



Natalia Jankowska  
advokat w kancelarii  
Domański Zakrzewski Palinka sp.k.

# MIFID 2: Energetyka bez taryfy (ulgowej) od 2019 r.

## Kiedy przedsiębiorstwo energetyczne funkcjonuje jak dom maklerski?

Obrót instrumentami finansowymi (tzn. zawieranie transakcji na własny rachunek), a także świadczenie usług w odniesieniu do instrumentów finansowych (np. zarządzanie portfelem lub doradztwo inwestycyjne) co do zasady wymaga uzyskania zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego, poddania się jej nadzorowi oraz przeorganizowania działalności przedsiębiorstwa w firmę inwestycyjną (dom maklerski).

Szereg obowiązków nałożonych na firmy inwestycyjne wynika aktualnie z dyrektywy ws. rynków instrumentów finansowych, tzw. **MIFID 2**<sup>1)</sup>. Ta sama dyrektywa **rozszerzyła też katalog kontraktów zawieranych na rynkach towarowych, które należy teraz uznawać za instrument finansowy**.

Z perspektywy działalności handlowej przedsiębiorstw w sektorze energetycznym, gazowym, paliwowym i innych gałęzi przemysłu, należy pamiętać, że instrumentami finansowymi są m.in.: wszystkie kasowe i pochodne kontrakty na uprawnienia do emisji gazów cieplarnianych; pochodne kontrakty towarowe, które mogą być rozliczone finansowo; pochodne kontrakty towarowe, które mogą być rozliczone przez fizyczną dostawę, jeżeli zostały zawarte w systemach obrotu (rynek regulowany, MTF, OTF), chyba że korzystają z tzw. „*REMIT carve-out*”, odnoszącego się do produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym, zawartych na OTF z obowiązkową fizyczną dostawą; pochodne kontrakty towarowe zawarte OTC, jeżeli „powielają warunki” (mówimy, że są ekwiwalentne, równoważne do) innych pochodnych instrumentów finansowych.

Przy czym, bez znaczenia – dla kwalifikacji jako instrumentu finansowego – jest korzystanie z pośrednika przy zawieraniu ww. kontraktów. Instrumentami finansowymi będą zarówno kontrakty zawarte przez przedsiębiorcę we własnym imieniu, jak i za pośrednictwem domu maklerskiego, jeżeli oczywiście spełniają wyżej wymienione przesłanki.

## Jak wyłączyć się spod MIFID 2 i dalej handlować instrumentami finansowymi?

Jeżeli przedsiębiorca zawiera transakcje na instrumentach finansowych czy też świadczy usługi ich dotyczące, to co do zasady może prowadzić taką działalność dopiero po uzyskaniu zezwolenia KNF na prowadzenie domu maklerskiego. W niektórych sytuacjach możliwe jest jednak wyłączenie się przez przedsiębiorcę spod podlegania przepisom nakładającym te obowiązki, tzn. obowiązku pełnego stosowania MIFID 2. Na przykład, gdy prowadzenie działalności inwestycyjnej lub świadczenie usług inwestycyjnych dotyczących instrumentów finansowych jest jedynie działalnością dodatkową dla określonego przedsiębiorcy (tzw. **wyłączenie dla działalności dodatkowej**).

Z praktyki doradczej wiemy, że właśnie wyłączenie dla działalności dodatkowej jest najczęściej stosowanym wyłączeniem przez przedsiębiorstwa energetyczne i inne przemysłowe. A częstokroć jest właściwie jedynym, z którego mogą skorzystać bez konieczności ograniczenia swojej dotychczasowej działalności handlowej.

Spółka chcąc skorzystać z wyłączenia dla działalności dodatkowej musi spełnić testy kwalifikujące ją do korzystania z niego. Polegają one na sprawdzeniu czy wartość działalności transakcyjnej przedsiębiorcy na wybranych klasach towarowych instrumentów finansowych i uprawnieniach do emisji jest odpowiednio mała (dodatkowa) w porównaniu z wartością rynku Unii Europejskiej (test 1) i wartością dzia-

łalności transakcyjnej wszystkich spółek z grupy kapitałowej, do której należy przedsiębiorca chcący się wyłączyć spod MIFID 2 (test 2).

