywy usługą płatniczą to jeden z rodzajów działalności gospodarczej (*business activities*) wymienionych w załączniku. W ten sposób unijny ustawodawca nie zdecydował się na podanie cech odróżniających ten rodzaj usług od innych usług finansowych, lecz wybrał określanie pojęcia usługi płatniczej poprzez wskazanie tych rodzajów działalności, które kwalifikują się jako usługi płatnicze. Twierdzenie, że treść art. 4 pkt 3 dyrektywy zawiera definicję usługi płatniczej, jest raczej kontrowersyjne – artykuł ten nie opisuje pojęcia usługi płatniczej, lecz odsyła do listy takich usług. Tym samym dużego znaczenia nabiera załącznik do dyrektywy.

---

<sup>72</sup> Dyrektywa 2007/64/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC, 2006/48/EC i uchylająca dyrektywę 97/5/EC (OJ L 319 z 5.12.2007).

Przyjęte przez ustawodawcę unijnego kryterium podziału usług płatniczych odpowiada przedmiotowemu ujęciu procesu wykonywania płatności – usługi płatnicze są opisane w załączniku poprzez wskazanie instrumentów, za pomocą których są wykonywane. I tak, załącznik wymienia następujące rodzaje usług płatniczych:

- 1) usługi umożliwiające złożenie gotówki na rachunku płatniczym oraz wszelkie działania niezbędne do prowadzenia rachunku płatniczego,
- 2) usługi umożliwiające wypłaty gotówkowe z rachunku płatniczego oraz działania niezbędne do prowadzenia rachunku płatniczego,
- 3) wykonywanie transakcji płatniczych, w tym transfer środków na rachunek płatniczy u dostawcy usług płatniczych użytkownika lub u innego dostawcy usług płatniczych:
  - wykonywanie usług polecenia zapłaty, w tym jednorazowych poleceń zapłaty,
  - wykonywanie transakcji płatniczych przy użyciu karty płatniczej lub podobnego instrumentu,
  - wykonywanie poleceń przelewów, w tym stałych zleceń,
- 4) wykonywanie transakcji płatniczych, jeśli środki mają pokrycie w linii kredytowej przyznanej użytkownikowi usług płatniczych:
  - wykonywanie usług polecenia zapłaty, w tym jednorazowych poleceń zapłaty,
  - wykonywanie transakcji płatniczych przy użyciu karty płatniczej lub podobnego instrumentu,
  - wykonywanie poleceń przelewów, w tym stałych zleceń,
- 5) wydawanie lub nabywanie instrumentów płatniczych (chodzi o wydawanie lub organizowanie sieci płatności instrumentami płatniczymi),
- 6) usługi przekazów pieniężnych,
- 7) wykonywanie transakcji płatniczych, w ramach których zgoda zleciodawcy na transakcję płatniczą przekazywana jest przy użyciu urządzenia telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego, a płatność wykonana jest na rzecz operatora systemu telekomunikacyjnego, informatycznego lub operatorowi sieci, który działa jedynie jako pośrednik w imieniu użytkownika usług płatniczych.

Niewątpliwie w ramach wykonywania usług wymienionych w załączniku do dyrektywy 2007/64/WE usługobiorcy powierzają podmiotom wykonującym te usługi, nazywanym dostawcami usług płatniczych, środki pieniężne. Celem przekazania tych środków jest dokonanie płatności

