



**Rzecznik
Finansowy**

www.rf.gov.pl



Warszawa, 24-09-2109

DKN

DORADCZY KOMITET NAUKOWY
przy RZECZNIKU FINANSOWYM

**Doradczy Komitet Naukowy
przy Rzeczniku Finansowym**

RAPORT

**NIEPRAWIDŁOWOŚCI NA RYNKU
FINANSOWYM
A OCHRONA KONSUMENTA**

Warszawa, wrzesień 2019

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/Rzecznik_Finansowy)

☎ **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Koordinacja prac nad Raportem

prof. dr hab. Anna Jurkowska Zeidler

Redakcja merytoryczna całości

prof. dr hab. Anna Jurkowska Zeidler, prof. dr hab. Jan Monkiewicz

Redakcja merytoryczna

część 1: prof. dr hab. Edyta Rutkowska Tomaszewska

część 2: prof. dr hab. Teresa Bednarczyk

część 3: prof. dr hab. Andrzej Sopoćko

Koordinacja techniczna

dr Marian Małecki, Marcin Jaworski




Korekta

MODESTIA Katarzyna Sarna

Str. 2

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

 biuro@rf.gov.pl
 www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
 [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/Rzecznik_Finansowy)

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Autorzy
(według kolejności publikacji)

dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska**, Uniwersytet Wrocławski; kom. dr **Bogusława Sebastianka**, Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Ekonomii, Katedra Rynków Finansowych i Finansów Publicznych; zastępca naczelnika Wydziału Kontroli Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie; **Mirosława Szakun**, doradca prawny Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych w Polsce; mgr Magdalena Paleczna, Uniwersytet Wrocławski; dr **Piotr Pisarewicz**, dr **Błażej Lepczyński**, Uniwersytet Gdański, Wydział Zarządzania, Katedra Bankowości i Finansów; dr **Marta Penczar**, Uniwersytet Gdański, Wydział Zarządzania, Katedra Bankowości i Finansów; **Jakub Mościcki**, dyrektor generalny Fundacji Trading Jam; Prof. dr hab. **Andrzej Sopoćko**, Uniwersytet Warszawski; dr **Damian Walczak**, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Nauk Ekonomicznych i Zarządzania, Katedra Zarządzania Finansami; **Paweł Rokosz**, Biuro Rzecznika Finansowego; dr hab. **Karol Marek Klimczak**, prof. Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wydział Nauk Ekonomicznych, Katedra Finansów; prof. dr **Alejo José G. Sison**, Uniwersytet Nawarry w Pampelunie, Wydział Zarządzania i Nauk Ekonomicznych; dr hab. **Janusz Raglewski**, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego; adwokat; **Dariusz Kuberski**, prokurator byłej Prokuratury Generalnej; dr hab. **Anna Piszcz**, prof. Uniwersytetu w Białymstoku, Wydział Prawa, Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego; dr **Aleksandra Nadolska**, Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Finansowego; **Aleksandra Wiktorow**, Rzecznik Finansowy; prof. dr hab. **Jan Monkiewicz**, Politechnika Warszawska, Wydział Zarządzania; dr **Damian Cyman**, Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Finansowego; mgr **Piotr Gałązka**, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Zakład Zarządzania Finansami; adwokat, członek Izby Adwokackiej w Warszawie; dr **Bogumił Czerwiński**, Politechnika Warszawska, Wydział Zarządzania, Katedra Systemów Zarządzania; **Agnieszka Wachnicka**, prezes Zarządu Fundacji Rozwoju Rynku Finansowego; **Katarzyna Dmowska**, członek Zarządu Spółdzielni ANG; **Andrzej Roter**, prezes Zarządu Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych; dr **Dominik Stanny**, Rzecznik Etyki Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych; Akademia Leona Koźmińskiego, Katedra Przedsiębiorczości i Etyki w Biznesie; **Izabela Dąbrowska-Antoniak**, dyrektor Wydziału Klienta Rynku Bankowo-Kapitałowego w Biurze Rzecznika Finansowego; mgr **Dawid Rogoziński**, Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Cywilnego; dr hab. **Tomasz Nowak**, frankowicz; **Marek Rzewuski**, wiceprezes Stowarzyszenia Stop Bankowemu Bezprawiu; **Krystyna Krawczyk**, Dyrektor Wydziału Klienta Rynku Ubezpieczeniowo-Emerytalnego w biurze Rzecznika Finansowego; **Cezary Orłowski**, aplikant radcowski, Biuro Rzecznika Finansowego; dr **Anna Popiołek-Sudak**, Uczelnia Łazarskiego; **Maria Bradtke**, była Rzecznik Praw Konsumentów w Gdyni; doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; **Katarzyna Szwedo-Mackiewicz**, zastępca dyrektora Wydziału Klienta Rynku Bankowo-Kapitałowego w Biurze Rzecznika Finansowego; dr **Piotr Stanisławiszyn**, Uniwersytet Opolski, Sędzia Rejonowy w Opolu; dr **Magdalena Homa**, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Instytut Nauk Ekonomicznych

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	6
Część 1. Nieprawidłowości na rynku finansowym: przejawy i wymiary zjawiska	15
Nadużycia na rynku usług finansowych wobec konsumentów. Ujęcie ogólne i przeglądowe	16
Typy oszustw na rynku finansowym oraz statystyki wymiaru sprawiedliwości w tym obszarze.....	37
Misselling na rynku usług finansowych (pojęcie, geneza i prawne mechanizmy przeciwdziałania temu zjawisku w świetle doświadczeń krajowych i międzynarodowych).....	59
Nieprawidłowości na rynku kredytów konsumenckich.....	75
Ryzyko nadużyć na rynku obligacji i sposoby jego ograniczania na przykładzie defaultu obligacji spółki GetBack S.A.	96
Analiza nieprawidłowości na rynku kredytów hipotecznych obciążonych ryzykiem walutowym.....	114
Piramidy finansowe oraz nieprawidłowości na rynku forex	124
Polisolokaty i rynkowe instrumenty zabezpieczania przed ryzykiem	137
Część 2. Mechanizmy i narzędzia wykrywania oraz zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym.....	156
Edukacja i świadomość finansowa jako podstawa zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym	157
Rzecznik Finansowy w systemie instytucji chroniących prawa i interesy klientów rynku finansowego	170
Racjonalność nadużyć finansowych: zmiana perspektywy	185
Wybrane podstawy odpowiedzialności karnej za nadużycia na rynku finansowym	202
Instrumentarium prawne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sferze ochrony przed praktykami antykonsumenckimi na rynku finansowym – najnowsze rozwiązania	217
Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego a zaufanie do podmiotów rynku finansowego	233

Str. 4

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Część 3. Postulaty na przyszłość	251
Jak ograniczyć nadużycia instytucji finansowych?	252
Wykorzystanie nowych narzędzi nadzorczych do przeciwdziałania naruszeniom na rynkach finansowych	259
Trendy w ochronie konsumentów przed nadużyciami finansowymi.....	272
Sprzedaż produktów inwestycyjnych dla inwestorów detalicznych – analiza Komisji Europejskiej, postulaty <i>de lege ferenda</i>	284
Wnioski	297
Aneksy	301
Wykluczenie finansowe jako konsekwencja nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych	302
Samoregulacja sektora pożyczek pozabankowych – idea i oczekiwania	316
Samoregulacja i kodeksy dobrych praktyk. Doświadczenia i osiągnięcia	328
Model samoregulacji branżowych w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych i efektywność jego oddziaływania na uczestników rynku	337
Przykładowe problemy klientów firm pożyczkowych	351
Kredytowanie składki z tytułu pakietowych umów ubezpieczenia przy kredytach waloryzowanych kursom waluty obcej a „koszt kredytu” i „rzeczywisty koszt ochrony ubezpieczeniowej”	364
Skuteczność dochodzenia swoich praw przez konsumentów kredytobiorców kredytów indeksowanych / denominowanych do walut obcych	379
Zjawisko missellingu na przykładzie ubezpieczeń z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym ...	396
Nieprawidłowości w procesie sprzedaży ubezpieczeń kredytowych.....	406
Ubezpieczenia na życie z UFK – analiza nieprawidłowości w tym zakresie na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym	427
Zjawisko missellingu we wnioskach obligatariuszy GetBack S.A.....	444
Nieprawidłowości i naruszenia na rynku usług finansowych a tzw. upadłość konsumencka.....	454
Identyfikacja i pomiar rozszerzonego ryzyka ubezpieczeń z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym oraz analiza aktuarialna przepływów – nieprawidłowości i zagrożenia	468

Wprowadzenie

dr hab. Anna Jurkowska-Zeidler, prof. Uniwersytetu Gdańskiego

prof. dr hab. Jan Monkiewicz, Politechnika Warszawska

Rynki finansowe są przedmiotem licznych badań i analiz, zarówno o charakterze narodowym, jak i międzynarodowym. Wynika to z ich fundamentalnego znaczenia dla współczesnych systemów społeczno-ekonomicznych. Trudno jest obecnie wyobrazić sobie możliwość funkcjonowania tak kraju, jak i indywidualnych podmiotów bez dobrze rozwiniętego sektora finansowego.

Wśród podejmowanych tematów kwestie nadużyć na rynku finansowym – określane także często mianem wynaturzeń, naruszeń, nieprawidłowości, skandali czy oszustw – stanowią nadal niewielki fragment całości. Dzieje się tak mimo iż zjawiska tego typu istotnie obniżają zaufanie do tego rynku, jego organów nadzoru i instytucji finansowych. Cały czas są one traktowane raczej jako sensacje przyciągające uwagę społeczną niż przedmiot poważnej refleksji. Z tego względu brakuje powszechnie przyjętej definicji tego zjawiska, jego systematyki oraz podstawowych wielkości charakteryzujących jego skalę, strukturę, tendencje i skutki. Każdy kraj przy tym zmagają się z tymi problemami w znacznej mierze samodzielnie. Przyzwyczailiśmy się do sytuacji tego typu, a także do swojej obecności na rynku finansowym w warunkach ograniczonego zaufania do jego instytucji. Czas, kiedy instytucje finansowe traktowane były jako podmioty zaufania społecznego, już dawno przeminął.

Najpowszechniejszym przedmiotem badań nadużyć na rynkach finansowych pozostają obecnie kwestie dotyczące przestępczości pracowniczej wobec pracodawców, w tym zwłaszcza w odniesieniu do sprawozdawczości finansowej. Zagadnienia oszustw i nadużyć pracowniczych m.in. są od dwudziestu lat przedmiotem regularnych raportów wydawanych co dwa lata przez Stowarzyszenie Biegłych ds. Przystępstw i Nadużyć Gospodarczych (*Association of Certified Fraud*

Examiners – ACFE). Wydany w 2018 r. dziesiąty raport tej organizacji¹ oparty został na analizie blisko 2700 przypadków ze 125 krajów z 23 sektorów gospodarczych. Szacowane straty przedsiębiorców z tego tytułu wyniosły w 2018 r. około 7 mld USD.

Podobny charakter ma sporządzany co dwa lata raport PwC, choć nie ogranicza się on do kwestii przestępczości pracowniczej, ale bada wszelkie nadużycia ekonomiczne przeciwko instytucjom. Ostatnia edycja tego raportu została przedstawiona w 2018 r.² Przebadanych zostało 7200 respondentów ze 123 krajów. Uzyskane wyniki pozwalają uznać, że blisko połowa firm ponosi straty wskutek przestępczości ekonomicznej. Główne nadużycia to sprzeniewierzenie aktywów – 45%, cyberprzestępczość – 31%, oszustwa konsumentów – 29% oraz *business misconduct* – 28%.

Zbliżonym tropem idzie w Polsce Konferencja Przedsiębiorstw Finansowych. Bada ona i ocenia, począwszy od 2009 r., wraz z firmą doradczą Ernst and Young, nadużycia finansowe popełniane wobec podmiotów rynku finansowego. Wyniki badania są publikowane w corocznych raportach. Ostatnia edycja prezentuje dane za 2018 r. Badanie realizowane jest w formie anonimowej ankiety przeprowadzanej wśród przedstawicieli podmiotów finansowych. W 2018 r. w badaniu wzięło udział zaledwie 31 podmiotów, z czego 23% stanowiły banki, 29% spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe oraz instytucje pożyczkowe, 35% firmy leasingowe, a 13% inne podmioty rynkowe. Pytania dotyczą m.in. strat poniesionych z tytułu nadużyć, wydatków na zapobieganie nadużyciom oraz stosowanych metod zwalczania nadużyć.

Zagadnienia naruszeń na międzynarodowych rynkach finansowych w odniesieniu do klientów pojawiają się wyłącznie w kontekście ryzyka niewłaściwych działań w bankowości (ang. *misconduct lub conduct risk*). Należy szczególnie zwrócić tutaj uwagę na raport opublikowany w marcu 2017 r. przez Economic and Monetary Affairs Committee Parlamentu Europejskiego w ramach prac nad Jednolitym Mechanizmem Nadzorczym. Z powodu braku oficjalnych statystyk w tym zakresie raport wykorzystuje w znacznym stopniu dane zgromadzone przez prywatną instytucję CCP Research Foundation. Od 2010 r. prowadzi ona wraz z London School of Economics projekt badawczy pod nazwą Conduct Cost Project. Celem projektu jest wspieranie badań w

¹ ACFE, *Report to the Nations 2018, global study on occupational fraud and abuse*, https://www.acfe.com/uploadedFiles/ACFE_Website/Content/rtn/2018/RTN-Government-Edition.pdf.

² PwC, *Pulling fraud out of the shadow. Global economic crime and fraud survey 2018*, <https://www.pwc.com/gx/en/forensics/global-economic-crime-and-fraud-survey-2018.pdf>.

dziedzinie etyki, kultury ryzyka oraz zaufania publicznego. W ramach projektu prowadzone są badania 20 wielkich globalnych grup bankowych, w tym 11 z Unii Europejskiej oraz 6 ze Stanów Zjednoczonych³.

Przedmiotem badań są m.in. kwestie obciążeń finansowych ponoszonych przez monitorowane instytucje w związku z ryzykiem ich niewłaściwych działań (ang. *misconduct risk*), wynikających z celowego działania lub niedbalstwa. Ryzyko to obejmuje w definicji CCP misselling produktów finansowych, manipulacje rynkowe oraz działania z naruszeniem prawa w zakresie podatkowym czy tzw. prania pieniędzy. Według danych pochodzących z tego źródła ogólne obciążenia finansowe w latach 2012–2016 wyniosły dla monitorowanych 20 wielkich grup bankowych 264 mld GBP (nałożone kary albo wartość poczynionych ugód). Stanowiło to wzrost o 5,2% w porównaniu z okresem 2011–2015, a równocześnie było to o 32% więcej w porównaniu z latami 2008–2012, kiedy przeprowadzono pierwsze badanie z tego zakresu⁴.

Zbliżone wyniki dostarczyło badanie przeprowadzone przez European Banking Authority w trakcie stress testu realizowanego w sektorze bankowym UE w 2016 r. Wynikało z niego, że banki europejskie obliczyły swoje koszty z tytułu ryzyka niewłaściwych zachowań rynkowych na około 81 mld EUR⁵.

Co się tyczy badań i publikacji odnoszących się wprost do zagadnień naruszeń praw konsumentów na narodowych rynkach finansowych, w pierwszym rzędzie należy wymienić brytyjski urząd Financial Ombudsman Service, którego kompetencje obejmują rozstrzygnięcie indywidualnych sporów pomiędzy konsumentami a instytucjami finansowymi w obszarze bankowości, ubezpieczeń oraz rynku kapitałowego. Od 2019 r. kompetencje te zostały poszerzone o kancelarie odszkodowawcze (ang. *claims management companies*). Według informacji za lata 2018–2019 brytyjski Rzecznik Finansowy zarejestrował w tym okresie łącznie blisko 390 tys. skarg konsumentów, o 14% więcej niż rok wcześniej: 39% skarg odnosiło się do działalności banków, 11% dotyczyło działalności ubezpieczycieli (bez uwzględniania tzw. PPI – ubezpieczeń spłaty

³ A. Resti, *Fines for misconduct in the banking sector-what is the situation in the UE?*, EP, Economic and Monetary Affairs Committee, March 2017,

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587400/IPOL_IDA\(2017\)587400_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587400/IPOL_IDA(2017)587400_EN.pdf).

⁴ CCP, *Conduct Costs Result*, <http://conductcosts.ccpresearchfoundation.com/conduct-costs-results>.

⁵ A. Resti, *op. cit.*, s. 1.

kredytów), 4% – rynku kapitałowego i funduszy emerytalnych oraz 46% – PPI⁶. Dane przedstawione w raporcie brytyjskiego Rzecznika Finansowego obejmują szeroki wachlarz zagadnień, w tym m.in. przedmiot reklamacji i liczbę reklamacji według produktów, liczbę dokonanych rozstrzygnięć reklamacyjnych, liczbę uznanych reklamacji, czas rozpatrywania skarg, charakterystykę podmiotów skarżących itd. Nieznane są natomiast publicznie ani ogólna skala skutków naruszeń z perspektywy konsumentów, ani koszty poniesione z tego tytułu przez instytucje rynku finansowego. Nieokreślona jest też dynamika zmian tych nadużyć w czasie.

Na największym rynku finansowym na świecie, w Stanach Zjednoczonych, najważniejszą rolę w zakresie przeciwdziałania nadużyciom na rynku finansowym odgrywa Komisja Papierów Wartościowych i Giełd (*Securities and Exchange Commission – SEC*), powstała po wielkim kryzysie ekonomicznym w 1933 r. SEC nadzoruje rynek finansowy właścicielskich papierów wartościowych o wartości ponad 80 bln USD rocznie oraz papierów dłużnych o wartości 40 bln USD rocznie. Nadzorowi tej instytucji podlega 4300 firm notowanych publicznie o kapitalizacji ponad 30 bln USD oraz ponad 26 000 zarejestrowanych podmiotów inwestycyjnych. Komisja zatrudnia obecnie blisko 4500 osób, z czego aż 1200 w Dziale Przestrzegania Prawa (*Enforcement Division*).

SEC nie dostarczała regularnych ocen poziomu i kierunków nadużyć wykrytych na amerykańskim rynku finansowym aż do 2017 r., choć w ramach reformy regulacyjnej rynków finansowych wprowadzonych przez *Dodd-Frank Act* w 2010 r. SEC przedstawia corocznie raport dla Kongresu na temat programu sygnalistów (ang. *whistleblowers*) w odniesieniu do nadużyć na rynkach finansowych. Raport ten zawiera m.in. przedstawienie działań podjętych w okresie sprawozdawczym przez Biuro ds. Sygnalistów SEC, uzyskane tą drogą informacje – podzielone według przedmiotu naruszenia, lokalizacji geograficznej dokonanych naruszeń, charakteru sygnalistów, wypłacone nagrody za przekazane informacje, a także inne działania podjęte przez SEC⁷. Dwa lata temu nastąpiło rozszerzenie aktywności SEC w tej dziedzinie i Dział Przestrzegania Prawa przedstawia także raport roczny ze swojej działalności, uwzględniający wszystkie aspekty funkcjonowania, co stanowi istotny postęp w stosunku do przeszłości.

⁶ FSO, *Data in more depth 2018/2019*, <https://annualreview.financial-ombudsman.org.uk/files/2242/annual-review-2018-2019-data.pdf>.

⁷ SEC, *Whistleblower Program. Annual Report to Congress 2018*, Securities and Exchange Commission, 2018.

Ostatni raport z listopada 2018 r. obejmuje m.in. informację o wszystkich 821 podjętych działaniach administracyjnych i sądowych (z retrospektywą do 2015 r.) w podziale na sprawy niezależne oraz pochodne, a także na postępowania związane z wyrejestrowywaniem spółek publicznych. W statystykach dotyczących przedmiotu naruszeń najwięcej spraw dotyczyło nieprawidłowości w obrocie papierami wartościowymi – 25%, doradztwa inwestycyjnego – 22%, naruszeń księgowych i audytowych, pośrednictwa inwestycyjnego – 13% oraz manipulacji rynkowej⁸.

Komisja w 2018 r. podjęła wobec podmiotów winnych nadużyć na rynkach finansowych decyzje o nałożeniu kar w łącznej wysokości blisko 1,5 mld USD, a nadto o zwrocie 2,5 mld USD nienależnie uzyskanych zysków. Łączny poziom obciążeń finansowych podmiotów rynkowych z tego tytułu utrzymuje się od 2015 r. na zbliżonym poziomie około 4 mld USD rocznie. Warto zwrócić uwagę, że blisko trzy czwarte wartości obciążeń dotyczyło pięciu największych spraw⁹. Komisja przykłada znaczną wagę do rekompensat dla poszkodowanych inwestorów. W 2018 r. wartość zwróconych im środków wyniosła blisko 800 mln USD, wobec blisko 1,1 mld USD w 2017 r. oraz 140 mln USD w 2016 r. W swojej polityce SEC kładzie nacisk na ustalanie odpowiedzialności osobistej w kwestii naruszeń. W 2018 r. ponad 70% spraw wszczętych przez SEC dotyczyło jednej lub wielu osób fizycznych. Podobnie rzecz się miała w 2017 r.

Co się tyczy Polski, dotychczasowe opracowania o nieprawidłowościach na rynku finansowym z perspektywy konsumentów podejmowane były w ograniczonym zakresie przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Rzecznika Finansowego.

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego nie wydaje specjalnych opracowań zbiorczych o nieprawidłowościach na rynku finansowym. Informacje takie pojawiają się jedynie w ramach sprawozdań rocznych z działalności Urzędu. W sprawozdaniu za 2018 r. zawarta jest 15-stronicowa informacja zbiorcza o zwalczaniu przez tę instytucję nadużyć na rynku finansowym i podane są

⁸ SEC, *Annual report. Division of Enforcement 2018*, <https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2018.pdf>, s. 10.

⁹ *Ibidem*, s. 11.

podstawowe informacje statystyczne z tego zakresu. Obejmują one wyłącznie sprawy, którymi zajmował się UKNF.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w swoim sprawozdaniu rocznym za 2017 r. – ostatnim, które jest dostępne na witrynie internetowej – przekazuje informacje o działaniach podjętych przez Urząd w odniesieniu do ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Nadto w poprzednich latach UOKiK wydawał raporty na temat rynku finansowego. W 2017 r. raport dotyczył instrumentów finansowych na „rynku forex”, w 2018 r. pojawił się raport o rynku funduszy inwestycyjnych oraz raport z badania rynku ubezpieczeń komunikacyjnych.

Także Rzecznik Finansowy publikował specjalne raporty poświęcone zdiagnozowanym przez niego problemom w funkcjonowaniu poszczególnych usług finansowych. Dotyczyły one m.in. kredytów konsumenckich (4 grudnia 2018 r.), ubezpieczeń turystycznych (11 czerwca 2018 r.), „rynku forex” (26 marca 2018 r.), likwidacji szkód komunikacyjnych (4 października 2017 r.), obligacji korporacyjnych (17 listopada 2017 r.), ubezpieczeń szkolnych (31 maja 2017 r.), ubezpieczeń sprzętu elektronicznego (15 listopada 2016 r.), klauzul niedozwolonych w umowach kredytów „walutowych” (6 czerwca 2016 r.), ubezpieczeń na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (31 marca 2016 r.).

W swoim sprawozdaniu z działalności w 2018 r., w uwagach o przestrzeganiu prawa i interesów klientów podmiotów rynku finansowego, Rzecznik poświęca blisko 30 stron (na ponad 100 ogółem) na analizę problemu nadużyć na rynkach finansowych i informacje o nich. Dodatkowo raport jest uzupełniony o załącznik statystyczny, przedstawiający podejmowane przez Rzecznika interwencje, udzielane porady i inne formy wsparcia klientów podmiotów rynku finansowego. Z raportu wynika, że skala owych nieprawidłowości, mierzona liczbą reklamacji złożonych przez klientów do podmiotów rynku finansowego, jest znaczna. W 2018 r. było to ponad 1,8 mln przypadków, z czego około 1,4 mln to reklamacje z rynku bankowo-kapitałowego, zaś ponad 370 tys. reklamacje z rynku ubezpieczeniowo-emerytalnego.

Jak wynika z tego krótkiego przeglądu, obecny Raport Doradczego Komitetu Naukowego przy Rzeczniku Finansowym, choć nie powstał w próżni, jest pierwszą próbą całościowego ujęcia problematyki nadużyć wobec konsumentów na rynku finansowym w Polsce. Jest również unikalnym przedsięwzięciem w skali międzynarodowej. Nieprawidłowości na rynku finansowym

zostały potraktowane w nim szeroko – prezentowane zagadnienia mają charakter zarówno teoretyczny, jak i empiryczny. Przedstawione zostały głównie sprawy krajowe, ale autorzy nawiązują do doświadczeń zagranicznych. Procesy globalizacji finansowej sprawiają, że w różnych krajach systemy finansowe stają przed podobnymi wyzwaniami. Nieprawidłowości na rynku finansowym przedstawiono na tle dynamicznych zmian na rynku, zarówno ekonomicznych, jak i prawnych, uwzględniono też podejście regulacyjne w skali mikro i makro.

W przygotowaniu Raportu uczestniczyło wielu rozmaitych autorów, pochodzących zarówno z kręgów akademickich, jak i praktyków, którzy zechcieli podzielić się *pro bono* swoją wiedzą w tym zakresie. Ich perspektywy są różne, tak jak różne są ich punkty widzenia czy też poglądy. Celowo różnice te nie były zacierane, tak by odbiorca Raportu miał świadomość istniejących różnic zdań. Chcieliśmy pokazać nieprawidłowości z rozmaitych poziomów – nadzorców, regulatorów, prawników, ekonomistów, konsumentów, stowarzyszeń poszkodowanych oraz organizacji branżowych skupiających przedsiębiorstwa finansowe.

Inicjatorzy i autorzy Raportu od początku nie zamierzali dokonać całościowego przeglądu nieprawidłowości na rynku finansowym oraz ukazać wszystkich wymiarów zagrożeń dla ochrony konsumentów na rynku finansowym, w tym choćby wiążących się z: wprowadzeniem nowych regulacji na rynku usług płatniczych, innowacjami finansowymi, nowymi technologiami i wiążącym się z tym wykluczeniem cyfrowym, cyberprzestępczością, lichwą, reklamacjami, przejrzystością działania instytucji finansowych itd. Raport nie prezentuje więc holistycznego podejścia. Założone cele to: dokonanie analizy i systematyki zjawisk; przegląd form i mechanizmów zidentyfikowanych nieprawidłowości; dokonanie oceny pojawiających się negatywnych efektów i ich wpływu na funkcjonowanie całego rynku finansowego w tym zwłaszcza zagrożeń dla interesów konsumentów; prezentacja studiów wybranych przypadków nieprawidłowości, które miały miejsce w ostatnich latach na polskim rynku; sformułowanie propozycji mających na celu przeciwdziałanie występowaniu nieprawidłowości oraz zmniejszenie ich negatywnych skutków.

Główną wartość Raportu upatrujemy w tym, że pozwala on uporządkować tematykę nieprawidłowości na rynku finansowym, zwerbalizować problemy, określić stan wiedzy w tym zakresie, zidentyfikować środowisko zajmujące się przedmiotową tematyką oraz wesprzeć jego

współpracę. W tym zakresie założone cele Raportu zostały osiągnięte. Postanowiliśmy najważniejsze ustalenia podzielić na trzy grupy zagadnień:

- 1) typologia, przejawy i wymiar nieprawidłowości na rynku finansowym (definicje, systematyka zjawiska, klasyfikacja oszustw na rynku finansowym, skala nadużyć finansowych, statystyki wymiaru sprawiedliwości);
- 2) mechanizmy i narzędzia wykrywania oraz zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym (edukacja konsumentów, skuteczność odpowiedzialności karnej za nadużycia na rynku finansowym, systemy zapobiegania / listy ostrzegawcze, współpraca systemu instytucji chroniących prawa i interesy konsumentów oraz wykorzystywane instrumenty interwencyjne);
- 3) postulaty na przyszłość (inicjatywy regulacyjne, perspektywa międzynarodowa, wyzwania).

Uzupełnieniem raportu jest Aneks, w którym zamieszczone zostały materiały uzupełniające. (Raport pokazuje najbardziej spektakularne przypadki nadużyć na krajowym rynku finansowym w ostatnich latach, związane z działalnością spółek Amber Gold i GetBack, polisami z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (tzw. polisolokatami) oraz kredytami denominowanymi lub indeksowanymi do franka szwajcarskiego. Bardzo ważne jest także pokazanie mechanizmów oszustw na rynku finansowym oraz statystyk wymiaru sprawiedliwości w tym zakresie. Z perspektywy prawnej i ekonomicznej zostały przeanalizowane piramidy finansowe. Bardzo dużo uwagi poświęcono zjawisku missellingu oraz prawnym mechanizmom jego zwalczania. Istotne miejsce w Raporcie zajmuje także identyfikacja nieprawidłowości na rynku kredytów konsumenckich oraz „walutowych”.

Raport poświęcony jest nadużyciom i patologiom występującym na polskim rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta. Prezentuje zatem zasadniczo podejście „konsumentocentryczne”. Przy takim punkcie odniesienia Czytelnik otrzymuje zestaw informacji wskazujących, gdzie i jak nastąpiło naruszenie obiektywnych interesów konsumenta. Zagadnieniem o kapitalnym znaczeniu, które znalazło swoje miejsce w Raporcie, jest skuteczność instrumentarium prawnego Komisji Nadzoru Finansowego i Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sferze ochrony konsumentów na rynku finansowym.

Raport daje doskonałą orientację w temacie, przedstawia nowe wątki badawcze oraz zawiera obszerną krajową i zagraniczną bibliografię. Może być inspiracją do dalszych badań i studiów, nie tylko naukowych. Wprowadza pewną metodologię do badania przedmiotowej tematyki i ma charakter przekrojowy, łącząc prawo, ekonomię, etykę, edukację oraz legislację, judykaturę i praktykę.

Mamy nadzieję, że będzie on początkiem regularnych publikacji w tym zakresie, przygotowywanych w celu poprawy funkcjonowania polskiego rynku finansowego.

Publikacja wyraża jedynie poglądy autorów i nie może być utożsamiana z oficjalnym stanowiskiem Rzecznika Finansowego lub Biura Rzecznika Finansowego.

Część 1.

Nieprawidłowości na rynku finansowym: przejawy i wymiary zjawiska

Nadużycia na rynku usług finansowych wobec konsumentów.

Ujęcie ogólne i przeglądowe

dr hab. Edyta Rutkowska-Tomaszewska, Uniwersytet Wrocławski

1. Wstęp

Nadużycia wobec konsumentów ze strony podmiotów świadczących usługi finansowe mogą mieć różny charakter prawny, zakres podmiotowy i wymiar (jednostkowy – indywidualny, zbiorowy, masowy), można również dokonywać rozmaitej ich kwalifikacji prawnej. Niniejsze opracowanie ma charakter wprowadzający, przeglądowy i porządkujący terminologię. Nie zawiera ono szczegółowej charakterystyki poszczególnych typów nadużyć wobec konsumenta na rynku usług finansowych, jest jedynie próbą uporządkowania pewnych pojęć, nazwania wybranych zjawisk, ich zdefiniowania i sklasyfikowania.

