

Uwagi do projektu *ustawy o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi*.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi co do zasady ma na celu zapewnienie skutecznego wykonywania *Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2017/2402 z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie ustanowienia ogólnych ram dla sekurytyzacji oraz utworzenia szczególnych ram dla prostych, przejrzystych i standardowych sekurytyzacji, a także zmieniające dyrektywy 2009/65/WE, 2009/138/WE i 2011/61/UE oraz rozporządzenia (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 28.12.2017, str. 35)*, zwanego dalej „Rozporządzeniem”.

W projekcie znajdują się jednak zapisy, których przyjęcie może wywołać bardzo poważne konsekwencje.

Art. 3g. 1. Umożliwia w przypadku stwierdzenia przez organ nadzoru, Komisję Nadzoru Finansowego, naruszenia art. 6, 7, 9, 18, 19-22, 23-26, 27 ust. 4, 28 ust.1 rozporządzenia 2017/2402, a także w przypadku dokonania wprowadzającego w błąd zgłoszenia, o którym mowa w art. 27 ust. 1 Komisja może:

- 1) nakazać osobie fizycznej lub prawnej zaprzestania danego zachowania oraz powstrzymania się od tego zachowania w przyszłości;
- 2) zawiesić w wykonywaniu czynności członków zarządu podmiotów, o których mowa w art. 32 ust. 2 lit.c rozporządzenia nr 2017/2402, a także inne osoby fizyczne pełniące funkcje kierownicze w tych podmiotach, odpowiedzialnych za naruszenie obowiązków;
- 3) tymczasowo zakazać dokonywania zgłoszenia w trybie art. 27 ust. 1 rozporządzenia nr 2017/2402 o spełnianiu określonych wymogów dotyczących sekurytyzacji – w przypadku, o którym mowa w art. 32 ust. 1 lit. e i f rozporządzenia nr 2017/2402;
- 4) tymczasowo cofnąć osobie trzeciej, o której mowa w art.27 ust. 2 rozporządzenia 2017/2402, upoważnienie udzielone przez Komisję na podstawie art. 28 ust. 1
- 5) nałożyć karę pieniężną do wysokości nieprzekraczającej:
 - a) w przypadku osoby fizycznej:
 - kwoty 20 869 500 zł,
 - lub
 - dwukrotności kwoty korzyści uzyskanych lub strat unikniętych w wyniku naruszenia – w przypadku gdy jest możliwe ich ustalenie,

b) w przypadku osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej:

- kwoty 20 869 500 zł lub 10% przychodów netto ze sprzedaży towarów i usług oraz operacji finansowych, a w przypadku zakładu ubezpieczeń – 10% składki przypisanej brutto, wykazanych w ostatnim sprawozdaniu finansowym za rok obrotowy, zatwierdzonym przez organ zatwierdzający, lub
- dwukrotności kwoty korzyści uzyskanych lub strat unikniętych w wyniku naruszenia
- w przypadku gdy jest możliwe ich ustalenie.

Art. 3g ust 3 wprowadza natychmiastową wykonalność decyzji, o której mowa w ust. 1.

Możliwość podjęcia w drodze decyzji działań, o których mowa w art. 3g ust. 1 pkt 1-4 i nadanie jej rygoru natychmiastowej wykonalności jest zrozumiała i uzasadniona. Działania te mają na celu doraźną ochronę rynku i jego uczestników poprzez podjęcie natychmiastowych działań o charakterze interwencyjnym.

Działania o których mowa w pkt 5 takiego charakteru jednak nie mają. Działania te wprowadzają poważne sankcje o charakterze karnym zarówno na instytucje, jak i na osoby fizyczne. Wysokość tych sankcji jest bezprecedensowa, zwłaszcza w odniesieniu do osób fizycznych. Kara finansowa w wysokości zbliżonej do maksymalnej kwoty 20,9 mln zł nałożona na prawie każdą osobę fizyczną spowodowałaby bankructwo takiej osoby i utratę przez nią całego majątku. Jest to kara zbliżona do funkcjonującej w Polsce do 1990 roku konfiskaty mienia. Konfiskata ta była jednak nakładana przez sąd, w postępowaniu karnym i należała do katalogu tzw. kar dodatkowych, orzekanych w przypadku skazania za zbrodnie przeciwko podstawowym interesom politycznym lub gospodarczym państwa, zagarnięcie mienia społecznego znacznej wartości lub inną zbrodnię dokonaną z chęci zysku. Co ciekawe kara ta została zniesiona nowelizacją Kodeksu karnego z dnia 23 lutego 1990 roku (Dz.U. z 1990 r. Nr 14, poz. 84), z uwagi na jej niehumanitarność i możliwość pokrzywdzenia osób najbliższych przestępcy.