i wynika on z samej istoty instrumentów, za pomocą których te usługi są wykonywane. Przede wszystkim immanentną cechą tych instrumentów (przelew, polecenie zapłaty, karty płatnicze, przekazy pieniężne) nie jest zwrotność, chociaż w zależności od konkretnych okoliczności i regulacji prawnej może pojawić się obowiązek zwrotu powierzonych środków po stronie dostawcy usług płatniczych. W szczególności element zwrotności najsilniej pojawia się w regulacji rachunku płatniczego. Według art. 4 pkt 14 dyrektywy 2007/64/EC rachunek płatniczy (*payment account*)<sup>73</sup> oznacza rachunek prowadzony w imieniu jednego lub większej liczby użytkowników usług płatniczych wykorzystywany do wykonywania transakcji płatniczych. Użytkownikiem usług płatniczych jest osoba fizyczna lub prawna korzystająca z usług płatniczych w charakterze płatnika lub odbiorcy, lub obu łącznie (pkt 10), a transakcja płatnicza, według pkt 5, to działanie zainicjowane przez płatnika (w rozumieniu pkt 7) lub odbiorcę (w rozumieniu pkt 8), polegające na lokowaniu, transferze lub wycofaniu środków<sup>74</sup>, bez względu na podstawowe (*underlying*) zobowiązania między płatnikiem a odbiorcą.

Definicja zawarta w art. 4 pkt 14 ujmuje rachunek płatniczy formalnie, a nie materialnie. Wydaje się, że w świetle tej definicji rachunek płatniczy należy traktować wyłącznie jako zapisy w księgach rachunkowych. Zapisy te odzwierciedlają stan wiarytelności przysługującej jednej ze stron stosunku prawnego powstałego przez zawarcie umowy, na podstawie której jest otworzony i prowadzony rachunek płatniczy, względem drugiej strony oraz zmiany tego stanu, przy czym zmiany te są konsekwencją wykonywania transakcji płatniczych<sup>75</sup>. Niemniej środki w ramach wykonywania transakcji płatniczej na rachunku płatniczym mogą być lokowane i następnie wycofywane, a tym samym rachunek płatniczy wydaje się instrumentem o charakterze zwrotnym.

Odpowiedź na pytanie, na ile prowadzenie rachunku płatniczego łączy się z działalnością depozytową, jest uzależniona od rodzaju dostawcy usług płatniczych – czy jest to instytucja kredytowa, instytucja płatnicza, czy też instytucja pieniądza elektronicznego.

<sup>73</sup> We francuskiej wersji dyrektywy 2007/64/EC jest to *compte de paiement*, natomiast w wersji niemieckiej *Zahlungskonto*.

<sup>74</sup> Według art. 4 pkt 15 „środki” to banknoty, monety, zapis księgowy i pieniądź elektroniczny w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2000/46/EC.

<sup>75</sup> Por. uwagi W. Pyziola dotyczące terminu „rachunek bankowy” (w:) *Prawo bankowe...*, s. 172.

Według art. 16 ust. 2 dyrektywy PSD rachunki płatnicze prowadzone przez instytucje płatnicze mogą być wykorzystywane wyłącznie do transakcji płatniczych (a więc nie mogą służyć „przechowywaniu” czy „oszczędzaniu”), przy czym wszelkie środki otrzymywane przez te instytucje od użytkowników usług płatniczych na świadczenie tych usług nie stanowią depozytu ani innych podlegających zwrotowi środków w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2006/48/EC, ani też pieniądza elektronicznego w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 2000/46/EC. Tak więc rachunek płatniczy prowadzony przez instytucję płatniczą może być wykorzystywany wyłącznie do dokonywania płatności i instytucja płatnicza w oparciu o taki rachunek nie może prowadzić działalności depozytowej – nie może np. prowadzić rachunków odpowiadających swoją konstrukcją rachunkom oszczędnościowym prowadzonym przez banki. Zresztą dyrektywa PSD (podobnie jak dyrektywa 2009/110/EC w odniesieniu do IPE) wprost zakazuje instytucjom płatniczym prowadzenia działalności polegającej na przyjmowaniu depozytów lub innych środków podlegających zwrotowi w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2006/48/EC, zezwalając na korzystanie ze środków pieniężnych otrzymanych od użytkowników jedynie w związku ze świadczeniem usług płatniczych (pkt 11 preambuły i art. 16 ust. 4). Ponadto w art. 16 ust. 2 (który jest odpowiednikiem art. 6 ust. 3 dyrektywy 2009/110/EC) stwierdza się, że wszelkie środki otrzymywane przez instytucje płatnicze od użytkowników usług płatniczych na świadczenie usług płatniczych nie stanowią depozytu ani innych podlegających zwrotowi środków w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2006/48/C, ani też pieniądza elektronicznego.