Rozważania podjęte w niniejszym opracowaniu dotyczą jedynie najbardziej typowych – także jeśli wziąć pod uwagę ich skalę – przejawów nadużyć wobec konsumenta na rynku finansowym. Niemniej nie sposób nie wymienić (pozostawiając jednak bez bardziej szczegółowego omówienia) tzw. wykroczeń konsumenckich, będących przejawem niedozwolonych praktyk rynkowych¹⁰ w obrocie konsumenckim na rynku usług finansowych, a będą to: posługiwanie się nieuczciwymi klauzulami umownymi mimo orzeczenia sądu uznającego klauzulę za niedozwoloną (art. 138b k.w.¹¹), naruszenia przepisów ustawy o kredycie konsumenckim (art. 138c k.w.), naruszenia przepisów ustawy o prawach konsumenta, w której zostały uregulowane mechanizmy ochrony konsumenta usług finansowych na odległość (art. 139b k.w.), a także przestępstwa na rynku finansowym uregulowane w ustawach sektorowych¹² oraz w ustawach konsumenckich¹³ i

¹⁰ Chodzi o nieuczciwe praktyki rynkowe traktowane szeroko, nie tylko w rozumieniu przyjętym w definicji legalnej zawartej w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

¹¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 821 z późn. zm.).

¹² Tym mianem określa się ustawy regulujące zasady prowadzenia działalności przez poszczególne rodzaje instytucji finansowych oraz określające dozwolony i przypisany im katalog usług finansowych. Są to m.in.: w odniesieniu do banków – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2187 z późn. zm.), w

ustawach odnoszących się do usług finansowych¹⁴ (chodzi tu o ustawę o kredycie konsumenckim, ustawę o kredycie hipotecznym i ustawę o prawach konsumenta).

Szczegółowe rozważania na temat różnych rodzajów nadużyć wobec konsumentów usług finansowych, w tym także tych jedynie tu zasygnalizowanych, zawarte są w dalszych opracowaniach niniejszego Raportu.

2. Stosowanie niedozwolonych klauzul umownych

Ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)¹⁵ oraz niektórych innych ustaw¹⁶, dodano do niej dział IIIA „Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów”.

odniesieniu do form inwestycyjnych – ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2286 z późn. zm.), w odniesieniu do instytucji płatniczych i instytucji pieniądza elektronicznego – ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 659), w odniesieniu do zakładów ubezpieczeniowych i reasekuracyjnych – ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 381 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2210 z późn. zm.), w odniesieniu do funduszy inwestycyjnych i towarzystw inwestycyjnych – ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1355 z późn. zm.), w odniesieniu do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych – ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2386), w odniesieniu do funduszy emerytalnych – ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1906 z późn. zm.).

¹³ Tym mianem określa się ustawy przewidujące jedynie mechanizmy ochrony konsumenta w relacjach z przedsiębiorcą, a więc znajdujące zastosowanie jedynie w obrocie konsumenckim (jednostronnie profesjonalnym) – np. ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 683), ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070), ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1083 z późn. zm.), ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz. U. z 2017 r. poz. 819). Wśród nich są takie, które odnoszą się do usług finansowych w ograniczonym zakresie, jak ustawa o prawach konsumenta, która odnosi się do usług finansowych świadczonych na odległość, lub do poszczególnych ich rodzajów, jak ustawa o kredycie konsumenckim, która dotyczy kredytu konsumenckiego, i ustawa o kredycie hipotecznym, która reguluje kwestie konsumenckiego kredytu hipotecznego, czy ustawa z dnia 23 października 2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 786), która reguluje odrębną kategorię usługi kredytowej dla konsumentów – odwrócony kredyt hipoteczny.

¹⁴ Znajdują się w nich przepisy karne, w których przedmiotem ochrony jest bezpieczne i zgodne z prawem prowadzenie działalności gospodarczej w sferze usług finansowych. Nie są to zatem przepisy, w których przedmiotem ochrony jest bezpośrednio ochrona interesów konsumentów usług finansowych, niemniej są one nakierowane na ochronę interesów konsumentów usług finansowych w sposób pośredni. Czyny karalne na rynku finansowym w obszarze każdego z jego segmentów (sektorów) można uznać za nadużycia wobec konsumentów, gdyż ich skutkiem jest także narażenie lub spowodowanie znacznych strat finansowych.

¹⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369).

¹⁶ Dz. U. z 2015 r. poz. 1634. W ustawie tej, zwanej „nowelizacją konsumencką”, dokonano całkowitej zmiany systemu abstrakcyjnej kontroli klauzul stosowanych we wzorcach umów zawieranych z konsumentami, powierzając tę

Przepis art. 23a u.o.k.k. zakazuje zatem stosowania we wzorcach umów zawieranych z konsumentami postanowień umownych, o których mowa w art. 385¹ k.c., gdzie zostały wskazane przesłanki uznania postanowienia wzorca za niedozwoloną klauzulę umowną. Zgodnie z tym przepisem, aby dane postanowienie umowy uznać za niedozwoloną klauzulę umowną (klauzulę abuzywną), muszą zostać spełnione następujące warunki: postanowienie zostało jednostronnie narzucone (konsument nie miał na nie wpływu, nie zostało ono z nim uzgodnione indywidualnie)¹⁷, kształtuje prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco¹⁸ narusza interesy konsumenta, przy czym nie określa głównego świadczenia stron, w tym ceny lub wynagrodzenia, chyba że świadczenie to nie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny (transparentny).

Poza generalną definicją niedozwolonej klauzuli umownej (art. 385¹ k.c.) ustawodawca wprowadził również listę przykładowych klauzul, które mogą być uznane za niedozwolone postanowienia umowne (art. 385³ k.c.), przy czym każde z postanowień wskazanych w art. 385³ k.c. jest równocześnie uznawane za wypełniające przesłanki ogólnej definicji niedozwolonej klauzuli umownej (objęte „domniemaniem” abuzywności), zawartej w art. 385¹ k.c.

Oprócz tego, że stosowanie klauzul abuzywnych może być uznane przez Prezesa UOKiK za zakazaną praktykę rynkową stosowaną przez przedsiębiorców – w tym także instytucje finansowe zawierające z konsumentami umowy o usługi finansowe, to może mieć również charakter indywidualny, rzadziej jednorazowy. Wynika to z masowego charakteru umów zawieranych z konsumentami, w tym o usługi finansowe, gdyż ta sama klauzula niedozwolona będzie

kwestię Prezesowi UOKiK. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozpatruje obecnie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK.

¹⁷ W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta (art. 385¹ § 3 k.c.). Niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta (są bezskuteczne), jednak w pozostałym zakresie strony są związane umową (art. 385¹ § 2 k.c.). Ciężar dowodu, że postanowienie zostało uzgodnione indywidualnie, spoczywa na tym, kto się na to powołuje (art. 385¹ § 4 k.c.).

¹⁸ Przesłanka „rażącego naruszenia interesów konsumenta” jest interpretowana w wielu orzeczeniach dotyczących niedozwolonych wzorców umownych, por. wyroki SOKiK: z dnia 17 września 2012 r. (XVII AmC 5381/11), z dnia 19 czerwca 2002 r. (XVII AmC 34/01), z dnia 21 stycznia 2013 r. (XVII AmC 1584/12). Dokonując wykładni tej przesłanki, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lipca 2005 r. (I CK 832/04) wskazał, iż w rozumieniu art. 385¹ § 1 k.c. „rażące naruszenie interesów konsumenta” oznacza nieusprawiedliwioną dysproporcję praw i obowiązków na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym, natomiast „działanie wbrew dobrym obyczajom” w zakresie kształtowania treści stosunku obligacyjnego wyraża się w tworzeniu przez partnera konsumenta takich klauzul umownych, które godzą w równowagę kontraktową tego stosunku.

wielokrotnie zastosowana w wielu umowach zawieranych z konsumentami przy wykorzystaniu tego samego wzorca umownego, w którym się ona znajduje. Jako sposób ochrony konsumenta przed niedozwolonymi klauzulami umownymi ustawodawca przewiduje w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w ramach postępowania przed Prezesem UOKiK, kontrolę abstrakcyjną wzorca umownego i niedozwolonych klauzul umownych oraz kontrolę incydentalną (indywidualną) przeprowadzaną w ramach postępowania sądowego przed sądami powszechnymi.

Wspomnianą wyżej nowelizacją konsumencką od dnia 17 kwietnia 2016 r. wprowadzono zatem nową kategorię zakazanej praktyki rynkowej, jaką jest stosowanie we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych klauzul umownych, o których mowa w art. 385¹ § 1 k.c. (art. 23a u.o.k.k.). Jednocześnie uchylono art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k., który uprzednio przewidywał jako rodzaj praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów stosowanie niedozwolonych klauzul umownych wpisanych do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK¹⁹, o którym była mowa w art. 479⁴⁵ k.p.c. Tym samym w miejsce sądowego modelu abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych został wprowadzony administracyjny model abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych, sprawowanej przez Prezesa UOKiK. Dotychczasowy model powodował rozbieżności interpretacyjne na tle tzw. rozszerzonej prawomocności wyroków uznających postanowienia za niedozwolone, co wiązało się także ze znaczną liczbą powództw do sądów²⁰ o uznanie klauzul za niedozwolone, brakiem przejrzystości rejestru oraz ogromną liczbą prawie identycznie brzmiących klauzul doń wpisanych. Z uwagi na niewydolność dotychczasowego modelu, nieefektywność i liczne kontrowersje dokonano jego zmiany na model administracyjny (model kontroli postanowień wzorca umowy w postępowaniu administracyjnym, poddany kontroli sądowej – tzw. model hybrydowy). Obecnie art. 23d u.o.k.k. przesądza, wobec kogo

¹⁹ Rejestr klauzul abuzywnych prowadzony przez Prezesa UOKiK będzie obowiązywał przez okres 10 lat od daty wejścia w życie nowelizacji konsumenckiej (to jest od dnia 17 kwietnia 2016 r., czyli do dnia 17 kwietnia 2026 r.). Do rejestru będą wpisywane klauzule, co do których toczy się postępowanie według dotychczasowych (poprzednio obowiązujących) przepisów, w których o uznaniu klauzuli za abuzywną przesądza prawomocny wyrok sądu powszechnego – SOKiK. Obecnie jego znaczenie należy zawsze oceniać w świetle art. 23d u.o.k.k. oraz ostatniego orzecznictwa SN, w tym dotyczącego rozszerzonej skuteczności orzeczeń SOKiK o uznaniu postanowienia wzorca za niedozwolone (por. uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, LEX nr 1916698).

²⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, druk Sejmu VII kadencji nr 3662, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/57BB3F7DA2124E0FC1257E8200440367/%24File/3662.pdf>, s. 5 [dostęp: 6.08.2019].

wiążąca jest prawomocna decyzja Prezesa UOKiK. Ma ona skutek wobec przedsiębiorcy, w stosunku do którego została wydana, a także wobec wszystkich konsumentów, którzy zawarli z tym przedsiębiorcą umowę na podstawie wzorca umownego, w którym znalazło się abuzywne postanowienie umowne (rozszerzona skuteczność decyzji o uznaniu postanowienia wzorca za niedozwolone)²¹.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydaje decyzję o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i zakazującą jego wykorzystywania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 23a. W swej decyzji przytacza on treść postanowienia wzorca umowy uznanego za niedozwolone, a także może określić środki usunięcia trwających skutków naruszenia tego zakazu, w szczególności może zobowiązać przedsiębiorcę do: poinformowania konsumentów, będących stronami umów zawartych na podstawie wzorca, o uznaniu za niedozwolone postanowienia tego wzorca – w sposób określony w decyzji; złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji (art. 23b u.o.k.k.).

Obecnie zatem Prezes UOKiK jest organem właściwym do sprawowania abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych i wydawania decyzji w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, w tym także w tych dotyczących konsumenckich umów o usługi finansowe.

Nie wyłącza to jednak możliwości dochodzenia przez konsumenta przed sądami powszechnymi (sądami cywilnymi) uznania za bezskuteczne niedozwolonych postanowień w ramach indywidualnej kontroli postanowień wzorca umowy lub też w ramach postępowania grupowego, gdzie wyrok w takiej sprawie będzie wiązał wyłącznie jego strony.

Stosowanie niedozwolonych klauzul umownych przez przedsiębiorcę w obrocie konsumenckim może być zatem zarówno deliktem administracyjnym, jak i cywilnym.

²¹ Tym samym zlikwidowano występujące wcześniej w praktyce i doktrynie kontrowersje dotyczące rozszerzonej skuteczności (*erga omnes*) orzeczenia SOKiK o uznaniu postanowień wzorca za niedozwolone oraz dotyczące charakteru wpisu tych klauzul do prowadzonego przez Prezesa UOKiK rejestru niedozwolonych postanowień klauzul umownych.

3. Nieuczciwe praktyki rynkowe

Nieuczciwe praktyki rynkowe uregulowane są w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej: u.p.n.p.r.)²². Zgodnie z art. 3 u.p.n.p.r. są one zakazane i nie mogą być stosowane przez przedsiębiorców wobec konsumentów, czyli w obrocie konsumenckim, a więc są deliktem konsumenckim, a sama ustawa określa „zasady przeciwdziałania tym praktykom w interesie konsumentów i w interesie publicznym” (art. 1 u.p.n.p.r.). Definicja nieuczciwej praktyki rynkowej zawarta jest w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.: jest nią taka praktyka rynkowa²³, która jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca²⁴ lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego²⁵ konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu (usługi)²⁶, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu.

W szczególności nieuczciwą praktyką rynkową jest praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd, agresywna praktyka rynkowa, stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk oraz prowadzenie działalności w formie systemu konsorcyjnego lub organizowanie grupy z udziałem konsumentów w celu finansowania zakupu w systemie konsorcyjnym, które to praktyki nie podlegają ocenie w świetle przesłanek klauzuli generalnej zamieszczonej w ust. 1 (art. 4 ust. 2 i 3 u.p.n.p.r.). Definicja nieuczciwej praktyki rynkowej zawarta jest zatem w klauzuli generalnej i otwartym katalogu przykładowych nieuczciwych praktyk, które nie muszą wypełniać przesłanek uznania praktyki za nieuczciwą wskazanych w tej klauzuli. Tym samym ustawodawca – oprócz

²² Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070.

²³ Pojęcie praktyk rynkowych obejmuje działania lub zaniechania przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu (usługi) przez konsumenta (art. 2 pkt 4 u.p.n.p.r.).

²⁴ Ustawa nie wyjaśnia bliżej pojęcia „zniekształcenie zachowania konsumentów”. W odniesieniu do praktyk wprowadzających w błąd wskazuje, że ich skutkiem może być podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Podjęcie innej decyzji niż ta, którą by konsument podjął, gdyby znał prawdziwy stan rzeczy, jest najczęstszą formą zniekształcenia zachowania konsumentów.

²⁵ Zgodnie z art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. przez przeciętnego konsumenta rozumie się konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych oraz biorąc pod uwagę przynależność 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.

²⁶ W ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym produkt jest rozumiany szeroko i zgodnie z jej art. 2 pkt 3 obejmuje „każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych”.

klauzuli generalnej – tworzy katalog nazwanych nieuczciwych praktyk rynkowych, który ma charakter otwarty, oraz pozostawia możliwość kwalifikowania jako nieuczciwych innych praktyk rynkowych wynikających z postępu technicznego i technologicznego²⁷, niemieszczących się w grupie praktyk nazwanych, na podstawie klauzuli generalnej (art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.). Katalog nieuczciwych praktyk rynkowych zawarty w art. 4 ust. 2 u.p.n.p.r. ma charakter przykładowy i obejmuje te nieuczciwe praktyki rynkowe, które zostały przez ustawodawcę nazwane.

Pojęcie „nieuczciwe praktyki rynkowe” obejmuje: klauzulę generalną – definicję legalną nieuczciwej praktyki rynkowej (art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.), nazwane nieuczciwe praktyki rynkowe – działania wprowadzające w błąd (art. 5 u.p.n.p.r.) i zaniechania (art. 6 u.p.n.p.r.) oraz praktyki agresywne (art. 8 u.p.n.p.r.), a także „czarną listę” nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 7 i 9 u.p.n.p.r.).

Definicja legalna pojęcia „przeciętny konsument” – zawarta w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. – nie posługuje się specjalistyczną terminologią i nie odsyła do wiedzy, która nie jest dostępna sądowi orzekającemu w sprawie. Odwołuje się ona do pewnego zasobu wiedzy socjologicznej, psychologicznej czy lingwistycznej, nie wychodzi jednak poza poziom wiedzy ogólnodostępnej²⁸, ale odnosi się do pojęć powszechnie określanych jako wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, w oparciu o które sąd winien dokonać oceny dowodów²⁹.

Sądy polskie stosują unijny model konsumenta³⁰, podkreślając, że „przeciętny konsument jest osobą dojrzałą i krytyczną, która posiada określony zasób informacji o otaczającej go rzeczywistości i potrafi go wykorzystać, dokonując analizy przekazów rynkowych. Jednakże poziom nasilenia wskazanych cech wymaganych u przeciętnego konsumenta zależy od rynku, na którym stosowana jest dana praktyka”³¹. W doktrynie i orzecznictwie Prezesa UOKiK zgłaszane były wątpliwości co do zasadności pełnego przyjęcia tego modelu. Podnoszono w szczególności, że

²⁷ Szerzej: M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 68–69.

²⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 14 kwietnia 2015 r. (VI ACa 821/14, LEX nr 1680054).

²⁹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 18 czerwca 2015 r. (VI ACa 1126/14, LEX nr 1808806)

³⁰ Por. wyroki SN: z dnia 3 grudnia 2003 r. (I CK 358/02, Biul. SN 2004, nr 5, poz. 7), z dnia 6 grudnia 2007 r. (III SK 20/07, OSNP 2009, nr 3-4, poz. 55), z dnia 4 marca 2014 r. (III SK 34/13, LEX nr 1463897)

³¹ Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2003 r. (I CK 358/02, Biul. SN 2004, nr 5, poz. 7), [za:] A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*.

model ten powinien ulec pewnej modyfikacji i uwzględnić mniejsze doświadczenie i słabszą znajomość reguł rynkowych wśród polskich konsumentów. Niewątpliwie rynek usług finansowych należy do skomplikowanych i trudno stawiać konsumentom tych usług takie wymogi. Łatwo też zauważyć, że konsument usług finansowych – nawet dobrze zorientowany i bardzo uważny – nie jest profesjonalistą i nie posiada specjalistycznej wiedzy na temat tych usług, zarówno jeśli idzie o ich istotę, jak i związane z nimi ryzyka. Nie zawsze przekazywane mu przez instytucje finansowe informacje – o ile w ogóle są one pełne i prezentowane we właściwy sposób – są dla niego zrozumiałe i nie zawsze potrafi ocenić sytuacji jak profesjonalista.

W związku z tym, że na rynku usług finansowych najbardziej dotkliwe i jednocześnie powszechne są nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd, zostaną one dalej scharakteryzowane.

Zgodnie z art. 5 u.p.n.p.r. praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Zazwyczaj odbywa się to przez: rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji lub też prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd; nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk³².

Nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd przez zaniechanie występują wówczas, gdy przedsiębiorca pomija istotne informacje³³, do udzielenia których jest zobowiązany wobec przeciętnego konsumenta. Skutkiem takiego działania przedsiębiorcy jest powstanie na tej podstawie błędnego wyobrażenia odnośnie do stanu rzeczywistego, co potencjalnie lub realnie

Komentarz, wyd. II, e/LEX, 2016, komentarz do art. 24. Por. także: M. Sieradzka, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX/el., komentarz do art. 24.

³² Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.p.n.p.r. kodeks dobrych praktyk jest zbiorem 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.

³³ Informacje istotne, o których mowa w art. 6 u.p.n.p.r., dzielą się na: informacje, których obowiązek podania wynika z przepisów szczególnych, oraz informacje, których obowiązek podania nie wynika z przepisów szczególnych, ale należy je podać, zgodnie z art. 6 ust. 4 u.p.n.p.r.

może wpłynąć na podjęcie decyzji gospodarczej przez przeciętnego konsumenta, której inaczej by nie podjął³⁴.

„Wprowadzenie w błąd prowadzi do ukształtowania w świadomości konsumenta zniekształconego wyobrażenia o produkcie, które w konsekwencji ma skłonić go do decyzji korzystnej z punktu widzenia przedsiębiorcy, lecz powodującej szkodę w majątku konsumenta, lub choćby tylko możliwość poniesienia takiej szkody”³⁵ i polega na zniekształceniu procesu decyzyjnego przeciętnego konsumenta poprzez wytworzenie³⁶ w jego umyśle mylnego przekonania co do transakcji, w którą się angażuje.

Jako praktykę wprowadzającą w błąd należy kwalifikować każdą praktykę, która w jakikolwiek sposób, w tym również przez swoją formę, wywołuje skutek w postaci co najmniej możliwości wprowadzenia w błąd przeciętnego konsumenta³⁷, do którego jest skierowana, i jako taka może zniekształcić jego zachowanie rynkowe.

Zatem niewykonanie bądź nienależyte wykonanie obowiązków informacyjnych spoczywających na instytucjach finansowych wobec konsumentów, a wynikających zarówno z ustaw konsumenckich, jak i sektorowych, może być uznane za nieuczciwą praktykę rynkową, spełniającą kryteria wskazane w art. 4 u.p.n.p.r. (zwłaszcza praktykę wprowadzającą w błąd), wraz z możliwością wystąpienia z roszczeniami konsumenckimi przewidzianymi w art. 12 u.p.n.p.r. i odwróconym ciężarem dowodowym (art. 13 u.p.n.p.r.).

Nieuczciwe praktyki rynkowe w przeważającej części spełniają warunki pozwalające zakwalifikować jako praktyki naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 u.o.k.k.). W katalogu zachowań przedsiębiorców uznawanych za nieuczciwe praktyki rynkowe na rynku usług finansowych, które to mogą być jednocześnie kwalifikowane jako praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, są nieuczciwe praktyki rynkowe wprowadzające w błąd (zarówno przez działania, jak i zaniechania).

³⁴ Wyrok SA w Warszawie z dnia 19 września 2018 r. (VII AGa 1116/18, LEX nr 2601096).

³⁵ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 29 grudnia 2017 r. (I ACa 229/17, LEX nr 2493665).

³⁶ Wystarczy bowiem samo wystąpienie możliwości wprowadzenia w błąd – wyroki SA w Warszawie: z dnia 29 listopada 2017 r. (VII ACa 1002/17, LEX nr 2477326), z dnia 8 marca 2017 r. (VI ACa 1644/15, LEX nr 2302151), z dnia 27 stycznia 2017 r. (VI ACa 1578/15, LEX nr 2295332).

4. Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów

Inną kategorią zakazanych praktyk rynkowych są praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, zdefiniowane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jako godzące w zbiorowe interesy konsumentów, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy (art. 24 ust. 2 u.o.k.k.). Ustawodawca poza tą definicją wymienia przykładowy katalog takich praktyk, stanowiąc, że są nimi m.in.: naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji (art. 24 ust. pkt 2 u.o.k.k.); nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji (art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.); proponowanie konsumentom 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 (art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.).

Definicja praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 1 u.o.k.k.) składa się więc z: klauzuli generalnej (bezprawne lub sprzeczne z dobrymi obyczajami działanie przedsiębiorcy godzące w zbiorowe interesy konsumentów) oraz wyliczenia przykładowych czterech grup praktyk.

Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów odnosi się zatem do wszystkich tych sytuacji, w których praktyka jest działaniem lub zaniechaniem przedsiębiorcy, sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, godzącym w zbiorowy interes konsumentów. Nie wszystkie bezprawne zachowania przedsiębiorcy naruszają interesy konsumentów³⁷ i aby możliwe było ustalenie, że nastąpiło takie naruszenie, niezbędne jest istnienie związku między czynem bezprawnym a interesem konsumentów³⁸. Praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów będzie więc każde zachowanie przedsiębiorcy (działanie lub zaniechanie), które narusza przepisy

³⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 22 stycznia 2016 r. (I ACa 648/15, LEX nr 2008294), wyrok SA w Warszawie z dnia 30 listopada 2015 r. (VI ACa 1685/14, LEX nr 2019933), wyrok SA w Warszawie z dnia 6 lutego 2018 r. (VII AGa 23/18, LEX nr 2522744).

³⁸ Wyrok SOKiK z dnia 23 maja 2011 r. (XVII AmA 212/09, niepubl.); D. Miąsik, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Legalis, komentarz do art. 24.

³⁹ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Legalis.

prawa lub dobre obyczaje, jeżeli godzi w zbiorowy interes konsumentów, przy czym sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami nie musi istnieć jednocześnie⁴⁰.

Przy definiowaniu dobrych obyczajów zwraca się uwagę na kryteria uczciwości oraz etyczno-moralne, gdyż dobre obyczaje to reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami⁴¹, a punktem odniesienia mogą być także normy środowiskowe, w szczególności zbiory dobrych praktyk zawartych w kodeksach etycznych opracowywanych dla poszczególnych grup zawodowych, co ma miejsce na rynku usług finansowych, gdzie stosowane są kodeksy dobrych praktyk⁴².

Co się tyczy definiowania zbiorowego interesu konsumentów, powinno się to odbywać przez pryzmat art. 1 ust. 1 u.o.k.k., a więc działania przedsiębiorcy winny być powszechne i dotyczyć każdego potencjalnego konsumenta będącego kontrahentem przedsiębiorcy (wszystkich aktualnych lub potencjalnych klientów, traktowanych jako grupa uczestników rynku zasługująca na szczególną ochronę)⁴³. Zbiorowy interes konsumentów nie jest sumą (zbiorem) interesów indywidualnych (art. 24 ust. 3 u.o.k.k.), co oznacza, że kryterium ilościowe nie jest wystarczające dla wskazania naruszenia zbiorowego interesu konsumentów (o kwalifikacji zachowania jako praktyki w rozumieniu art. 24 ust. 2 u.o.k.k. nie decyduje liczba konsumentów dotkniętych negatywnymi konsekwencjami zachowania przedsiębiorcy). Do naruszenia zbiorowego interesu konsumentów dochodzi niezależnie od tego, czy zachowanie przedsiębiorcy narusza interesy jednego, dwóch, stu lub tysiąca konsumentów. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy w wyniku naruszenia indywidualnego interesu konsumenta dojdzie jednocześnie do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów⁴⁴, gdyż jednostkowy ujawniony przypadek naruszenia prawa konsumenta

⁴⁰ M. Sieradzka, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX/el., komentarz do art. 24.

⁴¹ Wyrok SOKIK z dnia 21 stycznia 2013 r. (XVII AmC 1584/12).

⁴² Dla przykładu można tu wskazać: Związek Banków Polskich, *Kodeks Etyki Bankowej (Zasady Dobrej Praktyki Bankowej)*, przyjęty na XXV Walnym Zgromadzeniu ZBP w dniu 18 kwietnia 2013 r., https://zbp.pl/public/repozytorium/dla_konsumentow/rekomendacje/KEB_final_WZ.pdf [dostęp: 11.08.2019] oraz *Zasady Dobrych Praktyk Przedsiębiorstw Zrzeszonych w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych w Polsce*, http://www.kpf.pl/pliki/etyka/zasady_dobrych_praktyk_pdf [dostęp: 11.08.2019].

⁴³ Adresatem praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może stać się grupa konsumentów – kategoria lub zbiór konsumentów o pewnych cechach. Interes zbiorowy to zatem także interes grupy konsumentów, których łączy pewna wspólna cecha. Na temat rozumienia zbiorowych interesów konsumentów por. M. Sieradzka, *Wykładnia pojęcia „zbiorowy interes konsumentów” na tle orzecznictwa*, „Glosa” 2008, nr 3, s. 102 i nast.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 12 września 2003 r. (I CKN 504/01, LEX nr 132253).

może bowiem być przejawem często lub nawet powszechnie stosowanej praktyki naruszającej interes zbiorowy. Do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów konieczne jest, by działanie przedsiębiorcy było skierowane nie do konkretnego adresata, lecz do adresata, którego nie da się z góry oznaczyć indywidualnie. Stąd należy zgodzić się ze stanowiskiem, że gdy postępowaniem określonego przedsiębiorcy potencjalnie może być dotknięty inny konsument w analogicznych okolicznościach, to wówczas mamy do czynienia z naruszeniem zbiorowych interesów konsumentów, chociażby faktycznie naruszono interes jednego tylko konsumenta⁴⁵. Różnica pomiędzy naruszeniem interesów indywidualnych konsumentów a ich interesów zbiorowych polega na tym, że w tym pierwszym przypadku bezprawne działania podejmowane przez przedsiębiorcę są skierowane przeciwko konkretnemu adresatowi i jedynie w stosunku do niego wywołują skutek prawny, a nie są kierowane także „wobec innych niezindywidualizowanych podmiotów”⁴⁶.

Przykładem praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wskazanym w art. 24 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k., jest naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji (tzw. obowiązku informacyjnego), przy czym nie stanowi on samodzielnej podstawy obowiązku informacyjnego przedsiębiorców.

Jeśli zaś chodzi o czyny nieuczciwej konkurencji, wymienione także jako rodzaj praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.), trzeba zaznaczyć, że są one takimi wówczas, jeśli godzą w zbiorowe interesy konsumentów, bowiem nie każdy czyn nieuczciwej konkurencji spełnia jednocześnie tę przesłankę. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji oraz typowych postaci czynu nieuczciwej konkurencji wskazuje art. 3 oraz art. 5–17d ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.)⁴⁷. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.), a w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenia przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze

⁴⁵ Tak: C. Banasiński, I. Wesółowska, *Ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, [w:] C. Banasiński (red.), *Standardy wspólnotowe w polskim prawie ochrony konsumenta*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2004, s. 283.

⁴⁶ Por. M. Szydło, M. Szydło, *Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów*, *Monitor Prawniczy*. 2004, nr 17, s. 794; R. Stefanicki, *Ochrona zbiorowych interesów konsumentów w świetle ustawodawstwa Unii Europejskiej na przykładzie dyrektywy z 19 maja 1998 r.*, „Prawo Unii Europejskiej” 2002, nr 2, s. 26.

oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (art. 3 ust. 2 u.z.n.k.)⁴⁸.

Ochrona zbiorowych interesów konsumentów przewidziana w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie wyłącza ochrony wynikającej z innych ustaw, w szczególności z przepisów o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 25 u.o.k.k.).

5. Misselling usług finansowych

Zjawisko missellingu⁴⁹ usług finansowych – polegające na oferowaniu i sprzedaży usług finansowych niedopasowanych do potrzeb konsumentów – w sposób dotkliwy stało się zauważalne w rzeczywistości pokryzysowej, w tym także w Polsce. Angielski termin *misselling* – w dosłownym tłumaczeniu chybiona, nieczysta lub błędna sprzedaż usługi finansowej – najogólniej jest nieuczciwą i nieetyczną „sprzedażą” produktów i usług finansowych niedopasowanych i nieodpowiednich do potrzeb konsumentów.

Po raz pierwszy zjawisko to zostało zdefiniowane przez brytyjski organ nadzoru nad rynkiem usług finansowych FSA (*Financial Services Authority*), a jego następcą FCA (*Financial Conduct Authority*) dokonał rozszerzenia tej definicji. FSA definiował misselling jako „dostarczanie konsumentom nieodpowiednich i nieuczciwych produktów”⁵⁰ poprzez zaniedbanie pewnych zasad, takich jak prowadzenie firmy (w domyśle instytucji finansowej) z troską o interesy

⁴⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010.

