

UI	FINANSOWEGO
WPLYW	ZAŁ.
Nr Kancelaryjny	3560
Przekazano do	Podpis

Warszawa, dnia 4 września 2017 roku

Strona:

Marek Chrzanowski

04 WRZ 2017

Organ:

Sz. Pan Marek Chrzanowski
Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego
Plac Powstańców Warszawy 1
00-030 Warszawa

do wiadomości:

Departament Nadzoru Obrotu
Departament Funduszy Inwestycyjnych
Urząd Komisji Nadzoru Finansowego
Plac Powstańców Warszawy 1
00-030 Warszawa

WNIOSEK
Marcin Pachucki

w trybie art. 221 i art. 241 Kodeksu postępowania administracyjnego
o podjęcie działań w obszarze wzmocnienia praworządności i zapobiegania nadużyciom w
ramach nadzoru nad rynkiem finansowym

Działając w imieniu spółka pod firmą „
Warszawie, mieszczącej się pod adresem: Warszawa,
pisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie Wydział Gospodarczy
Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem: [numer]
kapitał zakładowym w wysokości: [kwota]
złotych), w całości wniesionym, posiadającej [informacja]

SA" lub „Spółka”), jako prezes zarządu uprawniony do jednoosobowej reprezentacji SA,

niniejszym, na podstawie art. 222 § 1 oraz art. 241 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. 2016 r., poz. 23 z późn. zm.), w celu wzmocnienia praworządności oraz zapobieżenia potencjalnym nadużyciom, działając w interesie SA, jak również w interesie publicznym, wnoszę o podjęcie przez Komisję Nadzoru Finansowego stosowanych działań nadzorczych, przewidzianych w ustawie z dnia 21 lipca 2010 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. z 2016 poz. 174), mających doprowadzić do weryfikacji prawidłowości działalności Bank SA oraz reprezentującej Bank SA kancelarii Wspólnicy Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych Spółka Jawna, w kontekście potencjalnego naruszenia wspólnie przez te podmioty interesu uczestników funduszy e FIZ AN, FIZ AN, e FIZ AN oraz FIZ AN (dalej: „Fundusze”), w związku ze sposobem dystrybucji certyfikatów inwestycyjnych tychże Funduszy przez Bank SA oraz sposobem dochodzenia przez uczestników roszczeń z tytułu posiadanych certyfikatów.

UZASADNIENIE

Prawo do złożenia wniosku w trybie art. 241 kodeksu postępowania administracyjnego do organów państwowych jest zagwarantowane każdemu regulacjami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, co należy traktować jako wyraz bardzo silnego umocowania ustrojowego tej instytucji formalnoprawnej. Przedmiotem tego rodzaju wniosku mogą być (*verba legis*) „w szczególności sprawy ulepszenia organizacji, wzmocnienia praworządności, usprawnienia pracy i zapobiegania nadużyciom, ochrony własności, lepszego zaspokajania potrzeb ludności”. Należy przy tym zauważyć, iż przedmiotowe wnioski można składać zarówno w *interesie publicznym*, jak i *interesie własnym* (art. 221 § 3 k.p.a.);

Nie budzi zatem wątpliwości, iż kierując się przywołanymi powyżej przesłankami SA posiada pełną legitymację do skorzystania z trybu wnioskowego przewidzianego przez rzeczne regulacje procedury administracyjnej, w związku ze stwierdzonymi możliwymi nieprawidłowościami w działalności Bank SA, o czym szerzej poniżej.

Zgodnie z umową zawartą pomiędzy SA oraz Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych SA (dalej: „Towarzystwo”) SA udzieliła poręczenia na rzecz nieokreślonego grona osób posiadających nowo emitowane certyfikaty inwestycyjne Funduszy. Poręczenie polegało na zobowiązaniu SA do wypłaty w przyszłości posiadaczom niektórych serii certyfikatów kwoty odpowiadającej różnicy pomiędzy ceną wykupu certyfikatów a wartością odpowiadającą cenie emisyjnej certyfikatów odpowiedniej serii. Zobowiązanie z tytułu gwarancji zostało wykreowane poprzez dokument przekazywany przez Towarzystwo oraz Bank posiadaczom certyfikatów wraz z potwierdzeniem dokonania przydziału certyfikatów danej serii lub potwierdzeniem wpisu do ewidencji uczestników. O przedmiotowej gwarancji

SA informowała m.in. w raporcie bieżącym EPSI na
roku.

