

Stanowisko IDM dotyczące zaproponowanych dodatkowo rozwiązań i propozycje zmian projektu zmiany ustawy prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw.

I. Uwagi dotyczące dodatkowych zmian zgłoszonych przez UKNF pismem z dnia 9.06 wprowadzających zmiany w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym.

W opinii Izby większość zaproponowanych zmian ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym należy odrzucić.

Jednocześnie Izba rozumie intencje UKNF, które stały za przedstawieniem w/w zapisów. I choć przedstawione rozwiązania oceniamy zdecydowanie negatywnie to mając na uwadze, że eliminowanie z rynku podmiotów, które naruszają przepisy i podważają zaufanie do usług świadczonych przez domy maklerskie jest w naszym wspólnym interesie, deklarujemy pełną współpracę w wypracowaniu rozwiązań umożliwiających Urzędowi skuteczne działania kontrolne i reakcję na wykryte nieprawidłowości.

W związku z powyższym prosimy Ministerstwo o danie nam (UKNF i Izba) dodatkowego czasu na próbę wypracowania rozwiązań prawnych godzących oczekiwania Urzędu, co do możliwości skutecznego działania chroniącego rynek z reprezentowaną przez Izbę ochroną praw podmiotów kontrolowanych.

Negatywna ocena przedstawionych zapisów zmieniających ustawę o nadzorze nad rynkiem kapitałowym wynika między innymi z faktu, że projektodawcy powołując się wybiórczo na rozwiązania z różnych aktów prawnych (rozporządzenie UE EMIR, ustawa o działalności ubezpieczeniowej, ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym) proponują wprowadzenie do Ustawy uprawnień dla KNF **pozornie** zgodnych z wyżej wymienionymi przepisami, lecz nieuwzględniających rzeczywistych rozwiązań zawartych w tych aktach prawnych.

W konsekwencji tych propozycji ustawa o nadzorze nad rynkiem kapitałowym zawierałaby wszelkie możliwe (zapisane w różnych aktach prawnych zarówno krajowych jak i europejskich) uprawnienia Urzędu i sankcje dla podmiotów kontrolowanych bez uwzględnienia (zawartych w tych regulacjach) rozwiązań chroniących prawa podmiotów kontrolowanych i uprawnień nadanych w/w przepisami organom kontrolującym, których UKNF nie posiada, a będących podstawą do nadania im tych szczególnych uprawnień.

Ponadto zaproponowane w projekcie kary dla podmiotów kontrolowanych oraz osób fizycznych - pracowników podmiotu kontrolowanego (zawarte w projektowanych art. 32 ust 9 i 10 oraz w art. 36 ust. 9 i 10) pomimo powołania się projektodawców na obowiązujące rozwiązania prawne w innych aktach prawnych, nie znajdują w rzeczywistości potwierdzenia we wskazanych przepisach i znacząco odbiegają od przyjętych tam rozwiązań.

Porównanie kar za utrudnianie kontroli bądź niewykonanie zaleceń pokontrolnych w przepisach powołanych w uzasadnieniu				
	Ustawa o działalności ubezpieczeniowej	Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym	Rozporządzenie EMIR	Projekt
Podmiot kontrolowany	10.000.000	3 krotność prowizji za ostatnie 3 miesiące	3% średniego dziennego obrotu za każdy dzień opóźnienia	10.000.000
Członków zarządu i prokurentów	3 krotność przeciętnego wynagrodzenia z 12 miesięcy	10 krotność przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw (tj. 38.783,1)	2% średniego dochodu w roku poprzedzającym z każdy dzień opóźnienia	1.000.000
Pracowników kontrolowanego	NIE	NIE	NIE	1.000.000
Pracowników zleceńobiorców kontrolowanego	NIE	NIE	NIE	1.000.000

Jednocześnie propozycje kar zawarte w projekcie rażąco przewyższają wysokość sankcji przewidzianych za **naruszenie przepisów prawa** zapisanych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, mimo że odnoszą się do uznaniowych, bo niezdefiniowanych kategorii „utrudniania kontroli” lub „niewykonania” zaleceń pokontrolnych, które nie są przecież źródłem prawa.

