



Rzecznik
Finansowy

www.rf.gov.pl

Warszawa, dnia

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02-001 Warszawa

Do:
Sąd Okręgowy

Powód:

zastępowany przez:

/adres w aktach sprawy/

Pozwany:
**Idea Bank S.A. z siedzibą w
Warszawie**

zastępowany przez:

/adres w aktach sprawy/

Sygnatura akt:

Oświadczenie Rzecznika Finansowego zawierające pogląd istotny dla sprawy:

Zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (Dz. U. z 2018 r. poz. 2038, ze zm.; dalej: ustawa o Rzeczniku Finansowym), *Do Rzecznika stosuje się odpowiednio przepis art. 63 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360, z późn. zm.)*. Z kolei, zgodnie z art. 63 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360, ze zm.; dalej: k.p.c.), *Organizacje pozarządowe wymienione w artykułach poprzedzających, które nie uczestniczą w sprawie, mogą przedstawiać sądowi istotny dla sprawy pogląd wyrażony w uchwale lub w oświadczeniu ich należycie umocowanych organów*.

W dniu _____ r. do Rzecznika Finansowego wpłynął wniosek z dnia _____ r. (uzupełniony pismem z dnia _____ r.) Pana _____ (dalej: Powód) złożony przez profesjonalnego pełnomocnika r.pr. _____ z prośbą o przedstawienie sądowi oświadczenia Rzecznika Finansowego zawierającego pogląd istotny dla sprawy wniesionej z powództwa powoda przeciwko Idea Bank S.A. (dalej: Pozwany, Bank, łącznie dalej zwanymi stronami) – kopia wniosku wraz z kopią pełnomocnictwa stanowi załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Mając powyższe na uwadze oraz działając na podstawie art. 28 ustawy o Rzeczniku Finansowym zw. z art. 63 k.p.c., niniejszym Rzecznik Finansowy przedstawia sądowi oświadczenie zawierające pogląd istotny dla przedmiotowej sprawy.

Uzasadnienie:

Za podstawę opracowania niniejszego poglądu przyjęto:

1. wniosek o wydanie istotnego poglądu w sprawie doręczony Rzecznikowi Finansowemu w dniu _____
2. pozew o zapłatę z dnia _____
3. odpowiedź na pozew z dnia _____
4. reklamacja z dnia _____ ;
5. analiza finansów osobistych z dnia _____ --;

Str. 2

6. wydruk wiadomości sms za okres od _____ r. do _____ r.;
7. dyspozycja przeniesienia całości lub części środków z lokaty/lokat;
8. niepubliczna oferta obligacji spółki GetBack S.A.
9. propozycja nabycia _____ ztuk obligacji na okaziciela serii _____ emitowanych przez GetBack Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Propozycja nabycia);
10. warunki emisji odsetkowych obligacji na okaziciela serii _____ ;
11. wiadomości e-mail z dnia _____ r.;
12. kopia pisma z Polskiego Domu Maklerskiego S.A. (dalej: PDM) z dnia _____ r.;
13. wiadomości e-mail z dnia _____ r.;
14. pismo Pozwanego do Powoda z dnia _____ r.;
15. wiadomości e-mail z okresu _____ r.;
16. wiadomość e-mail z dnia _____ r.;
17. pismo Pozwanego do Powoda z dnia _____ r.;
18. wiadomość e-mail z dnia _____ r.;
19. pismo Powoda do Pozwanego z dnia _____ r.;
20. odpowiedź na reklamację z dnia _____ r.;
21. odpowiedź na pismo Banku z dnia _____ r. oraz wezwanie do zapłaty z dnia _____ r.;
22. wezwanie do zapłaty z dnia _____ r.;
23. odpowiedź na reklamacje z dnia _____ r.;

Uwagi ogólne

Na wstępie należy zaznaczyć, że przedstawienie poglądu jest uprawnieniem Rzecznika, a zatem ma charakter fakultatywny. Stąd również zakres przedstawianego poglądu leży w gestii Rzecznika Finansowego. Powód zwrócił się do Rzecznika Finansowego z wnioskiem o wydanie istotnego poglądu do sprawy w zakresie wprowadzenia go w błąd przy zakupie obligacji GetBack S.A. Po przeanalizowaniu akt sprawy, Rzecznik Finansowy uznał za zasadne przedstawienie poglądu w

Str. 3

odniesieniu do wybranych aspektów sprawy, budzących wątpliwości i mogących mieć wpływ w przedmiocie jej rozstrzygnięcia.

Najważniejsze tezy poglądu

W ocenie Rzecznika Finansowego zachowanie Pozwanego należy rozpatrywać pod kątem wprowadzenia Powoda w błąd:

- 1. co do rzeczywistego charakteru działania Pozwanego Banku w okolicznościach faktycznych sprawy polegających na oferowaniu produktu finansowego jakim są obligacje GetBack S.A. poprzez zaniechanie przekazania Powodowi informacji o odgrywanej przez Pozwanego roli w tych działaniach, braku jego statutowych uprawnień do wykonywania tzw. podstawowych czynności maklerskich w zakresie doradztwa inwestycyjnego,**
- 2. w zakresie sprzedaży produktu finansowego jakim są obligacje GetBack S.A. (misselling) poprzez:**
 - a. wykorzystanie szczególnej pozycji banku jako instytucji zaufania publicznego w relacji z Powodem jako konsumentem oraz w zawiązanej dotychczasowej relacji kontraktowej Powoda jako klienta banku;**
 - b. zaproponowanie Powodowi produktu finansowego niedostosowanego do jego potrzeb, obciążonego wysokim ryzykiem inwestycyjnym, z pominięciem dokonanej przez Pozwanego oceny umiejętności i wiedzy inwestorskiej Powoda, bez uprzedniego dokładnego poinformowania o cechach produktu i związanym z nim ryzykiem,**

- co w konsekwencji doprowadziło do zniekształcenia zachowania rynkowego Powoda jako przeciętnego konsumenta i spowodowało podjęcie przez niego niekorzystnej decyzji dotyczącej nabycia obligacji GetBack S.A., której by nie podjął gdyby Pozwany Bank nie stosował *nieuczciwych praktyk rynkowych*.

W powyższym zakresie Rzecznik Finansowy przedstawia sądowi następujący pogląd, podzielony na wyodrębnione wyżej zagadnienia prawne.

Wyjaśnienie prawnego znaczenia „istotnego poglądu”

Z doświadczeń Rzecznika Finansowego wynika, że niektóre podmioty rynku finansowego będące stronami sporów, w sprawach których Rzecznik Finansowy przedstawia sądowi istotny pogląd w sprawie negują kompetencje i uprawnienia Rzecznika w tym zakresie, mimo jasnego i precyzyjnego brzmienia art. 63 k.p.c. w zw. z art. 28 ustawy o Rzeczniku Finansowym. Stąd na wstępie Rzecznik Finansowy pragnie w sposób syntetyczny przedstawić charakter prawny tzw. istotnego poglądu. W doktrynie przyjmuje się, że:

1. „Pogląd danej organizacji wyraża jej **ocenę stanu faktycznego sprawy oraz stanu prawnego, istotnego dla rozstrzygnięcia danej sprawy**¹.
2. „Aczkolwiek można przyjąć, że organizacja pozarządowa, przedstawiająca pogląd w sprawie, spełnia funkcję „biegłego społecznego” (zob. T. Misiuk, *Udział organizacji społecznych w ochronie praw obywateli*, s. 25 i literatura powołana w przypisie 23), ale pogląd przez nią wyrażony nie stanowi środka dowodowego. **Jest w sprawie elementem materiału procesowego w najszerszym tego słowa znaczeniu. Stanowi dla sądu materiał opiniodawczy o charakterze pomocniczym. Nie jest wiążący, ale sąd powinien ustosunkować się do niego i dać temu wyraz w uzasadnieniu orzeczenia** [zob. A. Oklejak, *Organizacje społeczne*, s. 193; J. Jodłowski, w: J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), *Kodeks*, t. I, s. 142]”².
3. „(...) przyjmuje się stanowisko, że art. 63 nie określa bliżej, o jaki pogląd chodzi, dlatego też nie można wyłączyć, że organizacja pozarządowa może przedstawić **również pogląd dotyczący okoliczności faktycznych sprawy** (zob. T. Misiuk, *Udział*, s. 228). Ta ostatnia interpretacja art. 63 jest słuszna, ponieważ brzmienie tego przepisu nie daje żadnych podstaw do zawężającej wykładni”³.
4. „Stanowisko organizacji pozarządowej co do faktów (ich oceny) może bowiem mieć wpływ na wykładnię prawa i na jego zastosowanie. Nie można więc wyłączyć możliwości przedstawienia przez organizację pozarządową poglądu (w kwestiach faktycznych), który może mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii prawnych. **Przedmiotem poglądu organizacji pozarządowej mogą być przede wszystkim fakty, ale także i "pewne oceny**

¹ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ Rok: 2016, Wydanie: 15, komentarz do art. 63;

² K. Piasecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366, Wyd. 7. Warszawa 2016, komentarz do art. 63;

³ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Rok: 2016, Wydanie: 8, komentarz do art. 63;

wchodzące w skład podstawy tak faktycznej jak i prawnej orzeczenia" (S. Włodyka, Strony w procesie cywilnym, s. 27)''⁴.

5. „Trafne wydaje się stanowisko, według którego jest możliwe przedstawienie przez organizację pozarządową **poglądu o charakterze ogólnym**, odnoszącym się nie tylko do sprawy, w której pogląd został przedstawiony, przy czym brzmienie art. 63 pozwala przyjąć, że "istotny dla sprawy pogląd" może również **dotyczyć tylko okoliczności konkretnej sprawy i zawierać jedynie ich ocenę** [zob. J. Jodłowski, w: J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), Kodeks, t. I, s. 142]. W tej ostatniej sytuacji nie jest wyłączona możliwość wykorzystania wyrażonego poglądu do oceny okoliczności innych spraw, jeżeli pozwala na to ich tożsamość lub podobieństwo z okolicznościami sprawy, w której pogląd został wyrażony⁵”.
6. „Przedstawienie poglądu istotnego dla sprawy stanowi prawo organizacji pozarządowej, a nie jej obowiązek⁶”.
7. „Treść komentowanego przepisu jasno wskazuje, że przedstawienie poglądu istotnego dla sprawy jest uprawnieniem organizacji pozarządowej i nie wiąże tego uprawnienia z jakimikolwiek kompetencjami innego podmiotu⁷”.
8. „W tym kierunku poszła praktyka, przyjmując, że **organizacja społeczna może przedstawić pogląd bądź z własnej inicjatywy, bądź na żądanie sądu**. Stanowisko to zachowało aktualność w odniesieniu do organizacji pozarządowych⁸”.
9. „Opinia organizacji pozarządowej ma wesprzeć sąd w wypracowaniu rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza wtedy, gdy w sprawie występują **ważne aspekty społeczne** (np. gdy sąd musi odnieść się do problemu naruszenia zasad współżycia społecznego czy dobrych obyczajów), jednak nie ma charakteru wiążącego⁹”.
10. „Organizacje pozarządowe mogą przedstawić pogląd istotny dla sprawy każdemu sądowi (sądowi rejonowemu, sądowi okręgowemu, sądowi apelacyjnemu, Sądowi Najwyższemu).

⁴ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki, Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63

⁵ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63;

⁶ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ Rok: 2016, Wydanie: 15, komentarz do art. 63;

⁷ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Rok: 2016, Wydanie: 8, komentarz do art. 63;

⁸ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63;

⁹ Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz red. prof. dr hab. Andrzej Zieliński, dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, Rok: 2016, Wydanie: 8, komentarz do art. 63;

Mogą to uczynić w każdym stadium postępowania w I i II instancji, w postępowaniu kasacyjnym, w postępowaniu toczącym się na skutek wznowienia postępowania i w postępowaniu prowadzonym na skutek skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, a także w postępowaniu toczącym się przed Sądem Najwyższym na skutek przedstawienia do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego powstałego w konkretnej sprawie (art. 390, 398¹⁷ KPC, art. 59 SNU) lub na skutek wniosku o rozstrzygnięcie wątpliwości, które ujawniły się w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego (art. 60 SNU)¹⁰”.

11. „Jeżeli chodzi o opinię organizacji pozarządowych, to należy stwierdzić, że nie jest ona wiążąca dla sądu, aczkolwiek może pomóc sądowi w wyrobieniu sobie określonego przekonania o okolicznościach istotnych w sprawie¹¹”.

Rzecznik Finansowy podziela takie zapatrywanie na instytucję „istotnego poglądu”, który stanowi dla sądu materiał opiniodawczy o charakterze pomocniczym.

Akty prawne

Rozpoczynając analizę prawną w omawianej sprawie, w pierwszej kolejności należy wskazać, że w ocenie Rzecznika Finansowego znaczenie dla niniejszej sprawy będą miały następujące regulacje prawne:

1. ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.; dalej: k.c.);
2. ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.; dalej: k.p.c);
3. ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2016 r. poz. 3 ze zm.; dalej: upnpr);
4. ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r., poz. 184.; dalej: ustawa uokik);

¹⁰ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366 red. prof. dr hab. Andrzej Marciniak, prof. dr hab. Kazimierz Piasecki Rok: 2016, Wydanie: 7, komentarz do art. 63;

¹¹ Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1-729 red. dr hab. Agnieszka Góra-Błaszczkowska Rok: 2015, Wydanie: 2, komentarz do art. 63;

5. ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz.U. z 2015 r. poz. 238; dalej: ustawa o obligacjach);
6. ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2016 r. poz. 1636 ze zm.; dalej: uoif);
7. ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2016 r. poz. 1988; dalej: ustawa pr. bankowe);
8. ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz. U. z 2018 r. poz. 650 ze zm.; dalej: ustawa o nadzorze);
9. ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1937 ze zm.; dalej: ustawa o BFG);
10. rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 6 marca 2017 r. w sprawie systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej, polityki wynagrodzeń oraz szczegółowego sposobu szacowania kapitału wewnętrznego w bankach (Dz.U. z 2017 r. poz. 637; dalej: rozporządzenie w sprawie systemu zarządzania ryzykiem)
11. dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.U. UE.L.2004.145.1; dalej: MiFiD I);
12. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.U.U.E.L.2014.173.349; dalej: Dyrektywa MiFiD II);
13. dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady ("dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych") z dnia 11 maja 2005 r. (Dz. Urz. UE.L Nr 149, dalej: Dyrektywa 2005/29/WE);
14. dyrektywa 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r. wprowadzająca środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów

organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (Dz.U. UE.L.2006.241.26; dalej: Dyrektywa 2006/73/WE);

15. rozporządzenie 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. 2015 poz. 878; dalej: rozporządzenie);
16. Uchwała Nr 141/2017 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 25 kwietnia 2017 r. w sprawie wydania Rekomendacji H dotyczącej systemu kontroli wewnętrznej w bankach (Dz. Urz. KNF z 2017 poz. 7; dalej: Rekomendacja H)

I.

Obligacje oraz ich emisja

Obligacje tzw. korporacyjne, emitowane są przez przedsiębiorstwa na podstawie ustawy o obligacjach. Stanowią jeden z rodzajów dłużnych papierów wartościowych. Obligacja stwierdza istnienie zadłużenia emitenta – przedsiębiorcy wobec nabywcy obligacji – inwestora (obligatariusza). Przedsiębiorstwa emitują obligacje w celu pozyskania kapitału niezbędnego do prowadzenia działalności, jej rozwoju lub nowych inwestycji. Nabywcy obligacji uprawnieni są z kolei do otrzymywania odsetek i zwrotu kapitału w terminie wykupu. Co istotne, w przeciwieństwie do akcji, obligacje zasadniczo nie nadają ich nabywcy żadnych innych uprawnień względem emitenta. Obligacja korporacyjna nie inkorporuje zatem prawa do dywidendy czy też prawa do uczestnictwa i głosu w walnym zgromadzeniu. Nabywca obligacji nie staje się również współwłaścicielem spółki.

Obligacje mogą być emitowane przez podmioty ściśle określone w ustawie o obligacjach, w szczególności osoby prawne prowadzące działalność gospodarczą lub utworzone wyłącznie w celu przeprowadzenia emisji obligacji, a także przez osoby prawne mające siedzibę poza terytorium RP¹².

Ustawa o obligacjach przewiduje następujące sposoby emisji obligacji:

¹² Zgodnie z art. 2 ustawy o obligacjach emitentami mogą być również: spółki komandytowo-akcyjne, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa, gminy, powiaty oraz województwa i instytucje finansowe;

- 1) w trybie oferty publicznej - oferta skierowana do co najmniej 150 osób lub nieoznaczonego adresata¹³;
- 2) w trybie oferty prywatnej/ograniczonej - oferta skierowana maksymalnie do 149 inwestorów oznaczonych imiennie¹⁴.

Jako że w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z prywatną emisją obligacji, w niniejszym poglądzie Rzecznik Finansowy skupi się wyłącznie na tej formie emisji.

W przypadku emisji obligacji prywatnej w pierwszej kolejności, emitent (w analizowanym przypadku będzie to GetBack S.A.) udostępnia propozycję ich nabycia. Propozycja nabycia obligacji jest dokumentem stanowiącym podstawę emisji obligacji, kierowanym przez emitenta do potencjalnych nabywców obligacji. Przyjmuje się, że propozycja nabycia obligacji stanowi emanację woli wykreowania przez emitenta długu w postaci obligacji, ale równocześnie pełni funkcję informacyjną, przekazującą potencjalnym inwestorom informacje mające na celu umożliwienie analizy sytuacji zarówno prawnej, jak i finansowej emitenta¹⁵. Zawiera ona bowiem warunki emisji oraz informacje, które powinny umożliwić ocenę sytuacji finansowej emitenta¹⁶. Pozwala więc na ocenę jego wypłacalności w przyszłości, a tym samym oszacowanie ryzyka związanego z nabyciem obligacji. Warunki emisji określają natomiast świadczenia wynikające z obligacji, sposób ich realizacji oraz związane z nimi prawa i obowiązki emitenta oraz obligatariuszy.

Oferowanie propozycji nabycia obligacji konkretnemu potencjonalnemu obligatariuszowi może być dokonane bezpośrednio przez emitenta, który udostępnia propozycję nabycia bezpośrednio lub za pośrednictwem firmy inwestycyjnej w rozumieniu art. 3 pkt 33 ustawy o obrocie¹⁷. Oświadczenie o przyjęciu propozycji nabycia składa się na piśmie, pod rygorem nieważności. Możliwe jest jednak złożenie tych oświadczeń w formie elektronicznej, jeżeli zostało to przewidziane w warunkach emisji obligacji¹⁸. Ustawa o obligacjach nie przewiduje żadnych dodatkowych wymagań co do sposobu złożenia oświadczenia o nabyciu obligacji w formie elektronicznej. Natomiast termin do dokonania

¹³ Zgodnie z art. 33 pkt 1 ustawy o obligacjach emisja obligacji w trybie oferty publicznej dokonywana jest zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1382);

¹⁴ Zgodnie z art. 33 pkt 2 ustawy o obligacjach

¹⁵ tak m.in. Jakub Wikiera, Charakter prawny propozycji nabycia obligacji - cz. 2, Przegląd Prawa Handlowego, numer 12/2015;

¹⁶ Niezbędne informacje, jakie powinny znaleźć się na treści propozycji nabycia obligacji zawiera art. 35 ustawy o obligacjach;

¹⁷ Przepis ten przez firmę inwestycyjną rozumie dom maklerski, bank prowadzący działalność maklerską, zagraniczną firmę inwestycyjną prowadzącą działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagraniczną osobę prawną z siedzibą na terytorium państwa należącego do OECD lub WTO, prowadzącą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność maklerską;

¹⁸ Zgodnie z art. 42 ust. 1 zd. 2 ustawy o obligacjach

przydziału przez emitenta obligacji wynosi 6 tygodni od dnia złożenia ostatniej propozycji nabycia, chyba że emitent określi w propozycji nabycia krótszy termin.

Przyjmując wskazany powyżej podstawowy schemat emisji obligacji, należy zastanowić się, jaka była rola Pozwanego w tym procesie.