Zapisy projektu ustawy wprowadzają podobną karę, która jednak nie tylko:

- nie jest nakładana w postępowaniu karnym przez niezawisły sąd, lecz przez organ administracji w postępowaniu administracyjnym;
- nie podlega kontroli sądowej, z wyjątkiem możliwości złożenia skargi do sądu administracyjnego już po uprawomocnieniu się decyzji;

- to jeszcze decyzja tego organu wydana w I instancji ma nadany z ustawy rygor natychmiastowej wykonalności, mimo iż nie jest jeszcze prawomocna.

Rozwiązanie takie wydaje się nieuzasadnione i stanowi duże ryzyko dla uczestników rynku. Możliwość nałożenia przez organ administracji kary w takiej wysokości obarczonej rygorem natychmiastowej wykonalności po jej podjęciu w I instancji powoduje potencjalne zagrożenie dla wszystkich podmiotów, których ona dotyczy, niezależnie od tego, czy będą one działać zgodnie z prawem, czy nie. Możliwość arbitralnego nałożenia tak wysokiej kary i konieczność jej zapłaty nawet przed rozpatrzeniem wniosku o ponowne rozpatrzenie (zgodnie z zasadą dwuinstancyjności postępowania), wiąże się z ogromnym ryzykiem dla osób funkcjonujących na rynku. W przypadku nałożenia kary w dużej wysokości podmiot lub osoba na którą zostanie ona nałożona nie będzie miała żadnej możliwości obrony, czy dowiedzenia swojej niewinności (ani przed sądem, ani nawet przed organem nadzoru) przed wystąpieniem konieczności zapłaty, mogącej oznaczać bankructwo tego podmiotu lub osoby.

Poważne wątpliwości budzi również zgodność ww. zapisów z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej.

Postulujemy wyłączenie działań, o których mowa w art. 1. g. ust 1 pkt 5 spod możliwości nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji wydanej na podstawie tego punktu.

Uwaga ogólna:

Naszym zdaniem należałoby się zastanowić w przyszłości nad ustanowieniem alternatywnego trybu nakładania i nadzorowania nakładania kar z tytułu naruszeń przepisów ustaw regulujących rynek finansowy, fundusze i firmy inwestycyjnego. Kary pieniężne w wysokości osiągającej ponad 20 mln zł potencjalnie orzekane w stosunku do osób fizycznych, czy mniejszych podmiotów gospodarczych, mimo posiadania teoretycznie charakteru administracyjnego, mają de facto charakter bardzo poważnych sankcji karnych. Kary, nałożone w takiej wysokości mogą spowodować niewypłacalność, a w konsekwencji ogłoszenie upadłości likwidacyjnej tych podmiotów, bądź bankructwo i utratę całego majątku przez ukarane osoby fizyczne. Tego rodzaju konsekwencje są porównywalne, a nierzadko dalej idące niż zagrożenie sankcjami karnymi za przestępstwa penalizowane przez kodeks karny. Różnica polega jednak na tym, że sankcje za przestępstwa karne nakładane są przez niezawisłe sądy w drodze postępowania karnego, obejmującego kontradiktoryjny proces, prawo oskarżonego do obrony, zasadę domniemania niewinności oraz inne zasady i domniemania. Sankcje, o których mowa w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, oraz innych ustawach regulujących działanie instytucji rynku finansowego mają charakter administracyjny i są nakładane w trybie, w którym sytuacja podmiotu oskarżanego o

popelnienie czynu określonego w dyspozycji przepisu jest nieporównywalnie słabsza, a możliwości obrony nieporównywalnie mniejsze. Powoduje to naszym zdaniem, zwłaszcza w braku przepisów doprecyzowujących sankcje, o których mowa w akapicie powyżej, znaczne zachwianie równowagi godzące w podmioty na nie narażone, w szczególności osoby fizyczne. Wobec powyższego celowym wydaje się wprowadzenie odpowiedniego trybu nakładania powyższych sankcji, który uwzględniałby w większym stopniu zasady obecne w procesie karnym i w większym stopniu podlegał nadzorowi sądowemu. Mogło by to dotyczyć choćby zastosowania zasad pochodzących z postępowania karnego, dotyczących podmiotu oskarżanego w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie nałożenia kary, czy możliwości odwołania się od decyzji nakładającej karę w I instancji do odpowiedniego sądu, który oceniałby cały zgromadzony materiał dowodowy, a nie tylko przesłanki podlegające ocenie przez sąd administracyjny przy ocenie zgodności z prawem decyzji organu administracji.