

MARTA DURAJ

Warszawa

PRAKTYCZNE ASPEKTY EFEKTYWNEGO NADZORU
NAD TRANSGRANICZNĄ DZIAŁALNOŚCIĄ BANKÓW
NIEPOSIADAJĄCYCH SIEDZIBY W UNII EUROPEJSKIEJ
NA TLE PRAWA POLSKIEGO

WSTĘP

Transgraniczne prowadzenie działalności gospodarczej stanowi przejaw postępującej globalizacji gospodarki światowej i często również poszukiwania rozwiązań optymalnych finansowo lub podatkowo. Wraz z postępem technologicznym oraz popularyzacją internetu i telefonii komórkowej staje się ono zjawiskiem coraz popularniejszym.

Zagadnienia prawne odnoszące się do transgranicznej działalności banków podzielić można na regulacje odnoszące się do podmiotów z krajów Unii Europejskiej oraz kształtujące sytuację podmiotów pochodzących spoza niej. W Unii Europejskiej do problematyki transgranicznej działalności banków (instytucji kredytowych) odnoszą się zasady swobody świadczenia usług oraz swobody przedsiębiorczości, która w przeciwieństwie do świadczenia usług nie ma charakteru tymczasowego¹. Praktyczne problemy pojawiają się w przypadku działalności podmiotów posiadających swoje siedziby poza Unią Europejską. Transgraniczne świadczenie usług, w tym również usług bankowych, bez fizycznej obecności na terytorium Polski nie jest dopuszczone przez polskie regulacje prawne. Jednocześnie jednak polski ustawodawca niezupełnie jasno określa granice, w jakich podmioty spoza Unii Europejskiej mogą być obecne na polskim rynku, choćby w odniesieniu do utrzymywania kontaktów z już istniejącymi klientami, którzy posiadają miejsce zamieszkania na terytorium Polski. W tym kontekście niejasny jest również zakres nadzoru sprawowanego przez organy polskie nad taką działalnością banku.

¹ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 483.

Niniejsza publikacja stanowi próbę przedstawienia zakresu dopuszczalnej działalności podmiotów spoza Unii Europejskiej, które pragną transgranicznie prowadzić działalność na terenie Polski. Jednocześnie autorka pragnie ukazać potencjalne problemy praktyczne, które mogą ujawnić się w kontekście sprawowania efektywnego nadzoru nad działalnością banku zagranicznego, który nie jest fizycznie obecny na terytorium Polski.

ZAKRES PODMIOTOWY I PRZEDMIOTOWY

Przed wszystkim punktem wyjścia dalszych rozważań jest zdefiniowanie działalności gospodarczej prowadzonej transgranicznie. W kontekście działalności bankowej działalność transgraniczna polegać będzie na transgranicznym świadczeniu usług bankowych. Układ ogólny w sprawie handlu usługami (GATS)² definiuje sposoby międzynarodowego świadczenia usług jako usługi świadczone:

- 1) z terytorium jednego państwa na terytorium innego,
- 2) na terytorium jednego członka WTO dla usługobiorcy z innego państwa,
- 3) przez obecność handlową na terytorium danego państwa członkowskiego usługodawcy pochodzącego z innego kraju należącego do WTO,
- 4) przez obecność zagranicznych osób fizycznych świadczących usługi na terytorium innego sygnatariusza GATS.

Pierwszy rodzaj świadczenia usług nazywany jest usługami transgranicznymi, a ich istotą jest brak konieczności przemieszczania się nabywcy lub usługodawcy do innego państwa³. Do świadczenia usług na zasadzie transgraniczności dochodzi najczęściej przy użyciu środków komunikacji pośredniej (internet, telefon). Świadczenie usług bankowych w sposób transgraniczny oznacza, że usługodawca nie opuszcza kraju swojej inkorporacji i nie jest zaangażowany kapitałowo w państwie nabywcy. W takim przypadku bank zagraniczny podlega nadzorowi organu państwa pochodzenia⁴.

W niniejszej pracy poruszona zostaje problematyka takiej transgranicznej działalności banków. Polska ustawa Prawo Bankowe⁵ wyróżnia zasadniczo trzy rodzaje podmiotów, które mogą świadczyć usługi bankowe, a mianowicie: banki krajowe, instytucje kredytowe oraz banki zagraniczne. Bankiem krajowym może być jedynie bank państwowy, bank spółdzielczy oraz bank w formie spółki akcyjnej (art. 12 Prawa Bankowego). Instytucją kredytową jest podmiot mający

² Aneks do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzony w Marrakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. (polski przekład Dz.U. z 1998, Nr 34, poz. 195).

³ M. Kruska, *Bankowość transgraniczna: studium prawno-ekonomiczne*, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2011 (wydanie elektroniczne), s. 6.

⁴ *Ibidem*, s. 41.

⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe tekst jednolity z dnia 13 maja 2002 r. (Dz.U. Nr 72, poz. 665 ze zm.), dalej zwana „Prawo Bankowe”.

siedzibę w jednym z krajów UE, który na podstawie odpowiedniego zezwolenia prowadzi działalność polegającą na przyjmowaniu depozytów lub innych środków powierzonych pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym i udzielaniu kredytów lub na wydawaniu pieniądza elektronicznego (art. 4 p. 17 Prawa Bankowego).