Stanowiska stron

Rzecznik Finansowy pragnie wskazać, że w pozwie Powód stawia szereg zarzutów wobec podejmowanych działań Pozwanego przy nabywaniu przez niego obligacji GetBack serii . Powód twierdzi, że Bank wprowadził go w błąd co do treści umowy, rzeczywistego oferenta umowy i dokonał wobec niego nieuczciwej praktyki rynkowej polegającej na działaniu i zaniechaniu wprowadzającym w błąd w zakresie bezpieczeństwa wpłaconego kapitału, możliwości utraty kapitału oraz bezpieczeństwa obligacji i kondycji finansowej GetBack S.A. Ponadto Powód uważa, że stał się ofiarą missellingu. Przez powyższe działania Pozwanego, Powód poniósł szkodę w postaci uszczerbku majątkowego w wysokości zł. Wedle twierdzeń pozwu pieniądze nie zostałyby zainwestowane w ryzykowną obligację, gdyby Powód nie stał się ofiarą niedopasowania oferty finansowej do jego potrzeb i wprowadzenia w błąd co do charakteru oferowanego produktu.

W odpowiedzi na pozew Pozwany zaprzeczył wszystkim twierdzeniom Powoda. Uznał, że działania Pozwanego w sprawie miały jedynie charakter informacyjny. Po otrzymaniu informacji od Powoda, że jest on zainteresowany nabyciem obligacji, przekazał tę informację do PDM i ewentualnie w stosunku do tego podmiotu Powód mógłby kierować swoje roszczenia. Pozwany twierdzi, że nie pośredniczył w sprzedaży obligacji, a jedynie informował o możliwości ich nabycia. Stąd roszczenie Powoda jest bezzasadne.

Mechanizm oferowania obligacji przez Pozwanego

Mając na uwadze ww. stanowiska stron w pierwszej kolejności Rzecznik Finansowy pragnie wskazać, że w ramach prowadzonych postępowań w trybie art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o Rzeczniku Finansowym wpłynęło do niego ponad kilkaset wniosków klientów podmiotu rynku finansowego (dalej: klienci), w których klienci informowali Rzecznika o swoich zastrzeżeniach dotyczących działań Pozwanego przy nabywaniu obligacji spółki GetBack S.A.¹⁹ Analiza wniosków wskazuje na

¹⁹ https://rf.gov.pl/sprawy-biezace/Dzialania_Rzecznika_Finansowego_w_zwiazku_z_problematyką_obligatariuszy_GetBack_22952

pewien powtarzający się schemat działania Pozwanego, który Rzecznik Finansowy chciałby zaprezentować na wstępie swojego wywodu.

W prowadzonych przez Rzecznika Finansowego postępowaniach skargowych, jak i w niniejszym postępowaniu cywilnym, Bank niezmiennie stoi na stanowisku, że nie znajduje podstaw do uznania zastrzeżeń klientów, powołuje się przy tym na bliżej nieokreślone dokumenty oraz dane w systemach bankowych. Bank twierdzi, że nie był agentem firmy inwestycyjnej, nie jest wpisany na listę doradców inwestycyjnych, ani na listę maklerów papierów wartościowych, a jego rolą było jedynie przekazanie informacji o możliwości nabycia obligacji GetBack S.A.

Niemniej jednak, biorąc pod uwagę skalę i powtarzalność zastrzeżeń kierowanych do Rzecznika Finansowego przez klientów podmiotu rynku finansowego, faktyczna rola Pozwanego w procesie nabycia obligacji, w ocenie Rzecznika Finansowego mogła w rzeczywistości wyglądać inaczej.

Otóż z wniosków składanych przez klientów do Rzecznika Finansowego wynika, że do nabycia obligacji GetBack S.A. dochodziło za pośrednictwem pracowników Pozwanego (najczęściej za pośrednictwem pracownika będącego wieloletnim doradcą danego klienta). Mieli oni kontaktować się z klientami telefonicznie lub bezpośrednio w placówkach Pozwanego. Informowali o bardzo korzystnej inwestycji w obligacje korporacyjne, bezpiecznej jak lokata, ale wyżej oprocentowanej. Oferta nabycia obligacji była często przedstawiana jako ekskluzywna, przeznaczona tylko dla wybranych (najlepszych) klientów. Z wielu wniosków również wynika, że pracownicy Pozwanego proponowali klientom zamknięcie **przed terminem** innych inwestycji posiadanych w banku np. lokat, w celu zainwestowania w obligacje. Gwarantowali, że wcześniejsza likwidacja **nie spowoduje utraty odsetek, a więc klient miał nie stracić na takiej inwestycji**. W większości wniosków klienci wskazywali, że do chwili przedstawienia im propozycji nabycia obligacji korporacyjnych zawsze inwestowali w produkty bezpieczne, z gwarancją kapitału, w tym przede wszystkim w lokaty. Klienci uważali, że pracownik Pozwanego, będący najczęściej ich wieloletnim doradcą w banku, przedstawił im ofertę dostosowaną do akceptowanego przez nich poziomu ryzyka inwestycyjnego. Jednocześnie z analizy wniosków wynika, że w zasadzie w większości przypadków przed zaproponowaniem im tej inwestycji, nie została przeprowadzona **analiza poziomu wiedzy o inwestowaniu oraz doświadczenia inwestycyjnego**, niezbędnego do dokonania oceny, czy instrument finansowy w postaci obligacji korporacyjnej jest odpowiedni dla danego klienta, w tym sprawdzenia akceptowanego przez nich poziomu ryzyka (nawet jeśli, w niektórych przypadkach taka analiza była wykonana, to nie była ona brana pod uwagę przy przedstawianiu tego produktu).

Jednocześnie klienci informowali, że pracownicy Pozwanego wskazywali na bardzo krótki czas zakończenia emisji obligacji (najczęściej 2-3 dni, często nawet jeden dzień), zatem na podjęcie decyzji mieli bardzo mało czasu, co jednocześnie przekładało się na brak możliwości zapoznania się z produktem, a jedynie zawierzeniem w słowa pracownika Pozwanego.

Proces nabycia samych obligacji (tj. po przedstawieniu propozycji przez Pozwanego) miał się przedstawiać następująco. Po otrzymaniu informacji od klienta, że jest on zainteresowany inwestycją, Pozwany przekazywał dane klienta do PDM, który pełnił rolę firmy inwestycyjnej. PDM po otrzymaniu takiego zgłoszenia miał przysyłać na adres e-mail klienta (często również na adres e-mail pracownika Pozwanego) m.in. elektroniczny Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia (dalej: Formularz), informacje o Ofercie oraz Warunki Emisji Obligacji. W przeważającej części wniosków klienci informują, że to nie oni wypełniali i wysyłali do PDM Formularz, a robił to osobiście pracownik Pozwanego. Na potwierdzenie niektórzy klienci przekazują informacje otrzymane od PDM, iż Formularz był wysłany z IP komputera należącego do Pozwanego. Ponadto z części wniosków konsumentów wynika, że wpłata była przez nich dokonana jeszcze przed przekazaniem im Formularza, informacji o Ofercie oraz Warunkach Emisji Obligacji, ponieważ w taki sposób byli instruowani przez pracowników Pozwanego. Zatem najpierw była dokonywana zapłata za obligacje, a dopiero po tym PDM przysyłał Formularz oraz warunki emisji. Klienci nie mieli zatem możliwości zapoznania się z ofertą przed jej nabyciem.

Następnie po przesłaniu Formularza klient otrzymywał od PDM odpowiedź z załączonym spersonalizowanym Formularzem w formacie pdf i potwierdzeniem, iż dokonano zapisu na obligacje GetBack S.A. danej serii, a w celu zakończenia procesu zapisu niezbędne było dokonanie wpłaty odpowiedniej kwoty, za którą klient chciał nabyć obligacje, na rachunek bankowy PDM. Po zaksięgowaniu środków klient otrzymywał od PDM (lub bezpośrednio od GetBack S.A.) informację mailową (lub w formie papierowej, jeżeli wyraził taką wolę przy wypełnianiu Formularza), iż emisja obligacji danej serii doszła do skutku i dokonano przydziału klientowi obligacji. W tym stanie rzeczy klienci twierdzą że jedyną czynnością/aktywnością z ich strony (poza kontaktem z doradcą Banku) było wykonanie przelewu na kwotę nabycia obligacji.

Z wniosków kierowanych do Rzecznika Finansowego można uznać, że klienci najczęściej wskazują, że zostali przez Pozwany Bank wprowadzeni w błąd co do:

1. charakteru w jakim działał Bank w procesie nabycia produktu;
2. charakteru produktu;
3. poziomu ryzyka;

4. istnienia gwarancji;
5. ekskluzywności oferty poprzez sugerowanie, że dostęp do obligacji jest limitowany lub że jest duża liczba chętnych inwestorów na ich nabycie lub że oferta nabycia ma charakter niepowtarzalny.

Powyższe okoliczności w opinii klientów spowodowały podjęcie przez nich decyzji odnośnie nabycia obligacji, których by nie podjęli, gdyby wiedzieli, że przedstawiony im produkt jest w rzeczywistości niezabezpieczoną obligacją korporacyjną.

Przedstawiony powyżej schemat oferowania obligacji GetBack S.A. jest zbliżony do tego, opisanego przez Powoda w niniejszej sprawie.

Zasadnym jest zatem wyjaśnienie w jaki sposób należy zakwalifikować czynności dokonywane przez Pozwanego w zakresie nabywania obligacji GetBack. W tym zakresie niezbędna będzie analiza wybranych przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (uoif) przywołana poniżej.

Dozwolona działalność maklerska

Zgodnie z treścią **art. 3 pkt 33 uoif** przez firmę inwestycyjną rozumie się dom maklerski, bank prowadzący działalność maklerską, zagraniczną firmę inwestycyjną prowadzącą działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagraniczną osobę prawną z siedzibą na terytorium państwa należącego do OECD lub WTO, prowadzącą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność maklerską.

Zakres działalności maklerskiej został wskazany w **art. 69 ust. 1 uoif** jako działalność wymagająca zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego²⁰ (dalej: KNF). Polega na wykonywaniu następujących czynności:

- 1) przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych;
- 2) wykonywaniu zleceń, o których mowa w pkt 1, na rachunek dającego zlecenie;
- 3) nabywaniu lub zbywaniu na własny rachunek instrumentów finansowych;
- 4) zarządzaniu portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych;
- 5) **doradztwie inwestycyjnym;**

²⁰ Zgodnie z art. 111 ust. 1 uoif *Bank z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może prowadzić działalność maklerską po uzyskaniu zezwolenia Komisji.*

- 6) **oferowaniu instrumentów finansowych;**
- 7) świadczeniu usług w wykonaniu zawartych umów o subemisję inwestycyjne i usługowe lub zawieraniu i wykonywaniu innych umów o podobnym charakterze, jeżeli ich przedmiotem są instrumenty finansowe;
- 8) organizowaniu alternatywnego systemu obrotu²¹.

Następnie ustawa w art. 70 ust. 2 przewiduje unormowania działalności, która nie wymaga uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej, jeśli realizowana jest przez banki i w zakresie wskazanym w tych postanowieniach. Do enumeratywnie wymienionych w tym przepisie czynności, z którymi wiązana jest konsekwencja z art. 70 ust. 3, należą:

- 1) czynności wymienione w art. 69 ust. 2 pkt 1-6 czyli przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych; wykonywanie powyższych zleceń, na rachunek dającego zlecenie; nabywanie lub zbywanie na własny rachunek instrumentów finansowych; zarządzanie portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych; doradztwo inwestycyjne; oferowanie instrumentów finansowych - o ile przedmiotem tych czynności są papiery wartościowe, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 2, lub inne niedopuszczone do obrotu zorganizowanego instrumenty finansowe oraz obligacje, o których mowa w art. 39p ust. 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz.U. z 2015 r. poz. 641 i 901 oraz z 2016 r. poz. 615, 770, 1020 i 1250);
- 2) czynności wymienione w art. 69 ust. 2 pkt 7, czyli świadczenie usług w wykonaniu zawartych umów o subemisję inwestycyjne i usługowe lub zawieranie i wykonywanie innych umów o podobnym charakterze, jeżeli ich przedmiotem są instrumenty finansowe
- 3) czynności wymienione w art. 69 ust. 2 pkt 3 czyli nabywaniu lub zbywaniu na własny rachunek instrumentów finansowych - o ile przedmiotem tych czynności są dopuszczone do obrotu zorganizowanego obligacje, listy zastawne oraz inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągniętego długu, inne niż określone w pkt 1, lub instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym są obligacje, listy zastawne, inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągniętego długu, stopa procentowa lub waluta.

²¹ Zob. art. 69 ust. 2 pkt 1-8 uoif

Z powyższych zapisów wynika, że banki prowadzące działalność w obszarze obrotu instrumentami finansowymi mogą:

1. prowadzić działalność maklerską w charakterze firmy inwestycyjnej (art. 69 w zw. z art. 111 oraz art. 3 pkt 33 uoif);
2. wykonywać (w ograniczonym przedmiotowo zakresie) tzw. maklerskie czynności podstawowe, bez konieczności uzyskiwania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej (art. 70 ust. 2–4 uoif)²²;

Zatem co do zasady bank może wykonywać czynności wynikające z art. 69 uoif będące działalnością maklerską, pod warunkiem, że jest firmą inwestycyjną w rozumieniu art. 3 pkt 33 uoif (tj. bankiem prowadzącym działalność maklerską) oraz uzyska stosowane zezwolenie KNF na prowadzenie działalności maklerskiej zgodnie z art. 111 uoif.

W pozostałych przypadkach bank będzie mógł wykonywać niektóre z tych czynności bez zezwolenia KNF, jednakże w ustalonym ustawowo zakresie i pod pewnymi, ściśle określonymi warunkami wynikającymi z przepisu art. 70 ust. 2 uoif. Zatem pozostałe czynności maklerskie *sensu stricto*, przewidziane w art. 69 ust. 2 pkt 1–7 uoif, bank (który nie jest jednocześnie firmą inwestycyjną w rozumieniu art. 3 pkt 33 uoif) może wykonywać, bez konieczności uzyskiwania odrębnego zezwolenia publicznoprawnego, ale z ograniczonym przez ustawodawcę przedmiotem tego typu aktywności. Działalność ta, zgodnie z art. 70 ust. 2 uoif, może być prowadzona przez bank, o ile umożliwia to zakres udzielonego przez KNF zezwolenia na prowadzenie działalności bankowej. Wyjaśnić należy, że aby wykonywać konkretne czynności wynikające z art. 70 ust. 2 uoif zgodnie z treścią art. 34 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 2 ustawy pr. bankowe, bank jest zobowiązany do wpisania w swoim statucie, że taką działalność prowadzi. Na powyższe zgodę musi wyrazić KNF wydając stosowaną decyzję w zakresie uchwalenia statutu, bądź jego zmiany, w przypadku gdy działalność taka nie zostanie określona przy tworzeniu banku.

Uzyskując zezwolenie KNF na zmianę statutu bank będzie mógł wykonywać czynności wyłącznie w zakresie wskazanym w decyzji o zmianie statutu w odniesieniu do:

- 1) papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub NBP,

²² Marek Wierzbowski, dr Ludwik Sobolewski, dr hab. Paweł Wajda, Prawo rynku kapitałowego. Komentarz do art. 70, CH Beck, Warszawa 2014 r, wyd. 2;

- 2) innych (niż przywołane powyżej państwowe papiery wartościowe) instrumentów finansowych, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie mogą być one dopuszczone do obrotu zorganizowanego²³;
- 3) obligacji, o których mowa w art. 39p ust. 1 ustawy z 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym;
- 4) wykonania zawartych umów o subemisje inwestycyjne i usługowe lub zawierania i wykonywaniu innych umów o podobnym charakterze, jeżeli ich przedmiotem są instrumenty finansowe;
- 5) nabywania i zbywania na własny rachunek instrumentów finansowych o ile przedmiotem tych czynności są dopuszczone do obrotu zorganizowanego obligacje, listy zastawne oraz inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągniętego długu, inne niż określone w pkt 1, lub instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym są obligacje, listy zastawne, inne zbywalne papiery wartościowe inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z zaciągniętego długu, stopa procentowa lub waluta.

Zgodnie z art. 70 ust. 3 uoif wykonywanie przez bank, zgodnie z art. 70 ust. 2 uoif czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 1-7, nie stanowi działalności maklerskiej.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że analiza dokumentacji uzasadnia twierdzenie, że Pozwany nie prowadził działalności maklerskiej w charakterze firmy inwestycyjnej na podstawie art. 69 ust. 1 i 2 uoif (o czym świadczy chociażby przedmiot działalności Banku wynikający z § 5 ust. 1 statutu Banku²⁴). W ocenie Rzecznika Pozwany w relacji z Powodem wykonywał tzw. maklerskie czynności podstawowe, które nie wymagają uzyskiwania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej zgodnie z art. 70 ust. 2 uoif. Przy czym jedynie w części Bank w przedmiocie swojej działalności wynikającej ze statutu, obowiązującego w dacie nabycia obligacji przez Powoda, miał wpisane wykonywanie czynności niestanowiących działalności maklerskiej. Wyjaśnić należy że Bank w dniu 09 października 2015 r. złożył wniosek o wydanie zezwolenia na dokonanie zmiany w statucie Banku. Decyzją z dnia 12 września 2017 r. KNF zezwolił Bankowi na

²³ Zgodnie z art. 3 pkt 9 uoif przez obrót zorganizowany należy rozumieć *obrót papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi dokonywany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na rynku regulowanym albo w alternatywnym systemie obrotu*, zatem działalność banków w tym obszarze, na podstawie art. 70 ust. 2 uoif będzie mogła mieć zastosowanie jedynie w stosunku do tych instrumentów finansowych, które nie będą spełniać przytoczonej definicji;

²⁴ https://www.relacje.ideabank.pl/relacje2/doc/STATUT_obowiazujacy_od_20_11_2017.pdf

zmianę statutu²⁵. Faktyczna zmiana została dokonana aktem notarialnym w dniu 23 października 2017 r.²⁶ poprzez dodanie do § 5 ust. 2 statutu punktu 14 w brzmieniu:

Przedmiotem działalności Banku jest ponadto: (...)

(14) wykonywanie niestanowiących działalności maklerskiej czynności polegających na: a) przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych w postaci tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania, b) oferowaniu instrumentów finansowych w postaci certyfikatów inwestycyjnych oraz obligacji, z zastrzeżeniem, że przedmiotem czynności określonych w lit. a) - b) powyżej mogą być odpowiednio wyłącznie obligacje emitowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski lub niedopuszczone do obrotu zorganizowanego instrumenty finansowe, o których mowa w lit. a) – b) powyżej oraz obligacje, o których mowa w art. 39p ust. 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym.²⁷

W dalszej części poglądu Rzecznik Finansowy opíše te czynności, które w jego ocenie były faktycznymi czynnościami dokonywanymi przez Pozwanego w relacji z Powodem, a były wykonywane pomimo braku wpisania ich w statucie Banku jako przedmiot jego działalności, czy też pomimo ich wpisania, Bank wykonywał je niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Rzecznik wyjaśnia jednocześnie, że przywoływane w dalszej części poglądu przepisy prawa, odwołujące się bezpośrednio do firmy inwestycyjnej, zgodnie z art. 70 ust. 4 uoif stosuje się **odpowiednio** do wykonywanych czynności przez bank, o którym mowa w art. 70 ust. 2 uoif²⁸.

Doradztwo inwestycyjne

Zgodnie z treścią **art. 76** ustawy o obrocie instrumentami finansowymi *W umowie o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna zobowiązuje się do przygotowywania w oparciu o potrzeby i sytuację klienta i przekazywania mu pisemnej lub ustnej rekomendacji dotyczącej:*

- 1) kupna, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu określonych instrumentów finansowych albo powstrzymania się od zawarcia transakcji dotyczącej tych instrumentów;*

²⁵ Decyzja KNF z dnia 12 września 2017 r. dołączona do odpowiedzi na pozew jako załącznik nr 3;

²⁶ Zgodnie z treścią aktualnego odpisu z KRS Banku, Rubryka 4 pkt 21;

²⁷ https://www.relacje.ideabank.pl/relacje2/doc/STATUT_obowiazujacy_od_20_11_2017.pdf;

²⁸ Zgodnie z treścią art. 70 ust. 4 uoif *W zakresie wykonywania czynności, o których mowa w art. 69 ust. 2 pkt 1-7, do banku, o którym mowa w ust. 2, stosuje się odpowiednio art. 72, art. 73 ust. 1 i 2, art. 74b-76, art. 79-81g, art. 83a, art. 86 ust. 2, art. 90 i art. 93a, a w zakresie nieuregulowanym w tych przepisach stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe.*

- 2) wykonania lub powstrzymania się od wykonania uprawnień wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu instrumentu finansowego.