⁴⁸ Definicje stygzizowanych czynów nieuczciwej konkurencji wymienionych w art. 3 ust. 2 u.z.n.k. zawierają przepisy art. 5–17d u.z.n.k.

⁴⁹ W dosłownym tłumaczeniu pojęcie *misselling* oznacza chybioną, nieczystą lub błędną sprzedaż usługi finansowej. Szerzej na temat pojęcia, charakterystyki i rodzajów usług finansowych por. m.in. E. Rutkowska-Tomaszewska, *Praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów na rynku usług finansowych ze szczególnym uwzględnieniem rynku usług bankowych na przykładzie wybranych najnowszych decyzji Prezesa UOKiK*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 5; J. Sroczyński, *Misselling: nowy rodzaj zakazanej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 4.

⁵⁰ FSA, *FSA advises industry on definition of "mis-selling"*, <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2003/052.shtml> [dostęp: 11.08.2019].

konsumentów, traktowanie uczciwie klientów, obserwacja i rozpoznanie ich potrzeb, komunikacja w sposób zrozumiały i spójny⁵¹. FCA natomiast uznał, że misselling oprócz sprzedaży może dotyczyć: „udzielenia nieodpowiedniej porady, zbędnych informacji lub niewyjaśnienia podejmowanego ryzyka, czego rezultatem jest podpisanie przez klienta niekorzystnej dla niego umowy”⁵². FCA wskazał, że missellingiem jest także samo ukrywanie ryzyka i udzielenie nieodpowiedniej porady, która nie wyjaśnia podejmowanego ryzyka⁵³.

Także w doktrynie pojawiły się różne próby definiowania missellingu, które jednak nie będą szerzej w tym miejscu prezentowane. Niezależnie od różnic występujących w sposobie definiowania tego zjawiska czy określania jego cech charakterystycznych trzeba podkreślić, że nieodmiennie wskazuje się na: nieodpowiednie zachowanie wobec konsumentów, naruszanie norm etycznych i prawnych, sprzedaż produktów i usług niedopasowanych (niepotrzebnych, zbyt ryzykownych) do potrzeb konsumentów, wykorzystanie przewagi instytucji finansowej nad klientem oraz jego niedoinformowania, niewiedzy i braku świadomości ryzyka, czyli sprzedaż nieodpowiednich produktów i usług finansowych w nieodpowiedni sposób, a także konstruowanie i sprzedaż zbyt skomplikowanych i ryzykownych produktów oraz usług, które takimi są od samego początku. Podkreśla się negatywny wydźwięk zjawiska i wskazuje na nieetyczność zachowań podmiotów świadczących konsumentom usługi finansowe. Misselling – jako wprowadzające w błąd oferowanie i sprzedaż usług finansowych niedostosowanych do potrzeb konsumentów – może być świadomym działaniem pracowników instytucji finansowych, nakierowanym na realizację planów sprzedażowych (czemu towarzyszy wewnętrzny system motywacyjny instytucji, w szczególności różnego rodzaju prowizje, premie, bonusy i nagrody). Pracownicy ci chcą „sprzedać produkt finansowy za wszelką cenę, nawet jeśli nie jest on potrzebny klientowi”, bo jest „zwierzyna, którą za wszelką cenę trzeba upolować”⁵⁴. Może być także działaniem nieświadomym i

⁵¹ FSA, *FSA advises industry on definition of mis-selling*, <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2003/052.shtml> [dostęp: 11.08.2019].

⁵² Money Advice Service, *Financial mis-selling – what to do if you're affected*, <https://www.moneyadviceservice.org.uk/en/articles/financial-mis-selling-what-to-do-if-you-think-its-affected-you> [dostęp: 11.08.2019].

⁵³ <https://www.fca.org.uk/about/principles-good-regulation> [dostęp na 26.04.2019].

⁵⁴ M. Ganczar, *Misselling – nowa praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów w świetle nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2015 r.*, [w:] M. Czarnecka, T. Skoczny (red.), *Prawo konsumenckie w*

wynikającym z braku odpowiednich kompetencji, stosownej wiedzy i umiejętności pracownika instytucji finansowej, czego skutkiem mogą być zaniedbania i nadużycia wobec konsumenta, wyrażające się w nieprzekazaniu lub niewłaściwym przekazaniu wymaganych ustawowo obowiązków informacyjnych.

Misselling może mieć charakter indywidualny, ale najczęściej jest to praktyka stosowana na masową skalę (naruszająca zbiorowe interesy konsumentów). Zawsze jednak sprzedaż nieodpowiednich produktów i usług finansowych stawia konsumentów w niekorzystnym położeniu, narażając ich na wiele niedogodności, a nawet straty finansowe, będące konsekwencją wprowadzenia w błąd oraz naruszenia obowiązku rzetelności, profesjonalizmu i przekazywania prawdziwej, rzetelnej i jednoznacznej informacji o usłudze finansowej (produkcie). Dotyczy to wszelkich jej cech, ryzyk z nią związanych i innych istotnych informacji, w tym w szczególności odpłatności, a więc wszelkich kosztów, które konsument musi ponieść. Usługa, która jest oferowana (sprzedawana) konsumentowi, musi być prawdziwa i realna, czyli musi być tak zaprezentowana konsumentowi, by został oddany jej stan rzeczywisty, a nie być ukazywana w sposób marketingowy, gdzie podkreśla się jedynie pozytywne cechy z pominięciem innych istotnych i prawdziwych informacji, w tym także o ryzyku, choćby było ono tylko potencjalne.

Podsumowując, można przyjąć, że misselling obejmuje różne działania (zaniechania) instytucji finansowych o charakterze marketingowym, na etapie sprzedaży i samego proponowania produktu, mające wspólny cel: sprzedać „za wszelką cenę” produkt finansowy, bez względu na to, czy klient go potrzebuje, czy też nie⁵⁵. Nie musi dojść do faktycznej sprzedaży – wystarczy sama reklama, samo proponowanie wprowadzające w błąd, prezentujące ten produkt lub usługę jako coś niezwykle atrakcyjnego (w nierzeczywisty i nieprawdziwy sposób), co wprowadza w błąd co do charakteru danego produktu, nie jest jasne i wystarczająco zrozumiałe. Misselling obejmuje także konstrukcję zbyt skomplikowanych, ryzykownych i z góry nieodpowiednich produktów, które są potem oferowane konsumentom, niezależnie od tego, czy są oni wprowadzani w błąd i w jakim zakresie.

praktyce, C.H. Beck, Warszawa 2016, książka dostępna w serwisie Legalis <http://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi2dkmjugu4dimi> [dostęp: 11.08.2019].

⁵⁵ M. Ganczar, *op. cit.*

Str. 30

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Narastające zjawisko missellingu na rynku usług finansowych przyczyniło się do nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁶ i wprowadzeniu od dnia 17 kwietnia 2016 r. nowej kategorii zakazanej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów – missellingu usług finansowych (art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.). Potrzeba wzmocnienia ochrony przed praktykami tego rodzaju wynika z zagrożenia, jakie powstaje dla konsumenta w związku z nabywaniem usług finansowych. Identyfikacja praktyk na rynku finansowym, w których oferowane produkty często nie były dostosowane do potrzeb nabywców – na przykład na rynkach kredytów konsumenckich, ubezpieczeń na życie, kredytów hipotecznych denominowanych w walutach obcych – wpłynęła na umieszczenie missellingu w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Praktyka ta polega na świadczeniu przez instytucje finansowe usług nieodpowiednich i nieadekwatnych, bo niedopasowanych do potrzeb konsumentów, a dokładnie 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” (art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.). Ustawodawca objął zakresem definicji jedynie „proponowanie nabycia usług finansowych”, przy czym nie zdefiniował tego pojęcia nawet poprzez odesłanie do innych definicji. Wydaje się jednak, że w tym zakresie pomocna może być definicja pojęcia „propozycja nabycia produktu”, zawarta w art. 2 pkt 6 u.p.n.p.r., w myśl której jest to informacja handlowa określająca cechy produktu oraz jego cenę, w sposób właściwy dla użytego środka komunikowania się z konsumentami, która to informacja bezpośrednio wpływa bądź może wpływać na podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy. Tym samym zakres znaczeniowy słowa „proponowanie” obejmuje zestaw informacji o oferowanych warunkach, zamieszczony w ulotkach, na stronach internetowych lub w inny zwyczajowo przyjęty sposób. Są to informacje przekazywane konsumentowi bezpośrednio przed podjęciem decyzji o zawarciu umowy i prezentujące istotne warunki umowne.

Co istotne, tak określany misselling jest rodzajem praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, co oznacza, że oprócz wskazanych przejawów (charakterystyk) musi spełniać

⁵⁶ Ustawa z dnia 15 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 1634).

również przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 u.o.k.k., a więc być sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami zachowaniem przedsiębiorcy, godzącym w zbiorowe interesy konsumentów.

Ustawodawcy nie chodziło o podważanie produktów finansowych, a wyłącznie o ich niedopasowanie do potrzeb konsumenta. Wprowadzenie zakazu missellingu miało wymusić na instytucjach finansowych: etyczne postępowanie w zakresie proponowania konsumentom produktów finansowych, dokonywanie oceny swoich produktów pod kątem ich przydatności dla określonych grup konsumentów i kierowanie ich do grup docelowego oraz rzeczywistego przeznaczenia, w sposób niewprowadzający w błąd, z zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty oraz z poszanowaniem rzetelności i uczciwości, a więc dobrych obyczajów.

Zakaz missellingu, sformułowany w odniesieniu do wszystkich konsumenckich usług finansowych, dotyczy proponowania konsumentom usług finansowych, które nie odpowiadają ich potrzebom, ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów, lub proponowania nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru. Oznacza to jednocześnie, że sformułowano nakaz świadczenia usług finansowych odpowiednich, adekwatnych i dopasowanych do potrzeb konsumenta, nie nakładając jednocześnie na instytucje finansowe obowiązków związanych z badaniem adekwatności i odpowiedniości tych usług. W przypadku niektórych usług jest to jednak połączone z obowiązkiem badania tak poziomu wiedzy, doświadczenia, świadomości ryzyka związanego z usługą finansową, jak i sytuacji finansowej konsumenta. Obowiązki związane z koniecznością badania adekwatności i odpowiedniości usługi nakładają na instytucje finansowe odrębne ustawy (np. w odniesieniu do usług inwestycyjnych – ustawa o obrocie instrumentami finansowymi i tzw. rozporządzenie mifidowskie⁵⁷, w odniesieniu do usług ubezpieczeniowych – w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i rozporządzeniu wykonawczym do niej⁵⁸ oraz w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń). W istocie chodzi o to, by właściwe (dobre) dla konsumenta były zarówno sama

⁵⁷ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 30 maja 2018 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. z 2018 r. poz. 1112).

⁵⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 2 lutego 2016 r. w sprawie minimalnego zakresu danych zamieszczanych w ankiecie dotyczącej potrzeb ubezpieczającego lub ubezpieczonego (Dz. U. z 2016 r. poz. 167).

umowa o usługę finansową, jak i informacja o niej, w tym o „produkcie finansowym” będącym jej przedmiotem. Chodzi o dostosowanie produktu finansowego – również przez odpowiedni przekaz informacyjny, dostosowany do indywidualnego klienta – do sytuacji finansowej, wiedzy i doświadczenia konkretnego klienta, a także o zapewnienie dostępu do kluczowych transparentnych, rzetelnych, przekazywanych w zrozumiały sposób informacji umożliwiających klientom podjęcie właściwej decyzji⁵⁹.

Misselling odnosi się do nieuczciwych praktyk w reklamie lub sprzedaży, a nawet do samej konstrukcji produktu (usługi finansowej), który z założenia jest nieodpowiedni dla konsumenta. Praktyki określane tym mianem poprzez „taki a nie inny” (zazwyczaj niepełny, skrzywiony i nieprawdziwy) przekaz informacji skłaniają konsumenta do decyzji o zakupie produktu niedopasowanego do jego potrzeb. Misselling może zatem być traktowany: jako nieuczciwa praktyka rynkowa, zakazana przez ustawę o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, a także – gdy dotyka interesu zbiorowego konsumenta – jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów, jako cywilnoprawny delikt konsumencki (gdy narusza odpowiednie przepisy nakazujące badanie adekwatności i odpowiedniości usługi finansowej do potrzeb konsumenta) lub też może stanowić szczególną odmianę przestępstwa oszustwa.

6. Podsumowanie

Nadużycia wobec konsumenta na rynku usług finansowych mogą mieć rozmaite charakter i wymiar. Można dokonywać różnej ich kwalifikacji prawnej, ale niezależnie od niej pozostają wyrazem deficytu etyki, braku realizacji idei społecznej odpowiedzialności biznesu i zastosowania *compliance*. Wreszcie – jeśli nie przede wszystkim – godzą w niezwykle istotną dla funkcjonowania rynku finansowego wartość, jaką jest zaufanie do rynku jako takiego, do instytucji finansowych go tworzących i do tzw. infrastruktury instytucjonalnej służącej zarówno zapewnieniu bezpieczeństwa oraz stabilności tego rynku, jak i ochronie konsumenta.

Wszelkie zatem nadużycia ze strony instytucji finansowych – czy to w postaci niedozwolonych praktyk rynkowych (praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumenta,

⁵⁹ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Idea ochrony konsumenta przez informację na rynku usług finansowych. Dokąd zmierza? (powinna zmierzać?)*, [w:] E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Informacja na rynku usług finansowych*, PWE, Warszawa 2019 .

nieuczciwych praktyk rynkowych, missellingu, stosowania niedozwolonych klauzul umownych), czy czynów karalnych (przestępstwa „sektorowe”, „wykroczenia konsumenckie”), czy też innego typu cywilnoprawnych deliktów (czynów niezgodnych z przepisami prawa, stanowiących naruszenia przewidzianych w nich obowiązków, zakazów, nakazów) – są niezwykle szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego, a także stanowią przejaw naruszania interesów konsumentów i często oznaczają dla nich dotkliwość finansową i wiążą się z ryzykiem poniesienia strat, poprzez zaangażowanie własnych środków w bardzo ryzykowne produkty czy usługi finansowe, lub nadmiernych kosztów związanych z nabytą usługą finansową.

Nadużycia te mogą mieć wymiar indywidualny, gdy konkretna praktyka rynkowa konkretnego podmiotu rynku finansowego dotyczy konkretnego konsumenta, jednak zdarza się to rzadko. Zazwyczaj mają one charakter masowy i powtarzalny, co oznacza, że nieprawidłowe praktyki rynkowe dotyczą wszystkich konsumentów, i to nie tylko klientów danej instytucji finansowej, bo nawet wiele innych instytucji finansowych dopuszcza się takich samych praktyk wobec swoich klientów. Szczególnie dotkliwe w rzeczywistości pokryzysowej są misselling (który ma zasięg międzynarodowy, w tym sensie, że ujawnił się w wielu krajach, nie tylko w Polsce) oraz stosowanie w konsumenckich wzorcach umownych niedozwolonych klauzul. Trudno często jednoznacznie określić rodzaj danego nadużycia z uwagi na fakt, że to samo zachowanie (działanie lub zaniechanie) różnych instytucji finansowych może być zakwalifikowane jako odmiennego rodzaju nadużycie. Na przykład nieuczciwa praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd może być praktyką indywidualną, praktyką zbiorową, stanowić wykroczenie konsumenckie, a nawet może być zakwalifikowana jako przestępstwo oszustwa, stanowić piramidę finansową czy być przejawem manipulacji na rynku kapitałowym.

Analiza sprawozdań właściwych organów i instytucji (Prezesa Urzędy Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznika Finansowego, Najwyższej Izby Kontroli) oraz badań i raportów sporządzanych przez różne podmioty i organy wskazuje na skalę i zakres nieprawidłowych praktyk rynkowych oraz innych nadużyć instytucji finansowych wobec konsumentów⁶⁰. Rzeczywisty stan ochrony konsumentów na rynku finansowym – mierzony skalą i

⁶⁰ Niniejsze opracowanie – jako ogólne, przeglądowe i stanowiące próbę sklasyfikowania rodzajów nadużyć i ich zdefiniowania, także poprzez wskazanie definicji legalnej, jeśli taka istnieje – nie zawiera danych statystycznych i

zakresem nieprawidłowych praktyk rynkowych oraz innych nadużyć wobec konsumentów, ujawnionych⁶¹ w sprawozdaniach i raportach właściwych organów i instytucji – nie wygląda zadowalająco i pozostawia wiele do życzenia. Oznacza to, że wiele jest jeszcze w tym obszarze do zrobienia, co wymaga z pewnością aktywności rozmaitych podmiotów, zarówno organów państwa, jak i samych instytucji finansowych, a nawet konsumentów. Chodzi o to, by przepisy ochronne były przestrzegane przez instytucje finansowe, prawidłowo stosowane i egzekwowane przez kompetentne organy, a wszelkie nadużycia – skutecznie eliminowane.

Z przeglądu różnego typu nadużyć na rynku usług finansowych wobec konsumenta wynika, że w zależności od ich kwalifikacji prawnej w większości przypadków będą to: czyny (praktyki) bezprawne (sprzeczne z prawem: różnego rodzaju delikty – zarówno działania, jak i zaniechania), będące przejawem naruszania zarówno przepisów prawa bezpośrednio nakierowanych na ochronę konsumenta usług finansowych⁶² (stanowiących prawo ochrony konsumenta usług finansowych lub konsumenckie prawo rynku finansowego), jak i pośrednio nakierowanych na zapewnienie tej ochrony (w szczególności czyny karalne – przestępstwa i wykroczenia), tworzących prawo karne rynku finansowego. Niezależnie jednak od kwalifikacji prawnej nadużycia wobec konsumenta zawsze są niewątpliwie naruszeniem dobrych obyczajów, w tym norm etycznych, rzetelności, uczciwości, transparentności i autentyczności informacji przekazywanych konsumentom przez instytucje finansowe, a więc uniwersalnych wartości kontraktowych, szczególnie wymaganych w relacji między profesjonalistą, jakim jest instytucja finansowa, a konsumentem, będącym niewątpliwie słabszym uczestnikiem rynku usług finansowych.

Przeciwdziałanie nadużyciom wobec konsumenta na rynku usług finansowych, jak i skuteczne eliminowanie zarówno ich samych, jak i negatywnych skutków prawnych i ekonomicznych, jakie ze sobą niosą, jest kwestią niezwykle istotną. Służy to bowiem nie tylko zapewnieniu ochrony konsumentom, jest także warunkiem prawidłowego funkcjonowania rynku

szczegółów dotyczących zakresu przedmiotowego tych nadużyć. Są one zaprezentowane w opracowaniach szczegółowych zawartych w niniejszym Raporcie.

⁶¹ W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że nie wszystkie nadużycia wobec konsumentów, szczególnie te indywidualne, są możliwe do zdiagnozowania, gdyż nie w każdym przypadku są one ujawniane przez konsumenta, który nie zawsze chce lub może, z różnych powodów, podjąć działania zmierzające do ich ujawnienia.

finansowego. Barięą rozwoju gospodarczego jest brak uczciwości i zasad etycznych instytucji finansowych w relacjach z klientami, zwłaszcza z konsumentami. Z tych powodów te z instytucji, które nie stosują się do ustalonych standardów, etyki i dyscypliny rynkowej, powinny być przez sam rynek dostawców usług finansowych lub ich organizacje eliminowane, tak by nie zniekształcały jego wizerunku i nie działały na szkodę nie tylko klientów, ale także całego rynku oraz nie zakłócały jego prawidłowego funkcjonowania.

⁶² To jest regulujących mechanizmy prawne jego ochrony, zawierających pewne obowiązki instytucji finansowych wobec konsumentów, w tym informacyjne, a także nakazy, zakazy i ograniczenia w kształtowaniu treści umów o usługi finansowe.

Typy oszustw na rynku finansowym oraz statystyki wymiaru sprawiedliwości w tym obszarze

kom. dr Bogusława Sebastianka, Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Ekonomii, Katedra Rynków Finansowych i Finansów Publicznych; zastępca naczelnika Wydziału Kontroli Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie

1. Wstęp

Rynek finansowy jako płaszczyzna, na jakiej dochodzi do wielkiej liczby transakcji finansowych realizowanych między różnymi sektorami rynku, stanowi równocześnie obszar wielorakich nadużyć. Niepożądane zachowania na rynku finansowym obejmują różnorodne działania i mają różny ciężar gatunkowy. Mogą dotyczyć zarówno naruszenia słusznego interesu konsumenta, przykładowo poprzez stosowanie klauzul abuzywnych, jak również działań, które wyczerpują znamiona przestępstw stypizowanych w wielu przepisach karnych.

Warto zaznaczyć, że przestępczość na rynku finansowym jest odmienna w swej naturze od powszechnie utartego wzorca. Tego rodzaju działalność wyróżnia się między innymi pod względem pozycji społecznej i osobowości sprawców, którzy odbiegają od stereotypowego wizerunku wyrachowanego i bezwzględnie przestępcy, co jednak jest złudne, gdyż w rzeczywistości są oni bezwzględni i wyrachowani w swych działaniach. do odmiennych cech tego rodzaju przestępczości należą również osobowość i zachowanie ofiar, które zazwyczaj nie są zindywidualizowane, a sposób reakcji bardzo często nie jest jednoznaczny. Anonimowość osób pokrzywdzonych oraz ich nieświadomość powodują, że nawet gdy padną już ofiarą przestępstwa, bardzo często wstydzą się własnej naiwności i odstępują od zgłoszenia faktu nadużycia do organów ścigania. Skomplikowany *modus operandi* sprawców oraz ich dbałość o „niewidzialność” podejmowanych działań powodują, że walka z tego rodzaju przestępczością jest niełatwa⁶³.

Przestępczość w obszarze rynku finansowego w aktualnej sytuacji społeczno-gospodarczej przyjmuje wiele postaci. Możemy wyróżnić bezprawne wykorzystanie instrumentów finansowych

w sposób fizyczny, polegający na przykład na prowadzeniu działalności parabankowej i oferowaniu klientom produktów, które nie posiadają waloru bezpieczeństwa kapitałowego, oraz działalności, która odbywa się w przestrzeni wirtualnej przy wykorzystaniu wysoko zaawansowanych narzędzi technologicznych. Bezsprzecznie, cechą charakterystyczną tego rodzaju przestępczości jest naruszenie bezpieczeństwa w obrocie finansowym, w konsekwencji czego dochodzi do utraty środków finansowych w znacznej wysokości zarówno przez podmioty rynku finansowego, jak i ich klientów.

Niniejsze opracowanie skupia się na przestępczości na rynku finansowym, w wyniku której pokrzywdzonym zostaje klient jako osoba fizyczna.

2. Przestępczość na rynku kapitałowym

Czyny godzące w bezpieczeństwo uczestników rynku kapitałowego zostały spenalizowane w:

- kodeksie karnym⁶⁴;
- ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych⁶⁵;
- ustawie o giełdach towarowych⁶⁶;
- ustawie o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi⁶⁷;
- ustawie o nadzorze nad rynkiem kapitałowym⁶⁸;
- ustawie o obrocie instrumentami finansowymi⁶⁹;

⁶³ S. Zieliński, *Koncepcja przestępczości „białych kołnierzyków” w Polsce w kontekście zмовы przetargowej*, <http://www.abw.gov.pl/download/1/1680/Zielinski.pdf> [dostęp: 20.03.2019].

⁶⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 z późn. zm.), powoływana dalej jako k.k.

⁶⁵ Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1906 z późn. zm.).

⁶⁶ Ustawa z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 312).

⁶⁷ Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1355 z późn. zm.).

⁶⁸ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1417 z późn. zm.).

⁶⁹ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2286 z późn. zm.).

- ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁷⁰;
- ustawie o obligacjach⁷¹.

W praktyce przestępstwa i nadużycia na rynku kapitałowym przyjmują formę:

- manipulacji instrumentami finansowymi, czyli:
 - składania zleceń lub zawierania transakcji wprowadzających lub mogących wprowadzić w błąd co do rzeczywistego popytu, podaży lub ceny instrumentu finansowego,
 - składania zleceń lub zawierania transakcji przy jednoczesnym wprowadzeniu uczestników rynku w błąd albo wykorzystaniu ich błędu co do ceny instrumentów finansowych,
 - zapewniania kontroli nad popytem lub podażą instrumentu finansowego z naruszeniem zasad uczciwego obrotu lub w sposób powodujący bezpośrednio lub pośrednio ustalanie cen nabycia lub zbycia instrumentów finansowych,
 - składania zleceń lub zawierania transakcji powodujących nienaturalne lub sztuczne ustalenie się ceny jednego lub kilku instrumentów finansowych,
 - składania zleceń lub zawierania transakcji z zamiarem wywołania innych skutków prawnych niż te, dla osiągnięcia których faktycznie jest dokonywana dana czynność prawna,
 - nabywania lub zbywania instrumentów finansowych na zakończenie notowań, powodującego wprowadzenie w błąd inwestorów dokonujących czynności na podstawie ceny ustalonej na tym etapie notowań,
 - rozpowszechniania za pomocą środków masowego przekazu, w tym internetu, lub w inny sposób fałszywych lub nierzetelnych informacji albo pogłosek, które wprowadzają lub mogą wprowadzać w błąd w zakresie instrumentów finansowych,
 - uzyskiwania korzyści majątkowej z wpływu opinii dotyczących instrumentów finansowych lub ich emitentów, wyrażanych w środkach masowego przekazu w sposób

⁷⁰ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 623).

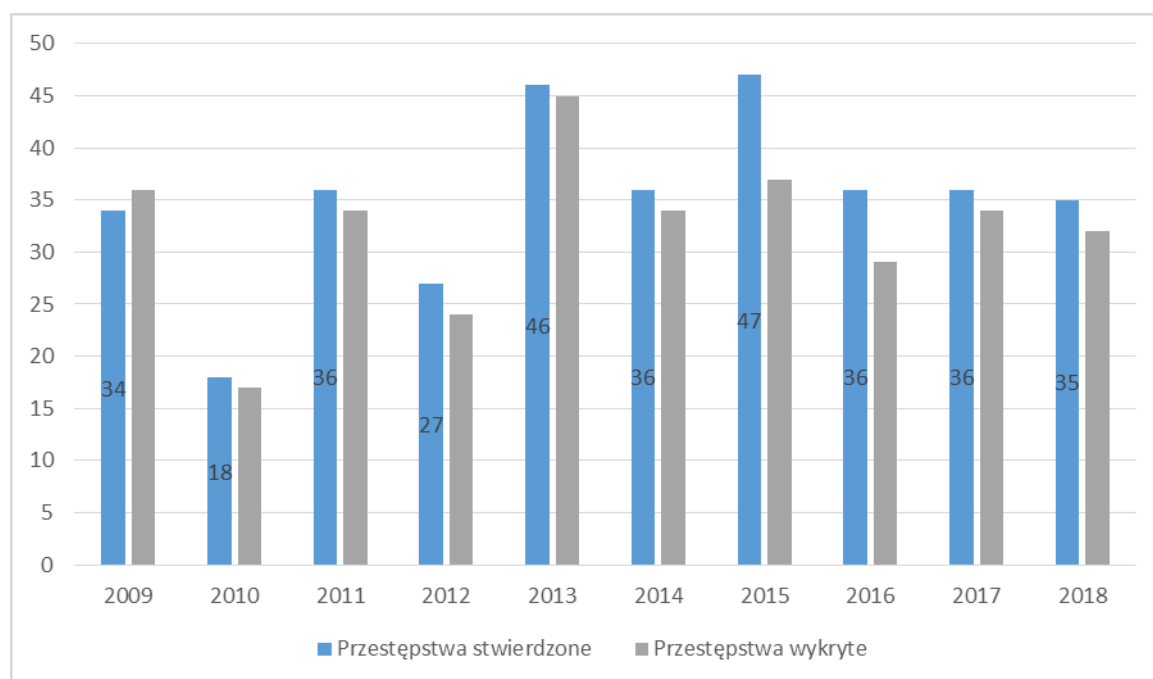
⁷¹ Ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 483 z późn. zm.).

okazjonalny lub regularny, mającej wpływ na cenę posiadanych instrumentów finansowych, jeśli nie został publicznie ujawniony w sposób pełny i rzetelny;

- ujawnienia lub wykorzystania informacji stanowiących tajemnicę zawodową lub informację poufną przez osoby posiadające tego rodzaju informacje, np. w związku z pełnieniem funkcji w organach spółki, posiadaniem w spółce akcji lub udziałów lub w związku z dostępem do informacji poufnej z racji zatrudnienia, wykonywania zawodu, a także stosunku zlecenia lub innego stosunku prawnego o podobnym charakterze;
- prowadzenia działalności maklerskiej lub działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi bez wymaganego zezwolenia lub upoważnienia;
- podawania przez osoby odpowiedzialne za informacje zawarte w prospekcie emisyjnym lub innych dokumentach informacji nieprawdziwych lub zatajania prawdziwych danych w istotny sposób wpływających na treść informacji;
- wykorzystywania rynku papierów wartościowych do legalizowania środków pochodzących z przestępstwa.

W zakresie funkcjonowania rynku kapitałowego w 2018 r. polskie organy ścigania stwierdziły 35 przestępstw. Stanowiło to spadek w stosunku do roku poprzedniego (2017), gdy stwierdzono ich 36. Poziom wykrywalności tego rodzaju przestępczości w 2018 r. wyniósł 32 (w 2017 r. – 34) – por. wykres 1.

Wykres 1. Przepięstwa stwierdzone i wykryte przez Policję w zakresie funkcjonowania rynku finansowego w latach 2009–2018



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*⁷².

Charakterystykę przepięstw zarejestrowanych przez Policję w latach 2009–2018 w zakresie działalności instytucji rynku kapitałowego przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1. Liczba przepięstw z zakresu działalności instytucji rynku kapitałowego stwierdzonych przez Policję ogółem i w poszczególnych kategoriach w latach 2009–2018

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
art. 311 k.k.	0	1	0	1	0	0	0	0	2	1
art. 215–222 ustawy o organizacji funduszy emerytalnych	21	8	15	1	8	3	4	4	4	1
art. 57–60	0	0	0	1	17	8	12	20	8	11

⁷² MSWiA, *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*, <https://archiwumbip.mswia.gov.pl/download/4/31673/RaportostaniebezpieczenstwawPolscew2016roku.pdf> [dostęp: 15.04.2019].

ustawy o giełdach towarowych										
art. 24–25 ustawy o ostateczności rozrachunku w systemach płatności	0	0	1	2	0	0	0	0	0	0
art. 287–296 ustawy o fund. inwest.	0	0	0	0	9	6	12	5	8	2
art. 45 o nadz. nad rynkiem kapit.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
art. 178–183 ustawy o obr. instr. finan.	12	7	20	20	10	17	17	5	13	20
art. 99–101, art. 103–104 ustawy o finansach publicznych	1	0	0	2	0	0	0	0	0	0
art. 38–41, 43, 43a ustawy o oblig.	0	2	0	0	2	2	2	2	1	0

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP oraz *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

Aktywność w zakresie bezpieczeństwa na rynku kapitałowym podejmuje nie tylko Policja. Warto w tym miejscu zauważyć działalność Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, która w 2016 r. zarejestrowała 4 przestępstwa dotyczące rynku kapitałowego, oraz Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, który w analogicznym okresie skierował do prokuratury 54 zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa, dotyczące w głównej mierze niewłaściwego obrotu instrumentami finansowymi oraz nieprawidłowości w sektorze bankowym.