Zakres niniejszej publikacji obejmuje natomiast działalność trzeciej kategorii podmiotów wyróżnionych przez Prawo Bankowe, tj. banków zagranicznych. W rozumieniu rzeczony ustawy jest nim bank mający siedzibę za granicą Polski, na terytorium państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej (art. 4 p. 2 Prawa Bankowego). Odnosząc się do zakresu podmiotowego omawianego zagadnienia, ustalić należy, jakie kryteria muszą zostać spełnione, by podmiot zakwalifikowany został do kategorii banków zagranicznych. Przepis art. 4 p. 2 Prawa Bankowego jest dość lakoniczny i odwołuje się do ogólnego pojęcia banku. Przepis ten ma znaczenie subsydiarne w stosunku do definicji banku, zawartej w art. 2 Prawa Bankowego⁶.

Rzeczona definicja stanowi, że bankiem jest osoba prawna utworzona zgodnie z przepisami ustaw, działająca na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Zatem uznać należy, iż bankiem zagranicznym jest osoba prawna, która zgodnie z prawem państwa macierzystego i zezwoleniem właściwych organów nadzoru państwa macierzystego funkcjonuje jako bank w rozumieniu prawa tego państwa macierzystego.

Zagadnienie działalności transgranicznej ustawodawca poruszył w Prawie Bankowym w kontekście prowadzenia takiej działalności przez bank krajowy na terytorium państwa goszczącego⁷ oraz przez instytucję kredytową na terytorium Polski. Instytucja kredytowa może wykonywać działalność transgraniczną na terytorium Polski w zakresie wynikającym z zezwolenia odpowiedniego organu nadzoru jej państwa macierzystego.

W odniesieniu do banków zagranicznych polski ustawodawca nie przewidział możliwości prowadzenia działalności na zasadzie transgraniczności. Jest to rozwiązanie spójne z prawem unijnym, które ustanawia szczególne zasady świadczenia usług i prowadzenia działalności gospodarczej na terenie innych państw członkowskich. Tezę tę potwierdza choćby wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Fidium Finanz AG przeciwko BaFin*⁸ (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* — niemieckiemu organowi nadzoru finansowego), który uznał, że nakładanie na spółkę spoza UE obowiązku posiadania zezwolenia na prowa-

⁶ K. Kohutek, S. Szuster, *Komentarz do art. 4 ustawy — Prawo bankowe*, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Zakamycze 2005 (wydanie elektroniczne — LEX).

⁷ Państwo goszczące to państwo członkowskie, na którego terytorium bank krajowy wykonuje lub zamierza wykonywać działalność (art. 4 p. 23 Prawa Bankowego).

⁸ Wyrok TS z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 *Fidium Finanz AG przeciwko BaFin*, Zb. Orz. 2006, s. 9521.

dzenie działalności bankowej jest zgodne z pierwotnym prawem wspólnotowym. Swoboda świadczenia usług odnosi się bowiem tylko do podmiotów z krajów UE.

Odnosząc się, natomiast, do zakresu przedmiotowego, na gruncie przepisów Prawa Bankowego wyróżnić można trzy rodzaje czynności wykonywanych przez banki: czynności bankowe, czynności, które uważane są za czynności bankowe, jeśli wykonywane są przez banki (art. 5 Prawa Bankowego) oraz czynności kwalifikowane jako inna działalność (art. 6 Prawa Bankowego). Dwie pierwsze kategorie czynności nazwano również w doktrynie czynnościami bankowymi *sensu stricto* oraz *sensu largo*⁹.

Przyjąć, zatem, należy, że transgraniczne wykonywanie czynności, kwalifikowanych jako czynności bankowe *sensu stricto* na terytorium Polski przez podmiot nieposiadający siedziby w Polsce, możliwe jest jedynie w odniesieniu do instytucji kredytowych.

DOPUSZCZALNE FORMY PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W POLSCE PRZEZ BANKI ZAGRANICZNE

Ogólne regulacje dotyczące wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zawiera ustawa o swobodzie działalności gospodarczej¹⁰ (u.s.d.g.). Na zasadzie wzajemności, o ile umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, przedsiębiorcy zagraniczni mogą tworzyć oddziały na terytorium Polski w celu wykonywania działalności gospodarczej (art. 85 u.s.d.g.).

Drugą formą fizycznej obecności przedsiębiorcy zagranicznego, którą przewiduje u.s.d.g., jest przedstawicielstwo. Zakres działalności przedstawicielstwa zawężony został wyłącznie do prowadzenia działalności w zakresie reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego lub gospodarki kraju jego siedziby (art. 93 *et seq.* u.s.d.g.). Kwestię utworzenia oddziału lub przedstawicielstwa banku zagranicznego reguluje, jako *lex specialis*, również Prawo Bankowe (art. 40 *et seq.* dla oddziału oraz art. 42 dla przedstawicielstwa).