Niemniej, podobnie jak w przypadku regulacji prawnej zawartej w dyrektywie 2009/110/EC, tego rodzaju zastrzeżenia ustawodawcy nie mogą zmienić faktu, że instytucje płatnicze przyjmują od użytkowników usług płatniczych środki pieniężne pod tytułem zwrotnym, czyli że prowadzą działalność taką samą jak instytucje kredytowe. Przede wszystkim środki wpłacone na rachunek płatniczy mogą być z tego rachunku zwrócone. Zresztą cecha „zwrotności” usług płatniczych może przejawiać się również i w tym, że środki pieniężne powierzone instytucji płatniczej co prawda nie „wracają” do płatnika, ale trafiają do odbiorcy w celu zrealizowania zobowiązania płatnika. Chociaż więc środki te nie wracają do majątku płatnika, to jednak funkcjonalnie są ściśle związane z interesami majątkowymi (gospodarczymi) płatnika. Wyraża się to przede wszystkim w pełnej kontroli płatnika nad celem i sposobem wykorzystania środków, jakie powierza instytucji płatniczej. Instytucja płatnicza nie

może w sposób dowolny rozporządzać powierzonymi jej środkami, lecz musi postępować zgodnie z dyspozycją płatnika. Oznacza to również, że wykonywanie usług płatniczych, nawet bez wykorzystywania rachunku płatniczego, prowadzi do „przechowywania”, często przez krótki okres, środków powierzonych przez płatnika.

Kwestię kwalifikacji działalności instytucji płatniczej jako działalności depozytowej przesądza Europejski Bank Centralny w opinii o projekcie dyrektywy z dnia 26 kwietnia 2006 r. (EBC/2006/21)<sup>76</sup>, powołując się na pogląd ETS wyrażony w sprawie C-366/97, *Massimo Romanelli & Paolo Romanelli*, że „każde przyjęcie środków pieniężnych może stanowić działalność polegającą na przyjmowaniu depozytów (w szerszym znaczeniu), jeżeli związane jest ono z zobowiązaniem do zwrotu otrzymanych środków. Nie jest w związku z tym istotne, czy wymóg zwrotu już istnieje w czasie przyjęcia środków (i stanowi »przedmiotowo istotny« element tej transakcji), czy też zobowiązanie to powstaje dopiero w wyniku stworzenia uprawnienia umownego”. Stanowisko ETS posłużyło EBC do wyrażenia opinii, że „wydaje się, że instytucje płatnicze będą w rzeczywistości przyjmować depozyty od swoich klientów”. Dalej EBC stwierdza: „działalność instytucji płatniczych w sposób nieunikniony obejmuje przechowywanie środków należących do ludności, nawet jeśli tylko na ograniczony okres”. Należy tu podkreślić, że tezy EBC zawarte w tej opinii były następnie powoływane również w opinii EBC dotyczącej projektu dyrektywy 2009/110/EC. Tak więc, wbrew brzmieniu art. 16 ust. 2 i 4 dyrektywy PSD, instytucje płatnicze w rzeczywistości prowadzą działalność depozytową i takie też stanowisko, zgodne z poglądami EBC, a sprzeczne z intencją Komisji Europejskiej, Parlamentu Europejskiego i Rady, przyjęto w niniejszej pracy.

### 1.3. Działalność bankowa wykonywana przez podmioty inne niż banki

Granice wyznaczone regulacją art. 5 ust. 1 i 2 oraz art. 6 ust. 1 pr. bank. nie dotyczą podmiotów, które nie są bankami w rozumieniu art. 2 pr. bank. Ich swoboda działania została ograniczona w inny sposób.

