



Izba Domów Maklerskich

od 20 lat

Stanowisko Izby Domów Maklerskich dotyczące interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1634)

17 kwietnia 2016 r. weszła w życie nowelizacja ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „Ustawa”). Został między innymi zmieniony dotychczasowy art. 24 Ustawy poprzez dodanie pkt 4 w ustępie 2:

„4) proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru.”

W ocenie Izby Domów Maklerskich (dalej „Izba”):

- cytowany przepis nie stanowi samodzielnej normy prawnej i może być stosowany tylko w przypadku naruszenia przez firmę inwestycyjną (dalej „FI”) innych przepisów tj. *lex specialis* w stosunku do tego przepisu lub dobrego obyczaju;
- użyte w przepisie sformułowanie „proponowanie nabycia usług finansowych” należy rozumieć jako propozycję nabycia usług finansowych skierowaną do indywidualnego adresata w sposób aktywny;
- ocena adekwatności powinna uwzględniać dostępne FI informacje. Przepis nie nakłada na FI żadnych dodatkowych obowiązków dot. zbierania czy pozyskiwania informacji o kliencie.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, przepis nie ma charakteru samodzielnego. Znajdzie on zastosowanie tylko w sytuacji gdy działanie FI narusza inny przepis o charakterze *lex specialis* w stosunku do art. 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy lub dobrego obyczaju. W uzasadnieniu do projektu Ustawy wielokrotnie znajdujemy odniesienia do „*innych przepisów lub dobrych obyczajów*”. Za przepisy *lex specialis* w odniesieniu do art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy w przypadku firm inwestycyjnych należy uznać regulacje MiFID I art. 19 ust. 4 i 5ⁱ oraz 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 § 15 i 16ⁱⁱ.

Mając na uwadze powyższe przepisy należy uznać, że dopiero w przypadku między innymi naruszenia wyżej wskazanych przepisów, bądź niestosowania ich przez firmę inwestycyjną będzie miał zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy (również w przypadku naruszenia dobrego obyczaju). Przedstawione regulacje niejako konsumują w sobie dyspozycję wynikającą z nowelizowanego przepisu Ustawy. Nakładają na FI szereg obowiązków w zakresie badania odpowiedności usługi maklerskiej do indywidualnej sytuacji klienta. FI są zobowiązane gromadzić wymagany prawem zasób informacji celem ustalenia czy dana usługa jest dla klienta odpowiednia. Ma to pomóc ustalić czy klient jest świadomy ryzyka związanych z inwestowaniem w ramach danej usługi. Przeprowadzenie przez FI testu odpowiedności stanowi jedno z podstawowych narzędzi ochrony klienta. Testy



Izba Domów Maklerskich *od 20 lat*

odpowiedności zawierają mechanizm pozwalający na uzyskanie informacji czy dana usługa lub instrument jest odpowiedni dla klienta lub potencjalnego klienta.

Izba zwraca uwagę, że przepis stanowi, iż potrzeby klientów powinny być ustalone zgodnie z cechami tych klientów. Nie precyzuje jednak o jakie cechy chodzi. W uzasadnieniu do projektu ustawy zostało wprost wskazane, że „przy ustalaniu potrzeb konsumentów oczekiwane jest jedynie uwzględnianie takich cech konsumentów, które są relewantne do rodzaju proponowanej usługi.” Niewątpliwie będą nimi dotychczasowe doświadczenie, wiedza o inwestowaniu czy wiek klienta. Izba zwraca uwagę, że obecnie wdrażany jest nowy Standard Izby dot. oceny odpowiedności usługi maklerskiej do indywidualnej sytuacji klienta. Wprowadzonym *novum* jest dodanie kategorii „wiek” przy dokonywaniu oceny przez FI. FI przy końcowej ocenie testu odpowiedności ma możliwość oświadczyć, iż usługa jest dla danego klienta nieodpowiednia z uwagi na jego wiek. Izba zwraca uwagę, że takie rozwiązanie z pewnością wypełnia przynajmniej w części dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