Dla ścisłości definicja zawarta w art. 76 uoif implementowała do polskiego porządku prawnego unijną definicję doradztwa inwestycyjnego sformułowaną w nieobowiązującym już art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy MiFiD I oraz art. 52 dyrektywy 2006/73/WE. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy MiFiD I **doradztwo inwestycyjne oznacza świadczenie na rzecz klienta usług osobistego polecenia, czy to na jego prośbę, czy z inicjatywy przedsiębiorstwa inwestycyjnego w odniesieniu do jednej lub większej liczby transakcji dotyczących instrumentów finansowych.**

Z kolei **art. 52** dyrektywy 2006/73/WE stanowi, że do celów definicji "doradztwa inwestycyjnego" zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2004/39/WE, **zalecenie indywidualne oznacza zalecenie skierowane do osoby występującej w charakterze inwestora lub potencjalnego inwestora albo w charakterze przedstawiciela inwestora lub potencjalnego inwestora.**

Zalecenie to musi być przedstawione jako odpowiednie dla tej osoby lub oparte na analizie jego indywidualnej sytuacji oraz musi skłaniać do podjęcia jednego z następujących kroków:

- a. zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykupu, przechowywania danego instrumentu finansowego bądź subskrypcji czy udzielenia gwarancji na taki instrument;
- b. skorzystania lub nieskorzystania z praw wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany lub wykupu takiego instrumentu.

Zalecenie nie jest zaleceniem indywidualnym, jeżeli jest wydawane wyłącznie poprzez kanały dystrybucyjne lub przeznaczone dla ogółu społeczeństwa.

W dniu 03 stycznia 2018 r. weszła w życie Dyrektywa MiFiD II. Zgodnie z definicją zawartą w jej art. 4 ust. 1 pkt 4 **doradztwo inwestycyjne oznacza świadczenie na rzecz klienta, na jego wniosek albo z inicjatywy firmy inwestycyjnej, osobistej rekomendacji w odniesieniu do jednej lub większej liczby transakcji na instrumentach finansowych.**

Z powyższych przepisów wynika zatem, że przesłanką uznania, iż dana czynność firmy inwestycyjnej stanowi doradztwo inwestycyjne musi:

1. polegać na udzieleniu rekomendacji inwestycyjnej;
2. jej przedmiotem są określone instrumenty finansowe;

3. uwzględnia indywidualne potrzeby i sytuację klienta²⁹.

Udzielenie rekomendacji może polegać na szeregu działań. W art. 76 uoif oraz art. 52 dyrektywy 2006/73/WE ustawodawca określił niezwykle szeroki katalog zachowań w odniesieniu do instrumentów finansowych, które mogą być przedmiotem rekomendacji. Przy czym dla uznania, czy określona rekomendacja stanowi doradztwo inwestycyjne, bez znaczenia pozostaje to, czy jej adresat z niej skorzystał³⁰.

Ponadto art. 24 ust. 4 Dyrektywy MiFiD II stanowi, że *Klientom lub potencjalnym klientom dostarcza się w stosownym czasie odpowiednich informacji dotyczących firmy inwestycyjnej i jej usług, instrumentów finansowych i proponowanych strategii inwestycyjnych, miejsca wykonania oraz wszystkich kosztów i powiązanych opłat. Informacje te obejmują:*

- a. *w przypadku świadczenia usług doradztwa inwestycyjnego firma inwestycyjna w stosownym czasie przed świadczeniem takiej usługi doradztwa, inwestycyjnego informuje klienta:*
 - i. *czy doradztwo jest świadczone w sposób niezależny;*
 - ii. *czy doradztwo opiera się na szerokiej czy też na bardziej ograniczonej analizie różnych rodzajów instrumentów finansowych oraz w szczególności czy zakres ogranicza się do instrumentów finansowych emitowanych lub dostarczanych przez podmioty mające bliskie powiązania z firmą inwestycyjną lub posiadające jakiegokolwiek inne stosunki prawne lub gospodarcze, takie jak stosunki umowne, na tyle bliskie, że stwarzają ryzyko naruszenia podstaw niezależności świadczonego doradztwa;*
 - iii. *czy firma inwestycyjna zapewni klientowi okresową ocenę odpowiedniości instrumentów finansowych rekomendowanych temu klientowi;*
- b. *informacje dotyczące instrumentów finansowych oraz proponowanych strategii inwestycyjnych muszą obejmować odpowiednie wytyczne oraz ostrzeżenia o ryzyku związanym z inwestycjami w takie instrumenty lub odnoszącym się do poszczególnych strategii inwestycyjnych oraz na temat tego, czy dany instrument finansowy jest skierowany do klientów detalicznych czy profesjonalnych, przy uwzględnieniu zamierzonego rynku docelowego zgodnie z ust. 2;*

²⁹ Zob. Pismo z dnia 27 marca 2012 r. Komisja Nadzoru Finansowego DRK/023/27/5/V/14/2012/PT Usługi doradztwa inwestycyjnego. Stanowisko w sprawie świadczenia przez firmy inwestycyjne usług doradztwa inwestycyjnego, które opracowała Komisja Nadzoru Finansowego, ma na celu wyjaśnienie podmiotom prowadzącym oraz podejmującym działalność maklerską kwestii prawidłowego postępowania w świetle aktualnych uwarunkowań prawnych. Oprócz ogólnej wykładni rozumienia regulacji prawnych KNF analizuje typowe stany faktyczne związane z prowadzeniem działalności w dziedzinie doradztwa inwestycyjnego. W ocenie Komisji taka prezentacja jest niezwykle użyteczna w codziennej działalności firm inwestycyjnych. (str. 3-4);

³⁰ Tak m.in. Sójka Tomasz (red.), Komentarz do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, [w:] Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, LEX 2015

c. *informacje dotyczące wszystkich kosztów i powiązanych opłat muszą obejmować informacje dotyczące zarówno usług inwestycyjnych, jak i usług dodatkowych, w tym w stosownych przypadkach koszty doradztwa, koszty instrumentu finansowego rekomendowanego lub sprzedawanego klientowi oraz informacje, w jaki sposób klient może za niego zapłacić, co obejmuje także wszelkie opłaty uiszczane przez stronę trzecią.*

W tym stanie rzeczy przyjąć należy, że przygotowanie rekomendacji na podstawie potrzeb i sytuacji klienta może zostać dokonane, w sytuacji gdy: po pierwsze udzielenie rekomendacji zostało poprzedzone rzeczywistym zbadaniem potrzeb i sytuacji klienta. W tym zakresie zasadnym jest przywołanie treści § 16 ust. 1 rozporządzenia³¹, który stanowi, że *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 usługi maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację.*

Po drugie firma inwestycyjna przedstawia klientowi swoją rekomendację w taki sposób, że pośrednio lub bezpośrednio z jej wypowiedzi wynika, że **rekomendacja została przygotowana na podstawie potrzeb i sytuacji klienta, co jest równoznaczne ze wskazaniem, że dana usługa jest dla niego odpowiednia.**

Motyw 82 Dyrektywy MiFiD II stanowi, że *Świadcząc usługi doradztwa inwestycyjnego firma inwestycyjna powinna określić w pisemnym oświadczeniu o odpowiedniości, w jaki sposób udzielona porada odpowiada preferencjom, potrzebom i innym cechom klienta detalicznego. Oświadczenie to należy złożyć na trwałym nośniku, w tym w formie elektronicznej. Odpowiedzialność za przeprowadzenie oceny odpowiedniości oraz dostarczenie dokładnego sprawozdania na temat odpowiedniości klientowi należy do obowiązków firmy inwestycyjnej; powinny istnieć odpowiednie zabezpieczenia zapewniające, aby klient nie poniósł straty w związku z tym, że osobistą rekomendację przedstawiono w sprawozdaniu niedokładnie lub niekorzystnie, a także czy przedstawiona rekomendacja jest odpowiednia dla klienta oraz jakie są wady zalecanego sposobu działania.*

³¹ Zgodnie z § 26 pkt 1 rozporządzenia przepisy Oddział 1 rozporządzenia stosuje się do banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 uoif.

Art. 24 ust. 2 zd. 2 Dyrektywy MiFiD II stanowi, że *Firma inwestycyjna musi rozumieć oferowane lub rekomendowane przez siebie instrumenty finansowe, ocenia ich zgodność z potrzebami klientów, którym świadczy usługi inwestycyjne, przy uwzględnieniu również określonego rynku docelowego klientów końcowych, o którym mowa w art. 16 ust. 3, a także zapewnia, aby instrumenty finansowe oferowano lub rekomendowano tylko wówczas, gdy jest to w interesie klienta.*

Zatem wydaje się, że brak jest możliwości inwestycji w określone instrumenty finansowe jako odpowiedniej dla odbiorcy bez jednoczesnego sugerowania, że rekomendacja została dokonana bez analizy potrzeb i sytuacji odbiorcy. Zatem przyjąć należy, że do uznania określonej rekomendacji jako spersonalizowanej, wystarczy, że w odbiorze potencjalnego adresata może ona sprawiać wrażenie, że jest dla niego odpowiednia, a więc oparta na analizie jego sytuacji i potrzeb.³²

W związku z powyższym, należy sobie zadać pytanie co dzieje się w sytuacji gdy dane świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego jest dokonywane bez rzeczywistego zbadania potrzeb i sytuacji klienta. Działanie takie będzie sprzeczne z § 16 ust. 5 rozporządzenia, który stanowi, że firma inwestycyjna nie może świadczyć usługi doradztwa inwestycyjnego, jeśli nie uzyska informacji na temat klienta, dotyczących jego wiedzy i doświadczenia w dziedzinie inwestycji w określony rodzaj instrumentów finansowych, jego sytuacji finansowej i celów inwestycyjnych. Podobnie o świadczeniu usługi doradztwa inwestycyjnego należy mówić także w tej sytuacji, gdy doradca naruszył obowiązek świadczenia wyłącznie w zakresie rekomendacji, która jest odpowiednia dla danego klienta, a więc wprawdzie pozyskał informacje o potrzebach i sytuacji klienta, jednak wbrew § 16 ust. 1 rozporządzenia w zw. z art. 83a ust. 3 uoif³³ nie bierze ich pod uwagę i świadczy usługę, która nie jest odpowiednia. Dana rekomendacja stanowi usługę doradztwa inwestycyjnego także w tej sytuacji, gdy na podstawie jej treści odbiorca może odnieść wrażenie, że jest ona dla niego odpowiednia, nawet jeśli w rzeczywistości tak nie jest³⁴.

Oczywiście Rzecznikowi znane są stanowiska doktryny, zgodnie z którymi warunkiem uznania danej działalności za doradztwo inwestycyjne jest pozyskanie przez podmiot udzielający rekomendacji jakichkolwiek informacji od klienta pozwalających mu na ustalenie jego sytuacji i potrzeb inwestycyjnych. Brak podstawowej wiedzy w tym zakresie wyłącza możliwość uznania, że mamy do

³² Tamże;

³³ Zgodnie z treścią przepisu *Firma inwestycyjna jest obowiązana świadcząc usługę maklerską brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta;*

³⁴ Sójka Tomasz (red.), Komentarz do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, [w:] Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, LEX 2015

czynienia z doradztwem inwestycyjnym³⁵. Niemniej jednak, Rzecznik Finansowy nie podziela tego stanowiska gdyż jest ono zbyt daleko idące. Stanowisko to jest jednoznacznie sprzeczne z przyjętą w prawie unijnym interpretacją tego przepisu. Zgodnie z motywem 86 Dyrektywy MiFiD II, *Jednym z celów niniejszej dyrektywy jest ochrona inwestorów. Środki ochrony inwestorów należy dostosować do charakterystyki każdej kategorii inwestorów (detaliczni, profesjonalni oraz kontrahenci). Niemniej jednak w celu poprawy skuteczności ram regulacyjnych dotyczących świadczenia usług niezależnie od kategorii klientów, na rzecz których są one świadczone, należy wyjaśnić, że w stosunkach z każdym klientem zastosowanie mają zasady uczciwego, sprawiedliwego i profesjonalnego postępowania oraz obowiązek zachowania rzetelności, jasności oraz niewprowadzania w błąd. Przedstawiona powyżej interpretacja jest zatem sprzeczna z zasadą ochrony inwestorów, którzy zasługują na ochronę, szczególnie w sytuacji, gdy rekomendacje inwestycyjne sporządzane są bez jakichkolwiek analiz sytuacji i potrzeb klienta lub bez brania ich pod uwagę, natomiast doradca próbuje przekonać klienta do danej inwestycji, przedstawiając ją jako szczególnie dla niego korzystną.*³⁶ Jak wskazuje doktryna prawa³⁷ *utrzymanie tej umowy w mocy leży w interesie klienta, którego ochrona powinna być wartością nadrzędną w takiej sytuacji. Dzięki temu bowiem uda się utrzymać obowiązek działania jak doradca i odpowiedzialność kontraktową za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, która zawiera domniemanie winy dłużnika. Znacznie polepsza to sytuację klienta względem pozostawienia go jedynie z roszczeniem deliktowym wysuwanym przeciw osobie, która obowiązkowi ciążącym na doradcy nie była poddana.*

Przyjęcie za słuszne wskazanej interpretacji, w praktyce doprowadziłaby do sytuacji, w której firmy inwestycyjne świadomie nie przeprowadzałyby analizy sytuacji i potrzeb klienta, właśnie po to aby ich działania nie zostały uznane na doradztwo inwestycyjne, i tym samym pozostawałyby poza reżimem ustawowym.

Uznać należałoby zatem, że zachowanie cechujące się uznaniem je za doradztwo inwestycyjne, a dokonane przez podmiot, który takiego uprawnienia nie posiadał, jest przestępstwem stypizowanym w art. 178 uoif³⁸. Niezależnie jednak od sankcji karnej, brak wymaganych ustawowo uprawnień nie

³⁵ Tak m.in. K. Zacharzewski, w: System PrHandl, t. 4, s. 1229 oraz KNF w stanowisku z dnia 27 marca 2012 r. DRK/023/27/5/V/14/2012/PT https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf_83772_Swiadczenie_przez_firmy_%20inwestycyjne_uslug_doradz_twa_inwestycyjnego_29884.pdf

³⁶ Sójka Tomasz (red.), Komentarz do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, [w:] Prawo rynku kapitałowego, Komentarz, LEX 2015

³⁷ Tak m.in. prof. dr hab. Wojciech Jan Katner (red.), Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, System Prawa Prywatnego tom 9, 2018 r.

³⁸ Tamże:

zwalnia takiego podmiotu do działania zgodnie z obowiązującymi przepisami, natomiast za ich naruszenie podmiot taki może ponosić dodatkowo odpowiedzialność cywilną, o czym będzie mowa w dalszej części poglądu.

Oferowanie instrumentów finansowych

Przez umowę o oferowanie instrumentów finansowych zgodnie z treścią art. 72 uoif firma inwestycyjna zobowiązuje się do pośrednictwa w:

1. *proponowaniu przez emitenta nabycia papierów wartościowych nowej emisji lub w zbywaniu tych papierów,*
2. *proponowaniu przez podmiot wystawiający instrumenty finansowe niebędące papierami wartościowymi nabycia tych instrumentów lub w ich zbywaniu w wyniku tej propozycji,*
3. *proponowaniu przez sprzedającego nabycia papierów wartościowych lub w ich zbywaniu w wyniku tej propozycji, lub*
4. *proponowaniu nabycia instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi przez podmiot sprzedający te instrumenty do obrotu na rynku regulowanym lub do alternatywnego systemu obrotu lub w ich zbywaniu w wyniku tej propozycji.*

Umowa o oferowanie instrumentów finansowych jest kwalifikowana jako usługa świadczona na rzecz emitenta, której przedmiotem jest pośrednictwo w proponowaniu i zbywaniu instrumentów finansowych. Powinna być zawarta w formie pisemnej, a w przypadku umowy zawieranej z klientem detalicznym³⁹ - w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 72 ust. 2 uoif).

Ustawodawca nie definiuje pośrednictwa w proponowaniu i zbywaniu instrumentów finansowych. Jak wskazuje doktryna prawa⁴⁰ *Można w tym zakresie skorzystać z dorobku doktryny w zakresie wykładni terminu "pośrednictwo w zawieraniu umów" na gruncie umowy agencyjnej. W literaturze wskazuje się, że pośrednictwo to przede wszystkim czynności polegające na:*

³⁹ Zgodnie z art. 3 pkt 39c uoif przez klienta detalicznego rozumie się przez to podmiot niebędący klientem profesjonalnym, na którego rzecz jest lub ma być świadczona co najmniej jedna z usług, o których mowa w art. 69 ust. 2 lub 4. Natomiast zgodnie z art. 3 pkt 39b uoif przez klienta profesjonalnego rozumie się przez to podmiot, na którego rzecz jest lub ma być świadczona co najmniej jedna z usług, o których mowa w art. 69 ust. 2 lub 4, który posiada doświadczenie i wiedzę pozwalające na podejmowanie właściwych decyzji inwestycyjnych, jak również na właściwą ocenę ryzyka związanego z tymi decyzjami

⁴⁰ Sójka Tomasz (red.), Komentarz do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, [w:] Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, LEX 2015

1. stwarzaniu sposobności zawarcia umów, a więc np. podejmowaniu czynności mających na celu nawiązanie kontaktu przez dającego zlecenie z potencjalnymi klientami, w tym prowadzeniu akcji reklamowej dającego zlecenie, oraz
2. pośredniczeniu przy zawieraniu umów, a więc np. wpływaniu na kształt umowy, uczestniczeniu w negocjacjach, przygotowywaniu projektu umowy.

W konsekwencji należy przyjąć, że zobowiązanie firmy inwestycyjnej do pośrednictwa w proponowaniu i zbywaniu instrumentów finansowych obejmuje doradztwo w zakresie sposobu proponowania i zbywania instrumentów finansowych, promocję proponowanych instrumentów finansowych oraz pośredniczenie w samym zbywaniu instrumentów finansowych, a więc m.in. przyjmowanie zapisów i wpłat na oferowane instrumenty finansowe zgodnie z warunkami oferty (por. § 83 ust. 1 i ust. 2 r.t.p.f.i.).

Pośrednictwo w zbywaniu instrumentów finansowych może zatem polegać również na dokonywaniu czynności faktycznych, mających na celu zawarcie umowy pomiędzy zbywcą (emitentem, sprzedającym albo podmiotem wystawiającym) a nabywcą (inwestorem). Zatem w ocenie Rzecznika Finansowego w tej definicji będzie mieściło się również wypełnienie i wysłanie formularza przyjęcia propozycji nabycia obligacji za klienta.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że w dniu 21 kwietnia 2018 r. weszła w życie ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 685), w której doszło m.in. do rozszerzenia definicji oferowania instrumentów finansowych. Zmiana ta miała związek z często błędną interpretacją umowy o oferowanie instrumentów finansowych przez podmioty prezentujące potencjalnym nabywcom informacje o oferowanych instrumentach finansowych. Jak czytamy w uzasadnieniu do tej ustawy *Na podstawie art. 1 pkt 42 projektu zmieniony zostanie art. 72 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych związanych z zakresem pojęcia „oferowanie instrumentów finansowych”*.⁴¹ Szerzej w tym zakresie wypowiedział się Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, który w komunikacie z dnia 27 kwietnia 2018 r. w sprawie nowych przepisów dotyczących oferowania instrumentów finansowych⁴² wyjaśnił, że *W celu nakłonienia inwestorów do inwestowania środków pieniężnych w instrumenty finansowe oferowane w drodze oferty niepublicznej, identyfikowano przypadki, w których podmioty nienadzorowane prezentowały potencjalnym nabywcom informacje o oferowanych instrumentach finansowych. Zakres*

⁴¹ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-818-2018.\\$file/8-020-818-2018.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-818-2018.$file/8-020-818-2018.pdf)

⁴² https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Komunikat_ws_oferowania_instrumentow_financeowych_61575.pdf

prezentowanych informacji o emitencie i instrumencie finansowym nie polegał wprost na przedstawianiu konkretnej oferty nabycia. Był to często wybiórczo przygotowany zestaw informacji, zachęcający do skorzystania z oferty, który finalnie doprowadzał do alokacji przez inwestora środków pieniężnych. Różnorodne przy tym były sposoby działania takich podmiotów.

Efekt tej aktywności sprowadzał się *de facto* do działalności polegającej na oferowaniu instrumentów finansowych czyli czynności polegających na pośrednictwie w pozyskiwaniu kapitału na rzecz emitenta poprzez przedstawianie takich informacji, które miały skłonić inwestora do nabycia instrumentów finansowych (np. obligacji emitowanych w drodze oferty niepublicznej).