Uwagi szczegółowe.

Artykuł 32 ust. 5 ustawy – zmiana polega na poszerzeniu zakresu materiałów, których może żądać kontroler przeprowadzający kontrolę w podmiocie prowadzącym działalność na rynku kapitałowym o „korespondencję elektroniczną, rejestry połączeń telefonicznych i rejestry przesyłu danych”. Zwracamy uwagę, że dostarczenie takich danych „niezwłocznie” może okazać się mocno utrudnione, a niekiedy może być uzależnione od podmiotów trzecich (np. uzyskanie billingów połączeń). W szczególności wskazać należy, iż powoływany przez KNF art. 62 ust. 1 rozporządzenia PE nr 648/2012 EMIR nie przewiduje dostępu do korespondencji elektronicznej. Art. 62 ust. 1 przewiduje dostęp jedynie do rejestru połączeń telefonicznych i przesyłu danych. Ponadto, uprawnienie w zakresie dostępu do korespondencji elektronicznej z uwagi na dostęp do danych objętych tajemnicą korespondencji, w tym na podstawie przepisów prawa karnego powinno być ograniczone jedynie do policji i innych organów ścigania a nie organu administracyjnego. Powyższe uprawnienie przyznane KNF równa KNF z organem ścigania z tym zastrzeżeniem, iż przepisy prawa dotyczące uprawnień tych organów regulują także kwestie odwołania od decyzji nakazującej udostępnienie dokumentów czy nośników. Tymczasem ustawa o nadzorze żadnych form obrony przed nadmiernym lub nieuprawnionym żądaniem ze strony kontrolujących nie przewiduje. Należy także wskazać, iż korespondencja elektroniczna może zawierać informacje zawierającą korespondencję prywatną, która powinna korzystać ze stosownej ochrony. Uwzględniając powyższe uwagi proponujemy następujące brzmienie:

Art.32 ust. 5 „Na żądanie kontrolera, osoby wchodzące w skład statutowych organów kontrolowanego lub osoby pozostające z kontrolowanym w stosunku pracy, zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze są obowiązane do niezwłocznego sporządzenia i przekazania, na koszt kontrolowanego, kopii dokumentów rejestrów połączeń telefonicznych i rejestru przesyłu danych lub innych nośników informacji dotyczących przedmiotu kontroli oraz udzielenia pisemnych lub ustnych wyjaśnień, w terminie określonym w żądaniu. Powyższe uprawnienie nie może naruszać dóbr osobistych osób.

Artykuł 32 ust. 9 i 10 ustawy - w art. 32 ustawy Komisja proponuje dodanie ust. 9 umożliwiającego nałożenie kary pieniężnej w wysokości do 10 mln zł w przypadku, gdy kontrolowany „uniemożliwia lub utrudnia” przeprowadzenie kontroli.

Jednocześnie, Komisja nie konkretyzuje, na czym mogłoby polegać „uniemożliwianie lub utrudnianie” przeprowadzenie kontroli, co w konsekwencji może spowodować liczne wątpliwości interpretacyjne a nadto nie wiadomo, czym i jak będzie się kierować KNF nakładając karę. Nadto ustawa nie przewiduje możliwości odwołania się od nałożonej kary. Tym samym wątpliwości budzi zarówno wysokość kary, jaką może nałożyć Komisja, jak i podstawy prawnej nakładania kar jak i brak możliwości odwołania. Takie same uwagi znajdują zastosowanie w całości do proponowanego brzmienia art. 32 ust.10 uprawniającego KNF do nałożenia kary członka organów, lub pracownika do wysokości 1 mln zł. Ponadto powoływany art. 223 zzz ustawy o działalności ubezpieczeniowej wbrew stanowisku zawartym w piśmie KNF, nie przewiduje możliwości nakładania kar na wspólnika lub pracownika, a jedynie przewiduje możliwość karania podmiotu kontrolowanego lub członka zarządu. I tak zgodnie z art. 223 zzz w przypadku, gdy podmiot, o którym mowa w ust. 1, utrudnia lub uniemożliwia przeprowadzenie kontroli, organ nadzoru może podjąć w stosunku do takiego podmiotu środki określone w art. 212 ust. 1, przy czym górna granica wysokości kary pieniężnej nakładanej na ten podmiot nie może przekroczyć 10 000 000 zł. Art. 212 ust.1 pozwala, co prawda na karanie członków zarządu, ale ogranicza to **wyłączenie do członków zarządu** i na dodatek do wysokości trzykrotności przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia z ostatnich 12 miesięcy. Tym samym zarówno zakres jak i wysokość kar w ustawie o działalności ubezpieczeniowej nie może stanowić uzasadnienia dla projektowanych zmian.

