

Uwagi Izby Domów Maklerskich do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego

1. W art. 24 ust. 2 projektowanej ustawy dodaje się pkt 4 w brzmieniu:

„4) oferowanie konsumentom usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem cech tych konsumentów, w szczególności wieku, stanu zdrowia, doświadczenia i wiedzy dotyczących usługi finansowej lub sytuacji materialnej lub oferowanie tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru.”

Sprzeciwiamy się wprowadzeniu w/w zapisu, dotyczącego praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W pierwszej kolejności zwracamy uwagę, że organem nadzorującym rynek finansowy jest Komisja Nadzoru Finansowego, a nie UOKIK. Powinien być jeden organ, który ma kompetencje w zakresie określania funkcjonowania rynku finansowego. W przeciwnym razie może to doprowadzić do różnych interpretacji w stosowaniu przepisów odnoszących się do Dyrektywy MIFID, której reżimem objęte są instytucje finansowe. Powyższy zapis projektowanej ustawy **jest niezgodny z przepisami unijnymi, czyli obecnym pakietem MIFID I oraz nieobowiązującym jeszcze pakietem MIFID II.** Obecnie uznanie, że dana usługa jest dla Klienta nieodpowiednia nie jest przeszkodą do zawarcia z nim umowy o świadczenie usług maklerskich, a informacja o nieodpowiedniości usługi ma na celu ostrzeżenie Klienta o ryzyku związanym z korzystaniem z takiej usługi. Jednak mimo takiego ostrzeżenia, gdy Klient chce, może zawrzeć taką umowę z firmą inwestycyjną. W nowym stanie prawnym, gdy dana usługa zostałaby uznana jako nieodpowiednia dla Klienta, firma inwestycyjna nie mogłaby już z Klientem zawrzeć takiej umowy, nawet jeśli Klient nadal byłby zainteresowany jej zawarciem. Tym samym będzie to skutkowało dla polskich firm inwestycyjnych tym, że zawarcie umowy o świadczenie usług maklerskich z Klientem, którego wiedza o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenie inwestycyjne uznane zostaną za nieodpowiednie (w wyniku ich weryfikacji na podstawie § 15 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (Dz. U. 2012 poz. 1078 z późn. zm.) - naruszy powyższy art. 24 ust. 2 pkt 4, tj. będzie praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Zatem mimo że na gruncie przepisów o rynku kapitałowym zawarcie umowy w powyższym przypadku jest dopuszczalne, to już w kontekście nowych przepisów Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów byłoby ono niezgodne z prawem.

W dalszej kolejności pragniemy zauważyć, że w kontekście nowego zapisu pkt. 4 w ustępie 2 art. 24 projektowanej ustawy **osoby, które nie zdobyły dotychczas doświadczenia w zakresie inwestowania nigdy nie będą już mogły tego zrobić.** Wprowadzenie cytowanego przepisu uniemożliwi osobom, które nie miały jeszcze do czynienia z giełdą, rozpoczęcia korzystania z usług maklerskich. Przepis zakłada, że można oferować konsumentom tylko usługi, które są odpowiednie ze względu na doświadczenie konsumenta. Zatem brak takiego doświadczenia całkowicie uniemożliwia zaproponowanie klientowi takiej usługi. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku osób, które odmówią poddania się ocenie wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego (co jest dopuszczalne w obecnym stanie prawnym).

W naszej ocenie brzmienie w/w przepisu projektowanej ustawy kłóci się z główną ideą przyświecającą kampanii „Akcjonariat obywatelski” od wielu lat prowadzonej przez rząd, której celem jest zachęcenie Polaków do inwestowania. Tymczasem zaproponowany przepis skutecznie zmniejszy dostępność produktów finansowych.

Warto również wskazać, że wprowadzany zapis generuje olbrzymie ryzyko **osłabienia konkurencyjności polskich firm inwestycyjnych**, w porównaniu z firmami z innych państw Unii Europejskiej, w których można zawierać umowy o świadczenie usług maklerskich z Klientami, których wiedza o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego uznane zostały za nieodpowiednie.

Kontrowersyjna jest mocno w naszej ocenie kwestia badania stanu zdrowia w kontekście oferowania konsumentom usług finansowych. W pierwszej kolejności zwracamy uwagę, że przetwarzanie informacji o stanie zdrowia jest niedozwolone na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. 2014 poz. 1182), chyba że zostaną spełnione przesłanki, o których mowa w art. 27 ust. 2 w/w ustawy. Tym samym nie jest jasne w jaki sposób firma inwestycyjna będzie dokonywała oceny stanu zdrowia konsumenta: czy miałyby to być stwierdzone na podstawie oświadczenia potencjalnego klienta, czy też firma inwestycyjna powinna zażądać określonych badań lekarskich lub zaświadczenia od lekarza, że stan zdrowia pacjenta pozwala na inwestowanie na GPW?