Przedmiotowe przepisy ustanawiają obowiązek uzyskania zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na utworzenie oddziału, wydanego po uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw instytucji finansowych. Rzeczone zezwolenie wydawane jest na wniosek, którego elementy określa art. 40 Prawa Bankowego. Do wniosku bank zagraniczny dołącza projekt regulaminu oddziału oraz zobowiązanie o zaspokajaniu wszelkich roszczeń, jakie mogą powstać w stosunkach między oddziałem i innymi podmiotami.

⁹ W. Srokosz, *Czynności bankowe niezastrzeżone dla banków*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław 2009, s. 257.

¹⁰ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. (tekst jednolity Dz.U. 2007, Nr 155, poz. 1095 ze zm.), zwana dalej „u.s.d.g.”.

Komisja Nadzoru Finansowego w zezwoleniu ustala w szczególności siedzibę oddziału, rodzaj czynności bankowych, do wykonywania których oddział jest upoważniony, minimalną wysokość funduszy niezbędnych do działalności oddziału, warunki dostępu do systemu wyliczania przez Komisję Nadzoru Finansowego oraz Bankowy Fundusz Gwarancyjny, w szczególności na wypadek spełnienia warunku gwarancji, a także zatwierdza projekt regulaminu oddziału. O wydaniu zezwolenia Komisja Nadzoru Finansowego powiadamia Bankowy Fundusz Gwarancyjny. Oddziały banków zagranicznych podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców.

Do tworzenia oddziałów banków zagranicznych w Polsce stosuje się odpowiednio przepisy art. 32–38 Prawa Bankowego, a zatem przepisy o: kapitale założycielskim (5 mln euro), o uzupełnieniu braków wniosku o wydanie zezwolenia przez KNF, treści zezwolenia, uprawnieniu KNF do występowania w postępowaniu rejestrowym, a także rozpoczęciu działalności, odmowie wydania zezwolenia i utracie jego mocy. Oddział banku zagranicznego działa na podstawie regulaminu, ustawa nakłada na niego również szereg szczególnych obowiązków (art. 40a Prawa Bankowego), *i.a.* wymóg używania firmy w języku państwa macierzystego banku z przetłumaczonym na język polski określeniem jego formy prawnej oraz dodaniem wyrazów „oddział w Polsce”.

Banki zagraniczne posiadają także możliwość tworzenia w Polsce przedstawicielstw, na podstawie zezwolenia KNF, wydanego po uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw instytucji finansowych na wniosek zainteresowanego banku zagranicznego. Działanie takiego przedstawicielstwa ograniczone zostało do prowadzenia działalności w zakresie reklamy i promocji banku zagranicznego w zakresie ustalonym w zezwoleniu. Zważywszy na powyższe przepisy, stwierdzić należy, że transgraniczna działalność banku zagranicznego, bez fizycznej obecności na terytorium RP, zostaje przez polskiego ustawodawcę wykluczona w odniesieniu do prowadzenia w Polsce działalności gospodarczej oraz prowadzenia w Polsce działalności w zakresie reklamy i promocji.

W rozumieniu u.s.d.g. działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły¹¹. Działalność gospodarcza banku zagranicznego będzie, w istocie, sprowadzała się do podejmowania w Polsce czynności bankowych¹², które, jak wspomniano powyżej, zdefiniowane zostały w Prawie Bankowym.

Przepis art. 4 p. 20 Prawa Bankowego definiuje oddział banku zagranicznego jako jednostkę organizacyjną banku zagranicznego wykonującą w jego imieniu i na jego rzecz wszystkie lub niektóre czynności wynikające z zezwolenia udzie-

¹¹ Definicja działalności gospodarczej — art. 2 u.s.d.g.

¹² P. Tereszkiewicz, *Komentarz do art. 40 ustawy — Prawo Bankowe*, [w:] F. Zoll (red.), *op. cit.*

lonego temu bankowi. Ponadto przepis art. 40 ust. 2 Prawa Bankowego wymienia wśród elementów, które powinien zawierać wniosek o wydanie zezwolenia na utworzenie oddziału, wyliczenie rodzajów czynności bankowych, do których wykonywania ma być upoważniony oddział banku. Przepisy te zdają się potwierdzać tezę, że działalnością gospodarczą w przypadku banków będzie wykonywanie czynności bankowych w Polsce (co oczywiście nie wyklucza podejmowania innych czynności). Teoretycznie można jednak wyobrazić sobie sytuację, w której bank zagraniczny będzie wykonywał czynność w odniesieniu do podmiotu posiadającego miejsce zamieszkania w Polsce, która nie będzie kwalifikowana jako podjęcie działalności gospodarczej w Polsce. W takim przypadku wykonanie takiej czynności nie będzie podlegało, co do zasady, kontroli ze strony polskich organów nadzorczych (więcej na ten temat w dalszych rozważaniach).

Natomiast pojęcia reklamy i promocji, choć wydawać się mogą oczywiste, budzą pewne wątpliwości. W języku prawniczym omawiane pojęcia bywają używane zamiennie. Wskazuje się, że skutkiem reklamy jest promowanie czegoś w konkretnym celu, natomiast promocja może być rozumiana jako efekt reklamy, stanowiąc tę samą treść jurystyczną¹³. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie o radiofonii i telewizji¹⁴ reklamą jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja. Autopromocją jest natomiast każdy przekaz pochodzący od dostawcy usługi medialnej, mający służyć bezpośrednio lub pośrednio promocji jego audycji, towarów lub usług.