Zwracamy uwagę na niewspółmierność zaproponowanych w projekcie kar w szczególności dotyczących osób fizycznych w kontekście istniejących przepisów np. art.169a ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, który przewiduje karę do wysokości 100 tys zł dla osób odpowiedzialnych za **naruszenie przepisów** regulujących organizowanie rynku regulowanego lub prowadzenie działalności maklerskiej.

Ponadto wskazujemy, że w podobnych sytuacjach tj. nie przekazanie żądanych informacji organowi nadzoru lub utrudnianie postępowania kontrolnego rozporządzenie PE nr 648/2012 EMIR, które również umożliwia nałożenie kary na podmiot lub osoby przewiduje nie tylko możliwość odwołania się od decyzji żądającej przekazania informacji (art.61 ust.3 lit. g) ale również gwarantuje wysłuchanie stron przed podjęciem decyzji o nałożeniu kary (art.67) a wysokość okresowej kary pieniężnej, która jest odpowiednikiem proponowanej przez KNF kary za utrudnianie kontroli jest określona w przypadku osób fizycznych jako 2% średniego dziennego dochodu w poprzedzającym roku kalendarzowym i jest nakładana za każdy dzień opóźnienia.(art.66 ust. 2 i 3) Taka wysokość kary (2%) w opinii Europejskiego prawodawcy spełnia warunek skuteczności i proporcjonalności (art.66 ust.2).

Artykuł 32a ustawy - wprowadza możliwość korzystania z pomocy policji przy wykonywaniu czynności kontrolnych. Proponowana zmiana nie znajduje uzasadnienia w ramach czynności nadzorczych i kontrolnych UKNF. Powołany w uzasadnieniu art. 105b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy interpretować w kontekście całej ustawy i przewidzianych w niej uprawnieniach kontrolującego m.in. do przeszukania pomieszczeń, zajęcia rzeczy itp. Takie uprawnienia faktycznie powinny być realizowane z pomocą Policji. W obecnym stanie uprawnień UKNF nie ma potrzeby korzystania z pomocy Policji. Zwłaszcza, iż projektowana zmiana nie określa, w jakich sytuacjach i na potrzeby, jakich czynności kontrolujący może korzystać z pomocy policji.

Artykuł 33 ust. 1 ustawy - w toku kontroli Przewodniczący Komisji może zarządzić zajęcie dokumentu lub innego nośnika informacji niezbędnego dla dalszego postępowania. Rozszerzenie takiego uprawnienia na urzędników niższego szczebla (dyrektor lub zastępca dyrektora komórki organizacyjnej urzędu Komisji, do

której zadań należy przeprowadzanie kontroli) może spowodować nadużywanie przedmiotowego środka kontroli. Ponadto, zwracamy uwagę, że takie ustawowe uprawnienie może być dowolnie rozszerzane na inne osoby (dyrektorów/zastępców dyrektorów) poprzez wprowadzanie zmian w regulacjach określających strukturę organizacyjną UKNF. Nie znaleźliśmy w innych aktach prawnych rozwiązań cedujących tak istotne uprawnienia na szczebel dyrektorski. Proponujemy ewentualne rozszerzenie tego uprawnienia na Z-cę Przewodniczącego.

