RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

Warszawa,

VII.520.8.2016.AG

Pan
Mateusz Morawiecki
Wiceprezes Rady Ministrów
Minister Rozwoju i Finansów
ul. Świętokrzyska 12
00-916 Warszawa

Rzecznik Praw Obywatelskich jest organem powołanym do stania na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji RP oraz w innych aktach normatywnych, a do jego zadań należy m.in. sygnalizowanie właściwym organom wątpliwości co do zgodności z Konstytucją obowiązujących przepisów prawnych. **Dlatego w toku rozpatrywania wpływających wniosków moją szczególną uwagę zwróciły przepisy ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym** (Dz. U. z 2016 r., poz. 1289 ze zm.; dalej jako: ustawa), a w szczególności art. 38 ust. 1 oraz ust. 1a w związku z art. 38 ust. 5 pkt 1 oraz pkt 1a tejże ustawy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy, organem nadzoru nad rynkiem kapitałowym oraz rynkiem instrumentów finansowych, będących przedmiotem ubiegania się o dopuszczenie do obrotu na takim rynku, w rozumieniu aktów prawnych wydawanych przez instytucje i organy Unii Europejskiej, jest Komisja Nadzoru Finansowego (dalej jako: Komisja). Celem nadzoru jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku kapitałowego, w szczególności bezpieczeństwa obrotu oraz ochrony inwestorów i innych jego uczestników, a także przestrzegania reguł uczciwego obrotu. Nadzór nad rynkiem kapitałowym jest częścią szerszego nadzoru nad rynkiem finansowym i w związku z tym pewna część zagadnień uregulowana jest ogólniej w ustawie z dnia 21 lipca 2006 r.

o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. z 2016 r., poz. 174 ze zm.). Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym określa m.in. zasady prowadzenia postępowania wyjaśniającego prowadzonego w celu ustalenia, czy istnieją podstawy do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego m.in. w ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym lub do wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przepisów prawa w zakresie podlegającym nadzorowi Komisji.

Do art. 18a ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym odsyła również art. 38 ust. 1 ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, który stanowi, że w postępowaniu wyjaśniającym, o którym mowa w powołanym art. 18a, prowadzonym w celu ustalenia, czy istnieją podstawy do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w ustawie o ofercie publicznej, ustawie o obrocie instrumentami finansowymi, ustawie o funduszach inwestycyjnych, ustawie o giełdach towarowych oraz innych ustawach - w zakresie dotyczącym czynów skierowanych przeciwko interesom uczestników rynku kapitałowego, pozostających w związku z działalnością podmiotów nadzorowanych, lub do wszczęcia postępowania w sprawie naruszeń, o których mowa w art. 171a i art. 172 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2014 r., poz. 94 ze zm.), Przewodniczącemu Komisji przysługuje uprawnienie, o którym mowa w ust. 5 pkt 1 ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym .

Tym uprawnieniem jest **możliwość zażądania przez Przewodniczącego Komisji od podmiotu świadczącego usługi telekomunikacyjne udostępnienia informacji, stanowiących tajemnicę telekomunikacyjną** w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r., poz. 1489 ze zm.) **w zakresie wykazu połączeń telefonicznych lub innych przekazów informacji, dotyczących podmiotu dokonującego czynności faktycznych lub prawnych mających związek z wyjaśnianymi faktami, z uwzględnieniem danych abonenta pozwalających na jego identyfikację, czasu ich dokonania i innych informacji związanych z połączeniem lub przekazem, niestanowiących treści przekazu.** Taką możliwość Przewodniczący posiada w granicach koniecznych do sprawdzenia, czy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ust. 1, lub potrzeba wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawach, o których mowa w art. 171a lub w art. 172 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

Ponadto, zgodnie z art. 38 ust. 1a ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, w postępowaniu wyjaśniającym, prowadzonym w celu ustalenia, czy istnieją podstawy do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w ustawie o funduszach inwestycyjnych lub do wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie naruszeń przepisów tej ustawy określających zasady prowadzenia działalności przez fundusze inwestycyjne otwarte, zarządzające nimi towarzystwa funduszy inwestycyjnych lub przez inne podmioty prowadzące obsługę funduszy inwestycyjnych otwartych, funduszy zagranicznych lub funduszy inwestycyjnych otwartych z siedzibą w państwach należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Przewodniczącemu Komisji przysługuje także uprawnienie, o którym mowa w ust. 5 pkt 1a ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym. **Od wymienionych w tym przepisie podmiotów Przewodniczący Komisji może zażądać przekazania Komisji posiadanych przez te podmioty nagrań rozmów telefonicznych oraz innych informacji zarejestrowanych za pośrednictwem urządzeń i systemów teleinformatycznych, dotyczących podmiotu dokonującego czynności faktycznych lub prawnych mających związek z wyjaśnianymi faktami.** Ustawa określa, że to uprawnienie przysługuje w granicach koniecznych do sprawdzenia, czy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstw określonych w wymienionych ustawach.

Przepisy te budzą poważne wątpliwości co do zgodności z Konstytucją, zwłaszcza przy uwzględnieniu rozważań Trybunału Konstytucyjnego poczynionych w uzasadnieniu do wyroku z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11, w którym Trybunał badał zgodność z Konstytucją przepisów umożliwiających Policji oraz innym właściwym służbom pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych. Przedmiotem kontroli w tej sprawie był m.in. art. 20c ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (w czasie orzekania w brzmieniu opublikowanej w Dz. U. z 2011 r. Nr 287 poz. 1687 ze zm.), który został poddany kontroli zgodności z art. 47 i 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny wskazał na niezgodność tego przepisu (i analogicznych regulacji prawnych zawartych w innych zaskarżonych ustawach) ze wskazanymi wzorcami przez to, że nie przewidziały one niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (w czasie orzekania opublikowanej w Dz. U. z 2014 r. poz. 243). Zakwestionowany przepis ustawy o Policji stanowił wówczas, że *w celu zapobiegania lub*

wykrywania przestępstw Policja może mieć udostępniane dane, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy - Prawo telekomunikacyjne (...) oraz może je przetwarzać.