W kontekście działalności transgranicznej może pojawić się wątpliwość, jak należy potraktować posiadanie przez bank zagraniczny strony WWW dostępnej z Polski promującej działalność banku, przesyłanie pocztą lub za pomocą maila materiałów reklamowych, wykonywanie telefonów do osób znajdujących się w Polsce, jak również organizowanie spotkań na terenie Polski lub z osobą posiadającą miejsce zamieszkania w Polsce, gdy spotkanie odbywa się w państwie trzecim. Sytuacja jest tym bardziej niejasna, gdy przekazanie takich materiałów reklamowych lub zorganizowanie spotkania następuje na żądanie danej osoby.

Wydaje się, że z jednej strony przesyłanie materiałów, które stanowią ofertę w myśl polskiego prawa lub organizowanie spotkań w Polsce w celu zawarcia umowy z potencjalnym klientem stanowić będzie przejawy prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Z drugiej jednak strony przesłanie informacji na temat usług banku zagranicznego, które nastąpi na wyraźne żądanie potencjalnego klienta, wymyka się jasnej klasyfikacji. Przejawy takiej właśnie działalności

¹³ M. Bożyna, *Komentarz do art. 94 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] M. Bożyna, *Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz.U. 04.173.1807), LEX 2005.

¹⁴ Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jednolity Dz.U. 2011, Nr 43, poz. 226 ze zm.), zwana dalej „ustawą o radiofonii i telewizji”.

budzą najwięcej kontrowersji w kontekście sprawowania nadzoru przez organy państwa, do którego taka działalność jest kierowana (zostanie omówione szerzej w dalszej części pracy).

DZIAŁANIA NADZORCZE NAD DZIAŁALNOŚCIĄ BANKÓW

W prawie polskim funkcje nadzoru nad rynkiem finansowym sprawuje Komisja Nadzoru Finansowego (KNF). Zakres przedmiotowego nadzoru obejmuje nadzór bankowy, emerytalny, ubezpieczeniowy, nad rynkiem kapitałowym, nad instytucjami pieniądza elektronicznego oraz nadzór uzupełniający (art. 1 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym¹⁵).

Zgodnie z przepisem art. 2 ustawy o nadzorze celem nadzoru nad rynkiem finansowym jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także ochrona interesów uczestników tego rynku przez realizację celów określonych w ustawach regulujących nadzór nad poszczególnymi segmentami rynku finansowego.

Zadania KNF, wymienione w art. 4 ustawy o nadzorze, nie tworzą katalogu zamkniętego i dotyczą całego rynku finansowego¹⁶. Do zadań KNF należą między innymi: sprawowanie nadzoru nad rynkiem finansowym, podejmowanie działań służących prawidłowemu funkcjonowaniu rynku finansowego, podejmowanie działań mających na celu rozwój rynku finansowego i jego konkurencyjności.

Rozdział 11 Prawa Bankowego uzupełnia, jako *lex specialis*, przepisy ustawy o nadzorze (rozdział 11a reguluje oddzielnie nadzór nad oddziałami instytucji kredytowych). Rzeczoną rozdział nosi tytuł *Nadzór bankowy*. Odnosząc się do definicji nadzoru, sięgnąć należy do doktryny prawa administracyjnego. Zgodnie z definicją stworzoną przez T. Bigo nadzór jest to „taki zespół realizowanych kompetencji, których wpływ na działalność organów podporządkowanych jest bardziej intensywny i bezpośredni, a które mają na celu usunięcie nieprawidłowości i zapobieganie im na przyszłość”¹⁷. Jak wynika z powyższej definicji, nadzór postrzegany jest jako działanie podejmujące dalej idące kroki niż kontrola. Jest nie tylko ustaleniem rozbieżności pomiędzy stanem zastanym a postulowanym, lecz także podjęciem konkretnych działań, mających na celu usunięcie zaistniałych rozbieżności. Nadzór zatem w swej istocie, zakłada ingerencję w funkcjonowanie podmiotu kontrolowanego.

¹⁵ Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. 2006, Nr 157, poz. 119 ze zm.), zwana dalej „ustawą o nadzorze”.

¹⁶ E. Rutkowska, *Nadzór bankowy w ramach nadzoru nad rynkiem finansowym*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *op. cit.*, s. 141.

¹⁷ J. Boć, *Kontrola prawna administracji*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 382.

Na tym też polega, zdaniem Autorki, nadzór efektywny, a więc zapewniający rzeczywistą możliwość kontroli danego podmiotu i jego działalności, a także podjęcie działań, które usuną w efekcie stwierdzone nieprawidłowości. Myśląc o celach, zadaniach i funkcjach nadzoru, należy mieć na uwadze, że powinny być one adekwatne w stosunku do środków, którymi dysponuje organ nadzoru. Nadzór nie będzie efektywnie realizował postawionych mu celów, jeśli będzie ich zbyt dużo w odniesieniu do posiadanych środków lub gdy środki te jakościowo nie będą wystarczające¹⁸. Na marginesie zaznaczyć należy, że problematyką efektywności nadzoru zajmował się dość obszernie Komitet Bazylejski¹⁹.