Skala tych zjawisk nie jest wielka, jednak warto zwrócić uwagę, że jeszcze kilka lat temu przestępstwa dotyczące funkcjonowania rynku kapitałowego nie były w zasadzie odnotowywane. Wpływ na taki stan rzeczy miał niewątpliwie fakt, iż kształtujący się dopiero rynek, a wraz z nim „płynne” regulacje prawne, nie pozwalały jednoznacznie ustalić progu, po którego przekroczeniu określone działanie można było zakwalifikować jako bezprawne. Ponadto elementem wpływającym na poziom wykrywalności tego rodzaju czynów był brak doświadczenia

Str. 42

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

Tel. 22 333 73 26,
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

przedstawiciele organów ścigania, którzy dopiero *post factum* mieli możliwość zbadania sposobu działania sprawców. Ustalony stan faktyczny był poddawany weryfikacji, która nierzadko przyjmowała postać konfrontacji z opinią specjalistów wypowiadających się o funkcjonowaniu rynku kapitałowego, i dopiero wówczas możliwe było podjęcie merytorycznych czynności związanych z ustaleniem i zatrzymaniem sprawców.

3. Przestępczość bankowa

W odniesieniu do nadużyć w obszarze działalności bankowej ustawodawca spenalizował czyny zabronione w następujących aktach prawnych:

- kodeksie karnym jako:
 - oszustwo kredytowe, dotacyjne lub subwencyjne (art. 197 k.k.),
 - wyzysk przymusowego położenia klienta (art. 304 k.k.);
- prawie bankowym jako prowadzenie działalności bankowej bez wymaganego zezwolenia⁷³.

Z perspektywy omawianego tematu należy wymienić również czyny, które choć nie dotyczą w sposób bezpośredni funkcjonowania sektora bankowego, to mogą mieć z nim ścisły związek. Wśród wspomnianych przestępstw należy wskazać:

- fałszerstwo dokumentu (art. 270 k.k.),
- poświadczenie nieprawdy (art. 271 § 1 i 3 k.k.),
- używanie przerobionego lub podrobionego dokumentu (art. 273 k.k.),
- kradzież (art. 278 k.k.),
- oszustwo (art. 286 k.k.),
- oszustwo za pomocą komputera (art. 287 k.k.),
- pranie pieniędzy (art. 299 k.k.),
- obrót maklerskimi instrumentami finansowymi bez zezwolenia (art. 178 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi).

⁷³ Art. 171 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U z 2018 r. poz. 2187).

Bezpieczeństwo funkcjonowania sektora bankowego bez wątpienia ma przełożenie na prawidłowy obrót instrumentami na rynku finansowym. Transakcje wykonywane przy współudziale banku zawsze traktowane były w społeczeństwie jako bezpieczne i pewne. Pracownicy tego sektora cieszą się zaufaniem publicznym i w żaden sposób zarówno banki, jak i ich przedstawiciele nie powinni tracić tego waloru. Każdy przejaw bezprawnej ingerencji w działalność banku powinien spotkać się ze zdecydowanym oporem ze strony organów nadzorczych, a w razie konieczności – z aktywnością organów ścigania.

Od wielu lat pierwsze miejsce wśród przestępczości bankowej zajmuje oszustwo kredytowe. Jest to działalność polegająca na wyłudzeniu pożyczki, kredytu czy też innego instrumentu finansowego lub świadczenia z wykorzystaniem podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę lub nierzetelnie wypełnionego dokumentu albo z przedłożeniem pisemnego oświadczenia o istotnym znaczeniu.

Warto w tym miejscu wspomnieć, że najczęściej do tego typu procederu wykorzystywane są osoby bezrobotne, bezdomne lub te, które z jakichkolwiek przyczyn znalazły się w trudnej sytuacji majątkowej. Inspirowane przez oszustów osoby te – za drobną opłatą – stawiają się w banku ze swoim dowodem osobistym oraz przekazanymi przez przestępcę dokumentami poświadczającymi osiągnięcie określonych dochodów i składają wniosek o otwarciu rachunku bankowego, a następnie o kredyt. Po weryfikacji przez bank wnioskodawcy uzyskują dostęp do konta, które następnie zostaje zasilone o przyznane środki. Hasła do rachunku osoba podstawiona przekazuje przestępcy i na tym ich „współpraca” się kończy. Sprawca wybiera z konta przyznane środki, dłużnikiem zaś pozostaje formalnie osoba, która złożyła podpis pod umową kredytową, tzw. słup.

Drugim z najczęściej występujących zjawisk naruszających przepisy związane z bezpieczeństwem funkcjonowania sektora bankowego jest *phishing*. W ogólnym skrócie zachowanie przestępcze polegające na skierowaniu do klienta banku drogą mailową informacji, w której znajduje się dołączony link. Celem przestępców jest nakłonienie odbiorcy wiadomości do wejścia na stronę wskazaną w linku. Zazwyczaj jest to informacja o konieczności weryfikacji danych konta bankowego, celem zapewnienia bezpieczeństwa środków. Osoba otrzymująca wiadomość poddawana jest działaniu socjotechniki, która koncentruje się na nakłanianiu do wykonania

polecenia wskazanego w wiadomości. Po kliknięciu załączonego linku ukazuje się strona łudząco podobna do strony internetowej banku klienta. Uzyskane za jej pomocą dane są zapisywane na serwerach przestępców, którzy natychmiast wykorzystują je do przeprowadzenia faktycznej operacji bankowej. Jej uwierzytelnienie wymaga najczęściej potwierdzenia wykonania operacji za pomocą SMS-a wysłanego z telefonu ofiary. Ta otrzymuje kolejnego maila z prośbą o potwierdzenie operacji na stronie, do której dostęp mają przestępcy, ci zaś równolegle potwierdzają ją w realnej transakcji. Tym sposobem środki z rachunku ofiary przelewane są na konto założone „na słupa” i specjalnie na potrzeby przestępstwa.

Kolejnym zjawiskiem godzącym w bezpieczeństwo funkcjonowania systemu bankowego jest działalność instytucji parabankowych, które bez wymaganej zgody i uprawnień oraz – co istotniejsze – poza kontrolą Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w swojej ofercie prezentują usługi quasi-bankowe. Aktywność marketingowa takich podmiotów koncentruje się głównie na manipulacji informacjami o zakresie i charakterze prowadzonej działalności, tak by potencjalny klient odniósł wrażenie, że ma do czynienia z bankiem.

Najczęstszą formą działalności, jaką prowadzą wskazane podmioty, jest piramida finansowa, która opiera się na wypłacie odsetek (najczęściej wyższych niż rynkowe) od zainwestowanych pieniędzy za pomocą wkładów pozyskanych od nowych klientów, zachęconych do inwestycji wyższymi odsetkami.

Podmioty te, opierając się na schemacie Ponziego⁷⁴, tworzą strukturę, w której zysk konkretnego uczestnika jest uzależniony od wpłat innych uczestników. Konieczne zatem jest ciągle przystępowanie do piramidy nowych osób, które będą w stanie zapewnić wypłaty osobom znajdującym się wyżej w strukturze. Nowi uczestnicy skuszeni obietnicą wysokich zarobków powielają ten schemat. Każdy zwerbowany uczestnik jest obowiązany wnieść opłatę rekrutacyjną, która stanowi źródło zysku organizatorów piramidy. Ze względu jednak na ograniczoną zdolność do przyłączania nowych osób schemat ten jest skazany na niepowodzenie. Warto wiedzieć, że w

⁷⁴ Nazwa schematu pochodzi od Charlesa Ponziego, który jest uznawany za pioniera piramidy finansowej. Ponzi w 1920 r. w Bostonie wcielił w życie fantazję literacką Martina Chuzzlewita, wyrażoną w powieści z 1844 r. *Życie i przygody Martina Chuzzlewita*, gdzie autor opisał podobny system. Piramida Ponziego opierała się na międzynarodowych kuponach oraz znaczkach pocztowych, jednak jego naśladowcy szybko zorientowali się, że pieniądze są najpewniejszym źródłem dochodu.

celu zamaskowania schematu piramidy jej działalność kreowana jest jako instytucja dokonująca obrotu określonymi aktywami, takimi jak złoto czy nieruchomości⁷⁵.

Omawiając przestępczość bankową, warto również zwrócić uwagę na bezprawną działalność pracowników banków czy SKOK-ów, która może zagrozić interesom finansowym zarówno zatrudniających ich instytucji, jak i ich klientów. Działalność ta obejmuje m.in.: podrabianie podpisu klienta, kradzież gotówki czy loginów i haseł do kont, poświadczanie nieprawdy (np. rzekomej zgodności z oryginałem), ujawnienie tajemnicy bankowej, manipulowanie wartością oceny kredytowej, kradzież pieniędzy klienta, np. z dokonanej przez klienta rezygnacji z ubezpieczenia kredytu, czy generowanie nieprawdziwych umów dotyczących produktów bankowych.

Charakterystykę przestępstw zarejestrowanych przez Policję w zakresie funkcjonowania sektora bankowego obrazuje tabela 2.

Tabela 2. Liczba stwierdzonych przestępstw związanych z rynkiem bankowym w latach 2009–2018

Kwalifikacja prawna / rok	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Art. 297 § 1 k.k. (wyłudzenie kredytu)	11105	11553	9061	7701	6423	7720	5971	4632	3854	3034
Art. 297 § 2 k.k. (niepowiadomienie właściwego podmiotu o sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego wsparcia finansowego)	61	73	40	29	46	46	15	11	95	118
Art. 171 prawa bankowego (prowadzenie działalności bankowej bez zezwolenia)	14	12	10	13	20	12	26	17	10	11
Art. 304 k.k. (lichwa)	6	57	13	15	21	170	158	40	3	39
Art. 287 § 1 i 2 k.k. e-bankowość, phishing ⁷⁶	-	-	-	-	-	527	1027	1615	797	452

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP oraz *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

⁷⁵ M. Pachucki, *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym*, Komisja Nadzoru Finansowego, Warszawa 2016.

⁷⁶ Kategoria wprowadzona od dnia 13 stycznia 2014 r.

4. Przystępność ubezpieczeniowa

Katalog przestępstw ubezpieczeniowych zawarto w następujących aktach prawnych:

- kodeks karny;
- ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁷⁷;
- ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym⁷⁸, obecnie zastąpiona przez ustawę o dystrybucji ubezpieczeń⁷⁹.

Przystępność ubezpieczeniowa dotyczy wszelkich przypadków działania bądź zaniechania, mających na celu uzyskanie nieprzystługującego świadczenia, a także bezprawne naruszenie interesu finansowego zakładów ubezpieczeń lub instytucji ubezpieczeniowych. W ocenie Europejskiego Komitetu Ubezpieczeń (*Comité Européen des Assurances – CEA*) przestępstwo ubezpieczeniowe to żądanie bezpodstawnego odszkodowania albo otrzymanie takiego odszkodowania drogą oszustwa.

Warto zauważyć, że skutki przystępności ubezpieczeniowej dotyczą nie tylko strat finansowych zakładów ubezpieczeń, lecz również w sposób pośredni wpływają na wzrost składek, a tym samym negatywnie oddziałują na interes finansowy indywidualnych klientów rynku ubezpieczeń.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż do kategorii przestępstw ubezpieczeniowych należy także bezprawna działalność pracowników zakładów ubezpieczeń, agentów lub brokerów ubezpieczeniowych, która może przyjmować postać:

- przywłaszczania składek;
- nielegalnego sprzedawania produktów ubezpieczeniowych;
- uniemożliwiania organom nadzoru ubezpieczeniowego realizacji ich funkcji itp.⁸⁰

Najpowszechniejszą formą nadużyć na rynku ubezpieczeń jest oszustwo ubezpieczeniowe, które polega na:

⁷⁷ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 381 z późn zm.).

⁷⁸ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 2077 z późn. zm.), aktualnie nieobowiązująca.

⁷⁹ Ustawa z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2210 z późn. zm.).

⁸⁰ T. Rydzek, *Nowe patologie w ubezpieczeniach*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 1998, nr 3–4, s. 7.

- działaniu sprawcy w celu uzyskania nienależnej mu korzyści majątkowej (odszkodowania z ubezpieczenia majątkowego, świadczenia pieniężnego z ubezpieczenia osobowego, odszkodowania z Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego);
- doprowadzeniu innej osoby (również osoby prawnej: firmy ubezpieczeniowej) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (wypłaty odszkodowania);
- niekorzystnym rozporządzaniu mieniem poprzez wprowadzenie poszkodowanego (firmy ubezpieczeniowej) w błąd, wykorzystanie jego wcześniejszego błędu lub wykorzystanie tego, że poszkodowany nie jest zdolny do należytego pojmowania działania.

Jako sposoby popełniania przestępstw ubezpieczeniowych wymieniane są m.in.:

- antydatowanie polis ubezpieczeniowych;
- pozorowanie zdarzeń drogowych w celu wyłudzenia świadczeń lub odszkodowań;
- pozorowanie kradzieży samochodów, również tych, które stanowią własność banków czy firm leasingowych;
- pobieranie odszkodowań z kilku zakładów ubezpieczeń za tę samą szkodę;
- usiłowanie i wyłudzenie odszkodowań w związku z umyślnie powodowanymi pożarami;
- zawyżanie kosztów napraw przy zaangażowaniu zakładów naprawczych wystawiających fałszywe bądź poświadczające nieprawdę rachunki.

Omawiając sferę nadużyć na rynku ubezpieczeniowym, należy jednoznacznie stwierdzić, że trzeba rzecz postrzegać jako problem o wymiarze nie tylko ekonomicznym czy też prawnym, ale również społecznym, przyjmującym postać społecznej akceptacji dla wyłudzenia świadczeń czy odszkodowań. Działania te są mylnie postrzegane jako forma zaradności czy też kreatywności sprawców działających w myśl idei, że brak skonkretyzowanej osoby poszkodowanej sprawia, iż cały proceder jest mniej bezprawny i szkodliwy.

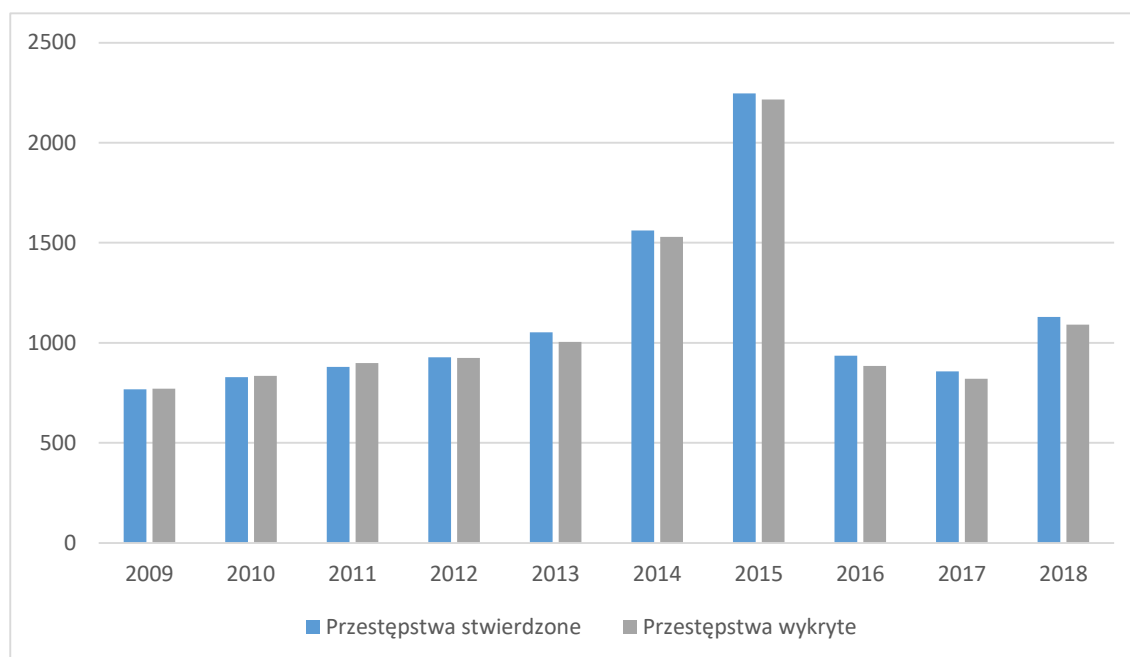
Ewidencję zarejestrowanych przez Policję przestępstw związanych z funkcjonowaniem rynku ubezpieczeń obrazują tabela 3 i wykres 3.

Tabela 3. Liczba stwierdzonych przestępstw związanych z sektorem ubezpieczeniowym w latach 2009–2018

Kwalifikacja prawna/ rok	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Art. 286 § 1 i 3 k.k. (oszustwo ubezpieczeniowe)	384	397	404	586	553	557	553	537	774	1027
Art. 287 § 1–2 k.k. (oszustwo ubezpieczeniowe komputerowe)	7	4	6	3	19	4	5	10	6	5
Art. 298 § 1 k.k. (wyłudzenie odszkodowania)	64	45	67	70	113	103	86	88	56	75
Art. 225–232 ustawy o działalności ubezpieczeniowej	5	2	5	3	9	19	10	5	7	8
Art. 430–440 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej	5	2	5	3	9	19	10	5	7	8
Art. 47–48 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym	2	1	5	0	4	0	10	2	15	15

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

Wykres 2. Przestępstwa stwierdzone i wykryte przez Policję związane z funkcjonowaniem rynku ubezpieczeniowego w latach 2009–2018



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

5. Wykroczenia popełniane w ramach funkcjonowania rynku finansowego

Oprócz przestępstw w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, stypizowanych w przepisach kodeksu karnego i ustawach szczególnych, w polskim systemie prawnym funkcjonują również zachowania bezprawne określane mianem czynów mniejszej wagi. W zakresie bezpieczeństwa konsumentów funkcjonujących na rynku usług finansowych będą to wykroczenia opisane w rozdziale XV kodeksu wykroczeń⁸¹:

- Art. 138b Niedozwolone postanowienia umowne

„§ 1. Kto, będąc zobowiązany na mocy orzeczenia sądu do zaniechania wykorzystywania lub do odwołania zalecenia stosowania ogólnych warunków umów albo wzoru umowy, nie stosuje się do tego obowiązku, zawierając w umowie niedozwolone postanowienia umowne, podlega karze grzywny.

⁸¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 821).

§ 2. Jeżeli orzeczenie sądu, o którym mowa w § 1, dotyczy przedsiębiorcy niebędącego osobą fizyczną, odpowiedzialność przewidzianą w § 1 ponosi osoba kierująca przedsiębiorstwem lub osoba upoważniona do zawierania umów z konsumentami”.

- Art. 138c. Naruszenie warunków kredytu konsumenckiego

„§ 1. Kto w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa zawiera z konsumentem umowę o kredyt konsumencki z rażącym naruszeniem wymagań dotyczących informacji przekazywanych konsumentowi przed zawarciem umowy lub treści umowy albo z pominięciem obowiązku doręczenia jej dokumentu, podlega karze grzywny.

§ 1a. Tej samej karze podlega, kto zawierając z konsumentem umowę o kredyt konsumencki nie dopełnia obowiązku oceny zdolności kredytowej.

§ 2. Kto w reklamach dotyczących kredytu konsumenckiego zawierających dane dotyczące kosztu kredytu konsumenckiego, nie podaje:

- 1) stopy oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu,
 - 2) całkowitej kwoty kredytu,
 - 3) rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania,
- podlega karze grzywny.

§ 3. Kto przyjmuje od konsumenta weksel lub czek niezawierający klauzuli „nie na zlecenie” w celu spełnienia lub zabezpieczenia świadczenia wynikającego z umowy o kredyt konsumencki, podlega karze grzywny.

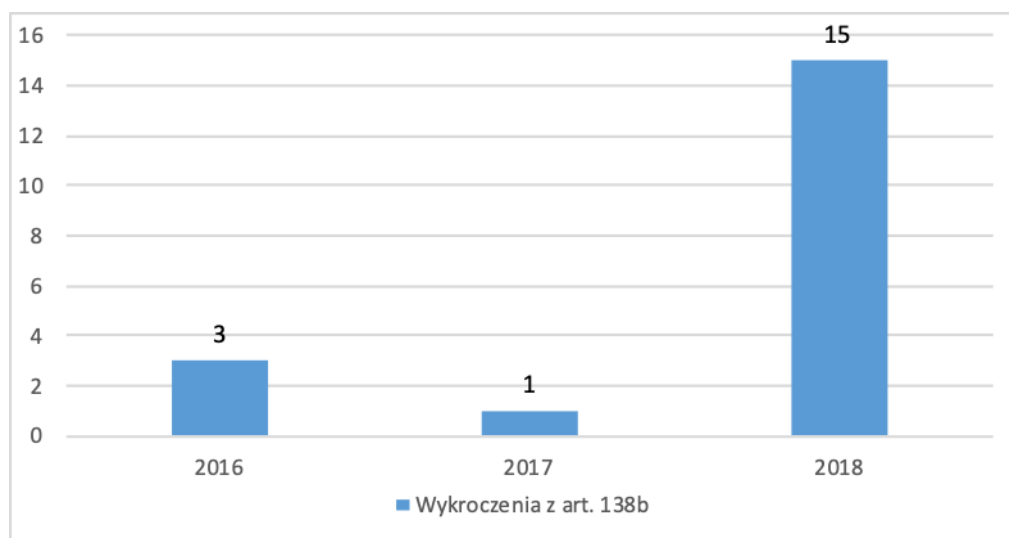
§ 4. Jeżeli przedsiębiorcą jest podmiot niebędący osobą fizyczną, odpowiedzialność przewidzianą w przepisach § 1–3 ponosi osoba kierująca przedsiębiorstwem lub osoba upoważniona do zawierania umów z konsumentami”.

- Art. 139b Naruszenie przepisów o prawach konsumentów

„Kto w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa zawierając umowę z konsumentem nie spełnia wymagań dotyczących udzielenia informacji lub wydania dokumentu, przewidzianych w przepisach ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2019 r. poz. 134), podlega karze grzywny”.

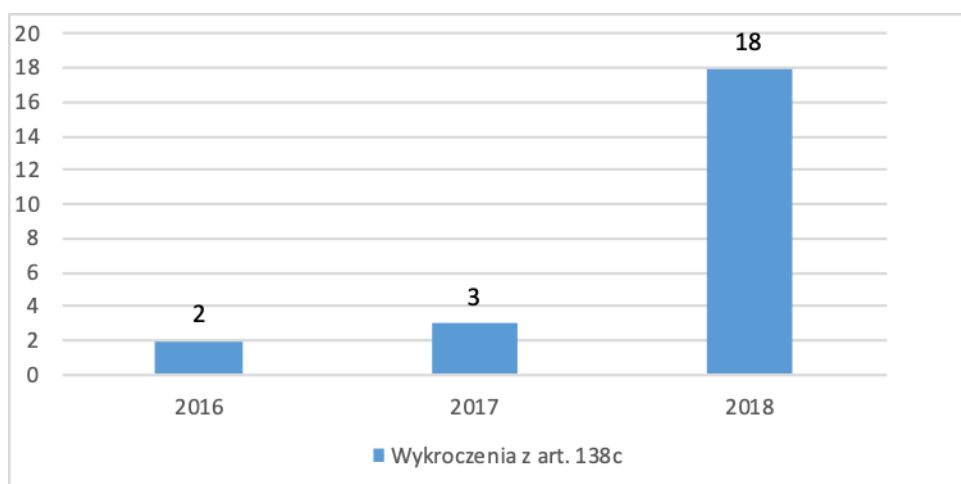
W celu zbadania skali przeprowadzonych przez Policję czynności wyjaśniających w sprawach o wyżej wymienione wykroczenia analizie poddano dane uzyskane od wszystkich komend wojewódzkich Policji oraz Komendy Stołecznej Policji. Wyniki analizy zaprezentowano na wykresach 3–6.

Wykres 3. Wykroczenia z art. 138b kodeksu wykroczeń, ujawnione przez Policję w latach 2016–2018



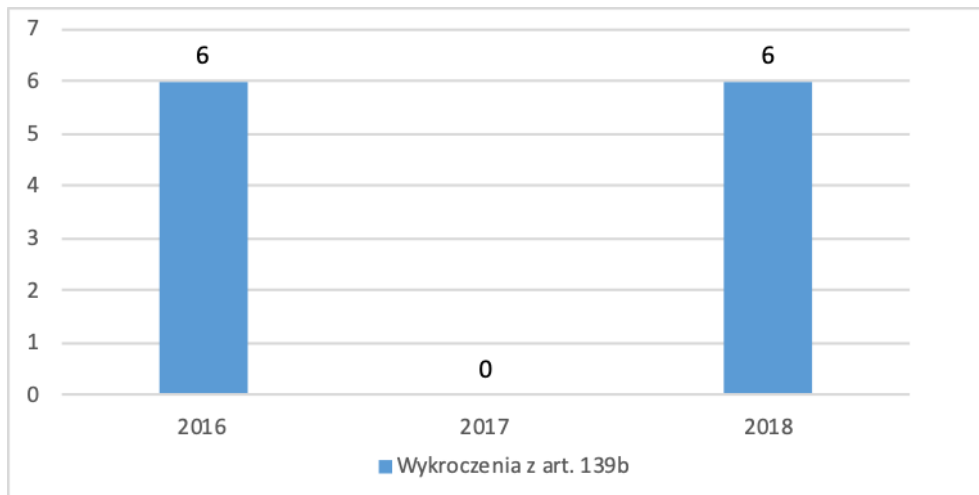
Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Policji.

Wykres 4. Wykroczenia z art. 138c kodeksu wykroczeń, ujawnione przez Policję w latach 2016–2018



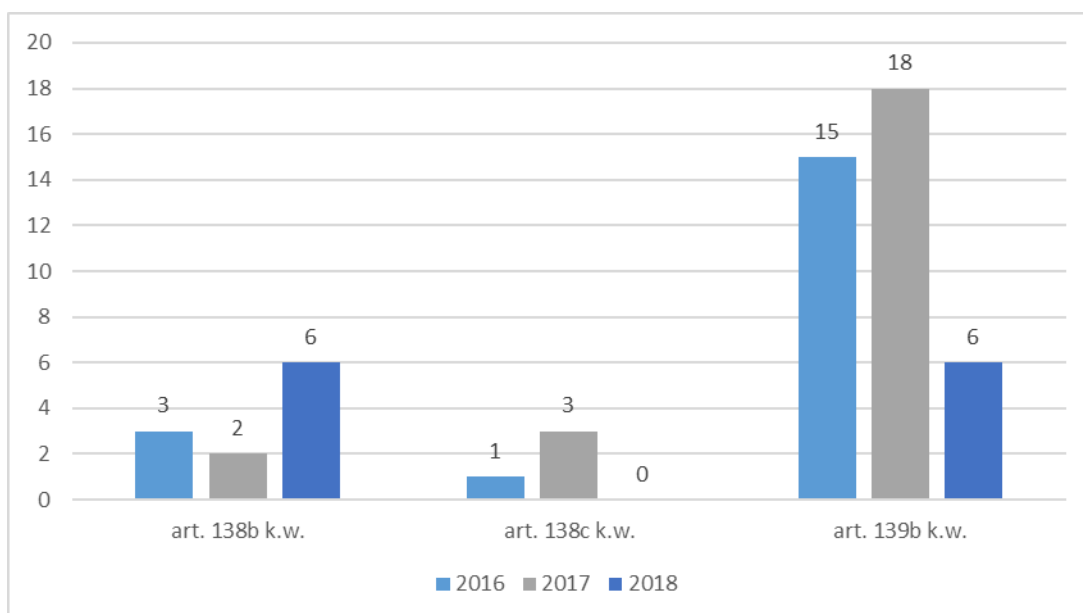
Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Policji.

Wykres 5. Wykroczenia z art. 139b kodeksu wykroczeń, ujawnione przez Policję w latach 2016–2018



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Policji.

Wykres 6. Wykroczenia z art. 138b, 138c i 139b kodeksu wykroczeń, ujawnione przez Policję w latach 2016–2018



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Policji.

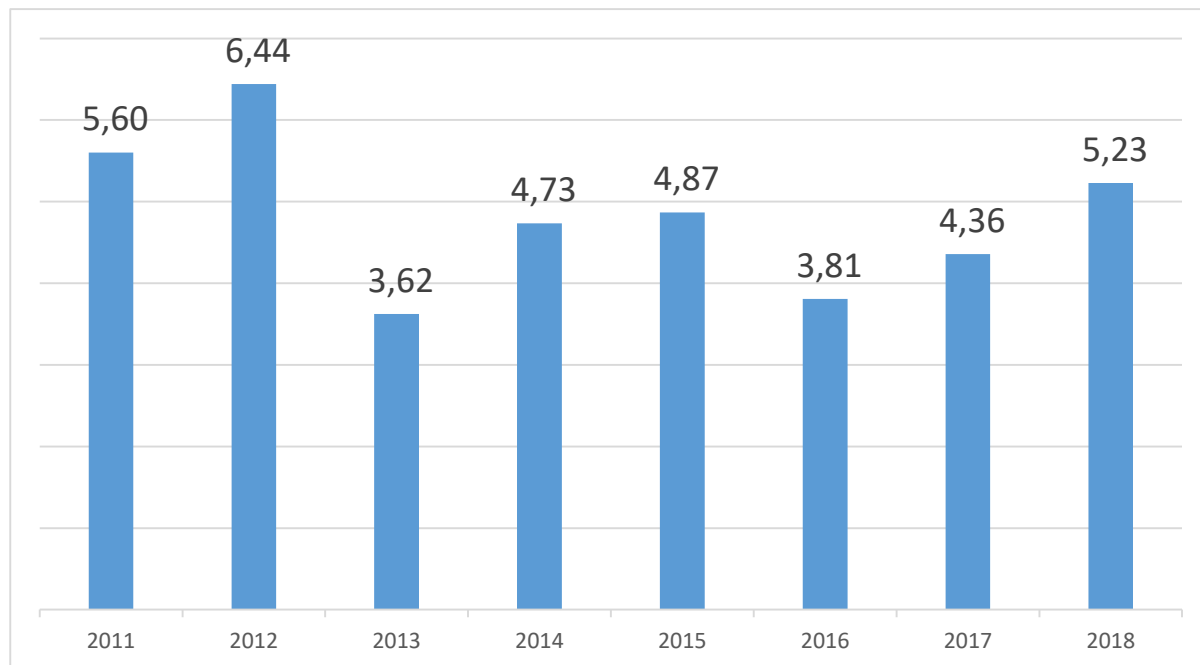
Zaprezentowane informacje wskazują na relatywnie niski poziom występowania wykroczeń przeciwko interesom konsumentów. Oczywiście kwestią wymagającą dalszych badań jest świadomość prawna samych konsumentów, których dotyczą niewłaściwe praktyki stosowane przez podmioty działające na rynku usług finansowych, oraz możliwy brak doświadczenia czy wiedzy przedstawicieli organów ścigania w zakresie walki z tego rodzaju wykroczeniami.

6. Finansowy wymiar działalności przestępczej w obszarze funkcjonowania rynku kapitałowego

Każde naruszenie ustanowionego porządku prawnego przez sprawcę powoduje wystąpienie strat u ofiary – i to na wielu płaszczyznach. Przy przestępstwach naruszających prawidłowy obrót instrumentami finansowymi ich ofiara doznaje – oprócz tych typowo wiktymologicznych – głównie skutków finansowych. Ich wymiar jest uzależniony od charakteru deliktu oraz efektywności narzędzi wykorzystanych do jego popełnienia.