Należy podkreślić, że **zakres danych wymienionych w art. 180c i art. 180d Prawa telekomunikacyjnego w znacznej mierze jest tożsamy z danymi, do których pozyskiwania uprawniony jest Przewodniczący Komisji na podstawie ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym,** w szczególności w zakresie danych o abonencie, danych billingowych, czy o lokalizacji. W związku z tym należy rozważyć, czy przepis ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym jest zgodny z Konstytucją. Trybunał Konstytucyjny wyraźnie w uzasadnieniu do wskazanego powyżej wyroku stwierdził, że ingerencja w konstytucyjne prawo do ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji) i tajemnicę komunikowania się (art. 49 Konstytucji) może mieć miejsce nie tylko w wypadku zapoznawania się organów władzy publicznej z samą treścią komunikatów przekazywanych między jednostkami, ale również w sytuacji pozyskania przez władze informacji towarzyszących temu procesowi (punkt 10.4.3 części III uzasadnienia do wyroku). Jakkolwiek ingerencja może być nieunikniona ze względu na wymóg podejmowania efektywnej walki z przestępczością, to jednak dopuszczalność tego rodzaju środka uzależniona jest od spełnienia wymagań wynikających z zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). W odniesieniu do przepisów ustaw ocenianych w sprawie K 23/11 Trybunał Konstytucyjny wyraźnie wskazał, że jednym z wymagań, które powinny spełniać przepisy ustawowe upoważniające Policję do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, jest wykreowanie mechanizmu niezależnej kontroli: „skoro pozyskiwanie tych danych dokonuje się w sposób niejawny, bez wiedzy i woli podmiotów, o których informacje są przez Policję gromadzone, a zarazem przy ograniczonej kontroli społeczeństwa, brak niezależnej kontroli organów państwa nad tym procesem stwarza ryzyko nadużyć. Może to nie tylko przyczyniać się do nieuzasadnionej ingerencji w wolności lub prawa człowieka, ale i stanowić zagrożenie demokratycznych mechanizmów sprawowania władzy" (punkt 10.4.4 uzasadnienia do wyroku). Wydaje się, że **ta argumentacja może mieć również zastosowanie w odniesieniu do art. 38 ust. 1 pkt 5 ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, który również nie przewiduje żadnej formy kontroli nad pozyskiwaniem danych.**

Wątpliwości budzi także drugi ze wspomnianym przepisów, a mianowicie art. 38 ust. 1a w związku z ust. 5 pkt 1a ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, który przewiduje dalej idącą jeszcze ingerencję w prawo do prywatności, a mianowicie ingerencję bezpośrednio w treść prowadzonych rozmów. Przepisy ustawy nie tylko nie przewidują w tym zakresie żadnej kontroli, ale należy podkreślić dodatkowo, że ingerencja w podstawowe prawo obywatela ma miejsce już na etapie postępowania wyjaśniającego, a zatem na bardzo wczesnym etapie postępowania, a także ma mieć związek nie tylko z ewentualnie popełnionym przestępstwem, ale może również służyć ocenie konieczności wszczęcia postępowania administracyjnego. Należy dodać, że art. 38 ust. 1a oraz związany z nim art. 38 ust. 5 pkt 1a ustawy zostały dodane ustawą z dnia 31 marca 2016 r. o zmianie ustawy o funduszach inwestycyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 615). W uzasadnieniu do projektu ustawy zmieniającej (druk sejmowy nr 69) wskazano, że zmiana art. 38 ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym jest uzasadniona wymogami znowelizowanej dyrektywy 2009/65/WE (art. 98 ust. 2 lit. d (ii) w/w dyrektywy). Dodano także, że „regulacja taka, jako konieczna dla zapewnienia należytej ochrony interesów inwestorów oraz przestrzegania przez podmioty działające na rynku funduszy inwestycyjnych przepisów regulujących ich funkcjonowanie, mimo iż potencjalnie może ingerować w chronione konstytucyjnie wartości, takie jak tajemnica komunikowania się czy prawo do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 i art. 49 Konstytucji RP) - będzie jednocześnie spełniać konstytucyjne standardy proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)”.

Należy podkreślić, że chociaż w istocie art. 98 ust. 2 lit. d (ii) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/65/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) (Dz. Urz. L 302 z 17.11.2009, s. 32 ze zm.) przewiduje wymóg przyznania właściwym organom wszelkich uprawnień nadzorczych i śledczych niezbędnych do wykonywania ich zadań, w tym do żądania nagrań rozmów określonych w tym przepisie, to jednak wdrażając ten przepis do prawa krajowego należy mieć na uwadze również wymogi wynikające z Konstytucji RP, w tym z art. 47 i 49 w związku z art. 31 ust. 3, ale również - w związku ze stosowaniem prawa UE w tym przypadku - z Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej,

a w szczególności jej art. 8 w związku z art. 52 ust. 1. Powyższe oznacza, że **wdrożenie wymogu nałożonego dyrektywą może wymagać przyjęcia dodatkowych przepisów, kreujących mechanizm zewnętrznej kontroli, minimalizującej ryzyko nadużyć.**

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r., poz. 1648 ze zm.), zwracam się do Pana Premiera z prośbą o ustosunkowanie się do powyższych kwestii, a także o informację na temat praktyki stosowania wskazanych przepisów ustawy o nadzorze nad rynkiem kapitałowym.