Przepis art. 131 Prawa Bankowego określa ramy, w jakich KNF sprawuje nadzór bankowy, a są to mianowicie: działalność banków, oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych oraz oddziałów i przedstawicielstw instytucji kredytowych. Przedmiotowemu nadzorowi podlega również działalność banków krajowych za granicą. Często, na podstawie art. 131 ust. 2 Prawa Bankowego, KNF zawiera porozumienia z właściwymi władzami nadzorczymi w celu ustalenia zakresu i trybu dokonywania czynności nadzorczych, w odniesieniu do działalności oddziałów lub przedstawicielstw banków zagranicznych w Polsce lub banków krajowych za granicą.

Lektura Prawa Bankowego potwierdza ogólną zasadę, że w odniesieniu do działalności transgranicznej banku (tu tylko instytucji kredytowej, ponieważ banki zagraniczne nie mogą w ogóle prowadzić takiej działalności), bank podlega kontroli organów państwa macierzystego.

Oczywiście, w przypadku wystąpienia naruszeń prawa polskiego, KNF posiada uprawnienia do zawiadomienia o naruszeniu odpowiednie władze nadzorcze państwa macierzystego, co często jest przedmiotem szczegółowych ustaleń na gruncie wspomnianych porozumień z organami nadzoru innych państw.

TRANSGRANICZNA DZIAŁALNOŚĆ BANKU ZAGRANICZNEGO WYMYKAJĄCA SIĘ EFEKTYWNEMU NADZOROWI POLSKICH ORGANÓW

Raz jeszcze podkreślić należy, że z przytoczonych powyżej przepisów prawa polskiego wynika, że transgraniczne świadczenie usług bankowych w Polsce przez bank zagraniczny nie jest przez polskie prawo dopuszczone. Jednak zakaz świadczenia usług bankowych w Polsce bez utworzenia oddziału lub spółki zależnej, a więc fizycznej obecności banku zagranicznego w Polsce, nie wyklucza transgranicznej działalności banków zagranicznych w ogóle (niebędącej działalnością gospodarczą).

¹⁸ R.W. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego*, Zakamycze 2006, s. 69.

¹⁹ *Metodologia podstawowych zasad efektywnego nadzoru bankowego*, Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego, Bazylea, październik 1999.

Przed wszystkim osoba mająca miejsce zamieszkania w Polsce może zawrzeć umowę z bankiem zagranicznym o świadczenie usług bankowych (na przykład podczas pobytu w kraju macierzystym tego banku). Najczęściej umowy takie zostają poddane prawu państwa macierzystego banku (ewentualnie jego oddziału). Jednak niektóre czynności, wchodzące w zakres stosunku prawnego powstałego pomiędzy bankiem zagranicznym a osobą zamieszkałą w Polsce (przykładowo, przesłanie wyciągu z rachunku prowadzonego przez ten bank), będą nosiły cechy działalności transgranicznej. Działalność taka nie jest przez polskie prawo zakazana, nie zakłada bowiem ani prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce, ani wykonywania usług bankowych na zasadzie transgraniczności w Polsce.

Transgraniczną działalność banku zagranicznego, która wzbudza wątpliwości co do dopuszczalności i kompetencji nadzorczych polskich organów oraz ich zakresu, podzielić można na kilka obszarów, a mianowicie:

1) działania promocyjne banku, w tym prowadzenie strony WWW dostępnej z Polski, przysyłanie materiałów promocyjnych do Polski za pomocą poczty lub e-maila, telefonowanie do Polski, organizowanie spotkań w Polsce z przedstawicielami banku zagranicznego lub organizowanie takich spotkań w państwie trzecim z osobami posiadającymi miejsce zamieszkania w Polsce;

2) utrzymywanie kontaktów z istniejącymi klientami banku zagranicznego (tj. klientami na podstawie umowy zawartej w kraju macierzystym banku).

Przytoczone powyżej przykłady podzielić można na dwie grupy czynności, a mianowicie dokonywanych w odniesieniu do już istniejących klientów banku zagranicznego oraz wymierzonych w potencjalnych klientów. Spośród tych ostatnich wyróżnić można działania podejmowane z inicjatywy banku oraz podejmowane z inicjatywy potencjalnego klienta.

Wykonywanie takiej działalności transgranicznej, jak wspomniano powyżej, podlegać będzie, co do zasady, prawu państwa macierzystego tego banku. Również to organ nadzoru bankowego państwa macierzystego będzie właściwy dla sprawowania nadzoru nad bankiem zagranicznym. Jednak problemy praktyczne mogą pojawić się w sytuacji, gdy czynności podejmowane przez bank będą naruszać przepisy prawa polskiego.