W celu wyeliminowania tego typu praktyki, zgodnie z nowym brzmieniem art. 72 Ustawy oferowaniem będzie podejmowanie na rzecz m.in. emitenta instrumentu finansowego, czynności prowadzących do nabycia przez inne podmioty instrumentów finansowych, przez:

1. prezentowanie, w dowolnej formie i w dowolny sposób, udostępnianych przez emitenta, informacji o instrumentach finansowych i warunkach ich nabycia, stanowiących wystarczającą podstawę do podjęcia decyzji o nabyciu tych instrumentów lub
2. pośredniczenie w zbywaniu instrumentów finansowych nabywanych przez podmioty w wyniku prezentowania informacji, o których mowa w pkt 1, lub
3. prezentowanie indywidualnie oznaczonym adresatom, w dowolnej formie i w dowolny sposób, udostępnianych przez emitenta informacji w celu:
 - a) promowania, bezpośrednio lub pośrednio, nabycia instrumentów finansowych lub
 - b) zachęcania, bezpośrednio lub pośrednio, do nabycia instrumentów finansowych.

Dzięki przyjęciu takiej definicji oferowania, każde przywołane wyżej pośrednictwo m.in. na rzecz emitenta, w pozyskiwaniu od inwestorów kapitału na rynku kapitałowym jest działalnością nadzorowaną i na jej prowadzenie niezbędne staje się uzyskanie zezwolenia Komisji. Przyjęte rozwiązanie pozwoli na uporządkowanie sytuacji związanej z oferowaniem i eliminowanie podmiotów, które nie posiadając zezwolenia, nakłaniałyby inwestorów w różnorodny sposób m.in. do nabywania oferowanych akcji lub obligacji.

Rzecznik Finansowy zauważa, iż w obecnym stanie prawnym brak jest wymogu pisemnej formy umowy o oferowanie, jest to wynikiem praktyki stosowanej na rynku i oferowania produktów (wykonywania czynności faktycznych tj. prezentowania, udostępniania informacji, pośredniczenia w takich czynnościach) w sposób, który nie pozwalał wprost zgodnie z obowiązującymi przepisami skategoryzować tych czynności jako oferowanie. Niemniej jednak faktyczne czynności wykonywane przez dany podmiot uzasadniały twierdzenie, że w rzeczywistości pośredniczył on w pozyskiwaniu

Str. 26

inwestorów (a w konsekwencji pozyskiwaniu ich kapitału) na rzecz emitenta poprzez przedstawianie informacji, które miały skłonić inwestorów do nabycia określonych instrumentów finansowych np. obligacji emitowanych w drodze emisji niepublicznej. Taka praktyka w ocenie Rzecznika może zostać uznana za próbę obejścia przepisów obowiązującego prawa. Proceder ten spowodował istotną zmianę art. 72 uoif i przypisał tym czynnościom wprost przymiot oferowania instrumentów finansowych.

Niezależnie jednak od powyższego w ocenie Rzecznika Finansowego definicja umowy o oferowanie instrumentów finansowych obowiązująca przed nowelizacją art. 72 uoif nie stanowi przeszkody do zakwalifikowania konkretnych czynności wykonywanych przez dany podmiot za oferowanie instrumentów finansowych. Wszakże nowelizacja uoif, a w konsekwencji zmiany brzmienia art. 72 uoif była dokonana jedynie *w celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych związanych z zakresem pojęcia „oferowanie instrumentów finansowych”*. Zatem również przed zmianą przepisów działania podmiotów, które cechowały się przekazywaniem klientom lub potencjalnym klientom informacji o danym instrumencie finansowym, jego emitencie, nawet bez przedstawienia wprost konkretnej oferty nabycia, ale doprowadzającym finalnie do ulokowania kapitału przez inwestora w dany produkt inwestycyjny, będzie uznane za oferowanie instrumentów finansowych. W konsekwencji w ocenie Rzecznika przepisy prawa obowiązujące na dzień nabycia obligacji przez Powoda, a dotyczące oferowania instrumentów finansowych również w takim przypadku będą miały odpowiednie zastosowanie w stosunku do podmiotu wykonującego czynności o których mowa powyżej.

Zatem jak to już zostało wskazane we wcześniejszej części poglądu zgodnie z art. 83a ust. 3 uoif firma inwestycyjna świadcząca na rzecz klienta usługę maklerską zobowiązana jest brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta. Wobec powyższego analogicznie, jak to miało miejsce w przypadku doradztwa inwestycyjnego, zaoferowanie danego instrumentu finansowego musi zostać poprzedzone rzeczywistym zbadaniem potrzeb i sytuacji klienta. Zgodnie z § 15 ust. 1 rozporządzenia 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.

W przypadku usługi oferowania instrumentów finansowych w doktrynie⁴³ przyjmuje się, że obowiązek działania w najlepszym, interesie klienta oznacza w szczególności:

1. obowiązek podjęcia działań zmierzających do ustalenia ogólnych celów gospodarczych, dla których korzysta on z tej usługi;
2. konieczność podjęcia wszelkich uzasadnionych działań w celu uzyskania możliwie najlepszych wyników dla klienta;
3. obowiązek lojalności wobec swojego klienta.

Art. 24 ust. 2 zd. 2 Dyrektywy MiFiD II stanowi, że *Firma inwestycyjna musi rozumieć oferowane lub rekomendowane przez siebie instrumenty finansowe, ocenia ich zgodność z potrzebami klientów, którym świadczy usługi inwestycyjne, przy uwzględnieniu również określonego rynku docelowego klientów końcowych, o którym mowa w art. 16 ust. 3, a także zapewnia, aby instrumenty finansowe oferowano lub rekomendowano tylko wówczas, gdy jest to w interesie klienta.*

Przyjąć zatem należy, że zachowanie podmiotu cechujące się uznaniem je za oferowanie instrumentów finansowych, a dokonywane przez niego niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym bez zawarcia stosownej umowy oraz brakiem analizy poziomu wiedzy inwestorskiej oraz potrzeb klienta, może mieć dla podmiotu oferującego skutki cywilnoprawne, o czym szerzej będzie mowa w dalszej części poglądu.

Praktyka Pozwanego

Biorąc pod uwagę przedstawiony mechanizm działania Pozwanego oraz analizę informacji i dokumentów przesłanych przez Powoda wraz z wnioskiem do Rzecznika, wątpliwości budzi twierdzenie Pozwanego jakoby czynności dokonywane przez niego w zakresie nabywania obligacji GetBack miały jedynie charakter informacyjny. W ocenie Rzecznika Finansowego wersja

⁴³ Tamże;

przedstawiona przez Pozwanego pozostaje czysto teoretyczna i może być odczytywana jako próba obejścia przepisów prawa, w tym ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Działania Pozwanego w istotny sposób mogły wykraczać poza zakres informacji. Relacje Powoda, jak i innych klientów (o czym była mowa powyżej) wskazują, że działania przedstawicieli (pracowników) Pozwanego nie ograniczały się do możliwości nabycia obligacji GetBack S.A., a miały niejednokrotnie charakter rekomendacji i oferowania nabycia obligacji.

W ocenie Rzecznika Finansowego Bank faktycznie wykonywał czynności w postaci doradztwa inwestycyjnego i oferowania instrumentów finansowych, zgodnie z art. 70 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 69 ust. 2 pkt 5 i 6 uoif, co do których nie jest wymagane zezwolenie KNF, o którym mowa w art. 82 uoif.

Z ustaleń wynika, że Bank wykonywał te czynności w okresie co najmniej od sierpnia 2016 r. do marca 2018 r., przy czym w zakresie oferowania instrumentów finansowych w okresie od sierpnia 2016 r. do października 2017 r. bez zezwolenia KNF na prowadzenie działalności określonej w statucie (polegającej na wydaniu decyzji KNF na rozszerzenie działalności Banku o oferowanie instrumentów finansowych)⁴⁴.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Rzecznika Finansowego działania Pozwanego miały charakter doradztwa inwestycyjnego, a także oferowania obligacji GetBack S.A. O powyższym świadczy wiele okoliczności, twierdzeń i dokumentów mających związek z niniejszą sprawą. Warto w tym miejscu przytoczyć chociażby twierdzenia samego Pozwanego wskazane w treści odpowiedzi na pozew. W piśmie tym czytamy m.in. że:

(...) bankier zaproponował bezkosztowe zerwanie dotychczas posiadanych przez Powoda lokat oraz dywersyfikację środków polegającą na zainwestowaniu ich części w inny produkt⁴⁵

Wszystkie informacje dotyczące Obligacji GetBack serii [redacted] w postaci propozycji nabycia Obligacji serii [redacted] oraz Warunków emisji Obligacji [redacted] zostały Powodowi przekazane podczas spotkania w dn. [redacted] r. (okoliczność bezsporna, przyznana w pozwie w pkt 11) (...) Z rozmowy bankiera z Powodem wynikało, że klient rozumie treść oferty i ją akceptuje.⁴⁶

(...) bankier, na prośbę Powoda, uzupełnił i wysłał formularz zapisu na Obligacje.⁴⁷

⁴⁴ Tak komunikat KNF dotyczący zamieszczenia na Liście ostrzeżeń publicznych KNF wpisu dotyczącego Idea Banku SA z dnia 13 listopada 2018 r.

https://www.knf.gov.pl/o_nas/komunikaty?articleId=63722&p_id=18

⁴⁵ Zob. str. 5 pkt. 7 odpowiedzi na pozew

⁴⁶ Zob. str. 5 pkt 10 odpowiedzi na pozew

⁴⁷ Zob. str. 6 pkt 11 odpowiedzi na pozew

Bank wyjaśnił, że w przypadku wyrażenia przez klienta zgody dokonywał również w jego imieniu formalności z PDM-em polegających na wypełnieniu formularza zapisu na Obligacje⁴⁸

Bank udostępnia swoim współpracownikom informacje na temat wszystkich produktów inwestycyjnych, które następnie mogą zostać przedstawione klientom. Stąd istnieje możliwość przedstawienia informacji dotyczących różnych produktów, w tym oferowanych za pośrednictwem PDM.⁴⁹

W analizowanej sprawie równie istotnym są wiadomości sms, które były wysyłane do Powoda przez pracownika Banku Pana [redacted]. W dniu stycznia 2018 r. wysłał on do Powoda wiadomość sms o następującej treści: *Witam serdecznie, wprowadziliśmy do oferty obligacje za 5,5% oprocentowaniem i odsetkami wypłacanymi co miesiąc lub co kwartał. Obligacje są na 24 miesiące z możliwością wyjścia już po 12 miesiącach. Niestety pula jest ograniczona i decyduje kolejność zgłoszeń. Warto również przywołać wiadomość e-mail z dnia stycznia 2018 r., w którym to pracownik Banku Pan [redacted] przedstawił informację na temat obligacji korporacyjnych. Pracownik przedstawił w zasadzie same zalety oferowanego produktu, a w zakresie ryzyka wskazał jedynie że na uwagę zwraca bardzo niska zmienność, co pokazuje znaczne ograniczenie ryzyka inwestorskiego. Jednocześnie na zakończenie pracownik wskazał: *Panie [redacted] uważam, że w Pana sytuacji będzie to bardzo dobre rozwiązanie pasujące do Pana obecnego portfela.**

Wszystko to może świadczyć o tym, że działania Pozwanego miały szerszy charakter niż próbuje on obecnie dowodzić. Pozwany wszakże przyznał, że zapoznał Powoda z ofertą, przekazując mu informacje o możliwości nabycia obligacji GetBack S.A., w tym również w zakresie ryzyka inwestycyjnego.

Ponadto jak twierdzi sam Pozwany, to jego pracownik namówił Powoda do zerwania lokaty w celu zainwestowania w obligacje. Powyższe wzmacnia sama treść dokumentu pt. Dyspozycja przeniesienia całości lub części środków z lokaty/lokat, na podstawie którego doszło do zerwania posiadanych przez Powoda trzech lokat i przeniesienia środków m.in. na nabycie obligacji GetBack S.A. serii [redacted]. Co istotne pomimo zerwania lokat przed terminem ich obowiązywania Powód nie stracił odsetek. Wydaje się, że takie rozwiązanie nie było standardowe i miało stanowić dodatkową zachętę dla Powoda do skorzystania z oferty Banku i zainwestowanie w ryzykowne obligacje GetBack S.A.

⁴⁸ Zob. str. 9 pkt 25 odpowiedzi na pozew

⁴⁹ Zob. str. 13 pkt 9 lit. c odpowiedzi na pozew

Ponadto fakt, że pracownik Pozwanego brał czynny udział przy przyjęciu propozycji nabycia obligacji potwierdza również Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK), który w uzasadnieniu do decyzji o sygn. RBG-2/2019⁵⁰ (dalej: decyzja) wskazał m.in., że: *W tym kontekście istotny jest udział m.in. przedstawicieli Idea Banku w fazie przedkontraktowej nabywania obligacji przez konsumenta. Na podstawie umowy konsorcjum zawartej pomiędzy PDM a Idea Bankiem przedstawiciele tegoż banku byli odpowiedzialni za tzw. pierwszy kontakt z klientem, który polegał na rozmowie telefonicznej lub spotkaniu osobistym celem zaoferowania mu nabycia obligacji korporacyjnych emitowanych przez Getback. (...) W sytuacji, gdy w transakcji pośredniczy dodatkowa osoba trzecia (lub podmiot trzeci – tak jak w niniejszej sprawie jest to Idea Bank S.A.) może dojść do świadomego lub nieświadomego zniekształcenia przekazu, a w konsekwencji udzielenia konsumentowi nieprawdziwych czy też wprowadzających w błąd informacji dotyczących istotnych warunków umowy, a także pominięcia istotnych warunków umowy lub też w inny sposób zniekształcenia zachowania rynkowego słabszej strony umowy.*

Z decyzji Prezesa UOKiK wynika zatem, że pomiędzy Pozwanym a PDM została zawarta umowa konsorcjum, która regulowała jakie konkretnie czynności będą dokonywane przez Pozwanego przy nabywaniu obligacji. Rzecznik Finansowy wskazuje, iż zakwalifikowanie czynności jakie były dokonywane przez Pozwanego w zakresie nabycia przez Powoda obligacji może mieć istotne znaczenie w kontekście roszczeń Powoda. Dlatego też niezwykle ważna dla prawidłowego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest nie tylko treść umowy konsorcjum ale również ocena faktycznie wykonywanych czynności przez Pozwany Bank.

Dodatkowo z treści decyzji Prezesa UOKiK wynika, że na podane adresy mailowe konsumenta oraz przedstawiciela Idea Banku (przy umowach zawieranych z jego udziałem) wysyłana była wiadomość z załączonym linkiem do elektronicznego Formularza. Powyższe okoliczności potwierdzają stanowisko Powoda dotyczące dużego zaangażowania Pozwanego w procesie nabycia przez niego obligacji, a także przeczą twierdzeniom Pozwanego że jego rolą było jedynie przekazanie PDM kontaktu do Powoda. Mało wiarygodnym jest zatem obecne umniejszanie przez Pozwanego jego roli w tej sprawie.

W tym kontekście, należy również wziąć pod uwagę, że Pozwany został wpisany na listę ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego (dalej: KNF) w związku z poczynionymi przez ten organ ustaleniami, dotyczącymi czynności wykonywanych przez Bank w latach 2016-2018 w zakresie aktywności na rynku kapitałowym bez posiadania odpowiednich zezwoleń nadzorcy. Jak wskazuje

⁵⁰ <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=22949>

KNF⁵¹, odnosi się to do procesu oferowania instrumentów finansowych – w okresie co najmniej od sierpnia 2016 r. do października 2017 r. oraz doradztwa inwestycyjnego – w okresie co najmniej od września 2016 r. do marca 2018 r. Oznacza to, że podejrzenie naruszenia przez Pozwanego normy karnoprawnej wynikającej z art. 178 uoif leży poza działalnością bankową i w szczególności nie jest w żadnym zakresie związane ani z przyjmowaniem depozytów, ani z udzielaniem kredytów. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że okres wskazany przez KNF pokrywa się z działalnością Pozwanego w zakresie doradztwa inwestycyjnego w obligacje GetBack S.A. Okoliczności te z pewnością będą przedmiotem dalszych badań nadzoru. W przedmiotowej sprawie natomiast mogą stanowić dodatkowy argument w zakresie wykazania faktycznej działalności Pozwanego w przedmiocie nabywania obligacji.

Ponadto, Rzecznik Finansowy pragnie wskazać, że w związku z naruszeniem art. 72 uoif, tj. w sposób polegający na współpracy z podmiotem trzecim nieposiadającym uprawnień do świadczenia usług oferowania instrumentów finansowych, KNF dokonał cofnięcia zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej oraz nałożenia kary pieniężnej na Polski Dom Maklerski S.A. Zdaniem KNF *Polski Dom Maklerski SA dokonywał czynności pośrednictwa w zbywaniu Obligacji, natomiast podmiot trzeci dokonywał czynności pośrednictwa w proponowaniu objęcia Obligacji, akceptując tym udział w procesie oferowania Obligacji podmiotu nieuprawnionego do wykonywania czynności oferowania instrumentów finansowych (...) działania Polskiego Domu Maklerskiego SA istotnie podważyły zaufanie do rynku oraz bezpieczeństwa obrotu.*⁵²

Mając to wszystko na uwadze, nie sposób dać wiary twierdzeniom Pozwanego, jakoby jego rola w niniejszej sprawie ograniczała się jedynie do udzielania informacji o możliwości nabycia obligacji. W ocenie Rzecznika Finansowego przekazanie takiej informacji może spełniać przesłanki uznania działania Pozwanego jako udzielenie rekomendacji (biorąc pod uwagę okoliczność, że pracownik Pozwanego miał przedstawić Powodowi informację o produkcie jakim jest obligacja GetBack S.A., czy zaproponować rozwiązanie w zakresie zerwania lokaty w celu zainwestowania w obligacje) a następnie zaoferowania obligacji GetBack S.A. (przede wszystkim w zakresie proponowania przez pracownika Pozwanego nabycia obligacji, czy też czynności faktyczne tj. pośredniczenie w nabyciu obligacji poprzez wypełnienie Formularza przyjęcia propozycji nabycia obligacji). Wszystkie powyżej przedstawione okoliczności świadczą o tym, że Pozwany w sposób świadomy wykonywał czynności mające cechy doradztwa inwestycyjnego i oferowania obligacji.

⁵¹ https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Komunikat_KNF_dot_Idea_Banku_SA_63721.pdf

⁵² https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Komunikat_KNF_ws_PDM_63696.pdf

Należy również wziąć pod uwagę, iż wedle twierdzeń, zawartych w pozwie przez Powoda, był on wieloletnim klientem Banku. Jedynymi produktami jakie posiadał u Pozwanego były lokaty. Pozwany miał zatem świadomość jakie produkty inwestycyjne są dla Powoda akceptowalne, gdyż tylko w takie do tej pory inwestował. Co więcej w dniu przedstawienia oferty nabycia obligacji GetBack S.A., Pozwany przeprowadził z Powodem „Ankiety finansów osobistych”, z której wynikało, że Powód akceptuje ryzyko na poziomie minimalnym, a bezpieczeństwo środków jest dla niego ważniejsze niż możliwość uzyskania dodatkowych zysków. Wedle sporządzonej analizy Powód posiada profil konserwatywny, cechujący się gwarancją wypłaty co najmniej całości wpłaconego przez klienta kapitału na koniec okresu umownego inwestycji. Niezrozumiałym jest zatem przedstawienie przez Bank oferty nabycia ryzykownych obligacji. Trudno w okolicznościach niniejszej sprawy przyjąć również, że Powód mógł w inny sposób potraktować zachowanie pracownika Pozwanego, niż jako rekomendację i oferowanie nabycia obligacji.

Oczywiście Rzecznik Finansowy ma świadomość, że przeprowadzona analiza została wykonana w związku z innym produktem inwestycyjnym tj. ubezpieczeniem na życie z Ubezpieczeniowym Funduszem Kapitałowym. Niemniej jednak została ona wykonana tego samego dnia, w którym został Powodowi zaoferowany produkt w postaci obligacji GetBack. Wobec powyższego po pierwsze Powód mógł być w uzasadnionym przekonaniu, że ankieta dotyczyła obu produktów, które zostały mu zaoferowane. Po drugie z uwagi na ustalone preferencje inwestycyjne wynikające z ankiety Powód mógł przypuszczać, że Bank nie przedstawi mu oferty, która jest niezgodna z jego profilem inwestycyjnym.