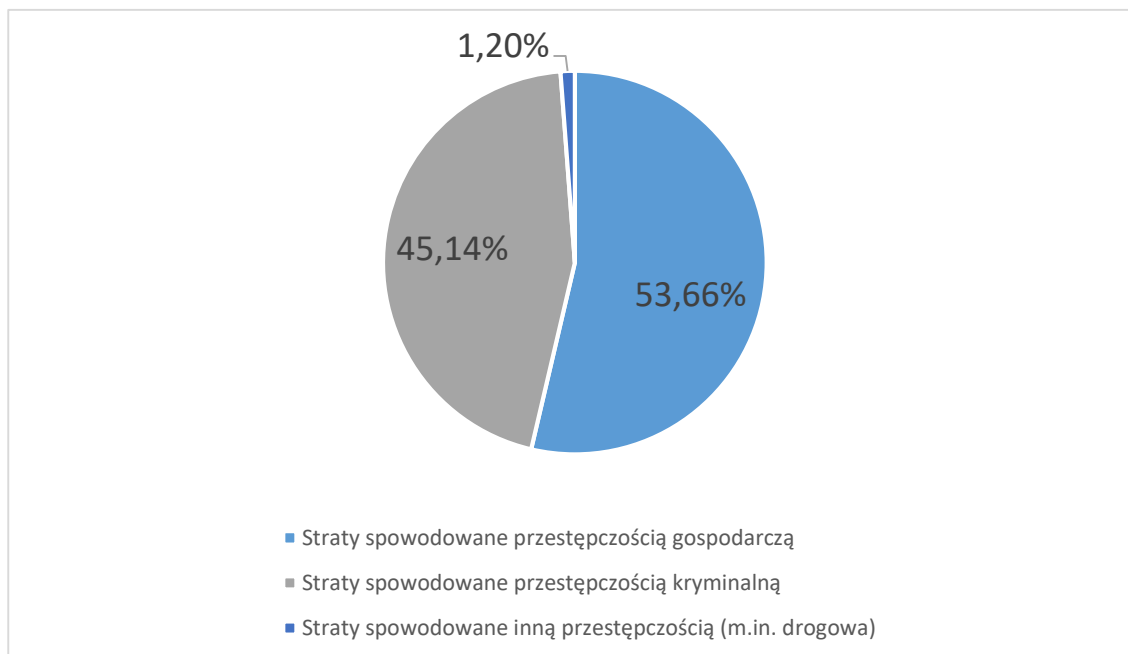
Skalę strat finansowych powstałych w wyniku działalności przestępczej przedstawiają wykresy 7 i 8.

Wykres 7. Straty poniesione w wyniku przestępstw, zarejestrowane przez Policję ogółem w latach 2011–2018 (w mld zł)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

Wykres 8. Struktura strat spowodowanych przestępczością, w tym gospodarczą i kryminalną, odnotowanych przez Policję w 2018 r.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

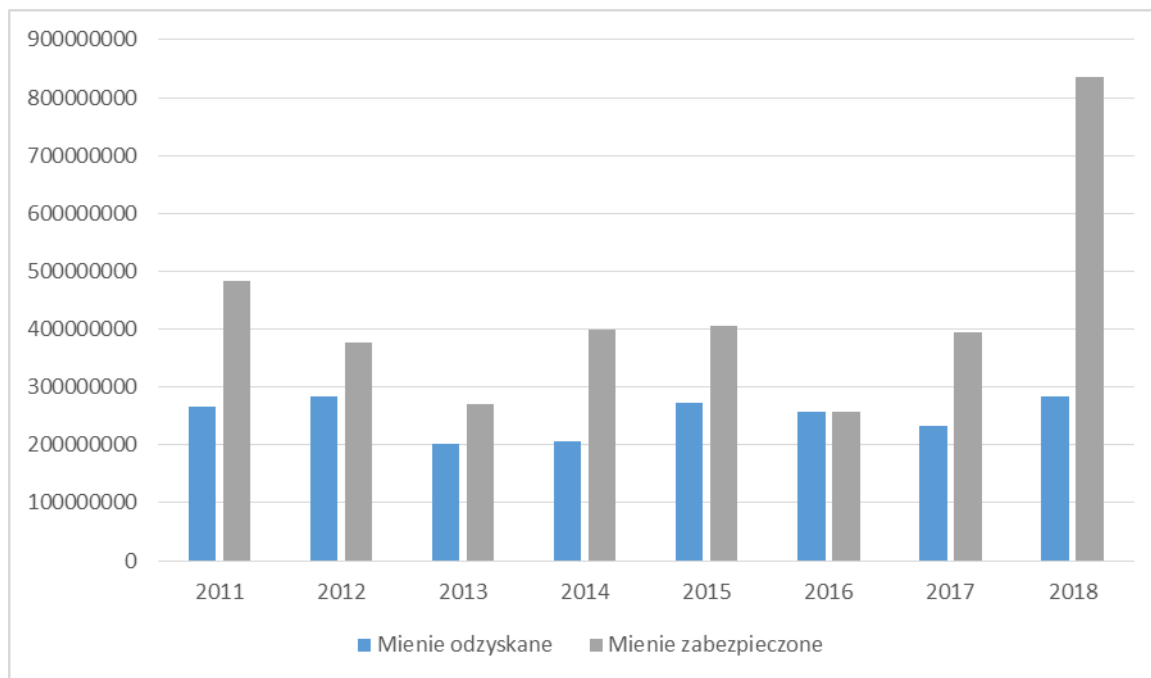
Wieloletnie doświadczenia służb i instytucji zajmujących się zwalczaniem przestępczości kapitałowej wykazują, że najskuteczniejszą formą przeciwdziałania jest odbieranie sprawcom korzyści majątkowych osiągniętych z tytułu nielegalnego procederu. Warto zwrócić uwagę na fakt, iż odzyskiwanie mienia od przestępców nie stanowi jedynie dodatkowego strumienia wpływów do budżetu państwa, lecz również – a może nawet głównie – umożliwia zwrot ofiarom środków utraconych wskutek przestępstwa.

Kolejnym aspektem skutecznej działalności państwa w zakresie odzyskiwania od przestępców korzyści majątkowych jest jej wymiar prewencyjny. Wyższa świadomość prawna

społeczeństwa w tym zakresie powoduje, iż bezprawne ingerowanie w system rynku kapitałowego staje się ryzykowne i nieefektywne z punktu widzenia potencjalnych korzyści finansowych⁸².

Poziom mienia zabezpieczonego i odzyskanego przez Policję od sprawców przestępstw oraz dynamikę omawianych czynności procesowych zaprezentowano na wykresie 9.

Wykres 9. Mienie zabezpieczone i odzyskane ogółem przez Policję w latach 2011–2018 (w zł)

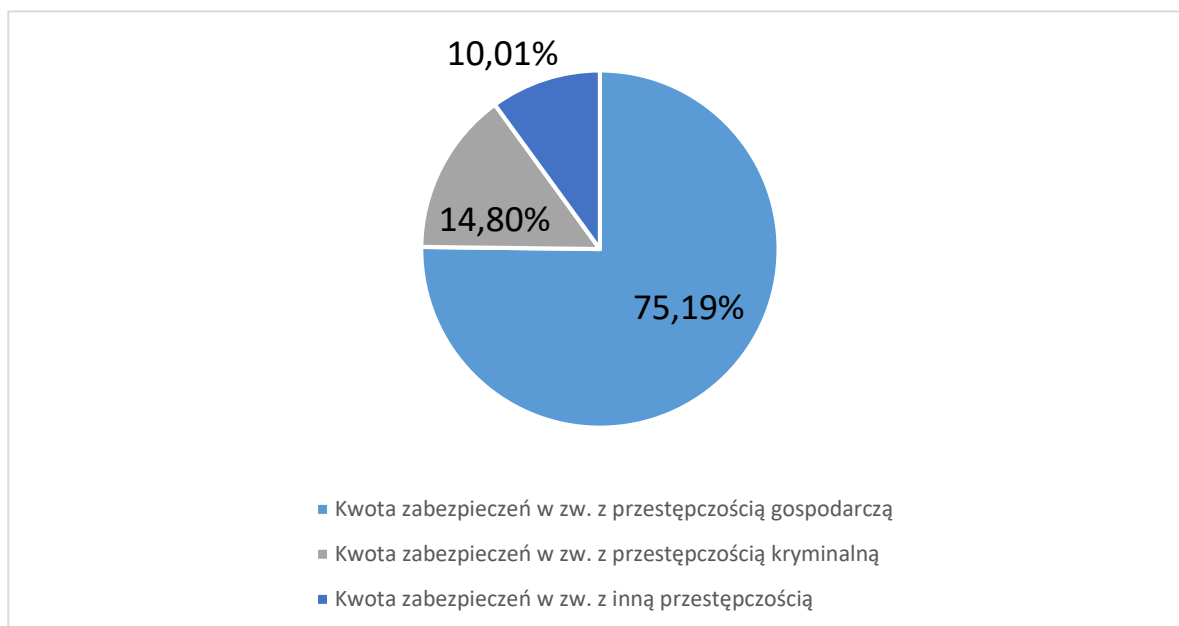


Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

Wartość mienia zabezpieczonego od podejrzanych o popełnienie przestępstw w 2018 r. obrazuje wykres 10. Jak wynika z analizy zgromadzonych danych, ponad 75% całej kwoty stanowi majątek sprawców działających w obszarze związanym z obrotem gospodarczym.

⁸² MSWiA, *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*, <https://archiwumbip.mswia.gov.pl/download/4/31673/RaportostaniebezpieczenstwawPolscew2016roku.pdf> (dostęp: 15.04.2019).

Wykres 10. Struktura zabezpieczeń majątkowych dokonanych od podejrzanych przez Policję w 2018 r. w związku z ujawnionymi przestępstwami



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KGP i *Raportu o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 roku*.

7. Podsumowanie

Charakterystyka oraz skala nadużyć, do jakich dochodzi w ramach funkcjonowania rynku finansowego, bezsprzecznie prowadzą do wniosku, iż jest to problem o znacznie szerszym wymiarze niż jedynie finansowym. Niejednokrotnie mamy tu do czynienia z przestępnością zorganizowaną: bezwzględną i nastawioną wyłącznie na osiągnięcie z tytułu podejmowanej „działalności” jak największych korzyści. Należy również nadmienić, że sprawcami tego rodzaju przestępstw są również przedstawiciele rynku finansowego, doskonale zorientowani w mechanizmach jego funkcjonowania oraz w tych jego aspektach, które wskutek niewłaściwego zabezpieczenia, dają możliwość ingerencji w prawidłowość obrotu instrumentami finansowymi. Sprawcy ci w nomenklaturze prawno-finansowej noszą – przyjemną *nomen omen* – nazwę „białych kołnierzyków”.

Warto zauważyć, że nadużycia na rynku finansowym godzą w interes nie tylko podmiotów w nim uczestniczących. Bardzo często ofiarami padają pojedynczy konsumenci. Osoby te, niejednokrotnie przekazujące oszczędności całego życia w ręce osób, które z racji wykonywanego

Str. 57

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

Tel. 22 333 73 26,
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

zawodu czy pełnionych funkcji są osobami zaufania publicznego, stają się ofiarami niedoskonałości systemu.

Walka z nieprawidłowościami dotyczącymi funkcjonowania rynku finansowego jest ciągłym wyzwaniem dla służb i instytucji, które mają za zadanie ochronę uczestników rynku. Nie jest i nigdy nie będzie to walka łatwa, gdyż przestępczość finansowa podlega ciągłej ewolucji. W głównej mierze ma to związek ze zmieniającymi się uwarunkowaniami gospodarczymi i niestałością systemu prawnego, jednak elementem najbardziej kryminogennym jest człowiek – ze swoją wyobraźnią, pomysłowością i swoistą przestępczą kreatywnością.

Misselling na rynku usług finansowych (pojęcie, geneza i prawne mechanizmy przeciwdziałania temu zjawisku w świetle doświadczeń krajowych i międzynarodowych)

Mirosława Szakun, doradca prawny Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych w Polsce

1. Geneza wyodrębnienia zjawiska missellingu w ujęciu ekonomicznym i prawnym

Można przyjąć, że misselling jako negatywne zjawisko na rynku usług finansowych został wyodrębniony w związku z masowym występowaniem w Wielkiej Brytanii praktyki łączonej sprzedaży produktów finansowych i polis PPI (*Payment Protection Insurance*). Zjawisko to zostało określone jako „*the largest mis-selling scandal in UK financial history*”⁸³. W latach 1990–2010 w Wielkiej Brytanii sprzedano 64 mln polis PPI, a w samym 2005 r., w którym praktyka ta była szczególnie nasiloną, sprzedaż tego typu polis osiągnęła poziom 20 mln sztuk. Zastrzeżenia formułowane w stosunku sprzedaży tych polis w połączeniu z produktami kredytowymi dotyczyły następujących cech omawianej praktyki sprzedażowej:

- bardzo wysokiej ceny polis – składki ubezpieczeniowe pobierane były w wysokości od 20% aż do 50% kosztów kredytu;
- konstrukcji ubezpieczenia nieefektywnej dla klientów, m.in. zawierającej wyłączenia w bardzo znacznym stopniu ograniczające prawdopodobieństwo wypłaty odszkodowania w przypadku choroby lub niezdolności do pracy;
- sprzedaży polis bez świadomości klienta, że kupuje polisę ubezpieczeniową;
- sprzedaży polis jako niezbędnego składnika produktu finansowego;
- sprzedaży polis osobom, co do których było wiadomo, że nigdy nie byłyby uprawnione do uzyskania odszkodowania;
- bardzo skomplikowanej procedury wypłat odszkodowań lub bardzo długiego terminu ich realizacji.

Pojęcie missellingu pojawiło się także w opisach negatywnych praktyk sprzedażowych na rynku kredytów hipotecznych typu *subprime* w Stanach Zjednoczonych w pierwszej dekadzie XXI w., w kontekście przyczyn kryzysu finansowego z lat 2007–2008. Wskazywano, że: „Jedną z kluczowych przyczyn wielkiego kryzysu finansowego z lat 2007/2008 był misselling kredytów hipotecznych typu *subprime* w USA i ich sekurytyzacja, co doprowadziło do rozprzestrzenienia się kryzysu na cały świat. Gdyby konsumenci w USA byli lepiej chronieni przed drapieżnymi praktykami kredytowymi i missellingiem produktów kredytowych, w szczególności hipotecznych, cały rynek typu *subprime* nie rozwinąłby się tak, jak to miało miejsce, i nie byłaby możliwa sekurytyzacja w takiej skali, zwłaszcza w latach 2003 do 2007”⁸⁴ [tłum. własne].

Wyraźne wyodrębnienie w końcówce lat 90. ubiegłego wieku i na początku XXI w. zjawiska na rynku finansowym o pewnych charakterystycznych cechach, rodzącego negatywne skutki dla konsumentów, i przyjęcie dla jego określenia w publikacjach, w tym także specjalistycznych i naukowych, angielskiego słowa *misselling* – czyli w dosłownym tłumaczeniu ‘chybiona sprzedaż’ – nie wywołało jednak bezpośredniej i nieodległej czasowo reakcji legislacyjnej.

Przykładowo w Wielkiej Brytanii ochrona konsumenta pokrzywdzonego wskutek wystąpienia masowej chybionej sprzedaży kwestionowanych polis PPI polegała na podejmowaniu działań interwencyjnych w oparciu o obowiązujące prawo, z wykorzystaniem funkcjonujących ówczasie w Wielkiej Brytanii organów i instytucji nadzorczych. Od 2005 r. interwencje podejmowało Biuro Doradztwa Obywatelskiego (*Citizens Advice Bureau – CAB*), które wносиło skargi do Urzędu Ochrony Konkurencji (*Office of Fair Trading – OFT*). W 2006 r. brytyjski Urząd Nadzoru Finansowego (*Financial Service Authority – FSA*) nałożył pierwszą karę w wysokości 56 tys. funtów na spółkę Regency Mortgage Corporation za naruszenie praw konsumentów przy sprzedaży polis PPI, a także konsekwentnie karał inne podmioty rynku finansowego za takie praktyki. Do sierpnia 2010 r. FSA wszczął procedurę przeciwko 24 firmom i osobom prywatnym w związku z dystrybucją polis PPI i nałożył kary w wysokości 13 mln funtów brytyjskich.

Istotną rolę w dochodzeniu przez konsumentów roszczeń związanych z missellingiem w procesie sprzedaży polis PPI odegrał także brytyjski Rzecznik Finansowy (*Financial Ombudsman*

⁸³ European Parliament, *Consumer Protection Aspects of Financial Services*, PE 507.463, February 2014, s. 69.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 10.

Service – FOS). Pomimo istnienia (na gruncie obowiązującego w tamtym okresie w Wielkiej Brytanii *Financial Services Market Act 2000*) wątpliwości prawnych dotyczących kompetencji FOS w zakresie wydawania wiążących decyzji o przyznaniu konsumentom odszkodowania, angielski Wysoki Trybunał (*The English High Court*) wydał w 2011 r. wyrok, w którym podtrzymał prawo Rzecznika Finansowego do podejmowania wiążących prawnie rozstrzygnięć (*resolutions*) w sprawie roszczeń o odszkodowania związane z *missellingiem*⁸⁵.

Można przyjąć, że dopiero uchwalenie przez Parlament Zjednoczonego Królestwa w grudniu 2012 r. aktu prawnego o nazwie *Financial Services Act 2012* – będącego kompleksową regulacją ustanawiającą nowe ramy prawne funkcjonowania rynku finansowego, nadzoru nad tym rynkiem i świadczenia usług finansowych – było reakcją ustawodawczą na problemy w sferze ochrony konsumentów, które ujawniły się pod postacią *missellingu* w praktyce sprzedaży polis PPI. Aktem tym zostały fundamentalnie zmienione trzy istotne dla rynku finansowego w Wielkiej Brytanii wcześniejsze akty prawne: *Bank of England Act 1998*, *Financial Services and Markets Act 2000* i *Banking Act 2009*. Na mocy tej ustawy dotychczasowy organ nadzoru, *Financial Services Authority*, został zastąpiony dwoma nowymi odrębnymi organami – *Financial Conduct Authority* (FCA) i *Prudential Regulation Authority* (PRA). Przyjęto rozwiązanie polegające na rozdzieleniu organów zapewniających ochronę konsumentów na rynku finansowym od banku centralnego oraz od organów nadzoru ostrożnościowego, co jest uznawane za prawidłowy i zalecany dla krajów członkowskich model nadzoru nad rynkiem finansowym⁸⁶. Kompetencje FCA obejmują: ochronę konsumentów, zapewnienie uczciwości praktyk na rynku finansowym oraz konkurencyjności rynku. FCA wyposażono m.in. w uprawnienia do nakładania kar administracyjnych na podmioty rynku finansowego. W akcie tym utrzymano i wzmocniono istotną rolę Rzecznika Finansowego (FOS) i przyznano mu niekwestionowane prawo do wydawania decyzji, w których może on zobowiązać przedsiębiorcę do określonych świadczeń pieniężnych względem konsumenta. Jeśli konsument nie zgadza się z decyzją FOS, ma prawo skierować sprawę do sądu. Zasądzone przez FOS odszkodowanie może maksymalnie wynosić 150 tys. funtów brytyjskich. Istotne znaczenie w

⁸⁵ European Parliament, *Mis-selling of Financial Products: Marketing, Sale and Distribution*, PE 618.996, June 2018, s. 14.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 7.

walce z następstwami missellingu przy sprzedaży polis PPI miało także szczególne rozwiązanie prawne zawarte w *Financial Services Act 2012*, przewidziane właśnie dla osób pokrzywdzonych tą praktyką. W ustępie 138 D tej ustawy określono mechanizm prawny, w którym PRA został uprawniony do wydania regulacji (*rule*) dających osobom fizycznym (*private person*) możliwość bezpośredniego dochodzenia odszkodowań.

2. Próba zdefiniowania missellingu – analiza wybranych opracowań przygotowanych na zlecenie Parlamentu Europejskiego

Pojęcie „misselling” nie uzyskało dotychczas w aktach prawa krajowego ani w regulacjach unijnych statusu pojęcia prawnego. Co więcej, także w piśmiennictwie brak jednolitej i metodologicznie spójnej definicji tego zjawiska. Interesującego materiału do analizy zagadnienia i do podjęcia próby zdefiniowania wskazywanego zjawiska dostarczają opracowania przygotowane dla komisji Parlamentu Europejskiego.

W pracy przygotowanej na zlecenie Komisji Spraw Gospodarczych i Monetarnych Parlamentu Europejskiego, zatytułowanej *Mis-selling of Financial Products: Marketing, Sale and Distribution*⁸⁷, jej autor, prof. Kern Alexander z Uniwersytetu w Zurychu, prezentuje stanowisko, że zakres zjawisk, które w jego ocenie kwalifikują się do uznania za mające znamiona missellingu, powinien być ujmowany bardzo szeroko. Autor ten wymienia jako przykłady następujące praktyki:

- nieodpowiednie, niewystarczające (*inadequate*) informowanie o ukrytych (*underlying*) kosztach, opłatach i ryzykach związanych z produktem finansowym;
- tworzenie i oferowanie produktów finansowych nieodpowiednich dla klientów, nieuwzględniających ich uwarunkowań behawioralnych i poziomu wiedzy finansowej;
- uwypuklanie pozytywnych cech produktu finansowego przy równoczesnym minimalizowaniu informacji o potencjalnych ryzykach;
- brak właściwego zarządzania i kontroli po stronie kredytodawców i firm inwestycyjnych nad pośrednikami i doradcami klienta, motywowanymi do proponowania klientom produktów wysokiego ryzyka i nieodpowiadających potrzebom klientów.

⁸⁷ *Ibidem.*

Autor stawia także ważną tezę, że działania składające się na misselling charakteryzują się tym, że są zamierzone (*intentional*), a w praktyce danego podmiotu rynku finansowego są stosowane systematycznie.

W pracy zbiorowej, zrealizowanej na zlecenie Komisji Spraw Gospodarczych i Monetarnych Parlamentu Europejskiego, pod tytułem *Mis-selling of Financial Products: Consumer Credit*⁸⁸ jej autorki, prof. dr Olha O. Cherednychenko i Jesse M. Meindertsma z Uniwersytetu w Groningen, także nie formułują precyzyjnej definicji missellingu i wskazują na następujące praktyki jako kwalifikujące się do określenia tym pojęciem:

- wprowadzanie na rynek produktów „niezaprojektowanych” (*not designed*) tak, aby zaspokajały potrzeby konsumenta (*to satisfy consumer needs*), lecz w taki sposób, by generowały maksymalny zysk dla kredytodawcy;
- nieuczciwe (*unfair*) praktyki w sprzedaży i dystrybucji, skutkujące tym, że konsument nie rozumie istoty i cech produktu finansowego, który kupuje.

Co bardzo istotne, w tym opracowaniu obok pojęcia missellingu autorki wprowadzają szerokie pojęcie *consumer detriment* (szkoda, uszczerbek dla konsumenta) i stwierdzają, że na rynku kredytu konsumenckiego występuje wiele czynników, które mogą prowadzić do takiego uszczerbku, nawet w przypadku gdy nie mamy do czynienia z missellingiem⁸⁹.

Ponadto autorki tej pracy wskazują główne problemowe praktyki i konkretne produkty finansowe (*most problematic products*), z którymi wiąże się duże ryzyko wystąpienia zjawiska *consumer detriment*. Są to w ocenie autorek: wysokokosztowe produkty finansowe, pożyczki krótkoterminowe – chwilówki (*paydayloans*), karty kredytowe, produkty finansowe sprzedawane w modelu *cross-selling* i pożyczki *peer-to-peer* (pomiędzy osobami prywatnymi).

⁸⁸ European Parliament, *Mis-selling of Financial Products: Consumer Credit*, PE 618.997, June 2018.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 9.

3. Próba zdefiniowania missellingu – analiza wybranych istotnych stanowisk zaprezentowanych w piśmiennictwie polskim

Na gruncie polskim pojęcie missellingu upowszechniło się i zaczęło być szerzej analizowane w związku z nieprawidłowościami, jakie wystąpiły przy oferowaniu podmiotom nieprofesjonalnym skomplikowanych produktów ubezpieczeniowych o charakterze inwestycyjnym, tzw. polisolokat.

Kompleksowej próby zdefiniowania missellingu, w oparciu o wcześniejsze poglądy wielu autorów, podjęła się Joanna Cichorska⁹⁰. Już w samym tytule swojej rozprawy określiła ona istotę tej praktyki jako sprzedaż niepotrzebnych instrumentów finansowych. Dalej autorka rozwija tę koncepcję, uzupełniając własną definicję missellingu o istotny element: nieetyczne zachowanie sprzedawców, polegające na wprowadzaniu klientów w błąd. Natomiast w oparciu o szereg przywołanych w opracowaniu źródeł i stanowisk innych autorów⁹¹, zbudowała ona zestawienie najczęściej przywoływanego cech missellingu, którymi są:

- zachowanie niebezpieczne dla klienta, nieczysta sprzedaż;
- naruszanie norm etycznych oraz prawnych, świadome wprowadzanie klienta w błąd;
- nieujawnianie pewnych faktów, co uniemożliwi ocenę inwestycji;
- sprzedaż nieodpowiednich produktów;
- sprzedaż produktów niedopasowanych do potrzeb konsumentów;
- dostarczanie konsumentom nieuczciwych, nieodpowiednich produktów;
- udzielanie nieodpowiedniej porady, która nie wyjaśnia istoty podejmowanego ryzyka;
- proponowanie konsumentowi nabycia usług finansowych w sposób nieadekwatny do ich charakteru.

W omawianym opracowaniu autorka formułuje ponadto katalog cech missellingu, które – choć nie zostało to wyraźnie wskazane – wydają się w części być adekwatne jedynie do wybranej grupy produktów finansowych o charakterze inwestycyjnym. Są to:

- nieadekwatność produktu do charakteru, profilu lub potrzeb klienta (np. sprzedaż produktów długoterminowych osobom w podeszłym wieku);

⁹⁰ J. Cichorska, *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), s. 18–34.

⁹¹ *Ibidem*, s. 21.

- 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.

Nasuwa to interesujący wniosek, że definicja missellingu może być odmienna dla różnych produktów finansowych, zwłaszcza gdyby miała ona być sformułowana na dużym poziomie szczegółowości.

Istotne stanowisko związane z definiowaniem missellingu i umiejscowieniem tego zjawiska w systemie prawa wyraża Piotr Sury. W obszernym opracowaniu obejmującym analizę nieprawidłowości przy oferowaniu konsumentom skomplikowanych produktów ubezpieczeniowych o charakterze inwestycyjnym, pod kątem zaistnienia przestępstwa z art. 286 § 1 kodeksu karnego (przestępstwo oszustwa)⁹², autor ten wyodrębnia misselling (ubezpieczeniowy) jako jeden z możliwych obszarów (typów) nieprawidłowości. Przy tym opisuje także inne obszary, których nie uznaje za misselling, takie jak naganne praktyki występujące w modelu pośrednictwa ubezpieczeniowego, nadmiernie wysokie opłaty likwidacyjne, umowy oszukańcze *in initio*. Jednakże sam autor widzi trudności metodologiczne i wskazuje, że podział opisywanych zjawisk pomiędzy wyodrębnione obszary (typy) „jest nierozłączny i niewyczerpujący”⁹³. Przedstawiając zjawisko missellingu ubezpieczeniowego, autor zdecydował się na objęcie tym pojęciem następujących praktyk:

- zatajanie przed konsumentem charakteru prawnego zawieranego kontraktu;
- wprowadzanie konsumenta w błąd w zakresie ryzyka utraty środków pieniężnych;
- wykorzystywanie nieświadomości klienta co do charakteru inwestycji;
- wewnątrzbankowe zalecenia dystrybucyjne skutkujące wprowadzaniem konsumenta w błąd.

W przypadku gdyby powyższe działania były realizowane przy wyczerpaniu znamion przestępstwa oszustwa określonych w art. 286 § 1 kodeksu karnego, które stanowią:

⁹² P. Sury, *Nieprawidłowości dystrybucji tzw. polisoloikat a znamiona przestępstwa oszustwa*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7–8.

⁹³ *Ibidem*, s. 235.

wprowadzenie w błąd lub wyzyskania błędu, niekorzystne rozporządzenie mieniem oraz osiągnięcie korzyści majątkowej przez sprawcę, a przy tym sprawcy można by przypisać zamiar bezpośredni popełnienia przestępstwa oszustwa, to sprawca podlegałby odpowiedzialności karnej.

Analizowane opracowanie skłania do przyjęcia wniosku, że w takim przypadku nie mamy już do czynienia z missellingiem, lecz z przestępstwem penalizowanym na gruncie prawa karnego. Takie rozróżnienie jest niezwykle istotne dla wyboru zgodnego z obowiązującym prawem sposobu przeciwdziałania i karania naruszeń prawa na rynku finansowym. Zapewnienie prawnokarnej ochrony konsumentom na rynku finansowym jest bowiem rolą prokuratury i sądów, natomiast w sytuacji, gdy w świetle przepisów nie ma podstaw do zastosowania takiej ochrony, zasadne jest podjęcie działań administracyjnych. Prokurator nie może i nie powinien wkraczać w kompetencje organów nadzorczych nad rynkiem finansowym, jednakże niewątpliwie powinien to czynić, gdy mamy do czynienia z przestępstwem.

Analizując powyższe przykładowe opracowania, można wyodrębnić różne podejścia do definiowania missellingu, które reprezentują także inni autorzy zajmujący się tym zagadnieniem.

Jedno z nich zakłada, że definicją missellingu należy objąć bardzo szeroki zakres różnorodnych negatywnych zjawisk, których wystąpienie w procesie sprzedaży produktów finansowych po stronie dostawcy tych produktów – niezależnie czy wszystkich łącznie, czy tylko niektórych z nich – powoduje finalnie, że konsument doznaje uszczerbku w swoich prawach i sytuacji ekonomicznej. Takie podejście wydaje się metodologicznie wątpliwe, a zbudowana zgodnie z nim definicja byłaby niemożliwa do zastosowania w regulacjach prawnych mających zapobiegać missellingowi, jako nieostra i niepozwalająca adresatom norm na ustalenie, jakie działania są prawem zakazane, a co jeszcze istotniejsze – penalizowane. Tworzenie norm prawnych z wykorzystaniem takiej definicji missellingu prowadziłoby do powstania stanu niepewności prawnej, który jest jednym z najbardziej negatywnych zjawisk związanych ze stosowaniem prawa.

Inne podejście oparte jest na koncepcji, że misselling należy zdefiniować wąsko i precyzyjnie, pozostawiając poza zakresem jego definicji inne negatywne zjawiska występujące w procesach sprzedaży produktów finansowych. To podejście mogłoby wskazywać na celowość zbudowania różnych definicji missellingu dla odmiennych produktów finansowych. Tylko takie

podejście umożliwiłoby ewentualne zbudowanie prawidłowych legislacyjnie norm zakazujących określonych zachowań po stronie podmiotów rynku finansowego.

Możliwe jest też podejście takie oto, że dla zjawiska, które zaczęto zbiorczo określać jako misselling – w kontekście zaistniałej w Wielkiej Brytanii masowej praktyki sprzedaży łączonej produktów finansowych i polis PPI – nie można stworzyć prawidłowej metodologicznie i uniwersalnej definicji, w której zjawisko to byłoby w wystarczający sposób wyodrębnione od innych zdefiniowanych już praktyk rynkowych naruszających interes prawny i ekonomiczny konsumentów. Na istotne przeszkody – jak wskazano wyżej – napotyka zwłaszcza próba stworzenia takiej definicji, która mogłaby stać się pojęciem prawnym i być wykorzystywana w szczególnej regulacji zakazującej missellingu.