W publikacji przygotowanej w ramach Committee on Financial Markets działającej w ramach OECD²⁰ zauważono, że działalność transgraniczna w zakresie usług finansowych (a więc również bankowych) nie podlega regulacjom prawa państwa nabywcy i krajowi ustawodawcy tych państw zazwyczaj (*typically*) nie rozszerzają ochrony zapewniającej roszczenia odszkodowawcze (*compensation coverage*) na klientów i inwestorów korzystających z transgranicznych usług. Jed-

²⁰ *Cross-border Trade in Financial Services: Economics and Regulation*, dokument przygotowany w ramach Steering Group under the Committee on Financial Markets, OECD 2000, wydanie elektroniczne.

nak przepisy regulujące ochronę konsumentów państwa nabywcy znajdują często zastosowanie w odniesieniu do transgranicznych usług finansowych.

Zważywszy na powyższe, uznać należy, że przepisy krajowe chroniące konsumentów mogą również znaleźć zastosowanie w przypadku naruszenia praw konsumenta przez bank zagraniczny w zakresie relacji wynikających z umowy zawartej pod prawem macierzystym banku, a tym bardziej w przypadku działań akwizycyjnych banku zagranicznego w Polsce. W tym przypadku zastosowanie znalazłyby przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Przykładem takich przepisów są te zawarte w art. 1–16 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny²¹.

Zaznaczyć należy, że w odniesieniu do zastosowania tych przepisów istnieją w doktrynie spory. Zdaniem jednych (e.g. M. Mataczyński) polskie prawo chroniące konsumentów znalazłoby zastosowanie w sytuacji, gdy prawo państwa kontrahenta polskiego konsumenta nie przewiduje takiej jego ochrony prawnej jak prawo polskie. Wystarczający jest tutaj fakt, że mamy do czynienia z polskim konsumentem. Zdaniem innych (e.g. M. Pazdan, M. Szpunar) polskie przepisy znajdują zastosowanie jedynie, gdy przedmiotowa umowa jest ściśle związana z polskim systemem prawnym, a zatem w sytuacji, gdy prawo polskie byłoby właściwe w braku wyboru prawa²².

Abstrahując od sporów doktrynalnych, stwierdzić należy, że w przypadku naruszenia przez bank zagraniczny praw polskiego konsumenta istnieje realne zagrożenie, iż znajdą zastosowanie polskie przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Tym bardziej jest to możliwe w kontekście art. 14 Konwencji z Lugano²³, który umożliwia konsumentowi wybór jurysdykcji jej/jego miejsca zamieszkania w przypadku sporu. Jest bowiem prawdopodobne, że sąd polski zdecyduje się na zastosowanie tych przepisów chroniących polskich konsumentów.

Wracając jednak do zakresu transgranicznej działalności banku zagranicznego, która wymyka się efektywnemu nadzorowi KNF, ubolewać należy nad faktem, iż zarówno polski ustawodawca, jak i sama KNF nie wydała oficjalnej interpretacji przepisów prawa polskiego w kontekście takiej działalności banków na kształt interpretacji wydanej przez BaFin²⁴. Wspomniane opracowanie wyróżnia tzw. pa-

²¹ Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. 2000, Nr 22, poz. 271 ze zm.), zwana dalej „ustawą o ochronie niektórych praw konsumentów”.

²² M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze 2005 (wydanie elektroniczne — LEX).

²³ Konwencja o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, sporządzona w Lugano dnia 16 września 1988 r. (polska wersja Dz.U. 2000, Nr 10, poz. 132).

²⁴ *Merkblatt — Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/ oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen*, Bonn-Frankfurt a. M., 1 kwietnia 2005 (wydanie elektroniczne).

sywną i aktywną swobodę świadczenia usług (*passive und aktive Dienstleistungsfreiheit*). Z pasywną swobodą świadczenia usług mamy do czynienia wówczas, gdy czynności banku zagranicznego podejmowane są z inicjatywy klienta. Klient w tym przypadku sam zwraca się do banku zagranicznego z żądaniem wykonania danej czynności lub wykonania usługi (oczywiście nie może to prowadzić do wykonywania usług na terytorium Niemiec, ponieważ taka działalność podlega obowiązkowi uzyskania zezwolenia). W takim przypadku transgraniczna działalność banku zagranicznego w Niemczech, podjęta w ramach *passive Dienstleistungsfreiheit*, nie podlega obowiązkowi uzyskania stosownego zezwolenia²⁵. Jednocześnie podejmowanie działalności gospodarczej na terytorium Niemiec przez bank zagraniczny z inicjatywy tego banku w ramach aktywnej swobody świadczenia usług podlega, co do zasady, obowiązkowi uzyskania odpowiedniego zezwolenia.

KONKLUZJE

Odnosząc się do wspomnianych powyżej sytuacji, które budzą szczególne wątpliwości, autorka spróbuje dokonać wykładni potencjalnych stanów faktycznych w świetle istniejących przepisów.