---

<sup>76</sup> Opinia Europejskiego Banku Centralnego z dnia 26 kwietnia 2006 r. dotycząca projektu dyrektywy w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (EBC/2006/21), (OJ C 109 z 9.05.2006).



Podmioty te, zgodnie z art. 5 ust. 4 i 5 pr. bank., nie mogą wykonywać czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank. (czynności bankowych *sensu stricto*) bez umocowania zawartego w akcie prawnym rangi ustawy. W ten sposób ograniczono w istotny sposób możliwość prowadzenia przez podmioty inne niż banki działalności depozytowej polegającej na przyjmowaniu wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz na prowadzeniu rachunków tych wkładów (art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank.).

Artykuł 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank. posługuje się spójnikiem „oraz”, a zatem czynnością bankową jest przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu i jednocześnie prowadzenie rachunków tych wkładów. Samo przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych pod tytułem zwrotnym bez prowadzenia rachunków tych wkładów (o ile nie jest to emitowanie bankowych papierów wartościowych) nie jest czynnością bankową. Wskazuje na to również treść art. 5 ust. 1 pkt 2, zgodnie z którym czynnością bankową jest „prowadzenie innych rachunków bankowych”. Niemniej sankcją karną przewidzianą w art. 171 ust. 1 pr. bank. jest zagrożona każda działalność polegająca na gromadzeniu środków pieniężnych w celu obciążania tych środków ryzykiem, a więc i samo „przyjmowanie wkładów pieniężnych” pod tytułem zwrotnym, jeżeli taka działalność jest prowadzona bez zezwolenia. Przy czym, jak słusznie zaznacza się w literaturze, wyrażenie „bez zezwolenia” należy wyklądać szeroko, w znaczeniu „nie będąc do tego uprawnionym”, bez względu na źródło tego uprawnienia – zezwolenie właściwego organu, podobny akt indywidualny o charakterze administracyjnym czy przepis prawa<sup>77</sup>. Przede wszystkim takim „zezwoeniem” niekoniecznie muszą być zezwolenia w rozumieniu art. 34 i 36 pr. bank. Tak więc generalnie każda działalność depozytowa musi znaleźć swoje umocowanie w stosownym, szeroko rozumianym „zezwoeniu”, w tym głównie w przepisach ustawowych – przy czym uprawnienie do wykonywania czynności bankowych zastrzeżonych dla banków musi wynikać z ustawy.

W polskim prawie ustawowo upoważnione do prowadzenia, jako działalności podstawowej, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalności depozytowej polegającej na wykonywaniu czynności wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank., są:

---

<sup>77</sup> J. Majewski, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, Pr. Bank. 1998, nr 6, s. 99.

- banki krajowe (banki w rozumieniu art. 2 pr. bank, mające siedzibę na terytorium RP – art. 5 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 1 pr. bank.),
- banki zagraniczne po uzyskaniu stosownego zezwolenia wydanego przez KNF (banki w rozumieniu art. 2 pr. bank., mające siedzibę za granicą RP, na terytorium państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej – zob. art. 40–41 pr. bank. w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 2 pr. bank.),
- instytucje kredytowe w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 17 pr. bank (art. 48j pr. bank.),
- spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe oraz Spółdzielcza Krajowa Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa<sup>78</sup>, co wynika z brzmienia art. 3 ust. 1, art. 17, art. 30 ust. 1 pkt 2, art. 35 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych<sup>79</sup> oraz z art. 732 k.c.

Natomiast umocowanie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych (PKZP) do prowadzenia działalności depozytowej nie wynika z ustawy, lecz z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1992 r. w sprawie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w zakładach pracy<sup>80</sup>, co rodzi zresztą wiele kontrowersji. Przede wszystkim, w świetle art. 5 ust. 4 i 5 pr. bank. rozporządzenie nie może umocowywać do wykonywania czynności bankowych zastrzeżonych dla banków, a ponadto na podstawie ust. 5 takie umocowanie dotyczy wyłącznie jednostek organizacyjnych, podczas gdy PKZP jednostkami organizacyjnymi nie są<sup>81</sup>.