W ocenie autorki każde podejście do definiowania missellingu powinno jednak uwzględniać jego najistotniejszą charakterystykę, bez której zaistnienia określone działania nie powinny być określane tym pojęciem. Otóż aby uznać określone działania za misselling, konieczne jest ustalenie i wykazanie, że były one zamierzone, stosowane celowo i systematycznie w pewnym okresie.

Rozważając podejście do definiowania missellingu, zarówno w procesie legislacji, jak i w analizach naukowych, należy także brać pod uwagę okoliczność, że wiele praktyk rynkowych, które intuicyjnie można byłoby określić jako misselling, zostało już objętych różnymi regulacjami prawnymi – zarówno krajowymi, jak i unijnymi; są one zakazane i przewidziano sankcje za ich stosowanie.

Najbardziej oczywistym przykładem na poziomie regulacji o charakterze ponadsektorowym jest polska ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁹⁴. Nie ulega wątpliwości, że objęte tą ustawą zakazane praktyki pokrywają się z praktykami, które mogą być uznane za misselling. Zgodnie z tą ustawą praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe

⁹⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070. Ustawa ta implementuje dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającą 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 (Dz. Urz. UE L 149/22 z dnia 11 czerwca 2005 r.).

przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Za nieuczciwą praktykę rynkową ustawa uznaje w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową. Ustawa rozwija pojęcie praktyki wprowadzającej w błąd, stanowiąc, że daną 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.

Podobne wnioski nasuwają się przy analizie zapisów polskiej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁹⁵. Zakazane tą ustawą praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów także można utożsamić ze zjawiskami określanymi – w szerokim ujęciu – jako misselling.

4. Wybrane przykłady aktywności pozalegislacyjnej i legislacyjnej organów UE, której celem było stworzenie przepisów mających na celu przeciwdziałanie missellingowi

Już w 2013 r. Komisja Europejska – diagnozując bardzo istotny problem uciążliwości dochodzenia przez konsumentów roszczeń odszkodowawczych wynikających ze stosowania przez podmioty na rynku finansowym praktyk o charakterze missellingu – wydała zalecenie w sprawie wspólnych zasad dotyczących mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń⁹⁶. W dokumencie tym Komisja Europejska wskazała na ochronę konsumentów i przepisy dotyczące usług finansowych jako na dziedzinę, w których zbiorowe dochodzenie roszczeń powinno pełnić istotną rolę we wszystkich krajach członkowskich. W zaleceniu tym podkreślona została rola instytucji prawnej zbiorowego dochodzenia roszczeń, ułatwiającej i upraszczającej dostęp konsumentów do wymiaru sprawiedliwości, jako koniecznego uzupełnienia mechanizmów publicznego egzekwowania prawa. Wobec różnych poziomów dostępu do procedury zbiorowego dochodzenia roszczeń dla konsumentów w krajach członkowskich, na podstawie bardzo zróżnicowanych

⁹⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369. Ustawa ta implementuje dyrektywę 98/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 maja 1998 r. w sprawie nakazów zaprzestania szkodliwych praktyk w celu ochrony konsumentów (Dz. Urz. WE L 166/51 z dnia 11 czerwca 1998 r.). Dyrektywa ta, wielokrotnie zmieniana, została uchylona z dniem 29 grudnia 2009 i zastąpiona dyrektywą 2009/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. (wersja skodyfikowana).

⁹⁶ Zalecenie Komisji Europejskiej z dnia 11 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych zasad dotyczących mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk oraz roszczeń odszkodowawczych w

rozwiązań prawnych wdrożonych w tych krajach, w zaleceniu zawarto zbiór zasad odnoszących się do zbiorowego dochodzenia roszczeń, które powinny być wspólne w całej Unii. Zalecenie odnosi się zarówno do roszczeń odszkodowawczych, jak i do roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk.

W późniejszym o 5 lat dokumencie Komisji Europejskiej z kwietnia 2018 r. *The New Deal for Consumers*⁹⁷ zasygnalizowany został projekt dyrektywy w sprawie zbiorowego dochodzenia roszczeń (*Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing the Injunctions Directive 2009/22/EC*). Projekt ma przewidywać rozszerzenie na wszystkie państwa członkowskie najlepszych wzorów takiego postępowania, istniejących obecnie w krajach członkowskich. Regulacja wprowadzi m.in. prawo do wniesienia pozwu zbiorowego przez organizacje konsumenckie i niezależne specjalistyczne podmioty (*independent qualified entities*), maksymalnie szeroki zakres roszczeń konsumentów objęty możliwością wniesienia pozwu zbiorowego i postępowania transgraniczne.

Wśród uchwalonych już unijnych przepisów w obszarze legislacji sektorowej dla sektora usług finansowych, jako akt prawny stanowiący – w pewnej części – reakcję na nasilenie występowania zjawiska *missellingu* na rynku finansowym, wskazać należy przede wszystkim dyrektywę MiFID II (*Markets in Financial Instruments Directive*)⁹⁸ wraz ze wspierającym ją rozporządzeniem MiFIR (*Markets in Financial Instruments Regulation*) oraz aktami wykonawczymi, które obowiązują od dnia 1 stycznia 2018 r. W tym akcie prawnym uwidoczniła została zmiana podejścia ustawodawcy unijnego do obowiązków spoczywających na podmiocie rynku finansowego, zarówno na etapie przedkontraktowym, jak i po zawarciu transakcji. Nastąpiło odejście od *disclosure paradigm*, który był stosowany do tej pory na rzecz *behavioural paradigm*. Większość dotychczasowych – tzw. przedkryzysowych – regulacji odnoszących się tak do konsumentów, jak i do rynku detalicznego była oparta na założeniu neoliberalnej klasycznej teorii, że inwestorzy (nabywcy produktów finansowych) są racjonalni i maksymalizują swoje zyski,

państwach członkowskich, dotyczących naruszeń praw przyznanych na mocy prawa Unii (2013/396/UE) (Dz. Urz. UE L 201/60 z dnia 26 lipca 2013 r.).

⁹⁷ European Commission, *Press release*, Bruksela, 11 kwietnia 2018 r.

alokując inwestycje zgodnie ze swoim apetytem na ryzyko, aby uzyskać maksymalny, uwzględniający to ryzyko zwrot z dokonanych inwestycji. Skutkowało to regulacjami, w których podstawowym wymogiem stawianym podmiotowi rynku finansowego było udzielenie pełnej informacji⁹⁹. Nowe podejście zakłada, że konsument na rynku finansowym nie jest w pełni racjonalny, podlega ograniczeniom zarówno w zakresie wiedzy o bardzo niekiedy skomplikowanych produktach finansowych, jak i umiejętności panowania nad swoimi emocjami. Stąd oprócz obowiązków informacyjnych w dyrektywie MiFID II znalazło się szereg przepisów regulujących sposób postępowania podmiotu finansowego w relacjach z konsumentem. Są to na przykład przepisy nakazujące ograniczanie tzw. zachęt, czyli sposobu wynagradzania pracowników uczestniczących w sprzedaży i oferowaniu produktów inwestycyjnych. Należy jednak pamiętać o ograniczonym efekcie tych regulacji dla całości rynku finansowego, a to ze względu na obowiązywanie ich jedynie w niewielkim, wydzielonym segmencie rynku – instrumentów finansowych. Problem tzw. segmentacji regulacji prawnych rynku finansowego jest generalnie sygnalizowany przez wielu autorów¹⁰⁰.

Kolejnym ważnym unijnym aktem prawnym, o którym można powiedzieć, że stanowi – w pewnej części – reakcję na rozpoznanie zjawiska określanego jako misselling, jest dyrektywa IDD (*Insurance Distribution Directive*)¹⁰¹, obowiązująca od dnia 23 lutego 2018 r. Zakresem tej regulacji objęte zostały wszystkie osoby i podmioty zaangażowane w sprzedaż produktów ubezpieczeniowych. Nakłada ona obowiązek nie tylko zapewnienia klientom obiektywnej kompleksowej informacji o produkcie ubezpieczeniowym, ale i doradztwa uwzględniającego analizę potrzeb i interesu klienta („*duty to act honestly, fairly and professionally in accordance with the consumer’s best interests*”). W dyrektywie przewidziany został ponadto obowiązek ujawniania informacji o rodzaju wynagrodzenia otrzymywanego przez dystrybutora ubezpieczeń oraz sprecyzowane zostały wymogi w zakresie kwalifikacji zawodowych osób uczestniczących w

⁹⁸ 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. Urz. UE L 173/349 z dnia 12 czerwca 2014 r.).

⁹⁹ European Parliament, *Mis-selling of Financial Products: Marketing, Sale and Distribution*, *op. cit.*, s. 8.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 6.

¹⁰¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 26/19 z dnia 2 lutego 2016 r.).

procesie dystrybucji ubezpieczeń. Porównując dyrektywę IDD z MiFID II, można stwierdzić, że ta druga wprowadza wyższy poziom wymogów wobec podmiotów rynku finansowego i wyższy poziom ochrony klienta niż IDD, co jest efektem wspomnianego już wcześniej sektorowego podejścia do regulacji rynku finansowego.

Unijnym aktem sektorowym dla rynku kredytów hipotecznych, na którego treść niewątpliwie miała wpływ ogólnoeuropejska debata na temat zjawiska missellingu, jest dyrektywa MCD (*Mortgage Credit Directive*)¹⁰². Dyrektywa ta została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami¹⁰³. W dyrektywie MCD widoczna jest już zmiana podejścia regulacyjnego w stosunku do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48 EC z dnia 23 kwietnia 2008 r. o kredycie konsumenckim (*Consumers Credit Directive*). Polega ona na odejściu od modelu czysto informacyjnego na rzecz modelu silniejszej bezwzględnej ochrony konsumenta. Dyrektywa ta przewiduje obowiązek działania uczciwego, transparentnego i profesjonalnego, biorącego pod uwagę prawa i interes konsumentów („*honestly, fairly, transparently and professionally, taking account of the rights and interests of the consumers*”). Jest w niej przewidziany obowiązek badania zdolności kredytowej konsumenta połączony z zakazem udzielenia kredytu w przypadku negatywnego rezultatu tego badania, zostały także określone wymogi w zakresie kwalifikacji zawodowych osób uczestniczących w procesie sprzedaży produktów kredytowych.

Na uwagę i zastanowienie zasługuje fakt, że w żadnej z trzech omówionych powyżej dyrektyw w ogóle nie pojawia się pojęcie missellingu. Nie ma go ani w tekście normatywnym dyrektyw, ani nawet w motywach wprowadzających do dyrektyw, które opisują przyczyny ich uchwalenia, zjawiska, którym mają one przeciwdziałać, oraz cele i zalecane sposoby ich wdrożenia, interpretacji i stosowania.

Związek z dążeniem ustawodawcy unijnego do przeciwstawienia się zjawisku missellingu mają także trwające w Komisji Europejskiej prace w ramach kolejnego przeglądu dyrektywy CCD

¹⁰² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz. Urz. UE L 60/34 z dnia 28 lutego 2014 r.).

¹⁰³ Dz. U. z 2017 r. poz. 819.

(*Consumers Credit Directive*)¹⁰⁴ pod kątem jej funkcjonowania i oceny, czy jej regulacje odpowiadają aktualnym potrzebom w zakresie ochrony konsumentów zawierających umowy kredytu konsumenckiego. Główne tematy przeglądu odbywającego się w 2019 r. to: ukształtowanie produktów kredytowych (*design*) i ich dystrybucja, *cross-selling*, ocena zdolności kredytowej, rejestry kredytowe, dostarczanie informacji, prawo do odstąpienia i wcześniejsza spłata kredytu.

Z przedstawionego powyżej przeglądu jedynie kilku istotnych, wybranych regulacji można wyciągnąć wnioski, że ustawodawca unijny nie dąży do ukształtowania definicji legalnej *missellingu* i uregulowania kompleksowo środków mających na celu przeciwdziałanie temu zjawisku, ale wprowadza przepisy, które mają służyć wyeliminowaniu poszczególnych, skonkretyzowanych nagannych praktyk rynkowych – zarówno poprzez penalizowanie takich praktyk, jak i poprzez pewnego rodzaju ograniczanie swobody podmiotów rynku finansowego w zakresie systemów zarządzania i kontroli stosowanych w tych podmiotach.

5. Aktywność ustawodawcy polskiego w obszarze przeciwdziałania *missellingowi*

Analizując zmiany w polskich regulacjach dotyczących ochrony konsumenta na rynku finansowym, można stwierdzić, że polski ustawodawca także przyjął stanowisko, iż nie jest celowe tworzenie odrębnej definicji legalnej *missellingu* i wprowadzanie specjalnej autonomicznej regulacji mającej na celu zapobieganie temu zjawisku rozumianemu szeroko.

Ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw¹⁰⁵ polski legislator dodał do już istniejącego katalogu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nowy, skonkretyzowany typ takiej praktyki, nie nazywając jej w tekście ustawy *missellingiem*. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 znowelizowanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰⁶ nową praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów jest proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów, ustalonym z uwzględnieniem dostępnych

¹⁰⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz. Urz. UE L 133/66 z dnia 22 maja 2008 r.).

¹⁰⁵ Dz. U. z 2015 r. poz. 1634.

¹⁰⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369).

przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów, lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru.

Określenie misselling pojawia się natomiast w przygotowanym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów materiale informacyjno-edukacyjnym *Nowe uprawnienia UOKiK w obszarze ochrony konsumentów po 17 kwietnia 2016 r.*¹⁰⁷

W treści tego materiału misselling został określony jako nieuczciwa sprzedaż, a w rozwinięciu tematu Urząd wskazuje, że:

- Nieuczciwa sprzedaż jest pojęciem opisującym wątpliwy pod względem prawnym i etycznym sposób oferowania i sprzedaży produktów finansowych. Na nieuczciwą sprzedaż składać się mogą zarówno zachowania, jak i procedury sprzedaży oraz działania marketingowe, które mają na celu wprowadzenie konsumentów w błąd (np. działanie agenta ubezpieczeniowego, który – świadomie lub nie – wprowadza konsumenta w błąd co do mechanizmu funkcjonowania oferowanego produktu, jego funkcji i zastosowania, albo też reklama lub broszura pomijająca istotne informacje na temat danego produktu finansowego).
- Ocena potrzeb konsumentów na etapie poprzedzającym wystąpienie z ofertą jest obowiązkiem przedsiębiorcy. Niedopuszczalne jest naruszanie przepisów szczególnych, regulujących dane obowiązki przedsiębiorcy względem konsumenta lub dobrych obyczajów. Przy ustalaniu potrzeb konsumentów oczekiwane jest jedynie uwzględnianie takich cech konsumentów, które odnoszą się do proponowanej usługi (np. nie ma potrzeby, by przy udzielaniu krótkoterminowej pożyczki konsumenckiej na małą kwotę ustalać stan zdrowia konsumenta – jest to wręcz niedozwolone).
- Zabronione jest oferowanie usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru (jak np. proponowanie skomplikowanych usług finansowych przez telefon).

¹⁰⁷ https://uokik.gov.pl/faq_nowe_uprawnienia_uokik.php.

6. Podsumowanie i postulaty *de lege ferenda*

Nie można kwestionować faktu, że na rynku finansowym występowały i wciąż występują naganne praktyki niektórych podmiotów oferujących produkty finansowe, szkodzące konsumentom; mogą one przybierać bardzo różną postać, która ewoluuje wraz z rozwojem i zmianami zachodzącymi na tym rynku. Praktyki takie powinny być zabronione, a nieprzestrzeganie zakazu ich stosowania powinno być penalizowane. W tym kontekście trzeba jednak wskazać, że pojęcie missellingu – używane na określenie bardzo różnorodnych praktyk, które doprowadzają do tego, że potrzeba konsumenta nie jest zaspokajana przez produkt finansowy, jaki został mu sprzedany – okazało się bardzo nośne i niekiedy w debacie o nieprawidłowościach na rynku finansowym jest używane nieadekwatnie lub nadużywane. Znamienny jest też fakt, że to pojęcie – w istocie kolokwialne – nie jest używane w regulacjach prawnych, które powstały już po jego rozpowszechnieniu.

Jest to tendencja prawidłowa, gdyż w regulacjach prawnych spełniających standardy prawidłowej legislacji, poza klauzulami generalnymi, powinny być stosowane jedynie pojęcia, których zakres znaczeniowy jest precyzyjnie określony. Szczególne znaczenie ma to w redagowaniu przepisów, które penalizują określone zachowania podmiotów podlegających danej regulacji prawnej. Misselling nie jest pojęciem tego rodzaju, a ewentualna próba stworzenia jego definicji legalnej wydaje się być skazana na niepowodzenie.

Należy też brać pod uwagę, że szereg działań wchodzących – zgodnie z niektórymi prezentowanymi stanowiskami – w zakres missellingu może stanowić czyn niedozwolony lub inny czyn wyodrębniony i penalizowany w aktualnie już obowiązujących przepisach prawa – zarówno w ustawach obejmujących normy chroniące prawa konsumentów, jak i w prawie karnym. Tworzenie ewentualnych nowych norm zakazujących praktyk wchodzących w zakres szeroko rozumianego missellingu powinno być więc zawsze poprzedzone wszechstronnym przeglądem istniejących już regulacji, tak aby uniknąć dublowania analogicznych przepisów w różnych aktach prawnych, w tym należących do odmiennych gałęzi prawa. W przeciwnym przypadku mogłaby zaistnieć sytuacja, że do systemu prawa byłyby wprowadzane przepisy zbędne, co rodziłoby problemy w stosowaniu prawa i pogarszałoby jego jakość.

Nieprawidłowości na rynku kredytów konsumenckich

mgr Magdalena Paleczna, Uniwersytet Wrocławski

Instytucje pożyczkowe¹⁰⁸ działające na polskim rynku finansowym dopuszczają się nadużyć względem konsumentów, na co wskazują zarówno charakter, jak i liczba skarg kierowanych do Rzecznika Finansowego oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nieprawidłowości na rynku niebankowych kredytów konsumenckich mają zróżnicowany charakter i występują tak na etapie przedkontraktowym, jak i na etapie zawierania oraz wykonywania umowy.

W ostatnich latach ustawodawca wprowadził szereg przepisów, których celem była ochrona interesów konsumentów korzystających z usług kredytowych oraz wzmocnienie ich pozycji w relacji z kredytodawcą. Przepisy te dotyczyły kosztów kredytu konsumenckiego oraz uregulowania statusu instytucji pożyczkowych. Dlatego też ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw¹⁰⁹, wprowadziła do ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim¹¹⁰ (dalej: u.k.k.) definicję pozaodsetkowych kosztów kredytu i limity tych kosztów oraz definicję instytucji pożyczkowej. Natomiast ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami¹¹¹ dokonano zmian w ustawie o kredycie konsumenckim w zakresie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pożyczkowe. Zgodnie z nowymi przepisami podmioty te mogą podejmować działalność wyłącznie po uzyskaniu wpisu do rejestru instytucji pożyczkowych, prowadzonego przez Komisję Nadzoru Finansowego.

¹⁰⁸ W rozumieniu przepisów ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim instytucja pożyczkowa to kredytodawca inny niż: bank krajowy, bank zagraniczny, oddział banku zagranicznego, instytucja kredytowa lub oddział instytucji kredytowej w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa oraz Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa, a także podmiot, którego działalność polega na udzielaniu kredytów konsumenckich w postaci odroczenia zapłaty ceny lub wynagrodzenia na zakup oferowanych przez niego towarów i usług.

¹⁰⁹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1357 z późn. zm.).

¹¹⁰ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1083).

¹¹¹ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz. U. z 2017 r. poz. 819 z późn. zm.).

Warunki, jakie muszą zostać spełnione przez instytucję pożyczkową, aby mogła ona zostać wpisana do tego rejestru, określa szczegółowo ustawa o kredycie konsumenckim.

Mimo wejścia w życie nowych przepisów instytucje pożyczkowe nadal dopuszczają się nadużyć względem konsumentów. Niniejsza część Raportu ma na celu wskazanie wybranych problemów zgłaszanych do Rzecznika Finansowego w latach 2016–2018¹¹² oraz do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w okresie 2013–2019.

1. Problemy zgłaszane do Rzecznika Finansowego dotyczące działalności instytucji pożyczkowych¹¹³

We wnioskach kierowanych przez konsumentów do Rzecznika Finansowego w latach 2016–2018, związanych z działaniami podmiotów rynku bankowo-kapitałowego, w tym instytucji pożyczkowych, do najczęściej zgłaszanych problemów należały:

- niezgodność salda zadłużenia i rozliczenia środków z kredytu w związku z dokonaną wcześniejszą spłatą kredytu;
- nadmierne i zróżnicowane opłaty, które konsument jest zobowiązany ponieść w związku z umową o kredyt konsumencki;
- refinansowanie kredytu udzielonego konsumentowi przez różne podmioty powiązane kapitałowo bądź osobowo¹¹⁴.

¹¹² W październiku 2015 r. Rzecznik Finansowy zastąpił Rzecznika Ubezpieczonych i został powołany, aby wspierać klientów w sporach z podmiotami rynku finansowego, w tym klientów instytucji pożyczkowych. Z tych powodów niniejszym badaniem objęte zostały pełne lata działalności Rzecznika Finansowego, począwszy od 2016 r.

¹¹³ Ze względu na obowiązujące przepisy ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U z 2018 r. poz. 1000) przedstawione problemy mają jedynie charakter przykładowy. Informacje o nieprawidłowościach na rynku niebankowych kredytów konsumenckich pochodzą ze sprawozdań z działalności Rzecznika Finansowego w latach 2016–2018 oraz z raportu Rzecznika Finansowego: *Kredyty konsumenckie. Bieżące problemy*.

¹¹⁴ Problem refinansowania kredytu udzielonego konsumentowi przez różne podmioty powiązane kapitałowo bądź osobowo został omówiony w niniejszym raporcie w rozdziale pt.: *Przykładowe problemy klientów firm pożyczkowych*.

Tabela 1. Wnioski wpływające do Rzecznika Finansowego w sprawach instytucji pożyczkowych

Nazwa podmiotu	Liczba wniosków w 2016 r.	Procent wniosków w 2016 r.	Liczba wniosków w 2017 r.	Procent wniosków w 2017 r.	Liczba wniosków w 2018 r.	Procent wniosków w 2018 r.
Rynek bankowo-kapitałowy	3723	100%	4401	100%	4935	100%
Instytucje pożyczkowe	210	5,7%	279	6,3%	454	9,2%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie sprawozdań z działalności Rzecznika Finansowego w latach 2016–2018.

Analizując przedstawione dane, można zaobserwować wzrostową tendencję w zakresie skarg kierowanych przez konsumentów na działania instytucji pożyczkowych. Na podstawie skarg wpływających do Rzecznika Finansowego dotyczących instytucji pożyczkowych eksperci Biura Rzecznika Finansowego dostrzegają, że niektórzy pożyczkodawcy konstruują warunki umowy tak, aby obciążyć klienta możliwe wysokimi pozaodsetkowymi kosztami pożyczki. Zauważyć też można, że instytucje pożyczkowe specjalnie i sztucznie wydłużają okres spłaty kredytu konsumenckiego. Wydłużenie czasu spłaty pożyczki ma bezpośredni wpływ na wysokość maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu. Wydłużony okres spłaty kredytu sprawia, że kredytodawca (instytucja pożyczkowa) może naliczyć wyższe pozaodsetkowe koszty kredytu.

2. Niewypełnianie obowiązków informacyjnych przez instytucje pożyczkowe

Niewypełnianie obowiązków informacyjnych przez instytucje pożyczkowe jest jednym z najczęściej występujących nadużyć na rynku kredytów konsumenckich. Praktyka ta występuje zarówno na etapie przedkontraktowym, co znajduje wyraz w nieprzekazywaniu wymaganych ustawowo informacji w formularzu informacyjnym, jak i na etapie zawierania umowy kredytowej poprzez nieprzekazywanie konsumentom w umowach o kredyt konsumencki informacji zawartych w art. 13 ust. 2 u.k.k.

Tego typu nieprawidłowość zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2006 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹⁵ stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przypadku stwierdzenia takiej nieprawidłowości wydaje decyzję zakazującą stosowania danej praktyki. Stwierdzone przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nadużycia w zakresie wypełniania obowiązków informacyjnych przez instytucje pożyczkowe dotyczyły:

- nieprzekazywania pełnych informacji o kosztach kredytu konsumenckiego;
- przekazywania nieprawdziwej informacji o wysokości rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania;
- nieinformowania konsumentów w formularzach informacyjnych oraz w umowach kredytu konsumenckiego o stopie oprocentowania zadłużenia przeterminowanego oraz o warunkach jej zmiany;
- nieprzekazywania konsumentom w umowach o kredyt konsumencki informacji o całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta;
- pozbawienia konsumenta rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji poprzez podawanie błędnej informacji o całkowitej kwocie pożyczki w umowie pożyczki;
- nieprzekazywania konsumentom przed zawarciem umowy o kredyt konsumencki informacji na formularzu informacyjnym;
- nieprzekazywania konsumentom przed zawarciem umowy o kredyt konsumencki informacji o pobieranych opłatach: przygotowawczej i administracyjnej, które konsument jest zobowiązany ponieść w związku z umową o kredyt konsumencki;
- niepodawania w umowach o kredyt konsumencki informacji o odsetkach w stosunku dziennym, należnych instytucji pożyczkowej w przypadku odstąpienia przez konsumenta od umowy;
- zaniechania poinformowania konsumentów o przysługującym im 30-dniowym terminie zwrotu przez konsumenta kwoty pożyczki od dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu;

¹¹⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369.

- podawania nieprawdziwej informacji o całkowitym koszcie kredytu poprzez nieuwzględnianie kosztu opłaty za obsługę pożyczki w domu;
- niepodawania w formularzu informacyjnym dotyczącym kredytu konsumenckiego informacji o opłacie za obsługę pożyczki w domu, którą konsument jest zobowiązany ponieść w związku z umową kredytu;
- niepodawania w umowach kredytu konsumenckiego informacji o kolejności zaliczania rat kredytu konsumenckiego na poczet należności kredytodawcy;
- niewskazania w formularzu informacyjnym zasad ustalania spłaty kredytu przed terminem;
- nieprzekazywania konsumentom na trwałym nośniku w postaci formularza informacyjnego informacji dotyczących udzielenia drugiej i każdej kolejnej pożyczki;
- niewskazania w umowach pożyczki kwoty odsetek należnych w stosunku dziennym;
- podawania w umowie pożyczki nieprawdziwej informacji o wysokości rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania;
- niepodawania na formularzu informacyjnym dotyczącym kredytu konsumenckiego informacji o czasie obowiązywania umowy;
- niepodawania na formularzu informacyjnym dotyczącym kredytu konsumenckiego informacji o częstotliwości płatności rat oraz o kolejności zaliczania rat kredytu konsumenckiego na poczet należności kredytodawcy.

W latach 2013–2019 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzje zakazujące stosowania tego typu praktyk przez instytucje pożyczkowe. Przykłady tych decyzji zaprezentowano w tabeli 2.

Tabela 2. Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące niewypełniania obowiązków informacyjnych przez instytucje pożyczkowe

Lp.	Nazwa instytucji pożyczkowej	Nr decyzji Prezesa UOKiK	Data wydania decyzji
1.	Argentum Capital Sp. z o.o.	RLU-27/13	21 października 2013 r.
2.	Asper Sp. z o.o.	RGD.5/2015	5 listopada 2015 r.
3.	Aasa Polska S.A.	RKR-39/2013	20 grudnia 2013 r.
4.	Capital Service S.A.	RLU Nr 42/2013	31 grudnia 2013 r.
5.	Capital Service S.A.	RWA-11/2016	30 grudnia 2016 r.
6.	CareCash Sp. z o.o.	RŁO 49/2013	26 listopada 2013 r.
7.	Dobry Kredyt Sp. z o.o.	RPZ 37/2014	2 grudnia 2014 r.
8.	Eden Finance Sp. z o.o.	RWA-25/2015	28 grudnia 2015 r.
9.	Euro Providus S.A.	RŁO 3/2015	24 czerwca 2015 r.
10.	Euro-Cash Plus Sp. z o.o.	RKT-03/2016	28 czerwca 2016 r.
11.	Euro Kredyt Sp. z o.o.	RPZ 20/2014	28 sierpnia 2014 r.
12.	Everest Finanse Sp. z o.o.	Decyzja częściowa DDK-26/2015	30 grudnia 2015 r.
13.	Everest Finanse Sp. z o.o.	DDK-2/2016	26 lutego 2016 r.
14.	Ferratum Finanse Sp. z o.o.	RŁO 7/2018	31 grudnia 2018 r.
15.	Grupa Finansowa – AS	RLU Nr 23/2014	19 listopada 2014 r.
16.	Grupa MLC Sp. z o.o.	RBG-8/2016	3 listopada 2016 r.
17.	LewINVEST	RPZ 1/2016	12 lutego 2016 r.
18.	Net Credit Sp. z o.o.	RBG-44/2014	31 grudnia 2014 r.
19.	OK Money Poland Sp. z o.o.	RBG-20/2014	4 września 2014 r.
20.	Opitma S.A.	RBG-10/2014	22 maja 2014 r.
21.	Pośrednictwo Finansowe „Kredyty-Chwilówki” Sp. z o.o.	DDK-19/2016	26 sierpnia 2016 r.
22.	Profi Credit Poland Sp. z o.o.	RKT-35/2013	31 października 2013 r.

23.	Prometeusz Kredyty Sp. z o.o.	RKT-47/2013	19 grudnia 2013 r.
24.	Provident Polska S.A.	Decyzja częściowa RWA-33/2013	20 grudnia 2013 r.
25.	Przedsiębiorstwo Usług Finansowych Invest Finance Chlebicz i Sobieraj Sp. j.	RBG-19/2015	30 grudnia 2015 r.
26.	Rapid Finance Polska Sp. z o.o.	DDK-27/2015	30 grudnia 2015 r.
27.	Szybka Pożyczka Sp. z o.o.	RPZ 31/2014	27 października 2014 r.
28.	Tempo Finanse Sp. z o.o.	25 /2015	30 grudnia 2015 r.
29.	Vivus Finance Sp. z o.o.	RKR-4/2014	26 marca 2014 r.
30.	Wonga.pl Sp. z o.o.	RBG-9/2017	22 grudnia 2017 r.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie decyzji UOKiK dostępnych na stronie: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

3. Błędne przekazywanie informacji o RRSO

Prezentowanie nieprawdziwej informacji o wysokości rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania (RRSO) oraz nieprzekazywanie konsumentom w umowach o kredyt konsumencki informacji o całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy o kredycie konsumenckim. Nieprawidłowe informacje o wysokości wskaźnika RRSO mogą wprowadzać konsumentów w błąd i skłonić ich do wyboru mniej korzystnej oferty kredytowej. Konsument dokonując porównania ofert, wybiera bowiem tę ofertę, w której wskaźnik RRSO jest mniejszy. Taka oferta jest dla konsumenta tańsza, a zatem korzystniejsza. W sytuacji gdy instytucja pożyczkowa podaje informację o niskiej wysokości wskaźnika RRSO, a w rzeczywistości jest on dużo wyższy, to konsument świadomie wprowadzany jest w błąd.