1. Strona WWW dostępna z Polski.

Oczywiste jest, że samo utworzenie strony internetowej dostępnej także w Polsce nie podlega ograniczeniom lub nadzorowi w Polsce, jeśli usługodawca nie ma tam siedziby. Jednak w przypadku, gdy usługodawca kieruje swoją ofertę w ramach takiej strony internetowej do Polski lub prowadzi działalność reklamową i promocyjną skierowaną na terytorium RP, należałoby uznać, że podlega obowiązkowi uzyskania stosownego zezwolenia, a co za tym idzie wymogowi utworzenia tu oddziału.

Jak wskazuje się w literaturze niemieckiej, pojęcie kierowania działalnością na teren Niemiec wymaga jeszcze doprecyzowania, jednak samo użycie języka niemieckiego nie może przesądzać o tym, że oferta jest kierowana do osób zamieszkałych na terenie tego kraju. Jednocześnie możliwa jest oferta sporządzona w języku innym niż niemiecki, skierowana do osób zamieszkałych w Niemczech, na przykład oferta sporządzona w języku rosyjskim, skierowana do osób zamieszkałych w Niemczech, posługujących się tym językiem²⁶. Autorka uważa, że należałoby przyjąć taką samą interpretację na gruncie polskich przepisów prawa.

2. Przesyłanie materiałów promocyjnych do Polski za pomocą poczty lub e-maila, telefonowanie do Polski.

²⁵ W. Vahlediek, *KWG § 53 Zweigstellen von Unternehmen mit Sitz im Ausland*, [w:] K.H. Boos et al., *Kreditwesengesetz*, 4. wyd. 2012, wersja elektroniczna — Beck online.

²⁶ Fischer, *KWG § 32 Erlaubnis*, [w:] K.H. Boos et al., *Kreditwesengesetz...*

W tym przypadku właściwa wydaje się interpretacja, zgodnie z którą usługodawca objęty zostaje obowiązkiem uzyskania stosownego zezwolenia, gdyż wykonuje działalność w zakresie reklamy i promocji na terenie RP lub prowadzi działalność gospodarczą w przypadku wysyłania ofert swoich usług bankowych.

Należałoby jednak odejść od wymogu utworzenia przedstawicielstwa w przypadku, gdy to potencjalny klient wychodzi z inicjatywą i żąda przesłania materiałów promocyjnych. Nie można bowiem zakwalifikować takiej czynności jako wykonywania działalności promocyjnej lub reklamowej w Polsce (bank nie wykazuje w tym przypadku własnej inicjatywy).

3. Organizowanie spotkań w Polsce z przedstawicielami banku zagranicznego lub organizowanie takich spotkań w państwie trzecim z osobami posiadającymi miejsce zamieszkania w Polsce.

Organizowanie spotkań w Polsce w celu pozyskania nowych klientów zawsze będzie nosić znamiona prowadzenia działalności promocyjnej i reklamowej w Polsce i będzie podlegało obowiązkowi uzyskania stosownego zezwolenia. Podobnie należałoby potraktować kierowanie do osób zamieszkałych w Polsce oferty spotkania z przedstawicielem banku zagranicznego, nawet w przypadku, gdy samo spotkanie miałoby odbyć się poza granicami Polski.

Odmienne, zdaniem autorki, należałoby potraktować zorganizowanie spotkania w państwie trzecim lub państwie macierzystym banku, które następuje z inicjatywy potencjalnego klienta kontaktującego się z bankiem zagranicznym. Bank ma tutaj rolę pasywną i w żaden sposób nie kieruje swojej działalności do Polski.

Organizowanie spotkań z potencjalnymi klientami (tzw. akwizycja) należy odróżnić od spotkań kwalifikowanych jako wchodzące w zakres biznesowych relacji z profesjonalistami. Należy wyjść z założenia, że konsumenci są specjalnie chronioną grupą i zawęzić maksymalnie zakres dopuszczalnych czynności, które mogą w konsekwencji prowadzić do naruszenia ich praw. Natomiast prawodawca winien przejawiać więcej elastyczności w odniesieniu do profesjonalistów, postrzeganych jako przedsiębiorcy w rozumieniu prawa polskiego.

Zorganizowanie spotkania przedstawiciela banku zagranicznego z przedsiębiorcą, nawet z inicjatywy tego banku i nawet mające miejsce na terytorium Polski, nie powinno być kwalifikowane jako prowadzenie działalności reklamowej i promocyjnej, chyba że przybiera masowe rozmiary. Incydentalne spotkania między profesjonalistami należałoby traktować raczej jako element ich biznesowych relacji, a nie jako przejaw prowadzenia działalności reklamowej lub promocyjnej w Polsce. Taka interpretacja nie znajduje jednak obecnie jednoznacznej podstawy prawnej w polskich przepisach (ale nie jest ona również wykluczona).

4. Utrzymywanie kontaktów z istniejącymi klientami banku zagranicznego (tj. klientami na podstawie umowy zawartej w kraju macierzystym banku).

Wychodząc z założenia, że istniejąca między bankiem zagranicznym a jego klientem umowa podlega prawu państwa macierzystego banku, należałoby uznać, że wszelkie czynności podejmowane przez strony w zakresie tego stosunku podlegają również temu prawu. Dopuszczalne byłoby zatem utrzymywanie kontaktu

pisemnego lub telefonicznego z klientem, przesyłanie mu na przykład wyciągów z rachunku prowadzonego przez bank zagraniczny, przesyłanie oferty modyfikacji lub ulepszenia usług, z których klient już korzysta i, jeśli klient wyraził na to zgodę, przesyłanie oferty nowych usług.