6

Wobec okoliczności wskazanych w raporcie EPSI z dnia zerwca 2017 roku, w dniu zerwca 2017 r. Spółka złożyła pozew do Sądu Okręgowego w Warszawie o stwierdzenie nieważności umów gwarancji opisanych powyżej. Sprawa prowadzona jest przez Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział Gospodarczy za sygnaturą akt: Złożenie pozwu było podyktowane w szczególności działaniami podjętymi przez Towarzystwo oraz podmiot, któremu Towarzystwo zleciło zarządzanie portfelem inwestycyjnym Funduszy, tj. spółkę Management SA.

Pomimo wystąpienia przez SA z pozwem o stwierdzenie nieważności umów gwarancji, który zdaniem Spółki jest zasadny i powinien zostać przez Sąd rozpatrzony na korzyść Spółki, niektórzy uczestnicy Funduszy, reprezentowani przez radcę prawnego i Adwokatów i Radców Prawnych Spółka Jawna wystąpili do Spółki z wezwaniem do zapłaty z tytułu udzielonej gwarancji, jak również skierowali swoje sprawy na drogę postępowania sądowego.

Zgodnie z wiedzą SA wyemitowane przez Fundusze certyfikaty inwestycyjne, które były objęte umową gwarancji i z tytułu których uczestnicy dochodzą obecnie roszczeń, zostały nabyte przez uczestników za pośrednictwem Bank SA.

Dnia Bank zawarł bowiem z Domem Maklerskim (dalej: „Dom Maklerski”) umowę dystrybucyjną oraz na przyjmowanie i przekazywanie zleceń. Zgodnie z postanowieniami tejże umowy Bank SA miał przedstawiać swoim klientom ofertę sprzedaży certyfikatów (informować o takim instrumencie finansowym), przyjmować od klientów deklaracje zainteresowania nabycia certyfikatów inwestycyjnych, przekazywać klientom konkretną propozycję nabycia certyfikatów (określającą serię emisji oferowanych certyfikatów, cenę emisyjną jednego certyfikatu, czy datę przydziału), a ostatecznie przyjmować od klientów zapisy na certyfikatu. Cały proces sprzedaży certyfikatów odbywał się więc za pośrednictwem Bank SA.

Zgodnie z posiadanymi przez e SA opiniami prawnymi, oraz w kontekście nieważności umów gwarancji, w takiej sytuacji to Bank ponosi odpowiedzialność względem uczestników Funduszy, na podstawie art. kodeksu cywilnego lub art. ... kodeksu cywilnego.

Zdaniem SA z okoliczności faktycznych, istoty składania specyficznych (nieodwoływalnych i bezwarunkowych) oświadczeń woli do jakich należą zapisy na certyfikaty inwestycyjne wynika, iż istniał stosunek kontraktowy pomiędzy Bank SA i nabywcami certyfikatów Funduszy, wobec czego dochodzenie przez uczestników naprawienia ewentualnej szkody winno obejmować przede wszystkim podmiot oferujący w imieniu Funduszy określony rodzaj papierów wartościowych (w tym przypadku Bank SA).

To Bank SA zachęcał uczestników do składania zapisów na certyfikaty inwestycyjne, informował uczestników o poziomie ryzyka inwestycyjnego, wykonując bezwzględnie obowiązujące obowiązki prawne najpewniej przeprowadził na uczestnikach test inwestora wymagany regulacjami Dyrektywy MIFiD, a nadto informował uczestników o stopie zwrotu z inwestycji, odebrał od uczestników oświadczenie woli (zapis), a następnie przeprowadził szereg czynności faktycznych i prawnych mających na celu wykonanie zlecenia klienta.