Artykuł 34 pkt 4a ustawy wprowadza możliwość dokonywania ustaleń kontroli na podstawie zebranych w toku kontroli zapisów obrazu lub dźwięku. Przedstawione przez UKNF uzasadnienie w sposób nieostry pozwala na dokonywanie zapisów obrazu lub dźwięku w sposób dowolny bez wcześniejszego np. uzyskiwania zgody na np. nagrywanie pracowników, którzy powinni mieć prawo odmowy utrwalanie ich wizerunku lub np. osób trzecich będących w punkcie obsługi klienta. Uprawnienie może być wykorzystywane w sposób dowolny.

Izba proponuje wprowadzenie zmiany w **art. 36 ust 3** terminu na zgłaszanie przez kontrolowanego zastrzeżeń do protokołu kontroli z 14 na 30 dni. Uważamy, że obie strony powinny mieć takie same terminy na ustosunkowanie się do dokumentów. Zmiana wydaje się tym bardziej zasadna w kontekście propozycji dodania ust. 5a w którym kontroler ma 30-dniowy termin na sprostowanie „oczywistych omyłek pisarskich”.

Proponujemy również wydłużenie do 30 dni terminu na wykonanie zaleceń (art. 36 ust.5). W przypadku, gdy w wyniku zaleceń konieczne będzie np. dokonanie zmian w regulacjach termin 14-dniowy może być zbyt krótki na przejście całego procesu zmian szczególnie, gdy w proces musi być zaangażowana np. Rada Nadzorcza firmy.

Artykuł 36 ust. 9 i 10 ustawy – wprowadza możliwość nałożenia przez Komisję kary pieniężnej zarówno na podmiot kontrolowany do wysokości 10 mln zł jak i na członków zarządu i pracowników do 1mln zł. Aktualność zachowują uwagi zgłoszone do art. 32 ust. 9 i 10.

Dodatkowo należy wskazać, iż cyt. przepisy art. 19 i 35 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym przewidują nakładania kar jedynie na podmiot prowadzący działalność brokerską lub poprzez odwołanie do art. 212 ustawy o działalności ubezpieczeniowej także członków zarządu, ale do wysokości trzymiesięcznego wynagrodzenia jak wskazano wyżej.

Nie widzimy uzasadnienia do wprowadzenia projektowanych przepisów. W przypadku, gdy niewykonanie zaleceń powoduje działanie kontrolowanego z naruszeniem przepisów prawa KNF ma możliwość nałożenia na podmiot oraz osoby odpowiedzialne sankcji administracyjnych przewidzianych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. W innym przypadku niewykonanie zaleceń pokontrolnych nie powinno być podstawą nakładania kar. Taki sposób rozumowania potwierdza art.35 ust.3 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, który za nieprawidłowości uznaje naruszenie przepisów prawa.

II. Dodatkowe uwagi do propozycji zmiany art. 7a ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym

Izba jest przeciwna dodaniu w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym kompetencji dla KNF do wydawania rekomendacji dotyczących dobrych praktyk prowadzenia działalności maklerskiej oraz ostrożnego i stabilnego zarządzania domami maklerskimi. Jeszcze kilka miesięcy temu przedmiotem prac w Ministerstwie Finansów był projekt ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym, który szedł w kierunku rezygnacji z wydawania przez KNF rekomendacji dotyczący banków (art. 137 pkt 5 Prawa bankowego).

Wprowadzanie rozwiązań planowanych w wyżej wskazanym projekcie ustawy dotyczącym nadzoru makroostrożnościowego jest niezbędne do realizacji zalecenia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego w sprawie mandatu makroostrożnościowego organów krajowych opublikowanego w dniu 16 stycznia 2012 r. Rozwiązania mają wzmocnić stabilność krajowego systemu finansowego poprzez ograniczenie ryzyka systemowego.