W świetle powyższych okoliczności, w ocenie Rzecznika Finansowego działania Pozwanego należy **zakwalifikować jako doradztwo inwestycyjne oraz oferowanie instrumentu finansowego**. W zakresie doradztwa inwestycyjnego Pozwany nie posiadał wymaganych zezwoleń, o których była mowa we wcześniejszej części poglądu, stąd też w ogóle takie czynności nie powinny zostać przez niego wykonywane w stosunku do Powoda. Działanie Pozwanego w tym zakresie mogą być objęte sankcją finansową, o której mowa w art. 178 uoif.

W zakresie oferowania obligacji GetBack S.A. Bank rozszerzył przedmiot swojej działalności i po wydaniu decyzji KNF z dnia 12 września 2017 r. (załączonej przez Pozwanego do odpowiedzi na pozew jako załącznik nr 3) dokonał zmiany statutu i dodał do § 5 statutu pkt 14, stanowiący o tym, że przedmiotem działalności Banku jest również wykonywanie niestanowiących działalności maklerskiej czynności polegające m.in. na oferowaniu instrumentów finansowych.

Niezależnie jednak od powyższego w przypadku zarówno doradztwa inwestycyjnego jak i oferowania instrumentów finansowych Pozwany przedstawił Powodowi produkt niedostosowany do jego potrzeb, w formie wysoce ryzykownych obligacji, z zupełnym zignorowaniem przeprowadzonej oceny umiejętności i wiedzy inwestorskiej Powoda. Takie działanie stanowi naruszenie dobrych obyczajów oraz zniekształca decyzję Powoda o nabyciu obligacji, co w ocenie Rzecznika Finansowego powinno być rozpatrywane pod kątem nieuczciwej praktyki rynkowej.

Rzecznik podkreśla przy tym, że na gruncie tej ustawy nie ma znaczenia, czy Pozwany działał *de iure* jako firma inwestycyjna, czy też bank, o którym mowa w art. 70 ust. 2 uoif. Ocenie w niniejszej sprawie podlega bowiem zaistniały stan faktyczny bez względu na posiadane bądź nie przez Pozwanego zezwolenia na prowadzenie określonej działalności. **Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, dla powstania odpowiedzialności cywilnej Pozwanego niezbędne jest ustalenie, iż Pozwany dokonał nieuczciwej praktyki rynkowej oraz, że interes Powoda został wobec tego zagrożony lub naruszony, o czym będzie mowa w dalszej części poglądu.**

Szczególny status Banku jako instytucji zaufania publicznego

Dokonując analizy działań Banku w przedmiotowej sprawie należy odnieść się do szczególnego statusu Pozwanego jako instytucji zaufania publicznego. Status ten nie jest wynikiem jedynie powszechnej świadomości funkcjonującej w społeczeństwie, lecz ma odzwierciedlenie we wprowadzonych przez ustawodawcę ograniczeniach dotyczących działalności gospodarczej banków, zarówno odnośnie jej podjęcia i prowadzenia jak i powierzenia przez bank osobie trzeciej wykonywania określonych czynności bankowych tj. outsourcingu (np. art. 30, art. 171, art. 6a, art. 6c, art. 104 ustawy pr. bankowe).

Wszystkie etapy działalności banku, począwszy od jego utworzenia, poprzez wykonywanie działalności bankowej, w tym wykonywanie czynności bankowych *sensu stricto* i *sensu largo*, zostało objęte przez polskiego ustawodawcę stosownymi regulacjami prawa. W doktrynie zwraca się także uwagę, że ustawodawca wprowadził warunki, od których uzależniona jest możliwość posłużenia się przez bank outsourcingiem (art. 6c ustawy pr. bankowe), a także wprowadził umowę agencyjną (art. 6a ustawy pr. bankowe) jako podstawę do powierzenia przez bank osobie trzeciej wykonywania określonych czynności bankowych – tj. outsourcingu w celu zagwarantowania

bezpieczeństwa finansowego banku.⁵³ Działanie takie świadczy o potrzebie ochrony interesu publicznego, czyli dążenia do zapewnienia stabilności systemu bankowego. Szeroki zakres regulacji świadczy o wyjątkowo wysokim poziomie ochrony systemu bankowego.

Wyrazem dążenia do zapewnienia tej stabilności jest specjalny nadzór nad działalnością banków przemawiający za uznaniem ich za instytucje zaufania publicznego. Na powyższe wielokrotnie zwracał uwagę Trybunał Konstytucyjny⁵⁴ stwierdzając, że taki przymiot banków jako instytucji zaufania publicznego ma walor pozanormatywny i nie należy wiązać tego zaufania z grupą zawodową bankowców, ale właśnie z zaufaniem wynikającym z pozostawaniem przez banki pod specjalnym nadzorem państwa. Władze publiczne są zobligowane do zapewnienia rzetelnej działalności sektora bankowego ze względu na jego znaczenie dla systemu gospodarczego państwa oraz zasobów finansowych deponowanych w bankach. Z tego właśnie powodu państwo nadzoruje zarówno proces tworzenia banków, jak i ich funkcjonowanie. Do powstania banku konieczne jest spełnienie określonych szczegółowo w prawie bankowym warunków oraz uzyskanie zezwolenia (art. 30a ustawa pr. bankowe), a cała jego działalność podlega nadzorowi KNF, w formach i na zasadach określonych w ustawie pr. bankowe i ustawie z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym.

Znaczenie banku na rynku finansowym istotnie umacnia także ustawowe upoważnienie Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (dalej: BFG) do udzielania pomocy bankom w przypadku powstania niebezpieczeństwa niewypłacalności. Zgodnie z ustawą o BFG, gwarancją zwrotu objęte są środki do wysokości równowartości 100 tysięcy euro, zgromadzone przez jednego deponenta w banku, którego dotyczy spełnienie warunku gwarancji. Wskazuje się, że ochrona deponentów w sytuacji niewypłacalności banku jest podstawową funkcją systemu gwarantowania depozytów⁵⁵, a ten system gwarancyjny stanowi istotny argument za przyjęciem posiadania przez bank statusu instytucji zaufania publicznego⁵⁶, co bez wątpienia wpływa na relacje z konsumentem.

Zatem, działalność bankowa podlega szczególnemu nadzorowi KNF, natomiast w zamian za to bank otrzymuje niejako „monopol” na prowadzenie działalności bankowej.⁵⁷ Powyższe, potwierdza art. 5

⁵³ K. Kohutek: Prawo bankowe, Komentarz, pod red. F. Zoll. T. I i II. Zakamycze, 2005.

⁵⁴ Tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 marca 2011 r., sygn. akt P 7/09, OTK-A 2011/2/12, a także: w orzeczeniu z dnia 16 maja 1995 r., sygn. akt K 12/93, OTK 1995/1/14.

⁵⁵ Radziszewski E., Bank jako instytucja zaufania publicznego. Gwarancje prawne i instytucjonalne. Poradnik klienta usług finansowych, CEDUR, Warszawa 2013, s. 37. https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Bank%20jako%20instytucja%20zaufania%20publicznego_36396.pdf

⁵⁶ D. Czarnota, Bank jako instytucja zaufania publicznego w dobie kryzysu – mit czy rzeczywistość?, http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-2809b175-dd49-43b7-9629-28680aa66a1e/c/12_D.Czarnota_Bank_jako_instytucja....pdf.

⁵⁷ A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, Polskie prawo bankowe: Wybrane zagadnienia, Wolters Kluwer 2011, s. 85.

ust. 4 ustawy pr. bankowe wskazujący, że działalność gospodarcza, której przedmiotem są czynności bankowe, o których mowa w ust. 1 tej ustawy, może być wykonywana wyłącznie przez banki.⁵⁸ Wydaje się, że także unormowanie dotyczące „monopolu” bankowego i reglamentowanej działalności, potwierdzają że status instytucji zaufania publicznego jest głęboko zakorzeniony w systemie prawnym, choć termin ten nie został uregulowany w żadnym przepisie prawa polskiego.

W tym stanie rzeczy, warto odwołać się do art. 133 ust. 1 ustawy pr. bankowe, który wskazuje, że celem nadzoru jest zapewnienie bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach bankowych, zgodności działalności banków z przepisami ustawy pr. bankowe, rozporządzenia nr 575/2013, ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, statutem oraz decyzją o wydaniu zezwolenia na utworzenie banku oraz zgodności działalności prowadzonej przez banki zgodnie z art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

Przytoczone przepisy prawa bankowego, a także ustanowiony nadzór nad działalnością bankową wskazuje na wysoką dbałość ustawodawcy o bezpieczeństwo banku i jego funkcjonowanie na rynku finansowym. Zauważyć także należy, że powyższe skorelowane jest z przepisem ustanawiającym zastrzeżenie wyrazów „bank” i „kasa” zasadniczo dla podmiotów wykonujących działalność bankową (art. 3 ustawy pr. bankowe). Jak wskazuje KNF zastrzeżenie to jest konsekwencją faktu, iż **działalność banków podlega szczególnej reglamentacji prawnej, której zasadniczym celem jest maksymalizacja bezpieczeństwa i stabilności tej działalności, a w efekcie zapewnienie postrzegania banków jako instytucji bezpiecznych, stabilnych i godnych zaufania.**⁵⁹

Zapewnienie tej stabilności związane jest nie tylko z fazą powstania banku. Nadzorowi i monitoringowi zgodności (compliance) podlega cała jego działalność. Powyższe potwierdza również wydana przez KNF Rekomendacja H dotycząca systemu kontroli wewnętrznej w bankach, która podkreśla istotę zapewnienia szczelnego („adekwatnego i skutecznego”) systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej w bankach⁶⁰. Prawo bankowe zobowiązuje również banki do funkcjonowania określonego systemu zarządzania (art. 9), a także wyodrębnia w nim system zarządzania ryzykiem (art. 9f) oraz politykę wynagrodzeń (art. 9cb). Te dwie ostatnie kwestie zostały sprecyzowane w obowiązującym od 1 maja 2017 r. rozporządzeniu w sprawie systemu zarządzania

⁵⁸ Zaznaczyć jednak należy, że w treści art. 5 ust. 5 prawa bankowego sformułowano zastrzeżenie, zgodnie z treścią którego *Jednostki organizacyjne inne niż banki mogą wykonywać czynności, o których mowa w ust. 1, jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają je do tego.*

⁵⁹ Radziszewski E., Bank jako instytucja zaufania publicznego. Gwarancje prawne i instytucjonalne. Poradnik klienta usług finansowych, CEDUR, Warszawa 2013, s. 20.

https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Bank%20jako%20instytucja%20zaufania%20publicznego_36396.pdf

⁶⁰ https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacja_H_2011_26995.pdf

ryzykiem. Zatem, choć ustawa prawo bankowe zasadniczo jedynie formułuje pewien zbiór zasad i mechanizmów odnoszących się do procesów decyzyjnych, zachodzących w banku aktualnie poprzez rozporządzenie wskazano także dość szczegółowo zadania jakie winny być realizowane przez banki celem uzyskania przez ten podmiot zgodności jego działalności z szeroko pojętym otoczeniem regulacyjnym oraz standardami etycznymi.

Wobec powyższego, ocena działań Pozwanego winna być przeprowadzona w oparciu o pełną dokumentację dotyczącą: systemu wynagradzania pracowników banku, współpracy z PDM (wszelkie umowy nazwane i nienazwane, konsorcjalne), raportów i sprawozdań z prowadzonej działalności operacyjnej (i zgłoszeń naruszeń, tzw. whistleblowing). Skoro bowiem bank jest instytucją zobowiązaną do wielopłaszczyznowego systemu kontroli wewnętrznej i oceny ryzyka, to stanowisko banku wskazujące na podejmowanie działań jedynie o charakterze informacyjnym w zakresie dystrybucji obligacji, może być zweryfikowane w kontekście funkcjonujących mechanizmów kontroli, polityki wynagradzania pracowników, a także reakcji (lub jej braku) na zgłoszone bądź widoczne nieprawidłowości. **Tym samym, argumentacją nieprzystającą do okoliczności niniejszej sprawy byłoby ograniczanie zakresu oceny działań Pozwanego jedynie do kwestii jego działalności operacyjnej i przerzucenie pełnej odpowiedzialności w procesie nabycia przez Powoda obligacji na podmiot trzeci jakim jest PDM (formalnie będącym oferentem obligacji).** W ocenie Rzecznika, w celu prawidłowej oceny stanu faktycznego niezbędnym może się okazać zbadanie wszelkich aspektów dotyczących uczestnictwa w procesie oferowania obligacji, w tym obowiązujących procedur, stosowanego modelu systemu zarządzania obowiązujących u Pozwanego oraz stosowanego systemu wynagradzania zarówno w relacji pomiędzy Pozwanym a PDM jak i bezpośrednio u Pozwanego w relacjach z jego pracownikami (oceny ich pracy i przyznawania prowizji).

W końcu, w kontekście szczególnego statusu banku, nie sposób pominąć rekomendacji KNF ustanawiających zasady obowiązujące instytucje nadzorowane. Odwołując się do retoryki Pozwanego wskazującego, że nie rekomendował/oferował obligacji GetBack, a jedynie informował o możliwości ich nabycia, koniecznym wydaje się wskazanie obowiązujących Pozwanego podstawowych zasad ładu korporacyjnego określonych w dokumencie przyjętym uchwałą KNF z dnia 22 lipca 2014 r. *Zasady ładu korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych*⁶¹. Już w części stanowiącej uzasadnienie wprowadzonego zbioru zasad KNF wskazuje, na rzetelne informowanie klientów o oferowanej usłudze czy produkcie w sposób zrozumiały dla przeciętnego odbiorcy z

⁶¹ https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf_140904_Zasady_ladu_korporacyjnego_22072014_38575.pdf

uwzględnieniem ryzyka związanego z nimi jest podstawowym obowiązkiem instytucji, który powinien być realizowany na etapie komunikacji marketingowej i doboru odpowiedniej dla klienta usługi czy produktu finansowego oraz nawiązywania stosunku prawnego. Powyższe, znajduje literalne odzwierciedlenie w § 38 zasad, zgodnie z którym *wszelkie niezbędne informacje dotyczące charakteru i konstrukcji produktu lub usługi finansowej, mające znaczenie dla podjęcia przez klienta decyzji, powinny być udostępniane klientom w taki sposób, aby w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy mieli oni możliwość swobodnego zapoznania się z ich treścią*. Oznacza to, że nadzorca łączy konieczność ochrony rynku finansowego i budowy zaufania publicznego do instytucji nadzorowanych już z etapem samego „informowania” o produkcie lub usłudze, nie zaś tylko z etapem oferowania czy sprzedaży. Poziom zapewnienia bezpieczeństwa obrotu produktów i usług finansowych został zatem ustalony wyraźnie wysoko.

Reasumując, obowiązujące przepisy prawa, określające warunki podjęcia i prowadzenia działalności bankowej, jak również rekomendacje organu nadzoru, zobowiązują banki będące instytucjami zaufania publicznego do przestrzegania określonych, wysokich standardów zarówno w relacjach zewnętrznych, z klientami, jak również standardów wewnętrznych, mających na celu wykonywanie określonych czynności bankowych i pozabankowych w ramach prowadzonej działalności, zgodnie z prawem, otoczeniem regulacyjnym i dobrymi obyczajami. Powyższe z kolei prowadzi do powstania ogólnie pojmowanego zaufania do banku, jako instytucji zaufania publicznego. **Zaufanie jako dobro publiczne staje się z kolei czynnikiem różnicującym banki i jest potencjalnym źródłem ich przewagi konkurencyjnej. W konsekwencji klient, któremu bank przedstawia jakikolwiek produkt (niezależnie czy będzie to jedynie informacja czy już rekomendacja/oferowanie) będzie on przez potencjalnego klienta postrzegany jako produkt banku lub ewentualnie jako produkt, który bank jest uprawniony mu przestawić.**

Tymczasem analiza przedmiotowej sprawy uzasadnia stwierdzenie, że Bank nadużył zaufania swojego klienta – Powoda. Zarekomendował/zaoferował mu wszakże nabycie ryzykownych obligacji pomimo, że z wypełnionej ankiety wynikało, że produkt ten nie był dostosowany do potrzeb Powoda.

Powyższe oznacza, że **Pozwany Bank w relacji z Powodem nadużył nie tylko swej pozycji na poziomie przedmiotowego zaufania publicznego, ale także zaufania kontraktowego rozumianego jako relacja pomiędzy bankiem, a indywidualnym klientem.**

Istotnym jest to, że Powód przez kilka lat korzystał z usług bankowych Pozwanego. Były to przede wszystkim bezpieczne lokaty. Przez okres współpracy Pozwany poznał profil inwestycyjny Powoda,

pomimo to właśnie Bank zarekomendował mu zainwestowanie w przedmiotowe obligacje, co skutkowało ich ostatecznym nabyciem. Nie sposób zatem nie zauważyć złożonej relacji pomiędzy stronami, która winna być oceniana z perspektywy statusu instytucji zaufania publicznego, jak również funkcjonującej, nierównorzędnej relacji konsument – bank.

Powód jako strona tej relacji był w uzasadnionym przekonaniu, że Pozwany bank świadczy tylko dozwolone prawem usługi (czynności bankowe sensu stricto i sensu largo), wywiąże się z podjętych zobowiązań⁶², nie wykorzysta swojej przewagi w relacjach z klientem z uwagi na obwarowania prawne i transparentność działania, a także nadzór państwa.

Ocena sporu w niniejszej sprawie winna zatem uwzględniać okoliczność, że Powód jako klient banku – instytucji zaufania publicznego i instytucji, z którą pozostawał już w stosunku prawnym, mógł pozostawać w uzasadnionym przekonaniu, że przedstawiany mu produkt jest produktem bezpośrednio oferowanym przez Pozwanego Bank oraz produktem mieszczącym się w zakresie czynności bankowych (a nie oferowania i doradztwa w zakresie instrumentów finansowych), a w konsekwencji podlegającym państwowemu nadzorowi i z zapewnioną przez prawo gwarancją depozytów, której realizację zabezpiecza BFG. Analiza całokształtu stanu faktycznego, argumentacji banku w kontekście obowiązujących obostrzeń prawa powszechnie obowiązującego oraz rekomendacji wydawanych przez nadzorcę, prowadzi do poznania źródła zaistniałego problemu związanego z uczestnictwem Pozwanego w procesie oferowania produktu jakim były obligacje GetBack S.A. Mianowicie czynnikiem różnicującym bank od domu maklerskiego jest zarówno specyficzne zaufanie publiczne, jak i droga dostępu do konsumentów. To bank jest podstawową instytucją pośredniczącą w obiegu pieniądza, z której usług najpowszechniej korzystają uczestnicy wszelkich transakcji gospodarczych. Domy maklerskie skupiają zaś tych klientów podmiotów rynku finansowego, których uczestnictwo w rynku finansowym uwzględnia chęć inwestowania i dokonywania transakcji obciążonych określonym ryzykiem.