Przykład:

„Przy pożyczce na kwotę 1500 zł, której spłata miała nastąpić w 57 ratach tygodniowych po 51,06 zł wraz z obsługą w domu, **przedsiębiorca deklarował RRSO na poziomie 41,34%, podczas gdy faktycznie wynosiło ono 285,35%**. Natomiast przy pożyczce na kwotę 540 zł, której spłata

miała nastąpić w 57 ratach tygodniowych po 17,02 zł, **przedsiębiorca deklarował RRSO na poziomie 41,34%, podczas gdy faktycznie wynosiło ono 285,35%**¹¹⁶.

Przykład:

„Przedsiębiorca prezentował RRSO obliczoną bez uwzględnienia przedmiotowej opłaty. Przykładowo, przy pożyczce na kwotę 1000 zł, której spłata miała nastąpić w 25 ratach tygodniowych po 66 zł, **przedsiębiorca deklarował RRSO na poziomie 109,71%, podczas gdy faktycznie wynosiła ona 789,13%**¹¹⁷.

Tabela 3. Stwierdzone przez Prezesa UOKiK naruszenia dotyczące RRSO

Lp.	Podmiot	Nr decyzji	Data wydania decyzji
1.	Euro Providus S.A.	RŁO 3/2015	24 czerwca 2015 r.
2.	Aasa Polska S.A.	RKR-39/2013	20 grudnia 2013 r.
3.	Argentum Capital Sp. z o.o.	RLU-27/13	21 października 2013 r.
4.	Capital Service S.A.	RLU Nr 42/2013	31 grudnia 2013 r.
5.	Eden Finance Sp. z o.o.	RWA-25/2015	28 grudnia 2015 r.
6.	Everest Finanse Sp. z o.o.	Decyzja częściowa nr DDK-26/2015	30 grudnia 2015 r.
7.	Ferratum Poland Sp. z o.o.	RWR 45/2013	31 grudnia 2013 r.
8.	Ferratum Finanse Sp. z o.o.	RŁO 7/2018	31 grudnia 2018 r.
9.	Incredit Sp. z o.o.	RKR-13/2017	29 grudnia 2017 r.
10.	Grupa MLC Sp. z o.o.	RBG-8/2016	3 listopada 2016 r.
11.	Kreditech Polska Sp. z o.o.	RWA-9/2016	30 grudnia 2016 r.
12.	Net Credit Sp. z o.o.	RBG-44/2014	31 grudnia 2014 r.
13.	Opitma S.A.	RBG-10/2014	22 maja 2014 r.
14.	PolCredit Sp. z o.o.	RPZ 20/2013	10 września 2013 r.
15.	Szybka Pożyczka Sp. z o.o.	RPZ 31/2014	27 października 2014 r.

¹¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 5 listopada 2015 r. nr RGD.5/2015.

¹¹⁷ Decyzja częściowa Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2015 r. nr DDK-26/2015.

16.	Tempo Finanse Sp. z o.o.	25/2015	30 grudnia 2015 r.
17.	Vivus Finance Sp. z o.o.	RKR-4/2014	26 marca 2014 r.
18.	Wonga.pl Sp. z o.o.	DDK 16/2015	30 listopada 2015 r.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie decyzji UOKiK dostępnych na stronie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

4. Reklama kredytu konsumenckiego

Pewne nieprawidłowości obserwowane są też w reklamach kredytów konsumenckich instytucji pożyczkowych. Podmioty te w reklamach telewizyjnych, internetowych lub broszurowych podają często informacje nieprawdzie i wprowadzające w błąd. Przekazywane są dane, które mają zachęcić konsumenta do skorzystania z usługi kredytowej, jednocześnie konsument nie zostaje poinformowany go o występującym możliwym ryzyku. Kredyty konsumenckie oferowane przez instytucje pożyczkowe zazwyczaj są reklamowane hasłami: „bez zabezpieczeń”, „bez sprawdzania w Biurze Informacji Kredytowej” oraz „bez zdolności kredytowej na oświadczenie”. Konsumentom są zachęceni do nabycia usługi kredytowej, informowani o niskim i korzystnym oprocentowaniu czy przystąpieniu do umowy kredytowej bez badania zdolności kredytowej: „nie ponosisz opłat za udzielenie pożyczki, masz możliwość wcześniejszej spłaty, zwracamy koszty ubezpieczenia i odsetki”.

Nieprawidłowości w zakresie reklamy niebankowych kredytów konsumenckich zostały stwierdzone przez Prezesa UOKiK już w 2013 r. Analizie poddanych zostało 37 przedsiębiorców. W raporcie *Reklama parabanków. Raport z kontroli reklam pozabankowych instytucji finansowych oferujących pożyczki konsumentom*¹¹⁸, stwierdzono, że 23 przedsiębiorców stosowało reklamy, które były sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy o kredycie konsumenckim.

Przedstawianie w reklamach informacji o kredycie konsumenckim w sposób niezrozumiały, nieczytelny, niejednoznaczny lub niewidoczny dla konsumenta jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 u.k.k. Reklamy niebankowych kredytów konsumenckich często nie zawierają ustawowo wymaganych elementów, jak również wprowadzają w błąd poprzez podawanie nieprawdziwych informacji. O

¹¹⁸ https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10415.

stosowaniu tych praktyk przez instytucje pożyczkowe świadczą decyzje wydane przez Prezesa UOKiK, które zostały uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów.

Instytucje pożyczkowe w zakresie telewizyjnej i internetowej reklamy kredytu konsumenckiego dopuszczały się naruszenia obowiązku udzielenia konsumentom rzetelnej i pełnej informacji o:

- kosztach kredytu konsumenckiego wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu;
- całkowitej kwocie kredytu;
- rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania;
- czasie obowiązywania umowy;
- całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta;
- opłatach uwzględnianych w całkowitym koszcie pożyczki.

Instytucje pożyczkowe w reklamach kredytu konsumenckiego prezentowały informacje wprowadzające w błąd. Praktyka ta obserwowana była zarówno w reklamach telewizyjnych, jak i internetowych. Przykładem jest podawanie przez instytucję pożyczkową informacji o natychmiastowym przelewie środków na konto konsumenta, podczas gdy z treści stosowanych przez instytucje pożyczkowe formularzy informacyjnych wynikało, że przelew na rachunek bankowy klienta następuje w przeciągu 24 godzin od zatwierdzenia wniosku o pożyczkę.

Często występującym problemem był zbyt krótki czas reklamy telewizyjnej kredytu konsumenckiego (na przykład reklama instytucji pożyczkowej Rapid Finance Sp. z o.o. trwała 10 sekund – decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 czerwca 2016 r. nr RKR-2/2016), co skutkowało nieprzekazaniem właściwych informacji przez kredytodawców. Dodatkowo informacje były prezentowane w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na zastosowanie nieczytelnej formy graficznej i małej czcionki.

Przykłady dotyczące nieprawidłowości w zakresie reklamy kredytu konsumenckiego oferowanego przez instytucje pożyczkowe zostały zestawione w tabeli 4.

Tabela 4. Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące nieprawidłowości w zakresie reklamy kredytu konsumenckiego oferowanego przez instytucje pożyczkowe

Lp.	Nazwa instytucji pożyczkowej	Nr decyzji	Data wydania decyzji
1.	Bezpieczna Pożyczka Sp. z o.o. Sp. k.	RPZ 29/2013	30 września 2013 r.
2.	CareCash Sp. z o.o.	RPZ 42/2013	19 listopada 2013 r.
3.	Eurocent S.A.	RPZ 35/2013	6 listopada 2013 r.
4.	Ferratum Poland Sp. z o.o.	RWR 45/2013	31 grudnia 2013 r.
5.	Incredit Sp. z o.o.	RKR-13/2017	29 grudnia 2017 r.
6.	Kreditech Polska Sp. z o.o.	RWA-9/2016	30 grudnia 2016 r.
7.	Net Credit Sp. z o.o.	RBG-44/2014	31 grudnia 2014 r.
8.	Opitma S.A.	RBG-10/2014	22 maja 2014 r.
9.	PolCredit Sp. z o.o.	RPZ 20/2013	10 września 2013 r.
10.	Pomocna Pożyczka Sp. z o.o.	RGD-14/2013	25 października 2013 r.
11.	Pomocna Pożyczka Sp. z o.o.	RPZ 45/2013	29 listopada 2013 r.
12.	Pożyczka Polska Sp. z o.o.	RWR 17/2014	7 lipca 2014 r.
13.	Profi Credit Poland Sp. z o.o.	RPZ 48/2013	24 grudnia 2013 r.
14.	Profinet S.A.	RPZ 52/2013	31 grudnia 2013 r.
15.	Prometeusz Kredyty Sp. z o.o.	RPZ 36/2013	7 listopada 2013 r.
16.	Provident Polska S.A.	RPZ 25/2013	26 września 2013 r.
17.	Provident Polska S.A.	DDK 7/2016	9 marca 2016 r.
18.	Provident Polska S.A.	DOIK 10/2017	28 grudnia 2017 r.
19.	Rapid Finance Polska Sp. z o.o.	RKR-2/2016	30 czerwca 2016 r.
20.	Regita Sp. z o.o.	RPZ 17/2013	31 lipca 2013 r.
21.	Soho Credit Sp. z o.o.	RPZ 33/2013	29 października 2013 r.
22.	Szybka Pożyczka Sp. z o.o.	RPZ 31/2014	27 października 2014 r.
23.	TAKTO Finanse Sp. z o.o.	RKR-9/2016	21 listopada 2016 r.
24.	Tempo Finanse Sp. z o.o.	RWR 24/2015	30 grudnia 2015 r.
25.	Vivus Finanse Sp. z o.o.	RPZ 24/2013	25 września 2015 r.

Str. 85

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

26.	Vivus Finanse Sp. z o.o.	RWA-29/2015	31 grudnia 2015 r.
27.	Wonga.pl Sp. z o.o.	RPZ 23/2013	25 września 2015 r.
28.	Wonga.pl Sp. z o.o.	RKT-16/2015	7 grudnia 2015 r.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie decyzji UOKiK dostępnych na stronie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

5. Nieprawidłowości dotyczące opłat i prowizji za pożyczki konsumenckie

Ważnym problemem na rynku niebankowych kredytów konsumenckich jest stosowanie przez instytucje pożyczkowe bardzo wysokich opłat i prowizji. Koszty są nadmierne w stosunku do świadczonej usługi kredytowej i w większości przypadków nieadekwatne do wykonanych przez kredytodawcę czynności. Również odsetki stanowiące wynagrodzenie kredytodawcy za udzielenie kredytu konsumentowi ustalane są na wysokim poziomie.

Niebankowe instytucje pożyczkowe angażują własne środki w celu kredytowania konsumentów. Sprawia to, że stosują one różnego rodzaju opłaty, których wysokość często jest nieadekwatna do kwoty udzielanego kredytu. Opłaty te często stanowią wynagrodzenie dla instytucji pożyczkowej, a także rekompensują w pewien sposób ponoszone przez nią ryzyko.

Naliczane przez kredytodawców bardzo wysokie opłaty i prowizje mieszczą się w limicie maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu, jednak są one wygórowane i nieproporcjonalne w stosunku do czynności, jakie zostały faktycznie wykonane przez kredytodawcę. Rzecznik Finansowy podkreśla, że kredytodawcy w stosowanych wysokich opłatach i prowizjach ukrywają należne im wynagrodzenie za usługę kredytową, co może wprowadzać konsumentów w błąd i służyć omijaniu przepisów o kredycie konsumenckim i przepisów o odsetkach maksymalnych.

W sprawach zgłaszanych do Rzecznika Finansowego zauważono, że część instytucji pożyczkowych przyjmuje, iż kredytowane koszty – takie jak prowizja, opłata przygotowawcza czy opłata administracyjna – mieszczą się w definicji całkowitej kwoty kredytu, a w konsekwencji mogą stanowić część tej kwoty.

Instytucje pożyczkowe w formularzu informacyjnym i/lub w umowie kredytowej pomijają informacje o koszcie kredytów, przede wszystkim te dotyczące stosowania odpowiednich opłat.

Jest to praktyka wprowadzająca konsumenta w błąd, gdyż może on zdecydować się na zawarcie umowy pod wpływem błędnych danych. Bywa też tak, że instytucje pożyczkowe stosują zróżnicowane i niejasno określone opłaty.

Tabela 5. Decyzje Prezesa UOKiK dotyczące nieprawidłowości w zakresie stosowania niejasno określonych opłat

Lp.	Podmiot	Nr decyzji	Data wydania decyzji
1.	Asper Sp. z o.o.	RGD.5/2015	5 listopada 2015 r.
2.	Capital Service S.A.	RLU Nr 42/2013	31 grudnia 2013 r.
3.	Eden Finance Sp. z o.o.	RWA-25/2015	28 grudnia 2015 r.
4.	Provident Polska S.A.	Decyzja częściowa RWA-33/2013	20 grudnia 2013 r.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie decyzji UOKiK dostępnych na stronie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

Zauważono również, że instytucje pożyczkowe zastrzegają w umowach kredytowych rażąco wygórowane opłaty za podjęcie czynności polegających na wysłaniu wezwań do zapłaty, w sytuacji gdy konsument opóźnia się w spłacie raty kredytu. Wysokości tych opłat przyjmą różne wartości, a są one ustalane przez same instytucje pożyczkowe. Zasadniczo opłaty te mają wysokość 100 zł, 150 zł i 200 zł i nie mają związku z rzeczywiście poniesionymi przez kredytodawcę kosztami podejmowanych czynności – decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 lutego 2016 r. nr RPZ 1/2016. W innej decyzji (nr RLU 42/2013), wydanej w dniu 31 grudnia 2013 r., Prezes UOKiK wskazał, że stosowana przez instytucję pożyczkową opłata administracyjna, pobierana za czynności związane z uruchomieniem okresu rozliczeniowego, była w rzeczywistości prowizją pobieraną przez instytucję i nie była zaliczana do kosztu kredytu przez przedsiębiorcę.

Poważnym problem jest także stosowanie przez instytucje pożyczkowe tzw. opłaty za obsługę w domu. Wysokość tej opłaty nie odpowiada wartości świadczeń realizowanych w jej ramach i często stanowi zdecydowaną część kosztów kredytu. Wysokość opłaty uzależniona jest od kwoty udzielonego kredytu i może stanowić nawet równowartość tej kwoty.

Tabela 6. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawie stosowania opłat za obsługę w domu

Lp.	Podmiot	Nr decyzji	Data wydania decyzji
1.	Asper Sp. z o.o.	RGD.5/2015	5 listopada 2015 r.
2.	Profinet S.A.	DDK-22/2015	28 grudnia 2015 r.
3.	Eden Finance Sp. z o.o.	RWA-25/2015	28 grudnia 2015 r.
4.	Everest Finance Sp. z o.o. S.k.	Decyzja częściowa DDK-26/2015	30 grudnia 2015 r.
5.	Euro Providus S.A.	RŁO 3/2015	24 czerwca 2015 r.
6.	Opitma Sp. z o.o.	RBG-10/2015	23 września 2015 r.
7.	Provident Polska S.A.	RWA-33/2013	20 grudnia 2013 r.
8.	Provident Polska S.A.	RWA-2/2015	20 kwietnia 2015 r.
9.	Tempo Finance Sp. z o.o.	25/2015	30 grudnia 2015 r.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie decyzji UOKiK, dostępnych na stronie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

Tabela 7. Opłata za obsługę w domu

Wysokość kredytu	Okres kredytowania	Kwota odsetek	Opłata za obsługę w domu
1500,00 zł	57 tygodni	155,45 zł (18% w stosunku rocznym)	1251,00 zł

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, *Opłaty Stosowane przez Instytucje Parabankowe*, <https://www.uokik.gov.pl/raporty2.php>, s. 13 [dostęp: 29.04.2019].

Tabela 8. Opłata za obsługę w domu (bez wskazania okresu kredytowania)

Kwota do wypłaty	Opłata przygotowawcza	Oprocentowanie (kwota w zł)	Opłata za obsługę w domu
3500,00 zł	280,00 zł	200,27 zł	2207,73 zł

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, *Opłaty Stosowane przez Instytucje Parabankowe*, <https://www.uokik.gov.pl/raporty2.php>, s. 16 [dostęp: 29.04.2019].

Inną opłatą stosowaną w wygórowanej wysokości przez instytucje pożyczkowe jest opłata przygotowawcza. Zazwyczaj nie odpowiada ona wartości świadczeń realizowanych w jej ramach. Zauważyć można również, że przed zawarciem umowy o kredyt konsumencki kredytodawcy nie przekazują konsumentom informacji o tego typu opłacie.

Tabela 8. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawie nieprzekazywania przez instytucje pożyczkowe informacji o opłacie przygotowawczej oraz stosowania wygórowanej opłaty przygotowawczej

Lp.	Podmiot	Nr decyzji	Data wydania decyzji
1.	Aasa Polska S.A.	RKR-39/2013	20 grudnia 2013 r.
2.	Baltic Money Sp. z o.o.	RGD. 20/2013	20 listopada 2013 r.
3.	Euro Providus S.A.	RŁO 3/2015	24 czerwca 2015 r.
4.	Profi Credit Poland Sp. z o.o.	RKT-21/2015	30 grudnia 2015 r.
5.	Profinet S.A.	DDK-22/2015	28 grudnia 2015 r.
6.	Provident Polska S.A.	RWA-33/2013	20 grudnia 2013 r.
7.	Provident Polska S.A.	RWA-2/2015	20 kwietnia 2015 r.
8.	Rapid Finance Sp. z o.o.	DDK 27/2015	30 grudnia 2015 r.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie decyzji UOKiK, dostępnych na stronie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf.

Istotny problem stanowi również naliczanie przez instytucje pożyczkowe bardzo wysokich prowizji, których wysokość może równać się wysokości udzielonego kredytu.

Tabela 9. Tabela opłat dla pożyczki ratalnej oferowanej na okres 24 i 36 miesięcy przez instytucję pożyczkową

Pożyczka ratalna – okres 24 miesięcy				
Wysokość pożyczki (w zł)	Prowizja (w zł)	Odsetki (w zł)	RRSO	Całkowity koszt kredytu (w zł)
1000	850,90	107,52	107,09%	1958,42
1500	1276,35	161,28	107,09%	2937,63
2000	1701,56	215,04	107,09%	3916,60
2500	2127,01	268,80	107,09%	4895,81
3000	2552,47	322,32	107,09%	5874,79
3500	2977,92	376,08	107,09%	6854,00
4000	3403,37	429,84	107,09%	7833,21
4500	3828,82	483,60	107,09%	8812,42
5000	4254,03	537,36	107,09%	9791,39
Pożyczka ratalna – okres 36 miesięcy				
Wysokość pożyczki (w zł)	Prowizja (w zł)	Odsetki (w zł)	RRSO	Całkowity koszt kredytu (w zł)
1000	999,72	161,64	78,56%	2161,36
1500	1500,00	242,28	78,56%	3242,40
2000	2000,00	323,28	78,56%	4323,44
2500	2499,84	403,92	78,56%	5403,76
3000	2999,88	484,92	78,56%	6484,80
3500	3500,00	565,56	78,56%	7565,84
4000	3999,96	646,56	78,56%	8646,52
4500	4500,00	727,20	78,56%	9727,20
5000	5000,00	808,20	78,56%	10 808,24

Źródło: opracowanie własne na podstawie: *Pożyczka ratalna*

https://supergrosz.pl/?lp_id_adwords=1&affiliate=AdWords&gclid=Cj0KCQjwpvzZBRcbARIsACe8vyLXuWF-z9Uabt1JEjjZEI5pkXcPhi2laKBvyRiZpWRHsfR4WMgTWGgaAgGtEALw_wcB [dostęp: 29.04.2019].

6. Nieprawidłowości w zakresie badania zdolności kredytowej

Instytucje pożyczkowe wykorzystują nieprecyzyjność przepisu art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim, zgodnie z którym kredytodawca przed zawarciem umowy o kredyt konsumencki jest zobowiązany wyłącznie do dokonania oceny zdolności kredytowej konsumenta. Z treści tego przepisu nie wynika wprost, że udzielenie kredytu uzależnione jest od posiadania przez konsumenta zdolności kredytowej. Nieprecyzyjność tego przepisu wykorzystywana jest przez instytucje pożyczkowe, które udzielają kredytów konsumentom, których zdolność kredytowa jest wątpliwa, a nawet tym, którzy nie posiadają tej zdolności. Oznacza to, że instytucja pożyczkowa może udzielić kredytu mimo posiadania informacji o dużym ryzyku kredytowym konsumenta.

W rzeczywistości jednak nieprzeprowadzenie oceny zdolności kredytowej lub jej błędna ocena powoduje nadmierne zadłużanie się kredytobiorców konsumentów. Niebankowe kredyty konsumenckie udzielane są zazwyczaj konsumentom znajdującym się w trudnej sytuacji finansowej, często wpadającym w tzw. spiralę zadłużenia, gdyż pozwalają one na uzyskanie dodatkowych zysków z obsługi takiego kredytu i odsetek karnych z tytułu nieterminowej spłaty zobowiązania.

Naruszenie art. 9 ust. 1 u.k.k. zostało stwierdzone przez Prezesa UOKiK w decyzji dnia 25 października 2013 r. nr RGD.14/2013 dotyczącej instytucji pożyczkowej Pomocna Pożyczka Sp. z o.o.

Przypadek naruszenia art. 9 ust. 1 u.k.k. potwierdza, że klientami instytucji pożyczkowych są zwykle konsumenci posiadający określone cechy wspólne. Zazwyczaj są to osoby pozbawione zdolności kredytowej, często ubogie, które nie mając możliwości uzyskania kredytów w bankach, decydują się na finansowanie wydatków lub zadłużeń z innych źródeł.

7. Misselling

Innym równie niepokojącym zjawiskiem, a tym samym nieprawidłowością na rynku kredytów konsumenckich, jest praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów, polegająca 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, czyli tzw. misselling.

Występowanie tego rodzaju nadużycia w praktykach instytucji pożyczkowych – ale nie tylko – było powodem wspomnianej nowelizacji z 2015 r. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która zakazała tego typu praktyk.

Obszarem, w którym występuje zjawisko missellingu, są niewątpliwie kredyty konsumenckie, tzw. chwilówki, oferowane przez instytucje pożyczkowe. Są to kredyty o niewielkiej kwocie i o krótkim terminie kredytowania (kwota takiego kredytu nie przekracza zazwyczaj 1000–1500 zł, a termin kredytowania to kilka miesięcy). Choć kredyty te reklamowane są jakie „tanie” i „dostępne od ręki”, to w rzeczywistości charakteryzują się bardzo wysokimi kosztami, gdyż wskaźnik RRSO może osiągać poziom w przedziale od kilkudziesięciu do kilkuset procent. Skala występowania tego zjawiska jest bardzo duża, gdyż instytucje pożyczkowe udzielają takich pożyczek 1,5–2 mln rocznie¹¹⁹.

Najczęściej występującymi i zgłaszanymi przez konsumentów problemami w zakresie chwilówek są:

- nieprawidłowe informowanie o ryzyku związanym z nabywaną usługą;
- nieprzeprowadzanie oceny zdolności kredytowej;
- nieodpowiednie informowanie o opłatach związanych z nieterminową spłatą rat kredytu;
- prezentowaniu nieprawdziwych cech dostarczanej usługi finansowej;
- przekonywanie konsumenta o konieczności nabycia usługi, mimo że analiza jego zdolności kredytowych skutkuje wykazaniem poważnych wątpliwości i ryzyka niewywiązania się z zaciągniętego zobowiązania;
- wprowadzanie konsumenta w błąd przez pracowników instytucji pożyczkowych.

Do tej pory Prezes UOKiK nie wydał decyzji dotyczącej zakazu stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy, jaką jest misselling.

¹¹⁹ *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego,*

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271401/12284097/12284098/dokument158625.PDF> [dostęp: 30.04.2019].

8. Podsumowanie

Przedstawione w niniejszej części Raportu nieprawidłowości, których dopuszczają się instytucje pożyczkowe, mają niejednorodny charakter oraz występują w dużej skali. Potwierdzeniem tego są liczne skargi kierowane przez konsumentów do Rzecznika Finansowego oraz decyzje w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wydawane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Niewątpliwie powodami obecności opisanych nieprawidłowości, jak również stosowania przez instytucje pożyczkowe praktyk naruszających słusze interesy konsumentów, są istniejące luki w prawie oraz niejasne i nieprecyzyjne przepisy ustawy o kredycie konsumenckim. Zauważalne jest to przede wszystkim w zakresie wyszczególnienia opłat, jakie mogą być stosowane przez kredytodawców. Instytucje pożyczkowe naliczają kredytobiorcom bardzo wysokie opłaty, w większości nieadekwatne do czynności, za jakie zostały naliczone. Choć mieszczą się one w limicie maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu (MPKK), koszty te są wygórowane. Dlatego też aktualnie trwają prace legislacyjne nad projektem ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie¹²⁰. Celem tej ustawy jest ograniczenie patologii udzielania pożyczek o nadmiernie wygórowanych opłatach i prowizjach poprzez podjęcie kompleksowych działań na gruncie ustawy o kredycie konsumenckim, a także kodeksu karnego i kodeksu cywilnego. Niewątpliwie proponowane rozwiązania wzmocnią pozycję konsumenta w relacji z kredytodawcą – instytucją pożyczkową, a także mogą zapobiec nabywaniu usługi kredytowej, która nie jest dostosowana do potrzeb konsumenta.

Istotny problem stanowi nadal zbyt ogólne i niejasne brzmienie przepisu dotyczącego badania zdolności kredytowej konsumenta, co sprawia, że instytucje pożyczkowe nie weryfikują prawidłowo zdolności kredytowej konsumentów¹²¹. Uzasadnione zatem jest dokonanie zmian w zakresie badania zdolności kredytowej konsumentów i nałożenie na kredytodawców obowiązku udzielania kredytów konsumentom tylko wtedy, gdy badanie zdolności kredytowej wykaże, że sytuacja finansowa konsumenta pozwala mu na nabycie usługi kredytowej (informacje o sytuacji

¹²⁰ Rządowy projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie, druk Sejmu VIII kadencji nr 3600, dostępny pod adresem: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3600>.

¹²¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie, s. 22, 24.

finansowej powinny być zawarte w oświadczeniu konsumenta o jego dochodach i wydatkach oraz odpowiednio zweryfikowane przez kredytodawcę).

Należy wskazać, że ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami znowelizowała przepisy ustawy o kredycie konsumenckim dotyczące obowiązków informacyjnych związanych z reklamą kredytu konsumenckiego. Zmodyfikowane zasady reklamowania kredytów konsumenckich ograniczyły występowanie nieprawidłowości w reklamach telewizyjnych, internetowych i broszurowych instytucji pożyczkowych, o czym świadczy spadek liczby decyzji wydawanych w tym zakresie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Niewątpliwie obostrzenia prawne i dokonywane zmiany w prawie wpłyną na ograniczanie występowania nieprawidłowości na rynku kredytów konsumenckich, szczególnie w praktyce instytucji pożyczkowych. Niemniej jednak mając na względzie zapewnienie ochrony konsumentom oraz zachowanie bezpieczeństwa i stabilności rynku usług kredytowych w Polsce, konieczne jest objęcie instytucji pożyczkowych pełnym nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego, który to winien mieć charakter makroostrożnościowy. Jest to uzasadnione tym, że instytucje pożyczkowe akceptują wyższy poziom ryzyka (kredytowego) oraz udzielają kredytów konsumentom, którzy obsługują wiele zobowiązań, w tym czynnych kredytów bankowych, co przyczynia się do przenoszenia ryzyka na portfele bankowe. Niezbędne jest również przestrzeganie przepisów prawa i ich odpowiednie egzekwowanie przez organy nadzorujące poprzez stosowanie odpowiednich środków nadzoru o charakterze prawnym, ekonomicznym czy karnym. Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie przewiduje objęcie instytucji pożyczkowych nadzorem KNF, który to będzie realizowany w czterech formach: „badanie zgodności działania z przepisami ustawy o kredycie konsumenckim, nałożenie kary za naruszenie przepisów art. 7–56 tej ustawy, wykreślenie z rejestru oraz zamieszczenie wzmianki w stosownym rejestrze o wykreśleniu”.

Istotne jest, aby nadzór Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nad instytucjami pożyczkowymi w zakresie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów efektywnie działał na rzecz egzekwowania ochrony konsumentów, stosowania właściwych sankcji oraz stanowił uzupełnienie nadzoru sprawowanego przez Komisję Nadzoru

Finansowego. Oznacza to, że nadzór ten powinien być kompleksowy.

Niewątpliwie ograniczanie występowania nieprawidłowości na rynku kredytów konsumenckich jest możliwe poprzez powstrzymanie się przez instytucje pożyczkowe od stosowania praktyk niezgodnych z prawem i dobrymi obyczajami.

Ryzyko nadużyć na rynku obligacji i sposoby jego ograniczania na przykładzie defaultu obligacji spółki GetBack S.A.

dr Piotr Pisarewicz, dr Błażej Lepczyński, Uniwersytet Gdański, Wydział Zarządzania, Katedra Bankowości i Finansów

1. Problem zaufania na rynku obligacji przedsiębiorstw w Polsce

Rynek obligacji, obok kredytu bankowego i leasingu, stanowi ważne źródło finansowania rozwoju i inwestycji w przedsiębiorstwach. Obligacja jako instrument finansowy i papier wartościowy posiada istotne zalety w porównaniu z kredytem bankowym. Przede wszystkim daje emitentowi możliwość takiego ukształtowania warunków emisji, które będą dostosowane do jego potrzeb, a jednocześnie będą atrakcyjne dla nabywców obligacji (obligatariuszy). Obligacje stwarzają również przedsiębiorstwom możliwość dywersyfikacji pasywów. Innym argumentem przemawiającym za obligacjami jest możliwość dodawania do obligacji dodatkowych opcji, takich jak: zamienność obligacji na akcje czy prawo wcześniejszego wykupu przez emitenta lub obligatariuszy¹²².

Atutami obligacji są przede wszystkim elementy pozacenowe. Oprocentowanie obligacji na rynku polskim jest często wyższe niż kredytu bankowego, choć trzeba mieć na uwadze, że decydujące znaczenie mają w tym zakresie kwestie związane z oceną standingu finansowego emitenta, który decyduje o poziomie podstawowego ryzyka występującego w przypadku obligacji, czyli ryzyka niewypłacalności emitenta.