Analizując cytowany powyżej przepis projektowanej ustawy nie można również nie zauważyć, że jego brzmienie pozostaje w sprzeczności z wykładnią doradztwa inwestycyjnego prezentowaną przez Komisję Nadzoru Finansowego. W momencie wprowadzenia cytowanego przepisu oferowanie przez firmę inwestycyjną klientowi produktów odpowiednich dla niego pod kątem „doświadczenia i wiedzy dotyczących usługi finansowej lub sytuacji materialnej” mogłoby zostać zakwalifikowane przez KNF w przypadku ewentualnej kontroli jako pozaumowne doradztwo inwestycyjne.

*„Klasyfikacja stanu faktycznego wskazanego w punkcie 6 determinowana jest okolicznościami i kontekstem, w jakim informacje dotyczące konkretnych instrumentów finansowych są przekazywane. W ocenie UKNF, o ile firma inwestycyjna przekazuje klientowi ogólne informacje o emitencji instrumentu finansowego **bez selekcjonowania ich pod kątem wiedzy, doświadczenia i celów inwestycyjnych klienta (abstrahując od nich)**, to wówczas powyższe działanie firmy inwestycyjnej **nie może zostać zaklasyfikowane jako usługa doradztwa inwestycyjnego.**”¹*

Mając na uwadze wszystkie powyższe argumenty pragniemy jeszcze raz podkreślić, że brzmienie cytowanego przepisu projektowanej ustawy jest nie do przyjęcia w kontekście obowiązujących przepisów regulujących działalność rynku kapitałowego zarówno krajowych jak i unijnych, z którymi w tym momencie proponowany przepis pozostaje w kolizji i w związku z czym postulujemy o jego nie wprowadzanie.

2. W dotychczasowym art. 26 dodaje się ust. 3 w brzmieniu:

„a)w ust. 2 uchyla się zd. 2

b)dodaje się ust. 3 w brzmieniu:

„3. W decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu może nakazać publikację decyzji w całości lub w części, w określonej w niej formie, na koszt przedsiębiorcy.”

¹ Stanowisko w sprawie świadczenia przez firmy inwestycyjne usługi doradztwa inwestycyjnego z dnia 27 marca 2012 roku łącznie z dalszymi wyjaśnieniami z dnia 03 września 2013 roku Komisji Nadzoru Finansowego (DRK/WRM/485/7/7/69/2013/MK/PT)

Sprzeciwiamy się takiemu brzmieniu cytowanego przepisu. Jednocześnie postulujemy o dokonanie zmiany poprzez określenie zakresu kosztów tego typu publikacji. W naszej ocenie proponowane brzmienie przepisu rodzi ryzyko powstania zbyt dużej dowolności po stronie Prezesa UOKiK przy nakładaniu na przedsiębiorcę obowiązku publikacji decyzji, gdyż zakres tej publikacji w proponowanej wersji przepisu byłby nieograniczony.

3. Po dotychczasowym art. 49 dodaje się art. 49a w brzmieniu:

„Art. 49a 1. Bez wszczynania postępowania Prezes Urzędu może wystąpić do przedsiębiorcy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów.

2. Przedsiębiorca, do którego Prezes Urzędu skierował wystąpienie, o którym mowa w ust. 1, jest obowiązany w terminie określonym przez Prezesa Urzędu, nie krótszym niż 14 dni, od dnia jego otrzymania przekazać Prezesowi Urzędu stanowisko w sprawie, której dotyczy wystąpienie.”