Mimo rezygnacji z prac nad projektem ustawy dotyczącym nadzoru makroostrożnościowego, spowodowanej rozszerzeniem zakresu regulacji o przepisy implementujące dyrektywę 2013/36/UE w zakresie dotyczącym buforów kapitałowych (tytuł VII rozdział 4 tej dyrektywy), a tym samym koniecznością zmiany kwalifikacji projektu, prace nad rozwiązaniami przyjętym w tym projekcie będą się toczyć dalej, a więc jego wątek dotyczący rezygnacji z wydawania przez KNF rekomendacji na podstawie art. 137 pkt 5 Prawa bankowego jest nadal aktualny.

W związku z powyższym projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw nie powinien wprowadzać rozwiązań niezgodnym z kierunkiem zmian zaproponowanym w projekcie ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym.

Ponadto, należy podkreślić, że wydawanie przez KNF rekomendacji budzi istotne wątpliwości, w szczególności na gruncie Konstytucji RP. Źródłem prawa w Rzeczypospolitej Polskiej są ustawy i wydawane na ich podstawie rozporządzenia. Zatem rekomendacje nie są aktami, które zalicza się do źródeł powszechnie obowiązującego prawa, ale także nie są aktami prawa wewnętrznego. W związku z tym rekomendacje nie mogą mieć mocy obowiązującej w stosunku do podmiotów nadzorowanych. W obecnym stanie faktycznym stanowią jednak źródło abstrakcyjnych generalnych bankowych norm ostrożnościowych. Wydaje się, iż podobny status będą miały Zasady ładu korporacyjnego podmiotów nadzorowanych i Wytyczne dla firm inwestycyjnych.

Izba zdaje sobie sprawę, iż tworzenie regulacji w postaci rekomendacji ułatwia proces zmian. Nie jest w takim przypadku konieczne przeprowadzanie długiego, trudnego i czasochłonnego procesu uzgadnianie i konsultowania, wyjaśniania wątpliwości i zastrzeżeń. Jednak zdaniem Izby, proces zmian pozbawiony jest społecznej i parlamentarnej kontroli. Ponadto mogą powstawać także konflikty interesów, bowiem ten sam organ wydaje rekomendacje i je stosuje.

Zatem Izba jest przeciwna wprowadzaniu powyższych zmian.

III. Propozycja przepisu ustawy dotyczącego rozrachunku w częściach.

Propozycja zmiany przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi ma na celu potwierdzenie możliwości dokonywania częściowego rozrachunku transakcji oraz wyeliminowanie wątpliwości prawnych związanych ze stosowaniem art. 450 Kodeksu cywilnego. W związku z tym proponuje się następujące zmiany:

- 1) w art. 45b ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„Art. 45b. 2. Rozrachunkiem transakcji mających za przedmiot instrumenty finansowe jest obciążenie lub uznanie konta depozytowego, rachunku zbiorczego lub rachunku papierów wartościowych prowadzonego przez Krajowy Depozyt, spółkę, której Krajowy Depozyt przekazał wykonywanie czynności z zakresu zadań, o których mowa w art. 48 ust. 1 pkt 1, lub przez izbę rozrachunkową (podmiot przeprowadzający rozrachunek), odpowiednio w związku z transakcją zbycia lub nabycia instrumentów finansowych, a także odpowiednio do ustalonych w trakcie rozliczenia kwot świadczeń, uznanie lub obciążenie rachunku bankowego lub rachunku pieniężnego wskazanego przez uczestnika będącego stroną transakcji albo stroną rozliczenia. W przypadku, o którym mowa w art. 45f ust. 1, rozrachunek transakcji może zostać zrealizowany częściowo i zawieszony w pozostałej części.”;

2) w art.45f ust.1 otrzymuje brzmienie:

„Art. 45f. 1. W przypadku braku środków na koncie depozytowym, rachunku bankowym wskazanym przez stronę rozliczenia, rachunku zbiorczym, rachunku papierów wartościowych lub rachunku pieniężnym uczestnika będącego stroną transakcji albo stroną rozliczenia, potrzebnych do przeprowadzenia rozrachunku transakcji, podmiot przeprowadzający rozrachunek określa transakcje, których rozrachunek ulega zawieszeniu w całości lub w części.”