Przenosząc powyższą analizę na poziom ogólnie stosowanego mechanizmu dystrybucji produktu przez Pozwanego istotnym wydaje się odpowiedź na pytanie: Czy gdyby bank nie uczestniczył w tym procesie, to zarówno Powód, jak i inna, znaczna część klientów banku stałaby się obligatariuszami obligacji niezabezpieczonych GetBack S.A.? Odpowiedź na to pytanie, choć pozostaje w materii pewnych przypuszczeń, winna odwoływać się do zaangażowania klientów podmiotów rynku finansowego w usługi świadczone przez te podmioty w Polsce. Jednocześnie wskazuje się, że to banki

⁶² A w sytuacjach wskazanych w ustawie z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym BFG przystąpi do realizacji zadań systemu gwarantowania depozytów.

są kluczowym dostawcą finansowania dla osób prywatnych, a odsetek osób zaangażowanych w inwestycje indywidualne i instrumenty finansowe obciążone ryzykiem jest bardzo niski. Odbiorcy usług finansowych w Polsce w przytłaczającej większości nie kierują się głównie chęcią zysku, lecz dużo większą wagę przykładają do bezpieczeństwa swoich pieniędzy oraz przewidywalności reputacji podmiotu rynku finansowego. Świadczy o tym, porównanie wyników badań CBOS z grudnia 2018 r. z notowaniami dotyczącymi instrumentów finansowych obciążonych ryzykiem. Według CBOS ogromna większość Polaków (84%) korzysta z usług bankowych.⁶³ Jedynie nieznaczny odsetek lokuje swoje środki pieniężne w instrumenty finansowe obciążone ryzykiem inwestycyjnym.⁶⁴

Niemniej jednak, odpowiedź na to pytanie w kontekście rozpatrywanego szczególnego statusu Pozwanego Banku ma znaczenie pomocnicze, służące zrozumieniu przyczyn związanego z uczestnictwem tego podmiotu w oferowaniu obligacji GetBack S.A. Analiza merytoryczna sprawy wskazuje bowiem, że dla oceny zachowania Pozwanego istotną kwestią jest nadużycie pozycji instytucji zaufania publicznego. Zachowania wypełniające znamiona tego nadużycia stanowiły element wprowadzenia w błąd Powoda (kwalifikowanej formy missellingu**) w relacji z Powodem jako konsumentem oraz w relacji z Powodem jako klientem Banku. **Skutkiem tych zachowań było wywołanie po stronie Powoda uzasadnionego przekonania, że przedstawiany mu produkt jest produktem bezpośrednio oferowanym przez Pozwany Bank oraz produktem mieszczącym się w zakresie czynności bankowych Banku (a nie w zakresie czynności oferowania i doradztwa danych instrumentów finansowych), a w konsekwencji nieobciążony ryzykiem jakie przypisuje się obligacjom tzw. korporacyjnym.****

Nieuczciwa praktyka rynkowa

Przez praktykę rynkową zgodnie z **art. 2 pkt 4 upnpr** rozumie się - działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Pojęcie produktu wskazane w art. 2 pkt 3 upnpr ma szeroki zakres i obejmuje także usługę. Zatem, sposób w jaki Pozwany wykonywał wobec Powoda czynności w zakresie doradztwa inwestycyjnego,

⁶³ https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2018/K_173_18.PDF

⁶⁴ <https://www.sii.org.pl/12077/aktualnosci/felietony/polski-rynek-obligacji-korporacyjnych-potrzuje-duzych-i-znanych-brandow.html>

spełnia powyższe kryteria i może zostać uznane za praktykę rynkową w rozumieniu niniejszej ustawy.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 upnpr, stosowana przez przedsiębiorcę wobec konsumentów praktyka rynkowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Upnpr posługuje się pojęciem przeciętnego konsumenta. To w odniesieniu do przeciętnego konsumenta powinna być dokonywana ocena każdej praktyki rynkowej.

Przepis art. 2 pkt 8 upnpr za przeciętnego uznaje konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny. Wymaga zarazem dokonania oceny tych cech z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Wskazanie na cechy takie jak dostateczne poinformowanie, uwaga oraz ostrożność określa pewien zespół cech mentalnych konsumenta (jego „przeciętność”), polegający na tym, że z jednej strony możemy wymagać od niego pewnego stopnia wiedzy i orientacji w rzeczywistości, lecz z drugiej strony nie możemy uznać, że jego wiedza jest kompletna i profesjonalna.

W przypadku opisanym powyżej w ocenie Rzecznika Finansowego należy przyjąć, że wiedzę na temat obligacji Powód otrzymał bezpośrednio od Pozwanego w jego oddziale i na podstawie tych informacji zrozumiał, że inwestycja ta jest bezpieczna.

Następnie aby można było stwierdzić, że mamy do czynienia z nieuczciwą praktyką rynkową, kumulatywne muszą zostać spełnione dwie powyżej wskazane przesłanki: tj.

1. sprzeczność z dobrymi obyczajami;
2. istotne zniekształcenie lub możliwości zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta (przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu).

Pojęcie dobrych obyczajów jest klauzulą generalną, która nie zawiera definicji normatywnej. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, klauzule generalne to przepisy prawne, w których nie są dokładnie sprecyzowane wszystkie elementy składające się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, a ocena

konkretnego stanu faktycznego zostaje przerzucona na organ stosujący prawo⁶⁵. Istotą i funkcją klauzul generalnych w prawie cywilnym jest możliwość uwzględnienia w ocenie różnego rodzaju okoliczności faktycznych, które nie mogą – w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego – być według jakiegoś schematu mającego walor bezwzględny oceniane raz na zawsze i w sposób jednakowy.⁶⁶

Pojęcie dobrych obyczajów nie jest w prawie zdefiniowane, ale podobnie jak zasady współżycia społecznego, jest przedmiotem wielu orzeczeń sądowych oraz opracowań doktryny.⁶⁷ Wskazuje się w nich, że dobre obyczaje to uczciwe zasady postępowania i ustalone zwyczaje w ujęciu etyczno-moralnym, a na ich treść składają się elementy etyczne i socjologiczne kształtowane przez oceny moralne i społeczne stanowiące uzupełnienie porządku prawnego. **Przy takim założeniu sprzeczne z dobrymi obyczajami są m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, brak doświadczenia konsumenta, naruszenie równorzędności stron umowy, działania zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania konsumenta.** Chodzi więc o działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające „in minus” od standardów postępowania.⁶⁸

Przez pojęcie dobrych obyczajów należy więc rozumieć normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. Zarówno dobre obyczaje, jak i zasady współżycia społecznego nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania. Jednak z uwagi na fakt, iż są normami postępowania obowiązującymi w obrocie gospodarczym, powinny być przestrzegane tak jak przepisy prawa. Potrzeba przestrzegania dobrych obyczajów w stosunkach z konsumentami jest szczególnie widoczna w prawie umów, gdzie powinna wyrażać się we właściwym informowaniu o wynikających z umowy uprawnieniach, niewykorzystywaniu uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu umowy i jej realizacji, rzetelnym traktowaniu równorzędnego partnera umowy. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać te działania przedsiębiorcy, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u konsumenta, a także wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności. Dobre obyczaje należy odnosić do zapewnienia

⁶⁵ A. Wolter, „Prawo cywilne. Zarys części ogólnej”, wyd. VIII, Warszawa 1986, str. 83.

⁶⁶ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 1979 r., sygn. akt III CRN 59/79, niepubl.

⁶⁷ Np. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 listopada 1991 r., sygn. akt I ACr 411/91, „Wokanda” 1992/4; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2003 r., sygn. akt II CKN 1097/00, Lex nr 78878; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2003 r., sygn. akt I CKN 473/01, Lex nr 80257; J. Szwaja [w:] „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Komentarz”, Warszawa 2000, str. 122-133; R. Stefanicki, „Dobre obyczaje w prawie polskim”, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2002/5

⁶⁸ Orzecznictwo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dot. stwierdzenia nieuczciwych praktyk rynkowych m.in. Decyzja nr DDK 21/2015.

konsumentowi rzetelnej, jednoznacznej i niewprowadzającej w błąd informacji (M. Sieradzka, Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Lex 2014 nr 288223).

W orzecznictwie podkreśla się, że: *Za sprzeczne z dobrymi obyczajami można uznać m.in. działania zmierzające do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania konsumenta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, a więc działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające od przyjętych standardów postępowania. W stosunkach z konsumentami dobry obyczaj powinien wyrażać się właściwym informowaniem o wynikających z umowy uprawnieniach, niewykorzystywaniem uprzywilejowanej pozycji profesjonalisty przy zawieraniu i realizacji umowy, rzetelnym traktowaniem równorzędnego partnera, jakim jest konsument.*⁶⁹

Co więcej, przyjmuje się, że postępowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oznacza takie postępowanie, które jest pozbawione szacunku dla kontrahenta, jest niełojalne, prowadzi do naruszenia stanu równowagi kontraktowej pomiędzy stronami. W kontekście niedozwolonych klauzul umownych najczęściej sprzeczność z dobrymi obyczajami będzie występować w sytuacji, gdy dane postanowienie umowne narusza stan równowagi kontraktowej pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem.

Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać takie działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezinformacji, wykorzystania naiwności lub niewiedzy klienta (zob. W. Popiołek (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, Wyd. C.H. Beck, s. 804).

Podkreślić należy, że zgodnie z upnr, nie każde działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami samo w sobie daje podstawę do przyjęcia, iż doszło do popełnienia nieuczciwej praktyki rynkowej. Nieuczciwą praktyką rynkową będzie, tylko takie naruszenie przepisów prawa (dobrych obyczajów), które jednocześnie zniekształca lub może zniekształcić w sposób istotny zachowanie przeciętnego konsumenta. Zgodnie z art. 2 lit e) Dyrektywy 2005/29/WE, *istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął*. Zgodnie z zasadą wykładni upnr, w świetle Dyrektywy należy przyjąć, iż pojęcie istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta z art. 4 upnr ma tożsame znaczenie z pojęciem istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego konsumentów na gruncie

⁶⁹ Wyrok Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 września 2013 r., sygn.: XVII AmA 18/11

Dyrektywy 2005/29/WE⁷⁰. W piśmiennictwie przyjmuje się że zniekształcenie zachowania rynkowego polega na ograniczeniu lub wyeliminowaniu zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej zawarcia umowy. Formy tego zniekształcenia mogą być różne: od przymusu, po działania lub zaniechania wprowadzające w błąd.⁷¹

Artykuł 4 ust. 2 upnr wskazuje przykładowe rodzaje nieuczciwych praktyk rynkowych tj.:

1. wprowadzające w błąd praktyki rynkowe;
2. agresywne praktyki rynkowe oraz
3. stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 zd. 2 upnr *Praktyki te nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1.*

W kontekście powyższego *Praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął* (art. 5 ust. 1 upnr).

Wprowadzenie w błąd polega na pewnym zniekształceniu procesu decyzyjnego konsumenta poprzez wytworzenie w jego umyśle mylnego przekonania co do transakcji, w którą chce się zaangażować. Konsekwencją powyższego jest podjęcie przez konsumenta decyzji o zaangażowaniu lub wycofaniu się z danej transakcji, przy czym istotne jest to, że takiej decyzji by nie podjął, gdyby nie nieuczciwe działania przedsiębiorcy. Zatem zniekształcenie procesu decyzyjnego konsumenta, w przypadku praktyk wprowadzających w błąd przez działanie, polega głównie na podawaniu **falszywych lub mylących informacji** dotyczących produktu lub sposobu jego prezentacji albo wprowadzenia na rynek.⁷²

Katalog przykładowych działań przedsiębiorcy mogących wprowadzać w błąd został ujęty w art. 5 ust. 2 upnr, w którym zostało wskazane, że *Wprowadzającym w błąd działaniem może być w szczególności:*

1. rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji;
2. rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd;
3. działania związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych

⁷⁰ Michalak A., Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz do art. 4, CH Beck, Warszawa 2008 r.

⁷¹ Tamże

⁷² Tamże

oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.);

4. nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk.

Przez kodeks dobrych praktyk rozumie się zgodnie z art. 2 pkt 5 upnpr zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych, przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych. Kodeks dobrych praktyk jest instrumentem o charakterze samoregulacyjnym, często określane jako tzw. miękkie prawo (soft law).⁷³ Przyjmuje się, że kodeksy są normami postępowania o charakterze pozaprawnym, którym jednak przyznano znaczenie prawne. Istota samodyscypliny polega z jednej strony na dobrowolnym przyjęciu określonych zasad postępowania (samoregulacja), z drugiej zaś - na zbudowaniu odpowiedniego systemu zapewniającego ich przestrzeganie (samokontrola)⁷⁴. Pozwany jako bank zrzeszony w samorządowej organizacji banków tj. Związku Banków Polskich, jest zobowiązany do przestrzegania Kodeksu etyki bankowej (zasady dobrych praktyki bankowej) z kwietnia 2013 r.⁷⁵ (dalej: Kodeks etyki bankowej), w tym jej części A, Rozdział I pkt 1 dotyczącej relacji z klientami.

Ponadto wprowadzające w błąd działanie może w szczególności dotyczyć istnienia produktu, jego rodzaju lub dostępności (art. 5 ust. 3 pkt 1 upnpr). Praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął (art. 6 ust. 1 upnpr).

Konsekwencją stwierdzenia, że dana praktyka przedsiębiorcy stanowi nieuczciwą praktykę rynkową konsument, którego interes został zagrożony lub naruszony, zgodnie z art. 12 ust. 1 upnpr może żądać:

1. zaniechania tej praktyki;

⁷³ Oleksiewicz Izabela, Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz do art. 2, LexisNexis 2013 r.

⁷⁴ C. Banasiński (red.), Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno – ekonomiczne), Warszawa 2005 r.

⁷⁵ https://zbp.pl/publi/repozytorium/dla_konsumentow/rekomendacje/KEB_final_WZ.pdf

2. *usunięcia skutków tej praktyki;*
3. *złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie;*
4. *naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności żądania unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu;*
5. *zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej, ochroną dziedzictwa narodowego lub ochroną konsumentów.*

Przy czym, co warto podkreślić, zgodnie z art. 13 upnpr: „Ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej”.

Misselling

Omawiając problematykę nieuczciwych praktyk rynkowych niezwykle istotnym jest również odwołanie się do treści **art. 24 ust. 2** ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik). Rzecznik Finansowy ma świadomość, że wskazany powyżej przepis ma związek z ochroną zbiorowych, a nie indywidualnych interesów konsumentów, niemniej jednak przyjąć należy, że każde działanie przedsiębiorcy, które stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu, będzie uznane za nieuczciwą praktykę rynkową. Zatem jeżeli dane praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumenta, odpowiadają jednocześnie typom nieuczciwych praktyk rynkowych, mogą być również uznane za zakazane na podstawie upnpr.

Mając powyższe na uwadze Rzecznik Finansowy wskazuje, co następuje.

Polski ustawodawca ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1634) dokonał zmiany treści art. 24 ust. 2 wprowadzając nowe określenie zachowania przedsiębiorcy stanowiącego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów polegające **na proponowaniu 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 - misselling (art. 24 ust. 2 pkt 4 uokik).

Jak czytamy w uzasadnieniu do projektu ustawy *Planowana regulacja, wprowadzająca zakaz proponowania konsumentom nabycia usług finansowych nieodpowiadających potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowania nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru, ma na celu niejako wymuszenie na przedsiębiorcach etycznego postępowania w zakresie proponowania konsumentom produktów finansowych. Powinni oni dokonywać oceny swoich produktów pod kątem ich przydatności dla określonych grup konsumentów i kierować je do grup, dla których dany produkt jest rzeczywiście przeznaczony, w sposób niewprowadzający w błąd, zgodny z dobrymi obyczajami. Tylko w ten sposób może być zapewnione na rynku usług finansowych bezpieczeństwo konsumentów z natury słabszych – przede wszystkim osób starszych, gorzej sytuowanych, mniej pewnie poruszających się w tej tematyce i bardziej przez to narażonych na nieuczciwe działania przedsiębiorców.*⁷⁶

Zmiana ta również została odebrana przez doktrynę, w każdym razie przyjęto, że *dobrym obyczajem przedsiębiorcy będzie poinformowanie konsumenta możliwie najszerzej o skutkach zawieranej umowy, ale także przeprowadzenie uczciwego testu przydatności usługi finansowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k., dla danego konsumenta. Od tych czynników zależeć będzie bowiem ocena, czy konsument może zostać usługobiorcą, czy dostatecznie rozumie swoją sytuację i czy dana usługa jest dla niego przeznaczona. Można to określić jako zdolność konsumenta do "konsumpcji" usługi finansowej, względnie jako jej "absorbowalność". "Nieodpowiadanie potrzebom konsumentów", o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k., sytuacja, w której usługa finansowa jest skierowana do niewłaściwego konsumenta lub grupy konsumentów. W rezultacie, usługa taka powinna zostać uznana za zbędną konsumentowi, czyli nie powinna być w ogóle proponowana lub świadczona. Nie oznacza to implicite wadliwości czy bezprawności samej usługi. Usługa taka może być prawnie dozwolona, jednak gdy nie odpowiada potrzebom konsumenta, zajdzie przypadek zakazanego missellingu*⁷⁷.

W doktrynie podkreśla się również, że: *Normy chroniące konsumentów mają na celu zapewnienie równowagi między profesjonalnym uczestnikiem obrotu a konsumentem (S. Koroluk, Zmiana, s. 439;*

⁷⁶ <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3662>

⁷⁷ Sroczyński, Jarosław. *Misselling: nowy rodzaj zakazanej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów*. Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, 2016, nr 4, s. 26-31.

E. Łętowska, *Ochrona konsumenta*, s. 5; R. Stefanicki, *Zapewnienia reklamowe*, s. 173). Podstawowym instrumentem służącym realizacji tego zadania jest zapewnienie konsumentom odpowiedniego poziomu wiedzy poprzez nałożenie na przedsiębiorców szeregu obowiązków informacyjnych (wyr. TK z 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31; E. Łętowska, *Ochrona konsumenta*, s. 5; S. Koroluk, *Zmiana*, s. 439), gdyż współczesny rynek zaciemnia przejrzystość tak co do przedmiotu oferty (jakość, bezpieczeństwo oferowanych dóbr), jak i co do sposobu korzystania z niej (M. Szydło, *Publicznoprawna*, s. 793; E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, s. 26). Dlatego w gospodarce rynkowej "konsument ma prawo do kompletnej i jednoznacznej informacji w sprawach mających istotne znaczenie dla zabezpieczenia jego interesu prawnego w warunkach globalizacji (masowości) obrotu prawnego i wielości ofert na rynku" (wyr. SN z 20.6.2006 r., III SK 7/06, OSNP 2007, Nr 13–14, poz. 207). Tylko "zasób zrozumiałej, jasnej i dostępnej informacji dla konsumenta spełnia niezbędne wymagania warunkujące możliwość dokonywania przez niego niezakłóconego i racjonalnego wyboru" (wyr. SN z 11.7.2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2003, Nr 5, poz. 73), co z kolei sprzyja prawidłowemu funkcjonowaniu rynku.⁷⁸

W doktrynie przyjmuje się, że charakterystycznymi cechami **missellingu** są:

- **nieadekwatność produktu do charakteru, profilu lub potrzeb klienta,**
- **brak wyjaśnień o sposobach i czasie likwidacji instrumentu,**
- **brak informacji o konstrukcji instrumentu i strukturze portfela inwestycyjnego,**
- **brak informacji o stopniu ryzyka instrumentu,**
- **brak informacji o sposobie obliczania dochodu klienta**⁷⁹.

Produkty, których z reguły dotyczy misselling, często charakteryzują się skomplikowaną konstrukcją, oraz niską przydatnością dla konsumenta, gdyż nie spełniają pokładanych w nich oczekiwań. **W przypadku praktyk missellingu konsument jest świadomie wprowadzany w błąd przez przedsiębiorcę poprzez przekazywanie niepełnych bądź wręcz nieprawdziwych informacji na temat zakupu i funkcjonowania nabywanych instrumentów.** Brak przejrzystości i transparentności przy sporządzaniu niektórych umów finansowych uniemożliwia przeciętnemu nabywcy ocenę faktycznego ryzyka i ewentualnych korzyści wynikających z zakupu. Wyklucza też

⁷⁸ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. wyd. 2, Warszawa 2014, komentarz do art. 24

⁷⁹ Cichorska J., *Misselling, czyli sprzedaż niepotrzebnych instrumentów finansowych i jej skutki. Stan prawny w Polsce i Wielkiej Brytanii, Rozprawy Ubezpieczeniowe. Konsument na rynku usług finansowych nr 24 (2/2017): 18-34*

możliwość oceny przydatności tych produktów. Nadużycia związane ze sprzedażą mogą dotyczyć niekorzystnej dla klienta ceny, niskiej jakości produktu lub mniejszego bezpieczeństwa. Pośrednicy finansowi mogą też zachęcać do zakupu produktów wybranego partnera biznesowego, pomimo występowania na rynku innych, korzystniejszych dla klienta ofert.⁸⁰

W tym kontekście zasadnym wydaje się dokonanie analizy konkretnych działań/zachowań Pozwanego w sprawie pod kątem spełnienia przesłanek nieuczciwej praktyki rynkowej.

Nieuczciwa praktyka rynkowa w kontekście podejmowanych czynności Pozwanego Banku

Dokonując analizy działań Pozwanego w niniejszej sprawie, uznać należy, że spełniają one definicje nieuczciwych praktyk rynkowych.

W ocenie Rzecznika Finansowego nieuczciwa praktyka zastosowana przez Pozwanego w stosunku do Powoda została dokonana dwukrotnie. **Po pierwsze** Pozwany wykorzystał zaufanie obywateli do sektora bankowego.⁸¹ Jak to zostało szerzej wyjaśnione we wcześniejszej części poglądu Bank jest instytucją zaufania publicznego. W związku z powyższym działalność Pozwanego jest:

- szczegółowo regulowana,
- podlega ścisłemu nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego,
- objęta gwarancjami ochrony depozytów w Bankowym Funduszu Gwarancyjnym,
- zobowiązany co przestrzegania zasad etyki wynikające z kodeksu etyki.