Samo spełnienie testów nie wystarczy do skutecznego korzystania z wyłączenia. W (każdym) roku, w którym przedsiębiorca zamierza korzystać z wyłączenia dla działalności dodatkowej, musi poinformować o takim zamiarze KNF.

## Terminy!

Wyjaśnione powyżej zasady z MIFID 2: kwalifikacji instrumentów finansowych, podlegania MIFID 2, ale także korzystania z wyłączenia spod MIFID 2 w oparciu o tzw. działalność dodatkową, są stosowane od początku 2018 r. Przepisy wdrażające MIFID 2 w Polsce, w tym przede wszystkim nowelizacja Ustawy o obrocie<sup>2)</sup>, weszły jednak w życie z ponad trzymiesięcznym opóźnieniem – 21 kwietnia 2018 r. Dodatkowo, art. 70 ust. 1f Ustawy o obrocie budził poważne wątpliwości interpretacyjne co do terminów wykonania poszczególnych czynności warunkujących korzystanie z wyłączenia dla działalności dodatkowej.

Kilka dni po wejściu w życie znowelizowanej Ustawy o obrocie (30 kwietnia 2018 r.) KNF opublikowała na swojej stronie „Informację ws. wyłączenia ze stosowania Dyrektywy MIFID 2”<sup>3)</sup> wyjaśniając, w jaki sposób przedsiębiorcy powinni postąpić w problematycznym 2018 r., oraz w latach następujących, aby skutecznie korzystać z wyłączenia dla działalności dodatkowej.

Zgodnie z informacją KNF, **przedsiębiorca**, który handluje towarowymi instrumentami finansowymi, uprawnieniami do emisji lub świadczy usługi odnoszące się do tych instrumentów oraz zamierza korzystać z wyłączenia **musi każdego roku**:

- **dokonać obliczenia rozmiaru działalności handlowej** pozwalającej stwierdzić czy spełnia testy kwalifikujące go do wyłączenia – **do 30 marca** roku kalendarzowego, w którym przedsiębiorca korzysta z wyłączenia spod MIFID 2;
- **zawiadomić KNF** o zamiarze korzystania z wyłączenia dla działalności dodatkowej **w ciągu miesiąca od dokonania obliczeń**, ale **nie później niż do 30 kwietnia roku**, w którym korzysta z wyłączenia.

KNF wyraziła stanowisko, że **termin 30 kwietnia na złożenie zawiadomienia obowiązuje dopiero od 2019 r.** W 2018 r. obowiązkowe było wykonanie testów, natomiast do skutecznego korzystania z wyłączenia nie było konieczne zawiadomienie KNF. Organ jedynie rekomendował aby takie zawiadomienia dokonać już w 2018 r.

Trzeba też pamiętać, że dokonanie przez przedsiębiorcę obu kroków musi być odpowiednio udokumentowane, ponieważ KNF ma prawo w każdej chwili zażądać wyjaśnień i dokumentów potwierdzających, że przedsiębiorca spełnia ustawowe przesłanki wyłączenia spod MIFID 2.

W 2019 r. wykonanie obliczeń rozmiaru działalności handlowej po 30 marca lub zawiadomienie KNF o korzystaniu z wyłączenia później niż w ciągu miesiąca od ich dokonania spowoduje, że przedsiębiorca najprawdopodobniej będzie musiał zaprzestać lub ograniczyć działalność dotyczącą instrumentów finansowych lub ubiegać się u KNF o zezwolenie na prowadzenie firmy inwestycyjnej.

**Od redakcji: Autorzy działu „Prawo” są otwarci na wszelkie głosy naszych Czytelników dotyczące problemów prawnych z jakimi boryka się polski sektor elektroenergetyczny.**

<sup>1)</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE.

<sup>2)</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

<sup>3)</sup> [https://www.knf.gov.pl/dla\\_rynku/MIFID\\_wylaczenia\\_ze\\_stosowania](https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/MIFID_wylaczenia_ze_stosowania)