W świetle powyższego, SA uznała, iż koniecznym jest ustalenie treści stosunku prawnego, łączącego uczestników z Bank SA, zaś ewentualne roszczenie uczestników, co do rzekomej poniesionej szkody w związku z brakiem oczekiwanej stopy zwrotu inwestycji, winny być kierowane więc wprost do Bank, który zaoferował uczestnikom sprzedaż certyfikatów i pośredniczył w ich nabyciu.

Z tego względu SA, w oparciu o postanowienia art. § 1 KPC, wniosła w stosowanych postępowaniach sądowych o wezwanie do udziału w sprawie, w charakterze pozwanego, spółki Bank SA, który to bank zdaniem SA odpowiada finansowo wobec uczestników Funduszy.

Z ogromnym zaniepokojeniem SA odebrała więc fakt, iż radca prawny z kancelarii Wspólnicy reprezentuje nie tylko uczestników Funduszy w sporach o zapłatę przeciwko SA oraz na zgromadzeniach uczestników, ale także sam Bank SA, które wobec tych uczestników może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą.

W szczególności SA powzięła bowiem informację, iż radca prawny reprezentuje Bank SA w sporze o zapłatę przeciwko Domowi Maklerskiemu, który powstał w związku z zawartą pomiędzy Bank SA a Domem Maklerskim umową dystrybucyjną dotyczącą oferowania przez Bank SA certyfikatów Funduszy.

Zaistniała więc sytuacja, w której ten sam radca prawny reprezentuje Bank SA w sporze wynikłym na podstawie umowy dystrybucyjnej, gdzie osią sporu jest obowiązek zapłaty przez Dom Maklerski prowizji na rzecz Bank SA z tytułu sprzedanych przez Bank SA certyfikatów inwestycyjnych Funduszy, oraz reprezentuje jednocześnie nabywców certyfikatów w postępowaniu, w którym Bank SA ma wziąć udział w charakterze pozwanego.

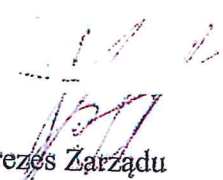
Wobec powyższego zwracam się z wnioskiem o objęcie nadzorem Komisji następujących aspektów sprawy:

- 1) potencjalne naruszenie interesu uczestników Funduszy przez Bank SA, które sprowadza się do tego, iż prawnicy zatrudniani przez Bank SA jednocześnie reprezentują uczestników Funduszy w sprawach, w których potencjalną odpowiedzialność odszkodowawczą ponosi Bank SA;

- 2) weryfikacja procesu sprzedaży certyfikatów inwestycyjnych Funduszy przez Bank SA na rzecz osób fizycznych oraz ewentualna odpowiedzialność Bank SA wobec tych osób (zgodnie z wiedzą SA bank dokonywał sprzedaży certyfikatów np. na rzecz osób w wieku 80 lat, gdy tymczasem jest to produkt inwestycyjny mający długoterminową stopę zwrotu);
- 3) charakter współpracy radcy prawnego z Bank SA w kontekście możliwości naruszenia interesów osób fizycznych, które zakupiły certyfikaty inwestycyjnej oc Bank SA.

Powyższe w mojej opinii jest uzasadnione potrzebą prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego, zapewnienia jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, jak również dla budowania zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku również poprzez rzetelną informację dotyczącą funkcjonowania rynku. Taka rzetelna informacja nie jest możliwa w sytuacji, gdy instytucja finansowa oraz być może osoby przez nią poszkodowane są reprezentowane przez tego samego radcę prawnego, być może również opłacanego przez tę instytucję finansową.

Z poważaniem


Prezes Zarządu

Załącznik:

1. Odpis z KRS dla spółki

SA

Warszawa, dnia 8 września 2017 roku

Strona:

Organ:

Sz. Pan Marek Chrzanowski
Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego
Plac Powstańców Warszawy 1
00-030 Warszawa

do wiadomości:

Departament Nadzoru Obrotu
Departament Funduszy Inwestycyjnych
Urząd Komisji Nadzoru Finansowego
Plac Powstańców Warszawy 1
00-030 Warszawa

URZĄD KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO	
(8)	
WPLÝW	2017 -09- 08
Nr Kancelaryjny	66460
Przekazano do	OK Podpis