Biorąc zatem pod uwagę reputację (renomę) jaką w Polsce są darzone banki, Powód otrzymując rekomendacje Pozwanego w zakresie nabycia obligacji nie mógł wiedzieć, że nie jest on uprawniony do wykonywania usług doradztwa inwestycyjnego, gdyż działalność ta nie stanowiła działalności statutowej Banku. W analizowanym stanie faktycznym działanie Pozwanego należy oceniać jako działanie wprowadzające w błąd. Pozwany przedstawiając Powodowi rekomendację w zakresie nabycia obligacji GetBack S.A. pominął istotne informacje, niezbędne do podjęcia decyzji dotyczącej inwestycji tj. iż przedmiot działalności Banku zgodnie ze statutem obowiązującym na dzień nabycia obligacji przez Powoda nie obejmuje czynności doradztwa inwestycyjnego. Natomiast w zakresie oferowania instrumentu finansowego co prawda przedmiotem działalności Banku było wykonywanie niestanowiących działalności maklerskiej czynności polegające m.in. na oferowaniu instrumentów

⁸⁰ Tamże

⁸¹ Zgodnie z danymi opublikowanymi przez Związek Banków Polskich wskaźnik zaufania do banków utrzymał się na poziomie 63% - <https://zbp.pl/wydarzenia/archiwum/wydarzenia/2018/kwiecien/stabilne-zaufanie-do-bankow>

finansowych, niemniej jednak czynności te były przez Bank wykonywane niegodnie z obowiązującymi przepisami prawa, o czym Powód miał prawo nie wiedzieć. Tym samym Bank spowodował podjęcie przez Powoda jako konsumenta decyzji dotyczącej nabycia obligacji GetBack S.A., której inaczej by nie podjął.

Po drugie nieuczciwa praktyka zastosowana przez Pozwanego w stosunku do Powoda przejawia się w zaniechaniu dokonania przez Pozwanego oceny umiejętności i doświadczenia inwestorskiego Powoda lub też wykonaniu jej w sposób nierzetelny lub nieprawidłowy przy jednoczesnym zasłanianiu się wyłącznie informacyjną rolą Pozwanego. Istotą MiFID II jest m.in. ochrona inwestorów przed podjęciem przez nich nieprawidłowej decyzji inwestorskiej, a także uzyskanie informacji przez oferentów odnośnie wiedzy danego potencjalnego inwestora i dopasowanie produktu do jego wiedzy oraz potrzeb. To Pozwany Bank, po uzyskaniu od Powoda informacji o stanie majątkowym oraz zobowiązaniach, powinien dokonać rzetelnej oceny możliwości i umiejętności podejmowania decyzji dotyczących inwestowania w produkty, jakimi są obligacje korporacyjne. W stanie faktycznym sprawy taka sytuacja miała miejsce, jednakże Bank nie uwzględnił dokonanej analizy przy zaoferowaniu Powodowi obligacji GetBack. Brak uwzględnienia dokonanej analizy sytuacji i potrzeb Powoda doprowadził do sytuacji, w której Pozwany zarekomendował/zaoferował Powodowi produkt, który nie był dostosowany do jego potrzeb. Zdaniem Rzecznika Finansowego, jest wysoce prawdopodobne, że prawidłowo wykonana ocena doprowadziłaby do wniosku, iż Powód z dużą dozą prawdopodobieństwa nie posiadał takiej wiedzy. Zatem zakup obligacji nie powinien dojść do skutku, szczególnie biorąc pod uwagę jego ryzykowny charakter w świetle przepisów prawa, jak i zależności ekonomicznych (brak zabezpieczenia itd.) oraz faktu, iż Powód do tej pory inwestował jedynie w bezpieczne lokaty.

Zaproponowanie konsumentowi wysoce ryzykownego produktu finansowego naraża go na straty, co w sytuacji niewypłacalności emitenta, zdecydowanie negatywnie wpływa na sytuację ekonomiczną Powoda.

Rzecznik Finansowy wskazuje, iż obligacja tzw. korporacyjna to produkt o wysokim ryzyku inwestycyjnym. Co prawda zgodnie z § 20 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia obligacje zostały uznane za niekomplikowane instrumenty finansowe, niemniej jednak wbrew twierdzeniom Pozwanego w ocenie Rzecznika Finansowego, ekspozycja i sposób oferowania tego typu produktów powinny być poprzedzone dokładną analizą potrzeb i oczekiwań klienta oraz powinny być związane z przekazaniem przed podpisaniem umowy dokładnej informacji o cechach produktu i związanych z nimi ryzykach, w formie dostosowanej do możliwości poznawczych klienta. Zgodnie z § 20 ust. 1

Str. 60

rozporządzenia nie stosuje się § 15 rozporządzenia (który wymaga dokonania oceny adekwatności danego produktu inwestycyjnego do potrzeb konsumenta) w tylko w sytuacji gdy zostaje zawarta umowa o wykonywanie zleceń lub umowa o przyjmowanie i przekazanie zleceń. Jednocześnie muszą zostać spełnione **łącznie** następujące warunki:

- 1) przedmiotem zleceń będą wyłącznie nieskomplikowane instrumenty finansowe;
- 2) umowa jest zawierana z inicjatywy klienta lub potencjalnego klienta;
- 3) klient lub potencjalny klient został ostrzeżony przez firmę inwestycyjną, że zawarcie umowy nie jest związane z obowiązkiem, o którym mowa w § 15, i że nie będzie korzystał z ochrony, jaką zapewnia klientowi wypełnienie przez firmę inwestycyjną obowiązku, o którym mowa w § 15;
- 4) firma inwestycyjna wypełnia wymogi związane z przeciwdziałaniem powstawaniu konfliktów interesów.

W ocenie Rzecznika Finansowego w analizowanej sprawie nie zostały spełnione co najmniej dwa warunki wynikające z § 20 ust. 1 rozporządzenia. Faktem jest wszakże, że to z inicjatywy Banku a nie Powoda doszło do zaoferowania nabycia obligacji GetBack. Powyższe przesądza dodatkowo § 20 ust. 3 rozporządzenia który stanowi, że *Umowa nie jest zawierana z inicjatywy klienta lub potencjalnego klienta, jeżeli do jej zawarcia dochodzi w wyniku skierowania do klienta lub potencjalnego klienta zindywidualizowanych informacji o firmie inwestycyjnej, instrumentach finansowych, usłudze lub transakcji*. Namówienie Powoda do zainwestowania w obligacje GetBack S.A., poprzez zaproponowanie mu zerwania posiadanych lokat, przekazania informacji na temat emitenta oraz produktu w postaci tzw. obligacji korporacyjnych z całą pewnością nie spełniało powyżej wskazanych wymogów o których mowa w § 20 ust. 1 rozporządzenia. Wydaje się również że Bank w żadnym momencie nie ostrzegł Powoda że nie będzie on korzystał z ochrony jaką daje analiza potrzeb klienta wynikająca z § 15 rozporządzenia. Z tego też względu w ocenie Rzecznika Finansowego przepis § 20 rozporządzenia nie będzie miał tu zastosowania.

W tym miejscu, warto powołać się na Kodeks etyki bankowej, który w części A Rozdział 1 pkt 1.4. wskazuje, że *Bank, jako podmiot oferujący usługi innych instytucji finansowych (emitentów), takie jak np. polisy ubezpieczeniowe, jednostki funduszy inwestycyjnych, powinien zapewnić Klientom pełną, rzetelną informację o tym produkcie, jego emitencie i warunkach procesu reklamacyjnego oraz w miarę możliwości wspierać Klientów w wypadku zgłaszania reklamacji, biorąc pod uwagę, że opinie o produkcie są jednocześnie odnoszone do banku jako oferenta*. Ponadto w pkt 1.3. czytamy, że *Bank w stosunkach z Klientami i przy wykonywaniu czynności na rzecz Klientów, powinien działać*

zgodnie z zawartymi umowami, w granicach dobrze pojętego interesu własnego i z uwzględnieniem interesów Klientów. Bank nie może wykorzystywać swego profesjonalizmu w sposób naruszający interesy Klientów.

Niewątpliwie Powód był klientem Pozwanego, z tego też względu powyższe, podstawowe zasady etyczne, w ocenie Rzecznika Finansowego powinny być przez Pozwanego, przestrzegane w omawianej relacji. Przypomnieć należy ponadto, że Pozwany jako bank jest instytucją zaufania publicznego. Jest zobowiązany do przestrzegania przepisów prawa i w swoich działaniach powinien kierować się zasadą profesjonalizmu, rzetelności, staranności i uczciwości. Mając na uwadze opisane działania wątpliwym jest uznanie, że Pozwany spełnił podstawowe wymagania, jakie są stawiane przed instytucją zaufania publicznego, a także te które są stawiane wobec banków w Kodeksie etyki bankowej.

Niezależnie jednak od powyższego, z doświadczenia Rzecznika Finansowego z prowadzonych przed nim spraw często podmioty finansowe celowo nie pytają o pewne informacje konsumentów, jak i celowo wpisują określone atrybuty klientów. Takie działania podyktowane są zapewne względami ekonomicznymi (zysk), jednakże w ocenie Rzecznika, z uwagi na ciężący obowiązek dokonania rzetelnej oceny zdolności umiejętności inwestorskich z MIFID oraz dostępne możliwości weryfikacji pewnych informacji, tłumaczenie takie nie znajduje uzasadnienia, nawet w sytuacji, jak to określa Pozwany, wyłącznie przekazywania informacji o możliwości nabycia obligacji GetBack S.A.

Opisane wyżej działanie w sposób istotny zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta. Zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta polega na podjęciu lub możliwości podjęcia określonej decyzji dotyczącej umowy, w sytuacji, gdy wobec innego (uczciwego) zachowania (praktyki rynkowej) przedsiębiorcy, konsument podjąłby lub mógłby podjąć decyzję odmienną.

Dodatkowo należy wskazać, że w dniu 4 lutego 2019 r. Prezes UOKiK wydał decyzję o sygn. RBG-2/2019⁸², w której m.in. uznano za **postanowienie wzorca umowy pn. Formularz Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji Serii (...) GetBack S.A. stosowane przez Polski Dom Maklerski Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, o treści: Nie złożono mi żadnych oświadczeń ustnych ani nie dostarczono żadnych informacji, które byłyby sprzeczne z informacjami zawartymi w Propozycji Nabycia Obligacji lub Warunkach Emisji Obligacji.** (zd. 3 pkt 1 Oświadczenia Inwestora w Formularzu Przyjęcia Propozycji Nabycia Obligacji). Rzecznik Finansowy ma świadomość, że

⁸² <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=22949>

decyzja ta została wydana w stosunku do PDM a nie Pozwanego. Niemniej jednak, ma ona niezwykle istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie. Należy wszakże podkreślić, że przed nabyciem obligacji to pracownik Pozwanego Banku przekazywał Powodowi informacje o produkcie jakim były obligacje, i to na tej podstawie Powód podjął decyzję o nabyciu tego instrumentu finansowego. W ocenie Rzecznika na skutek wydanej decyzji (w przypadku jej uprawomocnienia się) Pozwany jako przedsiębiorca nie może powoływać się na zakwestionowane postanowienie i wskazywać, że istotniejsze od tego, jaką informację otrzymał Powód od pracownika Pozwanego przed przyjęciem propozycji nabycia obligacji, jest to, co znajduje się w oficjalnych dokumentach.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu decyzji, z czym Rzecznik Finansowy w pełni się zgadza, *Takie postanowienie może wywoływać u konsumenta dezorientację i błędne przekonanie odnośnie możliwości powołania się na przeciwne argumenty i podjęcia działań obronnych, np. złożenia stosownego oświadczenia o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu, o czym mowa w art. 84 §1 k.c., czy powołania się na roszczenie wskazane w art. 12 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2070 ze zm.) – dalej: u.p.n.p.r. – w związku z podejrzeniem stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych stosowanych przez przedstawicieli instytucji finansowych, którzy mogli oferować i doradzać mu zapis na obligacje korporacyjne emitowane przez Getback. (...)*

W sytuacji, gdy w transakcji pośredniczy dodatkowa osoba trzecia (lub podmiot trzeci – tak jak w niniejszej sprawie jest to Idea Bank S.A.) może dojść do świadomego lub nieświadomego zniekształcenia przekazu, a w konsekwencji udzielenia konsumentowi nieprawdziwych czy też wprowadzających w błąd informacji dotyczących istotnych warunków umowy, a także pominięcia istotnych warunków umowy lub też w inny sposób zniekształcenia zachowania rynkowego słabszej strony umowy.

Z tych właśnie powodów decyzja Prezesa UOKiK w ocenie Rzecznika Finansowego będzie miała bezpośrednie wpływ na relacje między Powodem a Pozwanym.

W tym miejscu, warto również wskazać, że przed Prezesem UOKiK od października 2018 r. toczy się postępowanie przeciwko Pozwanemu. Jak czytamy w komunikacie⁸³ *Zarzuty UOKiK dotyczą wprowadzania konsumentów w błąd co do bezpieczeństwa obligacji GetBacku i ich ekskluzywnego charakteru. Mogło także dojść do nieuczciwej sprzedaży (missellingu), bo przedstawiciele Idea*

⁸³ https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15153

Banku namawiali na nie osoby, o których powinni byli wiedzieć, że nie akceptują ryzykownych inwestycji.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Rzecznika, naruszenie przez Pozwanego obowiązków informacyjnych wynikających z tej ustawy może wprost wskazywać, iż Pozwany Bank mógł stosować praktykę naruszającą interesy konsumentów, co z kolei może mieć znaczenie dla oceny postępowania Pozwanego na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym – a w konsekwencji dla oceny zasadności podniesionych przez Powoda roszczeń.

Reasumując, rekomendowanie i oferowanie produktu niedostosowanego do potrzeb konsumenta, w formie wysoce ryzykownych obligacji korporacyjnych, z zaniechaniem oceny umiejętności i wiedzy inwestorskiej takiego konsumenta, w ocenie Rzecznika Finansowego stanowi naruszenie dobrych obyczajów oraz zniekształca decyzję Powoda o nabyciu obligacji, co zdaniem Rzecznika Finansowego może być rozpatrywane pod kątem nieuczciwej praktyki rynkowej. Dodatkowo trudno przyjąć że w relacji z Powodem, Pozwany ograniczał się wyłącznie do przekazywania informacji o możliwości nabycia obligacji GetBack S.A., a działał w rzeczywistości w charakterze doradcy inwestycyjnego i oferował instrumenty finansowe w postaci niezabezpieczonej obligacji korporacyjnej. Przy czym w zakresie doradztwa inwestycyjnego czynił to pomimo braku możliwości wykonywania tego typu działalności, gdyż nie wynikał on z przedmiotu działalności określonego w statucie Banku. Niezależnie od powyższego zarówno w zakresie doradztwa inwestycyjnego, jak i oferowania Bank wykonywał tę działalność z całkowitym zignorowaniem przeprowadzonej ankiety MiFID II, **a także w okolicznościach związanych z missellingiem**. Pomijając wyżej wskazane aspekty Rzecznik Finansowy pragnie także podkreślić, że działanie, które przypisuje się Pozwanemu w odniesieniu do sprawy związanej z obligacjami GetBack S.A., drastycznie obniża zaufanie klientów do całego rynku finansowego oraz wszystkich jego elementów, w tym instytucjonalnych. Tego rodzaju sytuacje negatywnie wpływają zatem na cały obrót prawno-gospodarczy.

Wnioski

W ocenie Rzecznika, okoliczności przedmiotowej sprawy dają podstawy do uznania, że Pozwany Bank stosował wobec Powoda nieuczciwą praktykę rynkową, sprzeczną z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcającą zachowanie rynkowe Powoda jako przeciętnego konsumenta przed nabyciem obligacji GetBack S.A.

Przede wszystkim Pozwany w ogóle nie był uprawniony do rekomendowania Powodowi oferty nabycia obligacji, gdyż takie czynności nie mieściły się w statutowym zakresie działalności Banku, o czym Powód nie mógł mieć wiedzy. Wydaje się że w sytuacji, w której konsument, który jest wieloletnim klientem banku, utrzymuje z nim stałe relacje, otrzymuje informację o konkretnym produkcie rekomendowanym mu przez ten bank, może uważać, że bank ten jest uprawniony do ich przedstawienia. Gdyby Powód wiedział, że jest inaczej mógłby w znacznym stopniu ograniczyć swoje zaufanie do Pozwanego.

Co więcej, mając wiedzę jakie produkty były przez konsumenta nabywane do tej pory, Pozwany nie powinien rekomendować, a następnie oferować produktu, obarczonego znacznie większym ryzykiem inwestycyjnym, bez gwarancji ochrony kapitału od dotychczas posiadanych. Tym bardziej w takiej sytuacji Pozwany powinien uwzględnić dokonaną ocenę umiejętności i doświadczenia inwestorskiego Powoda przed zarekomendowaniem mu nabycia obligacji za pośrednictwem PDM. Wydaje się że gdyby Pozwany uwzględnił taką analizę, to w ogóle nie byłoby podstaw do ich zaprezentowania, gdyż obligacja korporacyjna nie była dostosowana do potrzeb Powoda (biorąc przede wszystkim pod uwagę, iż Powód do tej pory inwestował jedynie w bezpieczne lokaty a zgodnie z wypełnioną Analizą finansów osobistych Powód posiadał profil konserwatywny, zatem akceptuje ryzyko inwestycyjne na poziomie minimalnym).

Za nieuczciwą praktykę należy również uznać, działania Pozwanego, który namówił Powoda do zerwania posiadanych lokat dyspozycji przelania środków na nabycie obligacji. Jednocześnie jak stwierdził sam Pozwany to pracownik Banku wypełnił za Powoda Formularz, co mogło w konsekwencji oznaczać, że Powód podejmując decyzję o nabyciu obligacji nie mógł mieć dostatecznego rozeznania w zakresie produktu, który nabywa tj. co do jego charakteru, poziomu ryzyka czy istnienia gwarancji. Oczywiście to Powód złożył dyspozycję przelewu środków, jednakże jak sam Pozwany wskazał, *mając na celu utrzymanie zadowolenia klienta, bankier zaproponował bezkosztowe zerwanie dotychczas posiadanych lokat oraz dywersyfikację środków*. Z tego wynika, iż sugestia pracownika Pozwanego spowodowała, że Powód podjął taką a nie inną decyzję. Trudno przyjąć aby działania Pozwanego, polegające na namówieniu swojego klienta do nabycia obligacji GetBack S.A., zaproponowaniu zerwania lokaty i przelanie środków na rachunek PDM, na podstawie jedynie ustnych informacji o produkcie, wypełnienie za niego Formularza przyjęcia propozycji nabycia obligacji, stanowiło uczciwą praktykę rynkową. Bardzo trudno przyjąć, że Pozwany nie znał przepisów prawa w zakresie nabywania obligacji i nie wiedział w jaki sposób takie nabycie powinno

się odbywać. Zatem może okazać się, że działania Pozwanego były w pełni świadome, co tym bardziej uwypukla nieuczciwość działania Pozwanego w analizowanej sprawie.

Również obecne zastrzeżenie się przez Pozwanego wyłącznie jego informacyjną rolą w niniejszej sprawie, w zasadzie nie powinno mieć większego znaczenia. **Ocenie podlega bowiem zaistniały stan faktyczny, z którego wynika, że Pozwany mógł dokonać nieuczciwej praktyki rynkowej oraz że interes Powoda mógł zostać wobec tego zagrożony lub naruszony.**

Wydaje się że w okolicznościach niniejszej sprawy gdyby Pozwany zastosował uczciwą praktykę rynkową wobec Powoda, to ten nie podjąłby decyzji o nabyciu obligacji. Uzasadnionym jest twierdzenie, że Powód nie wiedzieć, że przedstawiony mu produkt jest w rzeczywistości niezabezpieczoną obligacją korporacyjną.