W ocenie Izby zalecane jest również w przyszłości stosowanie przez FI dodatkowego pola dla oświadczeń klienta (nie objętych badaniem odpowiedności oraz algorytmem badania odpowiedności, ale składanych pod formularzem testu odpowiedności), w którym klient oświadcza, że dana usługa maklerska lub dany instrument finansowy jest zgodny bądź niezgodny z jego potrzebami. Potrzeby klienta, szczególnie dopiero nawiązującego relację umowną z FI, mogą być dla tej firmy nieznanne. Przerzucenie odpowiedzialności za prawidłowe określenie potrzeb klienta na FI wydaje się zatem co najmniej w niektórych przypadkach niemożliwe do zrealizowania w praktyce. Rozwiązanie, w którym to klient oświadcza o zgodności bądź niezgodności produktu z jego potrzebami, pozwoli uniknąć ewentualnych zarzutów dotyczących proponowania usług w sposób niezgodny z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy. W przypadku stwierdzenia przez klienta niezgodności danego produktu z jego potrzebami FI uzyskuje pewność, że nie może danego produktu oferować. Natomiast w przypadku stwierdzenia przez klienta zgodności danego produktu z jego potrzebami FI uzyskuje możliwość proponowania takich produktów, które są dostępne dla klienta w oparciu o wynik badania testu odpowiedności.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z obowiązującymi przepisami dot. FI w przypadku gdy firma inwestycyjna ustali, że dany produkt jest dla klienta „nieodpowiedni”, powinna go o tym poinformować. Interpretowany przepis Ustawy nie zawiera w sobie normy zakazującej oferowania takiego produktu w sytuacji gdy sam klient zdecyduje, że mimo „nieodpowiedności produktu” (podpisał oświadczenie o ryzyku jakie wiąże się z nabyciem danego produktu) chce go nabyć. W momencie gdy FI informuje klienta o nieodpowiedności usługi należy uznać, że tym samym kończy etap proponowania. W ocenie Izby tym samym nie można uznać, że FI proponuje usługi nieodpowiednie dla klienta, w momencie gdy to on sam dokonuje wyboru danej usługi pomimo jej nieodpowiedności.

Patrząc na omawiane zagadnienie z praktycznego punktu widzenia, w świetle obowiązujących przepisów wyróżnić można dwa etapy „sprzedaży” instrumentów finansowych. Pierwszym jest oferowanie, czyli sytuacja, w której FI posiada dany instrument w swojej ofercie i może o tym fakcie



Izba Domów Maklerskich *od 20 lat*

informować w formie przekazów marketingowych. Informacja taka zazwyczaj trafiać będzie do szerokiego grona potencjalnych klientów, wśród których znajdą się zarówno osoby, których potrzeby oferowany produkt spełni, jak i takie, dla których produkt ten będzie nieodpowiedni w rozumieniu Ustawy. Drugim etapem procesu sprzedaży może być aktywne proponowanie, które w ocenie Izby powinno zostać poprzedzone badaniem wiedzy i doświadczenia, ewentualnie - sytuacji finansowej i celów inwestycyjnych klienta. W przypadku, w którym z powyższego badania wynikać będzie, że dany instrument finansowy jest dla klienta odpowiedni, FI może go aktywnie proponować (z zastrzeżeniem, że owo proponowanie podlega ograniczeniom związanym z ewentualnym brakiem usługi doradztwa inwestycyjnego w ofercie FI). Jeśli natomiast instrument finansowy w świetle badania okaże się nieodpowiedni, wówczas FI nie może tego produktu aktywnie proponować, nadal jednak może sprzedać ten produkt klientowi, o ile klient wyrazi żądanie jego nabycia pomimo nieodpowiedniości. W ocenie Izby okoliczność występowania przez klienta z własną inicjatywą nabycia produktu (pomimo zakomunikowanej mu uprzednio niezgodności produktu z jego potrzebami) jest istotną przesłanką umożliwienia klientowi nabycia żądanego przez niego produktu. Okoliczność występowania przez klienta z własną inicjatywą nabycia ma znaczenie prawne ponieważ w regulacjach MiFID I umożliwia FI odstąpienie od wykonania testu odpowiedniości (art. 19(6) Dyrektywy 2004/39/EC oraz art. 38 Dyrektywy 2006/73/EC). Innymi słowy w dorobku prawodawstwa unijnego okoliczność ta jest rozpoznana jako powód odróżniania przesłanek sprzedaży polegającej na proponowaniu przez FI od przesłanek sprzedaży polegającej na wykonaniu żądania klienta (uprzednio poinformowanego o subiektywnej ocenie FI dotyczącej adekwatności usług). W ocenie Izby przedstawiona powyżej interpretacja pojęć proponowania i sprzedaży na żądanie klienta, jako pojęć odrębnych znaczeniowo, ma również uzasadnienie w dorobku prawodawstwa unijnego.

Jednocześnie Izba wskazuje na kwestię dot. informacji dostępnych przedsiębiorcy w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy. Należy uznać, że skoro sam ustawodawca w uzasadnieniu do projektu Ustawy wskazuje, że nowe regulacje nie mają na celu nakładania na przedsiębiorców nowych obowiązków szczególnie dotyczących pozyskiwania dodatkowych informacji, to należy ten obowiązek wywodzić z brzmienia innych, dotychczasowych przepisów.

ⁱ „4. Świadcząc usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania pakietem akcji, przedsiębiorstwo inwestycyjne uzyskuje niezbędne informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia klientów lub potencjalnych klientów w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do określonego rodzaju produktu czy usługi, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, tak aby przedsiębiorstwo mogło polecić klientowi lub potencjalnemu klientowi odpowiednie dla niego usługi inwestycyjne i instrumenty finansowe.