Jak wynika z analizy przeprowadzonej w podrozdziałach 1.2.3–1.2.7, żadna inna instytucja finansowa (w szerokim znaczeniu) nie została ustawowo umocowana do wykonywania działalności depozytowej w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank. jako działalności podstawowej. Jednakże działalność taką, jako działalność uboczną, służebną wobec podstawowej działalności inwestycyjnej, mogą prowadzić:

---

<sup>78</sup> Krajowa Spółdzielcza Oszczędnościowo-Kredytowa nie przyjmuje środków pieniężnych pod tytułem zwrotnym bezpośrednio od ludności – wkłady pieniężne pod tytułem zwrotnym powierzają jej wyłącznie spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe (więcej o Kasie Krajowej zob. rozdział 2).

<sup>79</sup> Dz. U. z 1996 r. Nr 1, poz. 2 z późn. zm.

<sup>80</sup> Dz. U. Nr 100, poz. 502 z późn. zm.

<sup>81</sup> Więcej zob. W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz–Wrocław 2003, s. 66–67.

- domy maklerskie,
- zagraniczne firmy inwestycyjne,
- zagraniczne osoby prawne z siedzibą na terytorium państwa należącego do OECD lub WTO,
- kluby inwestorów,
- fundusze inwestycyjne,
- zakłady ubezpieczeń na życie prowadzące ubezpieczeniowe fundusze kapitałowe,
- podmioty prowadzące pracownicze programy emerytalne (PPE),
- podmioty prowadzące indywidualne konta emerytalne (IKE).

Według EBC instytucje pieniądza elektronicznego oraz, po implementacji dyrektywy PSD, instytucje płatnicze prowadzą działalność depozytową taką samą jak banki i instytucje kredytowe. Z kolei przepisy prawa unijnego oraz polskiego (po implementacji dyrektywy PSD) stwierdzają, że instytucje płatnicze oraz instytucje pieniądza elektronicznego nie prowadzą działalności depozytowej – jest to jednak ujęcie oderwane od ekonomicznej rzeczywistości.

Należy przyjąć, że Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowa (Kasa Krajowa) wykonuje działalność depozytową, chociaż nie przyjmuje wkładów pieniężnych pod tytułem zwrotnym bezpośrednio „od ludności”, lecz od spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych. Sytuacja Kasy Krajowej jest jednak szczególna – przyjmuje ona co prawda wkłady pod tytułem zwrotnym wyłącznie od kas, lecz środki te pochodzą z funduszu oszczędnościowo-pożyczkowego zasilanego głównie z oszczędności członków kas i osób fizycznych. Względy bezpieczeństwa i ochrony tych osób przemawiają za tym, aby uznać, że nie tylko spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, ale również Kasa Krajowa, prowadzą działalność depozytową.

## Rozdział 2

---

### Rodzaje instytucji parabankowych w Polsce

#### 2.1. Pojęcie instytucji parabankowej

##### 2.1.1. Pojęcie instytucji parabankowej w doktrynie prawa

Przepisy aktów prawnych nie posługują się pojęciami „instytucji parabankowej” czy „parabanku”, a także nie definiują tych pojęć. Są to tylko wytwory doktryny, a zatem ze swojej istoty pojęcia instytucji parabankowej i parabanku są skażone nieoznaczonością. Nie ma, oprócz przesłanek językowych, żadnych „ściśłych” kryteriów, które pozwoliłyby niezbitcie i ostatecznie ustalić treść i zakres tych pojęć. Doktryna w takich wypadkach może oczywiście dojść do pewnych wspólnych ustaleń i na drodze wypracowanego konsensusu przyjąć określoną treść i zakres. Takiej jednolitości nie ma jednak w odniesieniu do pojęcia instytucji parabankowej ani też w stosunku do pojęcia parabanku. Jednocześnie przy tym braku jednomyślności trudno konstruować twierdzenia niezbite i ostateczne, skoro brak obiektywnych kryteriów. Pozostaje zatem posłużenie się terminem instytucji parabankowej dla oznaczenia grupy podmiotów, które spełniają pewne określone warunki, z pełną świadomością subiektywnego charakteru takiego zabiegu.