Uwagi końcowe

Analiza przedmiotowej sprawy uzasadnia twierdzenie, że działania Pozwanego w zakresie nabycia przez Powoda obligacji GetBack S.A. nie ograniczały się jedynie do przekazania informacji o możliwości ich nabycia. Faktyczny charakter działań wykonywanych przez Pozwanego świadczy o tym, że Pozwany wykonywał tzw. podstawową działalność maklerską w postaci doradztwa inwestycyjnego (pomimo braku wskazania takiej działalności jako wykonywanej przez Bank w statucie) oraz oferowania obligacji bez przestrzegania regulacji prawnych wynikających z MIFID II. W konsekwencji powyższego, zachowanie Pozwanego w ocenie Rzecznika Finansowego stanowi nieuczciwą praktykę rynkową. W przypadku zatem uznania przez tut. Sąd, iż praktyka Pozwanego stanowi nieuczciwą praktykę rynkową, roszczenie Powoda, którego interes został naruszony, będzie wynikało z art. 12 ust. 1 upnpr.

II.

Analiza treści art. 6, 7 i 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym - skutki niedotrzymania terminu odpowiedzi na reklamację

Uwagi wstępne

Rozpoczynając analizę prawną w omawianej kwestii, w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy prawa powszechnie obowiązującego, regulujące materię w tym przedmiocie, tj. następujące przepisy ustawy o Rzeczniku Finansowym:

Art. 2. pkt 2. reklamacja - wystąpienie skierowane do podmiotu rynku finansowego przez jego klienta, w którym klient zgłasza zastrzeżenia dotyczące usług świadczonych przez podmiot rynku finansowego

Art. 5. ust. 1. Po złożeniu przez klienta reklamacji, zgodnie z wymogami, o których mowa w art. 4. ust. 1 pkt 1, podmiot rynku finansowego rozpatruje reklamację i udziela klientowi odpowiedzi w postaci papierowej lub za pomocą innego trwałego nośnika informacji.

Art. 6. Odpowiedzi, o której mowa w art. 5 ust. 1, należy udzielić bez zbędnej zwłoki, jednak nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania reklamacji. Do zachowania terminu wystarczy wysłanie odpowiedzi przed jego upływem.

Art. 7. W szczególnie skomplikowanych przypadkach, uniemożliwiających rozpatrzenie reklamacji i udzielenie odpowiedzi w terminie, o którym mowa w art. 6, podmiot rynku finansowego w informacji przekazywanej klientowi, który wystąpił z reklamacją:

- 1) wyjaśnia przyczynę opóźnienia;*
- 2) wskazuje okoliczności, które muszą zostać ustalone dla rozpatrzenia sprawy;*
- 3) określa przewidywany termin rozpatrzenia reklamacji i udzielenia odpowiedzi, który nie może przekroczyć 60 dni od dnia otrzymania reklamacji.*

Art. 8. W przypadku niedotrzymania terminu określonego w art. 6, a w określonych przypadkach terminu określonego w art. 7, reklamację uważa się za rozpatrzoną zgodnie z wolą klienta.

W analizowanym stanie faktycznym powód stoi na stanowisku, że pozwany nie odpowiedział na jego reklamację z dnia 09 czerwca 2018 r. w ustawowym terminie. Pozwany wskazał natomiast, że odpowiedź została przez niego udzielona pismem z dnia 13 lipca 2018 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 7 ustawy o Rzeczniku Finansowym.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego w niniejszej sprawie jest m.in. określenie skutku prawnego wiążącego się z tym, że przy spełnieniu określonych w ustawie przesłanek „reklamację uważa się za rozpatrzoną zgodnie z wolą klienta”.

Interpretacja art. 6 w zw. z art. 7 ustawy o Rzeczniku Finansowym

Ustawa o Rzeczniku Finansowym w art. 6 ustala generalną zasadę, zgodnie z którą podmiot rynku finansowego jest zobligowany do rozpatrzenia reklamacji klienta podmiotu rynku finansowego w

terminie 30 dni. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu do projektu ustawy⁸⁴ *W ocenie projektodawcy jest to wystarczający okres na zapoznanie się z ewentualnymi zastrzeżeniami i argumentacją konsumenta oraz przygotowanie odpowiedzi.*

W sytuacjach szczególnie skomplikowanych art. 7 ustawy o Rzeczniku Finansowym umożliwia wydłużenie tego terminu do 60 dni, przy jednoczesnym zachowaniu dodatkowych warunków formalnych.

Art. 7 ustawy o Rzeczniku Finansowym stanowi wszakże, iż w sytuacji szczególnie skomplikowanej, w której nie będzie możliwe udzielenie odpowiedzi na reklamację w terminie, o którym mowa w art. 6 ustawy o Rzeczniku Finansowym (30 dni) podmiot rynku finansowego przekazuje klientowi informację w której:

1. wyjaśnia przyczynę opóźnienia;
2. wskazuje okoliczności, które muszą zostać ustalone dla rozpatrzenia sprawy;
3. określa przewidywany termin rozpatrzenia reklamacji i udzielenia odpowiedzi, który nie może przekroczyć 60 dni od dnia otrzymania reklamacji.

Sposób sformułowania przepisu wskazuje zatem, że podmiot rynku finansowego jest zobowiązany do poinformowania klienta o niemożności udzielenia odpowiedzi na reklamację w ustawowym terminie 30 dni, jakie są tego przyczyny, co podmiot musi ustalić aby mógł odpowiedzieć na reklamację oraz wskazać termin do którego ta odpowiedź zostanie udzielona. Dopiero spełnienie tych przesłanek, umożliwia podmiotowi rynku finansowego przedłużenie terminu na odpowiedź na reklamację. Wywieść należy zatem, iż przekazanie klientowi informacji, o których mowa powyżej powinna być dokonana w pierwotnym terminie odpowiedzi na reklamację tj. w terminie 30 dni od dnia otrzymania reklamacji. Przyjęcie odmiennej interpretacji tego przepisu wydaje się być nielogiczna. W jakim wszakże celu byłoby przekazywanie klientowi informacji wymienionych w art. 7 pkt 1-3 ustawy o Rzeczniku Finansowym już po udzieleniu odpowiedzi na reklamacje po terminie 30 dni?

Podkreślić należy, że celem przepisu art. 7 ustawy o Rzeczniku Finansowym jest umożliwienie przedłużenia podmiotowi rynku finansowego terminu rozpatrzenia reklamacji i przekazaniu odpowiedzi. Jednakże nie może ono być bezwarunkowe, a dotyczy tylko przypadków szczególnie

⁸⁴ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/0BB6C339F594749CC1257E510039B079/%24File/3430.pdf>

skomplikowanych. O niezachowaniu pierwotnego terminu odpowiedzi na reklamację poinformowany powinien zostać klient.

Podsumowując, należy stwierdzić, że w ocenie Rzecznika Finansowego zarówno wykładnia art. 7 ustawy o Rzeczniku Finansowym, prowadzi do wniosku, że podmiot rynku finansowego (w tym przypadku Pozwany) jest uprawniony do przedłużenia terminu odpowiedzi na reklamację tylko w przypadkach szczególnie skomplikowanych, i po poinformowaniu klienta (w tym przypadku Powoda) o przyczynie opóźnienia, okolicznościach, które muszą zostać ustalone dla rozpatrzenia sprawy i określeniu przewidywanego terminu rozpatrzenia reklamacji i udzielenia odpowiedzi, który nie może przekroczyć 60 dni od dnia otrzymania reklamacji. Informacja ta powinna zostać przekazana klientowi podmiotu rynku finansowego w terminie pierwotnej odpowiedzi na reklamację (tj. 30 dni). Brak spełnienia, którejkolwiek z ww. przesłanek przedłużenia terminu ma ten skutek, iż podmiot rynku finansowego nie udzielił odpowiedzi na reklamację w ustawowym terminie.

Tymczasem Bank na stronie 8 pkt 24 odpowiedzi na pozew wskazał, że poinformował Powoda o tym, że z uwagi na skomplikowany charakter sprawy udzieli mu odpowiedzi na reklamację w terminie 60 dni. Jednakże na tę okoliczność nie przedstawił żadnych dokumentów. Powód natomiast nie potwierdza aby takie pismo zostało do niego przesłane. W tym stanie rzeczy uzasadnionym jest twierdzenie, że Pozwany nie przedłużył w sposób skuteczny terminu odpowiedzi na reklamację do 60 dni.

Skutki braku udzielenie odpowiedzi na reklamację - interpretacja art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym

Zgodnie z art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym należy zauważyć, że *W przypadku niedotrzymania terminu określonego w art. 6, a w określonych przypadkach terminu określonego w art. 7, reklamację uważa się za rozpatrzoną zgodnie z wolą klienta.*

Stosownie do art. 5 ust. 1 ustawy o Rzeczniku Finansowym, po złożeniu przez klienta reklamacji podmiot rynku finansowego rozpatruje reklamację i udziela klientowi odpowiedzi. Z brzmienia art. 10 *ab initio* ustawy o Rzeczniku Finansowy należy wnosić, że rozpatrując reklamację podmiot rynku finansowego może albo uwzględnić roszczenia wynikające z reklamacji klienta, albo też ich nie uwzględnić. Reklamacja może zatem zostać rozpatrzone pozytywnie lub

negatywnie. Pozytywne ustosunkowanie się do reklamacji oznacza uwzględnienie żądań w niej zgłoszonych, zaś negatywne – odmowę ich spełnienia.

Obecnie istnieją dwie interpretacje dotyczące faktycznych skutków braku odpowiedzi na reklamację w ustawowym terminie. Pierwsza z nich wskazuje, że norma z art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym wprowadza fikcję prawną przewidującą, że w razie nieudzielenia odpowiedzi na reklamację podmiot rynku finansowego rozpatruje reklamację pozytywnie, zgodnie z wolą klienta, czyli uwzględnia roszczenia z niej wynikające. Można to określić jako milczące uznanie reklamacji. Materialny skutek nieudzielenia odpowiedzi na reklamację wiąże się z uznaniem przez podmiot rynku finansowego roszczenia klienta wynikającego z wniesionej przez niego reklamacji. Z treści art. 9 pkt 4 ustawy o Rzeczniku Finansowym wywieść zaś można, że roszczenie podniesione w reklamacji rozpatrzonej zgodnie z wolą klienta winno zostać zrealizowane przez podmiot rynku finansowego w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia jej pozytywnego rozpatrzenia.

Taki pogląd można niejako wyinterpretować z uzasadnienia do projektu ustawy o Rzeczniku Finansowym. Jej celem jest podwyższenie poziomu ochrony osób korzystających z usług finansowych poprzez jednoznaczne ustawowe przesądzenie trybu i terminów rozpatrywania przez podmioty rynku finansowego składanych przez ich klientów reklamacji. Z treści uzasadnienia do projektu ustawy wynika że: *„Projektodawca zdecydował się na ustalenie generalnej zasady, zgodnie z którą każdy podmiot będzie zobligowany do rozpatrzenia reklamacji w terminie 30 dni. W ocenie projektodawcy jest to wystarczający okres na zapoznanie się z ewentualnymi zastrzeżeniami i argumentacją konsumenta oraz przygotowanie odpowiedzi. W szczególnie skomplikowanych przypadkach przewidziano możliwość wydłużenia terminu do 60 dni, jednak przy zachowaniu dodatkowych warunków formalnych, włącznie z obowiązkowym powiadomieniem klienta o zaistniałych okolicznościach. Zdaniem projektodawcy niezbędnym czynnikiem dla prawidłowego funkcjonowania wprowadzanych przepisów jest umieszczenie w regulacji stosownej sankcji. W przedmiotowej materii, w sytuacji niedochowania narzuconych terminów, będzie to uznanie, iż podmiot rynku finansowego rozpatrzył reklamację pozytywnie, tj. zgodnie z wolą wnoszącego. Takie podejście należy uznać za prokonsumenckie, pozwalające budować zaufanie do całego sektora rynku finansowego oraz zgodne z zasadą pewności obrotu gospodarczo-prawnego”⁸⁵.*

⁸⁵ druk Sejmu RP VII kadencji nr 3430

W ujęciu zatem celowościowym art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym przewiduje sankcję, która nakładana jest na podmiot rynku finansowego – w interesie konkretnego klienta, ale też po to, by zapewnić uczciwe warunki konkurencji na danym rynku – w sytuacji, gdy dany podmiot, pomimo jednoznacznego obowiązku, który na nim ciąży, zlekceważy adresowaną do niego normę prawną i nie udzieli odpowiedzi na reklamację klienta. Sankcją tą jest „uznanie, iż podmiot rynku finansowego rozpatrzył reklamację pozytywnie, tj. zgodnie z wolą wnoszącego”. Z tego punktu widzenia art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym można by traktować przez pryzmat fikcji prawnej przewidującej uznanie roszczeń klienta zawartych w reklamacji.

Druga interpretacja wskazuje, że art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym ustanawia domniemanie prawne, które może być wzruszone (obalone) przez podmiot rynku finansowego w toku postępowania przed sądem. Oznacza to, że w przypadku niedotrzymania przez instytucję finansową terminów, o których mowa w art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym, podmiot rynku finansowego może kwestionować fakt, że reklamację uważa się za rozpatrzoną zgodnie z wolą klienta. W postępowaniu sądowym natomiast dochodzi do zmiany rozkładu ciężaru dowodu tj. ciężar dowodu będzie spoczywać na podmiocie rynku finansowego. Jak wskazuje m.in. Związek Banków Polskich *Przyjęcie tezy, że art. 8 ustanawia wzruszalne domniemanie prawne, nie kwestionuje uzasadnienia do projektu Ustawy (druk sejmowy nr 3430, s.15). (...) Powyższe twierdzenia nie stoją w sprzeczności z instytucją domniemania prawnego, które może być obalone jeżeli zostaną spełnione określone warunki – w omawianym przypadku, jeżeli podmiot rynku finansowego udowodni brak zasadności roszczeń objętych reklamacją klienta*⁸⁶. Związek Banków Polskich wskazuje, że argumentami przemawiającymi za taką interpretacją jest m.in. to, że:

1. przyjęcie odmiennego poglądu wiązałoby sąd w ewentualnym procesie tj. sąd nie miałby rzeczywistej możliwości badania zasadności reklamacji;
2. w przypadku gdy w treści reklamacji wola klienta nie jest jasno i wyraźnie przez niego wyrażona, podmiot rynku finansowego nie jest w stanie rozpatrzyć reklamacji *zgodnie z wolą klienta*;
3. sam fakt upływu terminu wskazanego w art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym, podmiot nie może zostać zmuszony do dokonania automatycznego spełnienia świadczenia objętego reklamacją, jeżeli naruszałoby to bezwzględne przepisy prawa;

⁸⁶ Wybrane dokumenty interpretacyjne Rady Prawa Bankowego, Komitetu ds. Kredytu Konsumenckiego i Komitetu ds. Finansowania Nieruchomości przy Związku Banków Polskich wypracowane w latach 2015 i 2016 r. str. 62 in.

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 13 czerwca 2018 r. sygn. akt III CZP 113/17⁸⁷ uznał, że *W postępowaniu wszczętym przez klienta przeciwko podmiotowi rynku finansowego o zapłatę kwoty roszczenia zgłoszonej w reklamacji klienta, art. 8 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2270) nie wyłącza możliwości kwestionowania przez podmiot rynku finansowego zasadności dochodzonego roszczenia; na podmiocie tym spoczywa ciężar dowodu, że powodowi nie przysługuje roszczenie lub przysługuje w niższej wysokości.*

W powyższej uchwale Sąd Najwyższy uznał, że klient podmiotu rynku finansowego może w takiej sytuacji domagać się uznania jego reklamacji za rozpatrzoną pozytywnie, ale z drugiej strony podmiot rynku finansowego zachowuje możliwość kwestionowania zasadności dochodzonego roszczenia tak co do zasady, jak i co do wysokości. Jednocześnie podkreślił, że to na podmiot rynku finansowego przesuwa się ciężar dowodu i będzie on musiał udowodnić, że roszczenie klienta jest niezasadne, albo przysługuje mu w niższej wysokości.

W tym zakresie warto jednak zwrócić uwagę, że uchwała ta została wydana przez Sąd Najwyższy w składzie trzech sędziów, a zatem w chwili jej podjęcia nie uzyskała mocy zasady prawnej (tak jak ma to miejsce w przypadku uchwał pełnego składu Sądu Najwyższego, składu połączonych izb czy składu całej izby zgodnie z treścią art. 87 ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 5). Ponadto przedmiotowa uchwała została wydana na kanwie specyficznego stanu faktycznego dotyczącego żądania wypłaty wysokiej kwoty zadośćuczynienia z umowy ubezpieczenia OC sprawy, natomiast strony sporu (tj. konsument i ubezpieczyciel) nie wiązała umowa ubezpieczenia, a reklamację złożyła poszkodowana w wypadku komunikacyjnym. Co również mogło mieć wpływ na podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały o takiej treści.

Ponadto Rzecznik Finansowy pragnie zwrócić uwagę na praktyczną konsekwencją takiego rozwiązania, obserwowaną zresztą przez Rzecznika Finansowego w odniesieniu do tych podmiotów, które powołują się na taką właśnie wykładnię analizowanej normy, jest w zasadzie automatyczna odmowa dobrowolnego zaspokojenia roszczeń podnoszonych przez klientów w związku z nierozpatrzeniem ich reklamacji. Podmioty działające na rynku finansowym (np. banki) wychodzą bowiem z pragmatycznego, racjonalnego z ekonomicznego punktu widzenia założenia, że w dalszym ciągu jedynie stosunkowo niewielki odsetek konsumentów decyduje się na sądowe dochodzenie roszczeń od profesjonalnych i silniejszych od siebie podmiotów, obawiając się wysokich kosztów, skomplikowanych i nieznanym sobie procedur czy wreszcie ryzyka przegranej. Takie taktyczne

⁸⁷ <http://www.sn.pl/sites/orzecnictwo/Orzeczenia3/III%20CZP%20113-17-2.pdf>

zniechęcanie klientów do dochodzenia ich praw, przy jednoczesnym założeniu, że nawet w przypadku skierowania sprawy na drogę sądową przedsiębiorca zazwyczaj zachowuje możliwość wykorzystania swoich przewag (które zwiększają prawdopodobieństwo osiągnięcia pozytywnego rezultatu procesu lub zawarcia korzystnej dla niego ugody) trudno uznać za podejście „prokonsumenckie, pozwalające budować zaufanie do całego sektora rynku finansowego oraz zgodne z zasadą pewności obrotu gospodarczo-prawnego”, zakładane przez projektodawcę i zaakceptowane przez ustawodawcę.

Na marginesie poczynionych rozważań warto nadmienić, że nie jest tak, by w razie przyjęcia wykładni zakładającej zastosowanie przez ustawodawcę fikcji prawnej milczącego uznania reklamacji każde, nawet najbardziej nieracjonalne i odbiegające od realiów danej sprawy, roszczenie klienta podniesione w reklamacji, na którą nie udzielono w terminie odpowiedzi, staje się bezwzględnie należne i bez żadnych wyjątków musi zostać zaspokojone przez podmiot rynku finansowego. Jak każde bowiem roszczenie, tak i to oparte na art. 8 ustawy o Rzeczniku Finansowym podlega ocenie przez pryzmat art. 5 k.c., a więc z punktu widzenia zasad współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa. Działanie, które jest sprzeczne z tymi wartościami, nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Warto jednak zaznaczyć, że powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego musi się wiązać ze szczegółowym wykazaniem, o jakie zasady w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Nieostry charakter klauzul generalnych zawartych w art. 5 k.c. nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego jako podstawy oddalenia powództwa, wymaga przy tym wszechstronnego rozważenia okoliczności, tak by nie doprowadzić do podważenia pewności obrotu prawnego. Zasadą bowiem jest, że ten, kto korzysta ze swego prawa, postępuje zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współżycia społecznego. Z istnienia tego domniemania wynika, że ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut z art. 5 k.c. spoczywa na tym, kto taki zarzut podnosi lub dla kogo byłoby to korzystne⁸⁸.

Przedstawiając powyższe stanowisko, Rzecznik Finansowy wyraża nadzieję, że okaże się ono pomocne dla wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

⁸⁸ por. wyrok SN z 15 lutego 2017 r., II CSK 236/16

Jednocześnie z uwagi na prowadzone przez nas analizy orzecznictwa, zwracam się z uprzejmą prośbą o poinformowanie Rzecznika Finansowego o wynikach postępowania sądowego, przesyłając kopię orzeczenia sądu.

Rzecznik Finansowy



Aleksandra Wiktorow

Załączniki:

1. kopia wniosku o wydanie istotnego poglądu w sprawie;
2. dwa odpisy oświadczenia Rzecznika Finansowego zawierające pogląd istotny dla sprawy.