Sprzeciwiamy się takiemu brzmieniu proponowanego przepisu. Pragniemy zwrócić uwagę, że występowanie do przedsiębiorcy bez wszczynania postępowania tj. bez konieczności wskazywania jakiegokolwiek podstawy prawnej rodzi duże niebezpieczeństwo nadmiernego korzystania z tej instytucji przez Urząd i w konsekwencji pozyskiwanie informacji, które niejednokrotnie nie mogą zostać przekazane przez przedsiębiorcę np. z uwagi na przepisy dotyczące tajemnicy zawodowej. Jednocześnie wskazujemy, że taka konstrukcja stwarza całkowitą dowolność po stronie Urzędu w przedmiocie występowania do przedsiębiorcy z wnioskiem o wszelkiego rodzaju np. wyjaśnienia, bez konieczności wystąpienia przesłanki podejrzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie do końca jasne jest również w naszej ocenie jakie konsekwencje wiążą się z nieudzieleniem przez przedsiębiorcę odpowiedzi na zapytanie Prezesa UOKiK? Z treści cytowanego przepisu nie wynikają żadne sankcje za nieudzielenie odpowiedzi na takie wystąpienie skierowane przez Prezesa UOKiK. W związku z powyższym czy przedsiębiorca może po prostu nie przedstawić swojego stanowiska i jeżeli tak to czy musi uczynić to w formie pisma skierowanego do Prezesa UOKiK?

4. Po dotychczasowym art. 101 dodaje się art. 101a w brzmieniu:

„Art.101a 1. Jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione, że dalsze stosowanie zarzucanej praktyki może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenia dla zbiorowych interesów konsumentów, Prezes Urzędu przed zakończeniem postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę, któremu jest zarzucane stosowanie praktyki, do zaniechania określonych działań w celu zapobieżenia tym zagrożeniom. Wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania decyzji. Przed wydaniem decyzji stronie nie przysługuje prawo do wypowiedzenia się do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, o którym mowa w art. 10 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego.

2. W decyzji, o której mowa w ust. 1 Prezes Urzędu określa czas jej obowiązywania. Decyzja ta obowiązuje nie dłużej niż do czasu wydania decyzji kończącej postępowanie w sprawie.

3. Prezes Urzędu może przedłużyć, w drodze decyzji, czas obowiązywania decyzji, o której mowa w ust. 1. Przepis ust. 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

4. W przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust. 1, nie stosuje się art. 106 ust. 1 pkt 4.”

Sprzeciwiamy się wprowadzeniu przepisu w brzmieniu jak powyżej. W naszej ocenie wprowadzenie możliwości wydawania przez Prezesa UOKiK decyzji tymczasowych jeszcze przed zakończeniem

postępowania, a już zobowiązujących do zaniechania określonych działań godzi w konstytucyjne prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy.

Zwracamy również uwagę, że taki zapis pozostawia po stronie Prezesa Urzędu zbyt duży luz decyzyjny i arbitralność, co może doprowadzić do wydawania decyzji cechujących się uznaniowością. Ustawodawca w projektowanej ustawie nie definiuje pojęć typu: w uzasadnionym przypadku, w wyniku podejrzenia itp. co rodzi ryzyko nadużyć ze strony Urzędu w stosunku do przedsiębiorców. Nieuregulowana pozostaje również w naszej opinii kwestia odpowiedzialności Urzędu za ewentualne straty finansowe spowodowane w wyniku wydania decyzji tymczasowej o zaniechaniu określonych działań, która w następstwie dalszego postępowania okaże się nieuzasadniona.

5. Po dotychczasowym art. 105l dodaje się art. 105la w brzmieniu:

„Art. 105la. 1. W celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów kontrolujący ma prawo podjęcia czynności zmierzających do zakupu towaru.

2. Okazanie przedsiębiorcy albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania czynności kontrolnych oraz doręczenie upoważnienia do przeprowadzenia kontroli następuje niezwłocznie po zakończeniu czynności, o których mowa w ust. 1.

3. W uzasadnionych przypadkach przebieg czynności, o których mowa w ust. 1, może być utrwalany przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Informatyczne nośniki danych w rozumieniu przepisów o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, na których zarejestrowano przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku stanowią załącznik do protokołu kontroli. Poinformowanie kontrolowanego o utrwalaniu przebiegu czynności, o których mowa w ust. 1, nastąpi niezwłocznie po dokonaniu czynności, o których mowa w zdaniu 1.

Jesteśmy przeciwni wprowadzeniu instytucji tzw. „tajemniczego klienta” przewidzianej w wyżej cytowanym przepisie. W naszej ocenie możliwość utrwalania przebiegu czynności przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego jest zbyt daleko idącym uprawnieniem, które narusza dobra osobiste obywateli, które powinny być chronione. Prawdopodobnie żadna ustawa nie daje takich uprawnień żadnemu organowi, bez uzyskania uprzedniej zgody sądu. Warto zauważyć, że nawet w postępowaniu karnym policja / prokurator musi mieć zgodę sądu (art. 237, 241 k.p.k.)².