UZUPEŁNIENIE WNIOSKU

w trybie art. 221 i art. 241 Kodeksu postępowania administracyjnego
o podjęcie działań w obszarze wzmocnienia praworządności i zapobiegania
nadużyciom w ramach nadzoru nad rynkiem finansowym

Działając w imieniu spółka pod firmą „
Warszawie, mieszczącej się pod adresem:
wpisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie Wydział
Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem:
zakładowym w wysokości:
h), w całości wniesionym, posiadające
REGON:
reprezentacji
w nawiązaniu do złożonego w dniu 4 września br. wniosku

Spółki o podjęcie działań w obszarze wzmocnienia praworządności i zapobiegania nadużyciom w ramach nadzoru nad rynkiem finansowym, dotyczącego działalności Bank SA oraz współpracującej z Bank SA kancelarii prawnej Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych Spółka Jawna, w szczególności w zakresie możliwości naruszenia interesów uczestników wskazanych w piśmie funduszy inwestycyjnych zamkniętych, pragnę uzupełnić wniosek Spółki o istotną publikację prasową z dnia 6 września 2017 roku, która wydaje się być zbieżna ze stanowiskiem prezentowanym przez Spółkę.

Autorem publikacji jest prodziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, prof. dr hab. Piotr Zapadka, będący jednocześnie Kierownikiem Katedry Prawa Finansowego i Ekonomii WPiA UKSW oraz adwokatem zajmujący się w praktyce problematyką rynków finansowych.

Prezentowane przez przedstawiciela doktryny prawa stanowisko jest zgodne ze stanowiskiem prezentowanym przez Spółkę, w szczególności w zakresie możliwej odpowiedzialności odszkodowawczej Bank SA względem uczestników funduszy inwestycyjnych zamkniętych zarządzanych przez I SA. Co więcej, stanowisko doktryny potwierdza, iż zasadne są działania Spółki, zmierzające do poddania zakresu odpowiedzialności Bank SA oraz prawidłowości procesu sprzedaży certyfikatów przez Bank SA ocenie niezawisłego sądu, w oparciu o normę art. 194 k.p.c.

Wyrażam nadzieję, iż przekazany materiał będzie pomocny podczas ewentualnych działań, podejmowanych przez Urząd Komisji w wyniku złożonego przez Spółkę wniosku.

Z poważaniem



Prezes Zarządu

Załączniki:

1. artykuł prof. dr hab. Piotra Zapadki, *Czy banki zapłacą za złe rekomendacje*, Rzeczpospolita z dnia 6 września 2017 roku



ANALIZY & OPINIE

Czy banki zapłacą za złe rekomendacje

Usługi typu private banking, jakie oferowane są przez banki zamożnym klientom, mogą nieść ze sobą szereg ryzyk. W szczególności mogą się one łączyć z przypadkami rekomendowania przez pracowników banków klientom private banking inwestycji środków własnych w certyfikaty inwestycyjne lub inne instrumenty finansowe, emitowane przez podmioty trzecie. Klient, zmyleni nieco faktami, iż tych swolstych rekomendacji inwestycyjnych dokonują pracownicy, mogą uznać, iż są to de facto inwestycje przeprowadzane w ramach private banking i mogą kierować swoje roszczenia bezpośrednio do banków.

Wątpliwe otwarcie

Banki do tej pory mogły uznawać, iż nie ponoszą odpowiedzialności za tego rodzaju inwestycje klientów. Mogły odsyłać swoich klientów bezpośrednio do emitentów instrumentów finansowych. Sytuację zmienił jednak jedno z orzeczeń Sądu, które dało klientom private banking szansę na bardziej skuteczne dochodzenie swoich roszczeń bezpośrednio od banków.

Warto przypomnieć, iż private banking jest najbardziej wyrafinowaną formą powierniczego kontaktu banku z klientem. Formuła ta adresowana jest do najzamożniejszych, którzy nie muszą – i często też nie mają – specjalistycznej wiedzy z zakresu prawa czy też finansów. Co istotne, klient private banking, który z założenia oczekuje osobistego traktowania, często uznaje relację nieudaną przez pracowników

banków ofertę produktów finansowych podmiotów trzecich za niejako tożsamą z ofertą produktową bezpośredniego banku świadczącego usługi private banking.