Niewątpliwie istnieje potrzeba posługiwania się pojęciem instytucji parabankowej, ponieważ istnieją jednostki organizacyjne, które – nie będąc bankami – wykonują działalność taką samą lub zbliżoną do działalności banków. Otwarte pozostaje natomiast pytanie, o jaką tu konkretnie chodzi działalność i jak bardzo ta działalność ma być zbliżona do działalności banków. Czy chodzi tu wyłącznie o działalność depozytowo-kredytową, czy może jeszcze inną wykonywaną przez banki? Czy jest to

działalność mieszcząca się wyłącznie w obszarze rynku usług bankowych, czy również innych rynków finansowych?

Pojęcie instytucji parabankowej oraz pojęcie parabanku można właściwie stosować zamiennie, chociaż zakresowo pojęcie parabanku jest nieco szersze, ponieważ obejmuje zarówno parabanki występujące jako jednostki organizacyjne (czyli instytucje parabankowe), jak i pozostałe parabanki, które nie są jednostkami organizacyjnymi.

W literaturze zaznacza się, że próby zdefiniowania pojęcia parabanku mają wyłącznie walor praktyczny i wynikają z potrzeby ochrony mechanizmów rynkowych, reguł zachowania oraz ustalonych norm<sup>82</sup>. Chodzi tu przede wszystkim o krytyczną analizę istniejących rozwiązań i wynikającą stąd aprobatę dla ustawodawcy lub też propozycje zmian istniejących rozwiązań czy też sugerowanie nowych. Tak więc pojęcie parabanku czy instytucji parabankowej staje się pojęciem w pewnym sensie „technicznym” ułatwiającym autorowi analizę regulacji prawnych dotyczących określonych przez niego tym pojęciem podmiotów prawa. W ten sposób pojęcie instytucji parabankowej jest używane w niniejszej pracy.

W literaturze można znaleźć sposoby doktrynalnego definiowania pojęcia parabanku oraz instytucji parabankowej. Najszersza definicja stwierdza, że parabankami są wszelkie instytucje finansowe świadczące usługi podobne do bankowych. Parabanki stanowią tu kategorię nadrzędną – obejmującą również banki<sup>83</sup>. W starszej literaturze (przed powierzeniem nadzoru bankowego Komisji Nadzoru Finansowego i likwidacji Komisji Nadzoru Bankowego) do parabanków zalicza się również instytucje działające na podstawie przepisów szczególnych wobec ustawy – Prawo bankowe oraz niepoddane procedurze licencjonowania i nadzorowania ze strony Komisji Nadzoru Bankowego (KNB): spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, pracownicze kasy zapomogowo-pożyczkowe, Narodowe Fundusze Inwestycyjne, kantory wymiany walut, firmy leasingowe, faktoringowe, informatyczne, doradcze, obrotu wierzytelnościami itp.<sup>84</sup> Takie szerokie ujęcie jest prezentowane również obecnie; uznaje się w nim, że pojęcie parabanku obejmuje towarzystwa ubezpieczeniowe, firmy oferujące pożyczki pieniężne, kredyty konsumenckie, w tym tzw.

<sup>82</sup> L. Góral, *Quasi-bank (instytucja parabankowa)* (w:) *Encyklopedia prawa bankowego*, red. W. Pyzioł, Warszawa 2000, s. 611.

<sup>83</sup> W. Szpringer, *Polskie regulacje bankowe. Perspektywa europejska*, Warszawa 2000, s. 42 i cyt. tam lit.

<sup>84</sup> Tamże; W. Szpringer, *Wpływ instytucji parabankowych na bezpieczeństwo i stabilność rynków finansowych*, *Bezpieczny Bank* 1998, nr 4, s. 24.