Sceptycznie należy odnieść się do przesyłania oferty nowych usług, folderów reklamowych *etc.* w przypadku, gdy klient wyraźnie nie wyraził na takie czynności zgody, choć podstawa prawna do stwierdzenia, że takie działanie jest zakazane nie jest jasna. Zdaniem autorki takie działania mogą zostać zakwalifikowane jako prowadzenie działalności promocyjnej lub reklamowej, która nie może być kwalifikowana jako czynność wchodząca w zakres stosunku prawnego łączącego bank zagraniczny z istniejącym klientem.

Z powyższych rozważań jasno wynika, że transgraniczna działalność banku zagranicznego w Polsce w zakresie, który uznajemy za dopuszczalny (nie jest bowiem przez prawo zakazany), będzie materia pozostającą poza zakresem nadzoru Komisji Nadzoru Finansowego, choćby z uwagi na brak realnej możliwości kontroli podmiotu, który nie jest w Polsce fizycznie obecny.

Niemniej należy postulować, by polski prawodawca lub organ nadzoru (KNF) wydał oficjalną interpretację potencjalnych stanów faktycznych, które mogą mieć miejsce na gruncie prowadzenia transgranicznej działalności bankowej. Rozwój sektora bankowego i usług finansowych z pewnością przyczyni się do tego, by w przyszłości powstawały spory i problemy interpretacyjne w odniesieniu do nie zawsze zupełnych i jasnych przepisów polskiego prawa. Przede wszystkim należałoby przyjąć na gruncie prawa polskiego koncepcję aktywnej i pasywnej swobody świadczenia usług, ułatwiającą klasyfikację czynności, które bank zagraniczny może podejmować bez konieczności uzyskania stosownego zezwolenia KNF.

Poza tym, w zakresie transgranicznej działalności, którą uznajemy za nie-dopuszczalną, trudno mówić o efektywności nadzoru KNF, ponieważ nie tylko trudno wypracować narzędzia pozwalające stwierdzić, czy taka działalność jest w praktyce podejmowana i na jaką skalę, ale także pod znakiem zapytania stoją ewentualne sankcje za łamanie prawa polskiego. Powiadomienie organu nadzoru państwa macierzystego jawi się właściwie jako jedyna realnie istniejąca sankcja ze strony KNF. Osobną materię stanowią natomiast roszczenia cywilnoprawne, dochodzone w postępowaniu międzynarodowym.

PRACTICAL ASPECTS OF THE EFFECTIVE SUPERVISION OVER THE CROSS-BORDER ACTIVITIES UNDERTAKEN BY THE BANKS REGISTERED OUTSIDE THE EUROPEAN UNION UNDER POLISH LAW

Summary

The article is aimed at presenting the potential problems arising out of the cross-border banking activities undertaken by the banks registered outside the EU. The effectiveness of the financial

supervision is strongly connected with the fact that the Polish financial supervision authority (*Komisja Nadzoru Finansowego — KNF*) disposes over relevant means to control the banks and to execute restrictions imposed over the banks.

Rendering the cross-border banking services is regulated by the EU law, which allows the banks incorporated in one EU member state to render banking services in other EU countries without obtaining a relevant permit there (so-called EU pass). On the other hand, according to Polish regulations, rendering cross-border banking services from outside the European Union, without physical presence in Poland and obtaining a permit from KNF, is not admissible. Consequently, in order to undertake banking business activity in Poland, it would be inevitable to establish a branch or a subsidiary company there and in order to advertise and promote the foreign bank — a representative office.

However, there are several activities, which do not fall within the scope of either rendering banking activities in Poland or advertising and promoting the foreign bank, namely: activities which could be classified as a part of the relationship with the existing clients (under the agreement concluded in the state of incorporation of the bank, under foreign law), sending information about the foreign bank on the potential client's initiative and having website accessible from Poland.

Although there is no clear legal basis for clear classification of the above-mentioned issues, the Author represents the opinion that:

- having a website accessible from Poland which does not include any offer directed to the Polish customers,
- or undertaking activities towards existing clients domiciled in Poland under the agreement concluded under foreign law in the state of incorporation of the bank, which do not include rendering banking services in Poland,
- or sending information about the bank on potential client's initiative

do not require obtaining a relevant permit from KNF and, consequently, do not require establishing a branch, subsidiary or representative office in Poland.

It should be noted, though, that the foreign banks undertaking the cross-border activities in Poland are subject to the foreign financial supervision system. Therefore, the effectiveness of the supervision might be threatened, especially in case when the foreign bank decides to render any banking activities in Poland or to promote itself there. The latter would lead to violation of Polish law, but the possibility of executing any restrictions against the bank might seem to be difficult.

According to the above-mentioned problems, it seems necessary that the Polish financial supervision authority issues an official interpretation of the potential cross-border activities which may and may not be undertaken towards Polish clients without obtaining the relevant permit and physical presence in Poland.