Specyficzny węzeł poufności i zaufania w private banking może się stać potencjalną pokusą dla pracowników banku, aby korzystając z takiej niesstandardowej formy komunikacji, zaoferować klientowi produkty inne niż bankowe – niejako „przenieszone” z ostry stricte bankowej. Motywy dla takich działań pracowników mogą być różne – tak jak różnie są trudzić charakter. Dla mniej świadomego klienta banku, także „przenieszenie” ofert jest do nie wychwytema, zaś powaga instytucji bankowej i jej pracowników dodatkowo „wnatygodnia” ofertę pozabankową.

Przyjęcie takich „przeniesionych” produktów inwestycyjnych zamkniętych bankowych może być certyfikaty tych aktywów niepublicznych, cieszące się zainteresowaniem nawet wśród klientów renowowanych banków. Klienci chętnie korzystają z takich produktów oferowanych przez banki (choć emitowanych przez fundusze inwestycyjne), ponieważ

PIOTR ZAPADKA

Jedno z orzeczeń Sądu Najwyższego daje klientom private banking szanse na bardziej skuteczne dochodzenie roszczeń bezpośrednio od banków za straty spowodowane przez inwestycje w instrumenty finansowe, dokonane na skutek rekomendacji pracownika – przekonuje prawnik.



pozycja banku świadczącego usługi private banking, jako instytucji zaufania publicznego, w założeniu gwarantuje większe bezpieczeństwo i pewność zysku dla klienta, realizując przy tym funkcję autoryzacyjną i zabezpieczającą.

Problem może się pojawić w przypadku, gdy taka inwestycja zostanie powołana do sądu, który w pierwszej kolejności od banku będzie próbował uzyskać refundację poniesionej straty. Wówczas może się okazać, iż bank będzie wskazywać na emitenta instrumentu finansowego jako bezpośredniego adresata roszczeń klientów private banking.

Bank może bowiem próbować uchylać się od zaspokajania roszczeń klienta private banking, twierdząc, że dokonat on inwestycji w instrument finansowy emitowany przez podmiot trzeci, a nie instrument własny banku.

Warto także nadmienić, iż klient może nie być należycie informowany ani o mechanizmie działania instrumentu finansowego, ani o ryzyku z nim związanym, gdyż nie jest to ściśle związane z ofertą banku. Wątpliwość może budzić również kwestia prawnego charakteru dokonywanych

rze private banking (np. nieafiliowane rekomendacje inwestycyjne dla klientów private banking). Sąd Najwyższy określił moment, od którego bank odpowiada za winę pracownika. Kluczowa jest odpowiedź na pytanie, czy pracownik wyraził zgodę przy wykonywaniu powierzonej czynności czy jedynie dał sposobności jej wykonywania. O tym, czy szkoda została wyrządzona podczas wyliczania powierniczej czynności czy jedynie przy sposobności, decyduje cel sprawy. Jeżeli pracownik wyraził zgodę na celu osobistym, ale umożliwił to mu to zażmowane stanowisko, to należy przyjąć, że nastąpiło to przy wykonywaniu powierniczej czynności, więc to bank ponosi pełną odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez pracownika.

Podsumowując, istnieje szansa, aby klient private banking, który został wyznaczony szkoda w ramach świadczenia usług bankowych, uzyskać zadośćuczynienie i odszkodowanie i skorzystać z finansowych instrumentów bankowych. Jednakże, aby uzyskać zadośćuczynienie i odszkodowanie, klient musi udowodnić, że bank ponosi odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez pracownika. Warto pamiętać, że zgodnie z art. 475 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli strata, szkoda lub inne szkody wynikające z czynności banku nie zostały pokryte przez bank, bank jest obowiązany do zapłaty odszkodowania.

Artur Jas, pr., radca, dr. hab. z ekonomii, katedra prawa finansowego i ekonomii, podzielenia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Szkoła Wyższego w Warszawie