² Art. 237 § 1 kpk. Po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa.

§ 2.^{151l} W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych może **zarządzić prokurator**, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni **do sądu** z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni na posiedzeniu bez udziału stron. **W wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora sąd w postanowieniu wydanym w przedmiocie wniosku zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów.** Zaskarżenie postanowienia wstrzymuje jego wykonanie.

§ 3.^{152l} Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne tylko wtedy, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego **przestępstwa dotyczy:**

- 1) zabójstwa,
- 2) narażenia na niebezpieczeństwo powszechne lub spowodzenia katastrofy,
- 3) handlu ludźmi,
- 4) uprowadzenia osoby,
- 5) wymuszania okupu,
- 6) uprowadzenia statku powietrznego lub wodnego,
- 7) rozboju, kradzieży rozbójniczej lub wymuszania rozbójniczego,

Jednocześnie należy podkreślić, że dotychczasowe brzmienie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nakłada na kontrolującego tj. osobę działającą z upoważnienia Prezesa Urzędu obowiązek poinformowania kontrolowanego tj. przedsiębiorcy o utrwalaniu przebiegu kontroli za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk.

Art. 105b ust. 4 W uzasadnionych przypadkach przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku, po uprzednim poinformowaniu kontrolowanego, mogą być utrwalane przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk. Informatyczne nośniki danych w rozumieniu przepisów o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, na których zarejestrowano przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku, stanowią załącznik do protokołu kontroli.

W naszej ocenie wprowadzenie instytucji tzw. tajemniczego klienta będzie wiązało się z koniecznością szczegółowego uregulowania wielu innych aspektów związanych z nowym uprawnieniem Prezesa Urzędu, a mianowicie należy uwzględnić wiele prawnych aspektów, zaczynając od ochrony danych osobowych i generalnie dóbr osobistych (ochrona wizerunku czy prawa do prywatności), po wypracowane w orzecznictwie i doktrynie na gruncie procedury cywilnej pojęcia dowodu sprzecznego z prawem.

Co istotne rejestracja np. rozmowy telefonicznej jest zgodna z prawem i zasadami etyki, jeżeli jej uczestnicy wyrażają na nią zgodę. Sposób uzyskania zgody nie wymaga specjalnej formy.

8) zamachu na niepodległość lub integralność państwa,

9) zamachu na konstytucyjny ustrój państwa lub jego naczelne organy, albo na jednostkę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,

10) szpiegostwa lub ujawnienia informacji niejawnych o klauzuli tajności "tajne" lub "ściśle tajne";

11) gromadzenia broni, materiałów wybuchowych lub radioaktywnych,

12) fałszowania oraz obrotu fałszywymi pieniędzmi, środkami lub instrumentami płatniczymi albo zbywalnymi dokumentami uprawniającymi do otrzymania sumy pieniężnej, towaru, ładunku albo wygranej rzeczowej albo zawierającymi obowiązek wpłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach lub stwierdzenie uczestnictwa w spółce,

13) wytwarzania, przetwarzania, obrotu i przemytu środków odurzających, prekursorów, środków zastępczych lub substancji psychotropowych,

14) zorganizowanej grupy przestępczej,

15) mienia znacznej wartości,

16) użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym,

17) łapownictwa i płatnej protekcji,

18) stręczycielstwa, kuplerstwa i sutenerstwa,

19) przestępstw określonych w rozdziale XVI ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.) oraz w art. 5-8 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzonego w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708), zwanego dalej "Statutem".

§ 4. **Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawą lub z grożącym przestępstwem.**

§ 5.¹⁵³⁾ Urzędy i instytucje prowadzące działalność telekomunikacyjną oraz przedsiębiorca telekomunikacyjny w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, obowiązani są umożliwić wykonanie postanowienia sądu lub prokuratora w zakresie przeprowadzenia kontroli rozmów telefonicznych oraz zapewnić rejestrowanie faktu przeprowadzenia takiej kontroli.

§ 6. **Prawo odtwarzania zapisów ma sąd lub prokurator, a w wypadkach nie cierpiących zwłoki, za zgodą sądu lub prokuratora, także Policja.**

§ 7. Prawo zapoznawania się z rejestrem przeprowadzonych kontroli rozmów telefonicznych ma sąd, a w postępowaniu przygotowawczym - prokurator.

§ 8.¹⁵⁴⁾ Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli.

Art. 241 [Inne środki techniczne] Przepisy rozdziału niniejszego stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.