5. Państwa Członkowskie zapewniają, że przedsiębiorstwa inwestycyjne świadczące usługi inwestycyjne, inne niż określone w ust. 4, zwróciły się do klienta lub potencjalnego klienta z prośbą o przekazanie informacji dotyczących jego wiedzy i doświadczenia w dziedzinie inwestycji, odpowiedniej do określonego rodzaju oferowanego lub wymaganego produktu lub usługi, tak aby przedsiębiorstwo inwestycyjne mogło dokonać oceny, czy przewidziana usługa inwestycyjna lub produkt są odpowiednie dla klienta.

W przypadku gdy w oparciu o informacje otrzymane na podstawie poprzedzającego ustępu przedsiębiorstwo inwestycyjne uważa, że produkt lub usługa nie są odpowiednie dla klienta lub potencjalnego klienta, przedsiębiorstwo inwestycyjne ostrzega o powyższym klienta lub potencjalnego klienta. Ostrzeżenie to należy przekazywać w ujednoczonym formacie.

W przypadkach gdy klient lub potencjalny klient podejmuje decyzje o nieprzekazywaniu informacji określonych na podstawie akapitu pierwszego lub jeżeli przedstawia niewystarczające informacje dotyczące jego wiedzy i doświadczenia,



Izba Domów Maklerskich

od 20 lat

przedsiębiorstwo inwestycyjne ostrzega klienta lub potencjalnego klienta, że taka decyzja uniemożliwia przedsiębiorstwu ustalenie, czy przewidziana usługa lub produkt są dla niego odpowiednie. Ostrzeżenie to należy przekazywać w ujednoliconym formacie.”

ii § 15

„1. Z zastrzeżeniem § 16 i 20, przed zawarciem umowy o świadczenie usług maklerskich, o których mowa w art. 69 ust. 2 ustawy, firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego, niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację.

2. Informacje, o których mowa w ust. 1, dotyczą:

- 1) rodzajów usług maklerskich, transakcji i instrumentów finansowych, które są znane klientowi;
- 2) charakteru, wielkości i częstotliwości transakcji instrumentami finansowymi dokonywanych przez klienta oraz okresu, w którym były dokonywane;
- 3) poziomu wykształcenia, wykonywanego obecnie zawodu lub wykonywanego poprzednio, jeśli jest to istotne dla dokonania oceny.

§ 16

1. Przed zawarciem umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem, w skład którego wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych, doświadczenia inwestycyjnego, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację.

2. Firma inwestycyjna świadcząca usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie informacji niezbędnych dla ustalenia, że przy należyтым uwzględnieniu charakteru i zakresu świadczonej usługi określona transakcja, rekomendowana lub zawierana w toku świadczenia usługi:

- 1) realizuje cele inwestycyjne danego klienta;
- 2) nie jest związana z ryzykiem, którego poziom przekraczałaby możliwości inwestycyjne klienta, oraz
- 3) ma charakter pozwalający na jej zrozumienie i dokonanie oceny ryzyka z nią związanego przez klienta, biorąc pod uwagę posiadane przez niego doświadczenie i wiedzę.

3. Informacje dotyczące sytuacji finansowej klienta lub potencjalnego klienta muszą, stosownie do potrzeb, zawierać wskazanie źródła i wysokości stałych dochodów, posiadanych aktywów, w tym aktywów płynnych, inwestycji, nieruchomości oraz stałych zobowiązań finansowych.

4. Informacje dotyczące celów inwestycyjnych klienta lub potencjalnego klienta muszą, stosownie do potrzeb, zawierać informacje na temat długości okresu, w którym klient chciałby prowadzić inwestycje, jego preferencji co do poziomu ryzyka, profilu ryzyka oraz celu inwestycji.

5. Firma inwestycyjna nie może świadczyć na rzecz klienta usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem, w skład którego wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, jeśli nie uzyska informacji dotyczących:

- 1) wiedzy i doświadczenia klienta lub potencjalnego klienta w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do określonego rodzaju instrumentu finansowego lub usługi maklerskiej;
- 2) sytuacji finansowej klienta lub potencjalnego klienta;
- 3) celów inwestycyjnych klienta lub potencjalnego klienta.

6. Firma inwestycyjna świadcząca usługi zarządzania portfelem, w skład którego wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, może zalecać klientowi zmianę strategii inwestycyjnej wyłącznie po uprzednim uzyskaniu informacji dotyczących klienta i dokonaniu oceny zgodnie z ust. 1-5.

§ 17 W celu wykonania obowiązków, o których mowa w § 15 ust. 1 lub § 16 ust. 1, firma inwestycyjna jest uprawniona do wykorzystania informacji dotyczących klienta lub potencjalnego klienta, które pozostają w jej posiadaniu, o ile informacje te są aktualne. W takim przypadku nie stosuje się przepisów § 15 ust. 1 lub § 16 ust. 1 w zakresie obowiązku zwrócenia się przez firmę inwestycyjną do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie informacji.”