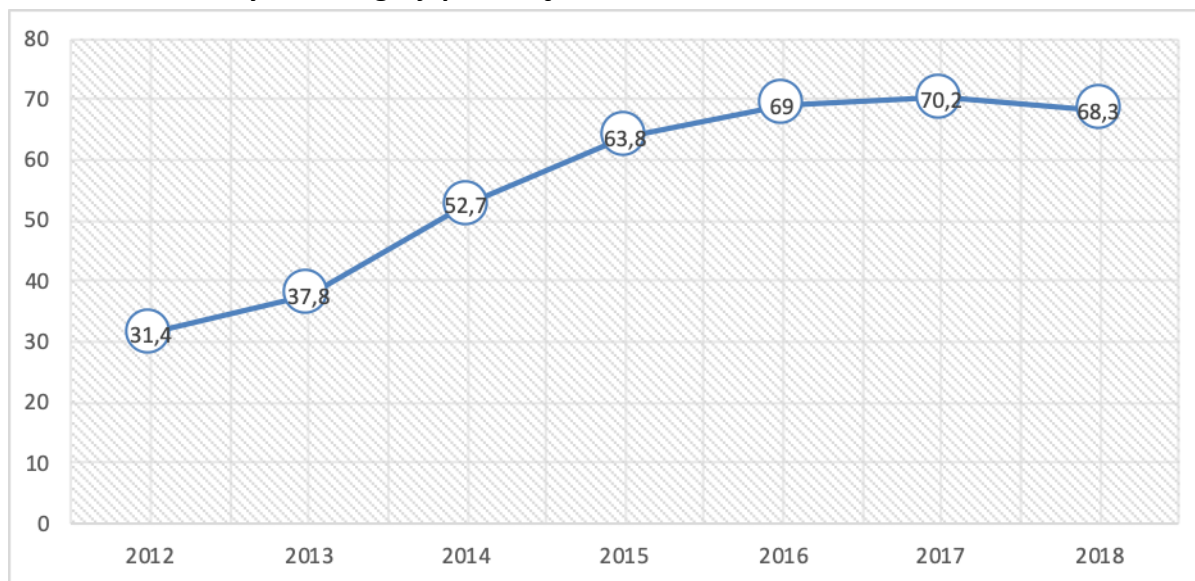
Zadłużenie z tytułu obligacji przedsiębiorstw wyniosło na koniec 2018 r. 68,3 mld zł. W porównaniu z 2012 r. wzrosło ponad dwukrotnie, jednak relacja zadłużenia z tytułu długoterminowych papierów dłużnych przedsiębiorstw do PKB pozostaje na relatywnie niskim poziomie w porównaniu ze strefą euro¹²³. Jedną z przyczyn niskiej relacji wartości obligacji do PKB

¹²² Dom Maklerski INC, *Obligacje korporacyjne. Broszura informacyjna dla emitentów*, www.dminc.pl, s. 9.

¹²³ NBP, *Rozwój systemu finansowego w Polsce w 2017 r.*, NBP, Warszawa 2018, s. 273.

jest fakt, że w Polsce jest relatywnie mało dużych przedsiębiorstw, które mogłyby pozwolić sobie na duże, płynne emisje, o wartości powyżej 100 mln USD.

Rysunek 1. Zadłużenie z tytułu obligacji przedsiębiorstw w Polsce w latach 2012–2018 w mld zł



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Rating&Rynek.

Polski rynek obligacji przedsiębiorstw rozwija się dwutorowo. Po pierwsze, od początku transformacji obserwuje się rozwój emisji o charakterze nierynkowym, obejmowanych i trzymanyh do terminu wykupu przez banki organizujące te emisje¹²⁴. Po drugie, powstanie pod koniec 2009 r. platformy Catalyst umożliwiło w Polsce rozwój rynku zorganizowanego. Niezmiennie natomiast problemem polskiego rynku obligacji przedsiębiorstw jest jego niska wiarygodność. Tymczasem jest to czynnik decydujący w dużym stopniu o atrakcyjności tego rynku dla inwestorów.

Niska wiarygodność wynika m.in. z nieprzejrzystości rynku obligacji pod względem poziomu ryzyka. Stopień pokrycia ratingiem kredytowym emitentów aktywnych na rynku Catalyst oraz niezależnymi analizami ryzyka, przygotowywanymi np. przez biura maklerskie, jest bardzo niski. Stanowi to problem w ocenie ryzyka przede wszystkim dla inwestorów nieprofesjonalnych, którzy nie dysponują narzędziami umożliwiającymi im rzetelną ocenę ryzyka kredytowego.

¹²⁴ Por. NBP, *Rozwój..., op. cit.*, s. 274.

Problemu niskiego poziomu pokrycia ratingiem na polskim rynku obligacji z pewnością nie rozwiążą duże, międzynarodowe agencje ratingowej, takie jak Moody's, czy Fitch Ratings. Nie są one bowiem zainteresowane emisjami lokalnymi o niskiej wartości. Prawdopodobnie problemu braku niezależnych ocen ryzyka kredytowego nie rozwiąże też uzyskanie zdolności do nadawania ratingów przez Polską Agencję Ratingową S.A., która powstaje w ramach projektu realizowanego przez Giełdę Papierów Wartościowych, Biuro Informacji Kredytowej oraz Polski Fundusz Rozwoju. Doświadczenia działającej od kilkunastu lat na polskim rynku lokalnej agencji ratingowej EuroRating Sp. z o.o. pokazują, że w Polsce popyt na rating jest bardzo niski i trudno będzie w krótkim okresie tę barierę przezwyciężyć. Wiąże się to bowiem z brakiem odpowiedniej kultury finansowej w Polsce.

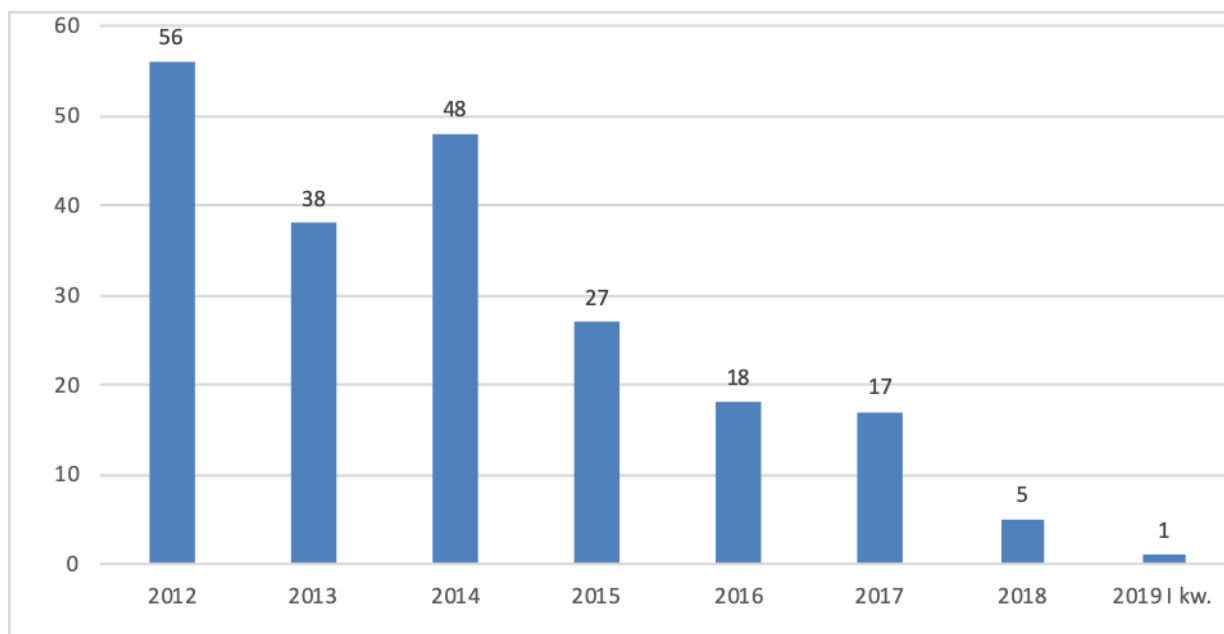
Dodatkowo polski rynek obligacji cechuje niska płynność, co stwarza co najmniej dwa poważne problemy. Po pierwsze, tym samym nie funkcjonuje sprawnie mechanizm wyceny obligacji. Po drugie, w przypadku problemów finansowych emitenta inwestor nie ma możliwości wycofania się z rynku i minimalizacji swoich strat. Powoduje to, że inwestorzy uwzględniają w swoich decyzjach relatywnie wysoką premię za płynność. Pozytywnie powinien wpływać na nią rynek Catalyst. Płynność na tym rynku, mierzona obrotami sesyjnymi wzrasta, co pozwala bardziej optymistycznie patrzeć na ten aspekt funkcjonowania polskiego rynku obligacji. W świetle danych organizacji Grant Thornton łączny obrót sesyjny obligacjami przedsiębiorstw i banków komercyjnych w ujęciu narastającym od początku funkcjonowania rynku wyniósł 9,4 mld zł, co wskazuje na wzrost w porównaniu z wartością obrotów w latach 2009–2016 o 18,0%¹²⁵.

Pod względem liczby emisji na rynku dominujące znaczenie mają oferty niepubliczne. Tę drogę wybierała w ostatnich latach przeważająca liczba emitentów. „Niewielka skala obligacji emitowanych w trybie oferty publicznej z prospektem ogranicza, m.in. ze względu na utrudniony dostęp do kompletnych informacji o emisji, grono podmiotów, które potencjalnie mogłyby nabyć te instrumenty dłużne”¹²⁶. Duże znaczenie niepublicznego rynku obligacji wpływa na zmniejszenie liczby debiutów rynkowych na rynku Catalyst.

¹²⁵ Grant Thornton, *Rynek Catalyst. Obligacje korporacyjne w Polsce – podsumowanie wyników za 2017 rok*, 2018, s. 9.

¹²⁶ NBP, *Rozwój...*, op. cit., s. 274.

Rysunek 2. Liczba nowych emitentów (debiutów) obligacji korporacyjnych na rynku Catalyst w latach 2012–2019



Źródło: Opracowanie własne na podstawie <https://gpwcatalyst.pl/emitenci-obligacji-debiuty> [dostęp: 9.04.2019].

Z powyższych danych wynika, że liczba debiutów uległa silnemu obniżeniu w 2018 r. O ile w latach 2016–2017 na rynku Catalyst miało miejsce kilkanaście debiutów (w 2016 r. – 18, a w 2017 r. – 17), to w 2018 r. ich liczba spadła do 5.

Niska wiarygodność, ograniczona płynność i niepubliczny charakter są czynnikami, które ograniczają zaufanie inwestorów do rynku obligacji. Tymczasem zaufanie to czynnik, bez którego trudno oczekiwać dynamicznego rozwoju rynku obligacji przedsiębiorstw w najbliższej przyszłości.

Zaufanie do rynku, czy nawet całego systemu, podważają afery i spektakularne bankructwa. Tak było w przypadku banku Lehman Brothers w 2008 r., kiedy to jego bankructwo doprowadziło do całej serii zdarzeń wywołujących globalny kryzys finansowy. Sprawa GetBack z kolei podważyła zaufanie nie tylko do samej spółki i jej emisji, ale również do całego rynku obligacji w Polsce. Kryzysy zaufania mają z reguły długookresowy charakter. Zaufania na rynkach nie udaje się bowiem z reguły w krótkim terminie odbudować. Istnieje więc realne ryzyko, że afera GetBack

wpływie negatywnie na długoterminowy rozwój rynku obligacji przedsiębiorstw w Polsce – ze szkodą dla całej gospodarki.

2. Ryzyko nadużyć na rynku obligacji i narzędzia jego ograniczania

Inwestowanie w obligacje wiąże się przede wszystkim z ryzykiem kredytowym, wynikającym z sytuacji finansowej emitenta obligacji oraz zastosowanych zabezpieczeń, które w dużej mierze przesądzają o stopie odzysku w sytuacji bankructwa emitenta (v.s. default obligacji). Do innych ważnych rodzajów ryzyka związanych z inwestowaniem w dłużne papiery wartościowe zalicza się również ryzyko stopy procentowej i płynności. Mniej natomiast rozpoznany ryzykiem jest ryzyko związane z nadużyciami emitenta, które mogą nie tylko przysporzyć problemów inwestorowi, ale również doprowadzić do niewypłacalności emitenta lub zaprzestania płatności z tytułu obligacji.

Ryzyko nadużyć może wystąpić na etapie emisji obligacji oraz po nim. Na etapie emisji możemy mieć do czynienia z nierzetelnie przygotowanym dokumentem informacyjnym lub nieetyczną sprzedażą obligacji. Już po emisji obligacji zagrożeniem dla obligatariusza mogą być zaniechania związane z obowiązkami informacyjnymi, ukrywanie istotnych informacji o sytuacji finansowej spółki oraz działania zmniejszające prawdopodobieństwo płatności odsetkowych i zwrotu kapitału, związane np. z wyprzedzeniem majątku lub zaciąganiem kolejnych zobowiązań przez emitenta.

Na ryzyko nadużyć narażeni są inwestorzy zarówno instytucjonalni, jak i indywidualni, choć trzeba jasno podkreślić, że ci ostatni nie dysponują z reguły narzędziami pozwalającymi zidentyfikować nadużycia ze strony emitentów. Dlatego jednym z najważniejszych problemów związanych z rynkiem obligacji jest ochrona praw obligatariuszy. Narzędzia ochrony obligatariuszy można zasadniczo podzielić na prawne i ekonomiczne.

Spośród prawnych narzędzi chroniących prawa inwestorów na rynku obligacji należałoby przede wszystkim wymienić:

- zgromadzenie obligatariuszy;
- instytucję banku-reprezentanta;

- obowiązki informacyjne przed emisją i po niej.

Rozważania na temat prawnych mechanizmów ochrony inwestorów warto rozpocząć od zgromadzenia obligatariuszy. Zgodnie z art. 46 ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach¹²⁷ „zgromadzenie obligatariuszy stanowi reprezentację ogółu obligatariuszy uprawnionych z obligacji danej serii lub z obligacji objętych tym samym kodem”. Utworzenie zgromadzenia obligatariuszy musi wynikać z warunków emisji obligacji, co oznacza, że ma charakter bytu o charakterze fakultatywnym. Trzeba jednak pamiętać, że zgodnie z ustawą „zmiana warunków emisji wymaga uchwały zgromadzenia obligatariuszy oraz zgody emitenta” (art. 7).

Zgromadzenie obligatariuszy nie jest typowym mechanizmem ochrony inwestorów, ponieważ jego głównym celem jest umożliwienie obligatariuszom zmiany warunków emisji. Jednak fakt, że „zgromadzenie obligatariusze zwołują najczęściej wtedy, kiedy dotrzymanie przez emitenta warunków emisji określonych w prospekcie emisyjnym jest poważnie zagrożone”¹²⁸, pokazuje, że zgromadzenie obligatariuszy należy traktować w kategoriach narzędzia ochrony inwestorów, ale – jak wskazują W. Lipka i B. Bacia – mało efektywnego. Uzasadniając tezę o niskiej efektywności zgromadzenia obligatariuszy w ochronie praw inwestorów, piszą oni, że „funkcjonalnie zgromadzenie obligatariuszy, którego zwołanie wymaga ogłoszenia przynajmniej 21 dni przed planowaną datą, nie stanowi w praktyce formuły prawnej pozwalającej obligatariuszom na szybką reakcję wobec pojawiających się informacji, iż strategia biznesowa przyjęta przez emitenta może w średniookresowej perspektywie generować ryzyko dla wykupu obligacji na warunkach określonych w prospekcie”¹²⁹.

Prawnym mechanizmem ochrony obligatariuszy jest przede wszystkim instytucja banku-reprezentanta. Podstawowym problemem jest tu jednak niewielka skala stosowania tego rozwiązania na polskim rynku obligacji. Umowa o reprezentację ma w polskim prawie charakter fakultatywny. Tylko w przypadku obligacji zabezpieczanych przez Skarb Państwa i gdy kierujemy propozycję nabycia obligacji do większej liczby emitentów (powyżej 15), taka umowa jest

¹²⁷ Dz. U. z 2015 r. poz. 238.

¹²⁸ W. Lipka, B. Bacia, *Lekcja Getback SA: obligatariusze nie zawsze muszą cierpieć*, <https://alebank.pl/lekcja-getback-sa-obligatariusze-nie-zawsze-musza-cierpiec/> [dostęp: 23.04.2019].

¹²⁹ *Ibidem*.

konieczna. Ustawa nakłada na bank reprezentujący wymagania co do wielkości kapitału własnego oraz ograniczenia mające zapobiegać powstawaniu konfliktów interesów.

Ustanowienie banku-reprezentanta ma co do zasady zwiększać wiarygodność emitenta obligacji oraz sprawiać, by inwestorzy czuli się znacznie mniej narażeni na ryzyko wynikające z udzielenia pożyczki i posiadania obligacji¹³⁰. Funkcja ochronna banku-reprezentanta sprowadza się do monitorowania sytuacji finansowej emitenta, informowania o niej obligatariuszy oraz podejmowania działań ich chroniących, które mogą polegać na ustanowieniu dodatkowego zabezpieczenia, powództwie wobec emitenta lub zgłoszeniu wniosku o upadłość emitenta¹³¹.

Ochronę obligatariuszom mają także zapewniać obowiązki informacyjne, które powstają zarówno przed emisją obligacji, jak i w jej trakcie.

W przypadku emisji publicznej ochrona obligatariuszy jest wysoka, ponieważ emitent musi przedstawić prospekt emisyjny lub memorandum inwestycyjne. Są to dokumenty wystandaryzowane. Istotne znaczenie ma w tym przypadku także zatwierdzanie dokumentów informacyjnych przez Komisję Nadzoru Finansowego. Inaczej jest w przypadku dominujących do tej pory na rynku polskim ofert niepublicznych – tu wymogi informacyjne są ograniczone. Zgodnie z ustawą o obligacjach emitent sporządza propozycję nabycia, którą wraz z warunkami emisji udostępnia osobom, do których kieruje ofertę¹³².

W trakcie emisji emitent obligacji musi wykonywać obowiązki informacyjne w formie raportów bieżących i okresowych.

Prawno-ekonomicznym narzędziem ochrony praw obligatariuszy są kowenanty. Mają one charakter standardowo wpisywanych do warunków emisji klauzul, których celem jest ochrona inwestorów. Ich istnienie wynika z naturalnego konfliktu interesów między akcjonariuszami a obligatariuszami i ryzyka wyłączenia posiadaczy obligacji¹³³. Kowenanty mogą polegać na prawnych ograniczeniach nałożonych na emitenta w trakcie trwania emisji i dotyczyć przykładowo

¹³⁰ P. Dziura, *Obligacje korporacyjne: bank-reprezentant*, <https://alebanks.pl/obligacje-korporacyjne-bank-reprezentant/> [dostęp: 24.04.2019].

¹³¹ J. Cichy, *Emisja obligacji przychodowych – niewykorzystany obszar aktywności banku*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 173, t. 1, s. 209.

¹³² Ł. Podsiadło, *Oferta publiczna a prywatna obligacji*, <https://michaelstrom.pl/raporty-i-analizy/artykuly/164/Oferta-publiczna-a-prywatna-obligacji> [dostęp: 25.04.2019].

zakazu zmian właścicielskich lub nakazu równego traktowania wierzycieli, lub różnych aspektów finansowych emitenta. Ten drugi rodzaj kowenantów przybiera kształt wskaźników finansowych. Mogą one limitować poziom wydatków oraz zobowiązań finansowych lub wskazywać pożądany poziom wskaźników finansowych¹³⁴.

Na amerykańskim rynku obligacji korporacyjnych w 2013 r. do najbardziej popularnych kowenantów w zakresie obligacji z ratingiem na poziomie inwestycyjnym zaliczano *cross-default*, ograniczenia w zakresie sprzedaży aktywów i restrykcje dotyczące fuzji¹³⁵.

Kowenanty stanowią dla obligatariuszy narzędzie ułatwiające kontrolowanie sytuacji finansowej i stopnia zadłużenia emitenta. Szczególnie istotny jest mechanizm sankcji związanych z naruszeniem kowenantów. Może wówczas dojść do pojawienia się dodatkowych propozycji dla inwestorów (np. podwyższenia marży), a w skrajnym przypadku do żądania przedterminowego wykupu obligacji. Innym rozwiązaniem przyjmowanym w przypadku naruszenia kowenantów może być prawo do konwersji obligacji na akcje emitenta. Trzeba jednak pamiętać, że „na rynku polskim brak wciąż standardów dla kowenantów, co bardzo utrudnia przeprowadzenie badań nad ich restrykcyjnością”¹³⁶.

Typowym ekonomicznym narzędziem ochrony obligatariuszy są ratingi kredytowe. Ich znaczenie w Europie jest duże głównie w przypadku obligacji międzynarodowych, a na lokalnych rynkach obligacji jest mniejsze. Nie inaczej jest w Polsce, gdzie rating kredytowy nie znalazł do tej pory uznania, a jego funkcja w ocenie wiarygodności finansowej emitentów obligacji jest bardzo ograniczona. Rating kredytowy i agencje ratingowe nie odgrywają obecnie w Polsce większej roli w ochronie obligatariuszy. Trzeba również podkreślić, że mechanizm ochrony inwestorów oparty na ratingu nadawanym przez agencje ratingowe bywa również zawodny. Agencje ratingowe, które nadały oceny spółce GetBack, zareagowały i obniżyły oceny ratingowe spółce dopiero po fakcie,

¹³³ I.B. Malitz, *The Modern Role of Bond Covenants*, The Research Foundation of The Institute of Chartered Financial Analysts, 1994, s. 3.

¹³⁴ P. Niedziółka, *Zastosowanie kowenantów finansowych w bankowości korporacyjnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, nr 10 (934), s. 137.

¹³⁵ S. Ćelik, G. Demirtaş, M. Isaksson, *Corporate Bonds, Bondholders and Corporate Governance*, „OECD Corporate Governance Working Papers” No. 16, 2015, s. 43.

¹³⁶ B. Brycz, M. Pauka, N. Śmieja, *Znaczenie kowenantów na rynku obligacji korporacyjnych w teorii i w badaniach empirycznych – przegląd literatury*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 855 „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2015, nr 74, t. 1, s. 32.

czyli kiedy nastąpiły faktyczne problemy ze spłatą obligacji. Wcześniej patrzyły na spółkę bardzo optymistycznie. Barwnie to ujął A. Nartowski, pisząc: „Młoda, nieokrzepła jeszcze spółka, szybko zdobyła uznanie agencji ratingowych. Nadano jej – wkrótce miało się okazać, że bezzasadnie, na wyrost – ratingi, długo- i krótkoterminowe, z perspektywą stabilną, bądź nawet pozytywną. Uzasadnienia tych ocen urzekały optymizmem w kwestii przyszłości spółki, uznaniem dla jej zamierzeń, podziwem dla dokonań”¹³⁷.

3. Mechanizm kryzysu i nadużyć spółki GetBack

Kryzysy i bankructwa przedsiębiorstw wynikają z różnych przyczyn. Bogata literatura dotycząca przyczyn kryzysów wskazuje, że mogą one mieć charakter zewnętrzny i wiązać się np. z sytuacją makroekonomiczną, skutkującą spadkiem zamówień, jak i wynikać z przyczyn wewnętrznych, np. związanych z błędną polityką inwestycyjną lub złym zarządzaniem przedsiębiorstwem¹³⁸. Splot tych czynników może doprowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorstwo nie nadąża za konkurencją i po pewnym czasie traci płynność, co w konsekwencji może prowadzić do utraty wypłacalności (v.s. default obligacji).

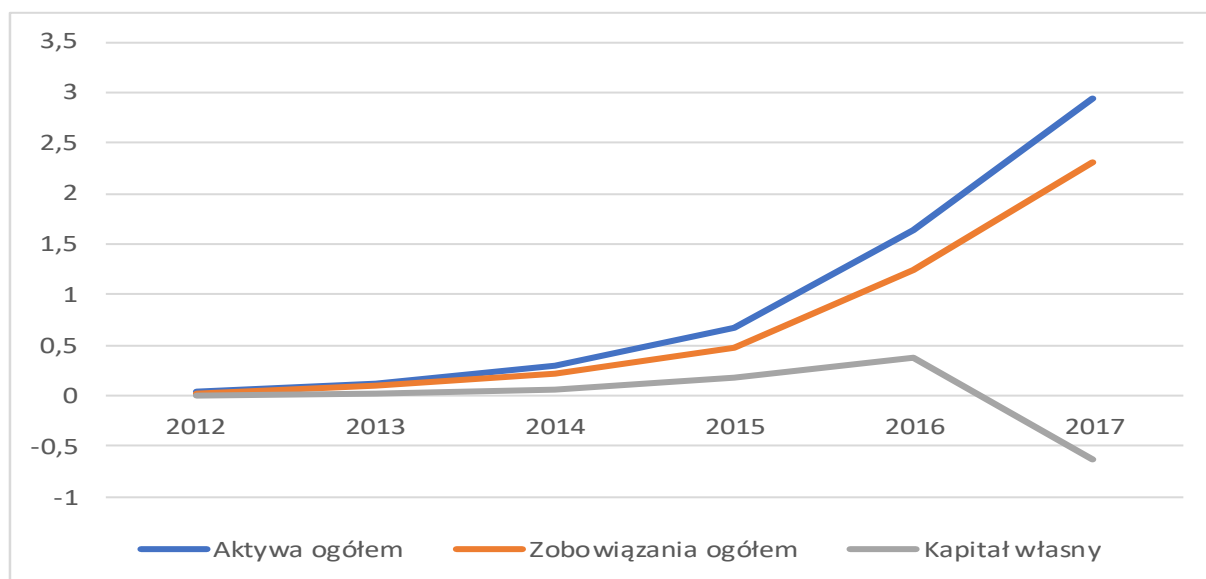
W przypadku kryzysu spółki GetBack duże znaczenie miała nadmierna ekspansja rynkowa tej spółki oraz rosnące zadłużenie i stosowana dźwignia finansowa. Dodatkowo do kryzysu przyczyniły się również nadużycia i oszustwa.

Nadmierną ekspansję rynkową spółki GetBack zobrazowano, ukazując zmiany aktywów, kapitału własnego i zobowiązań ogółem omawianej spółki.

¹³⁷ A. Nartowski, *Sprawa GetBack S.A. (2018) w świetle corporate governance*, <http://www.andzejnartowski.pl/wp-content/uploads/2019/02/Raport-Nartowskiego-Getback-i-corporate-governance.pdf>, s. 27 [dostęp: 23.04.2019].

¹³⁸ Szerzej por.: R. Grądzki, A. Zakrzewska-Bielawska, *Przyczyny i objawy kryzysu w polskich przedsiębiorstwach*, „Przedsiębiorstwo w warunkach kryzysu. Prace i Materiały Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Gdańskiego” 2009, t. 7, nr 3/2.

Rysunek 2. Zmiany w wielkości aktywów, zobowiązań ogółem i kapitału własnego spółki GetBack w latach 2012–2017 (dane w mld zł)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych pochodzących z raportów skonsolidowanych spółki.

Spółka wykazywała bardzo dużą dynamikę rozwoju. W okresie 2016–2017 aktywa spółki przyrosły o 79%. Imponujący był również wzrost zadłużenia, który wyniósł prawie 86%. Od początku istnienia spółki do końca 2017 r. jej aktywa zwiększyły się 89-krotnie, a zadłużenie ogółem 107-krotnie.

Bardzo dynamicznie wzrastały również wolumeny portfeli kredytowych, którymi spółka GetBack zarządzała. „Wartość portfela wierzytelności, którymi zarządzał GetBack, w ciągu 3 lat urosła sześciokrotnie (do blisko 30 mld zł pod koniec 2017 r.)”¹³⁹. Portfele kredytowe były finansowane długiem.

W działalności GetBack dochodziło również do nadużyć. Z komunikatu Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 29 maja 2018 r. wynika, że: „w toku działań nadzorczych stwierdzono, że osoby z kierownictwa spółki GetBack SA przeprowadziły operacje prowadzące do uniknięcia konieczności wykonania wynikającej z obowiązujących przepisów MSR i ustawy o rachunkowości wyceny bilansowej części posiadanych przez grupę kapitałową GetBack SA pakietów wierzytelności. Przeprowadzenie tej wyceny prowadziłoby do obniżenia wartości przedmiotowych

portfeli, czego skutkiem byłoby obniżenie wartości aktywów oraz wyniku finansowego Spółki i jej grupy kapitałowej w sprawozdaniach finansowych za okresy sprawozdawcze 2017 roku”¹⁴⁰.

Spółka GetBack rozpoczęła działalność gospodarczą w 2012 r. Pierwsze lata jej działalności związane były z holdingiem Getin. W 2016 r. spółka została przejęta przez spółkę celową założoną przez konsorcjum funduszy *private equity* z wiodącą rolą funduszu Abris. We wrześniu 2012 r. GetBack uzyskała zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na zarządzanie sekurytyzowanymi wierzytelnościami funduszu sekurytyzacyjnego, co umożliwiło spółce prowadzenie czynności zarządzania wierzytelnościami, polegających m.in. na zakupie portfeli wierzytelności oraz prowadzeniu czynności windykacyjnych¹⁴¹. Spółka wykazywała szybki wzrost, mierzony m.in. wartością sumy bilansowej. Mógł to być istotny wskaźnik, ostrzegający inwestorów przed rosnącym ryzykiem, jednak niewielu analityków tak go postrzegało. Spółka swój rozwój finansowała głównie długiem pozyskiwanym z rynku obligacji, który stanowił niemal 90% zadłużenia. Istotnym czynnikiem ryzyka w modelu biznesowym GetBack było nabywanie portfeli wierzytelności, które jak się potem okazało, kupowane były po zawyżonych cenach, co uniemożliwiało rentowną działalność spółki. Kwestie te uzupełniały liczne nadużycia oraz oszustwa, które obecnie są w fazie identyfikowania przez wymiar sprawiedliwości.

Rynek finansowy dowiedział się o problemach w dniu 16 kwietnia 2018 r., gdy rankiem o godzinie 7.17 spółka opublikowała raport bieżący nr 39/2018¹⁴². Zawierał on wzmiankę o próbach ratowania sytuacji finansowej oraz „pozytywnym zaangażowaniu w rozmowy z bankiem PKO BP [...] oraz Polskim Funduszem Rozwoju [...] na temat udzielenia [...] finansowania o charakterze mieszanym kredytowo-inwestycyjnym”. Wskazane w raporcie podmioty zaprzeczyły, iż prowadziły takie rozmowy, ponieważ niecałą godzinę później (około godziny 8.11) Polski Fundusz Rozwoju (PFR) poinformował, że nie prowadził i nie prowadzi żadnych negocjacji w tej sprawie. Równie szybko, bo o godzinie 8.37, również bank PKO BP zaprzeczył tym doniesieniom. Następnego dnia

¹³⁹ M. Mazur, *Wszyscy byliśmy chciwi. Krajobraz po GetBack*, <https://klubjagiellonski.pl/2018/05/25/wszyscy-byalismy-chciwi-krajobraz-po-getback/> [dostęp: 9.05.2019].

¹⁴⁰ KNF, *Komunikat w sprawie spółki GetBack SA*, KNF, 29 maja 2018 r.

¹⁴¹ Getback, *Prospekt emisyjny obligacji*, zatwierdzony decyzją KNF z dnia 9 marca 2017 r., Getback, Wrocław 2017.

¹⁴² GetBack, *Raport bieżący ESPI nr 39/2018 – Informacja dotycząca istotnego finansowania*, GetBack, Wrocław, 16 kwietnia 2018 r.

spółka opublikowała oświadczenie byłego już wtedy prezesa GetBack S.A., w którym potwierdzał, iż rozmowy z PFR i PKO BP się odbyły¹⁴³.

Tego samego dnia (17 kwietnia 2018 r.) Komisja Nadzoru Finansowego zdecydowała o warunkowym zawieszeniu notowań wszystkich instrumentów finansowych spółki do dnia opublikowania raportu finansowego za 2017 r.¹⁴⁴ Decyzja KNF miała zatem charakter *ex post*. W związku z zaistniałą sytuacją premier rządu RP zalecił wymiarowi sprawiedliwości i organom ścigania podjęcie działań operacyjnych. Prokuratura oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne zabezpieczyły dokumenty spółki i rozpoczęły czynności operacyjne¹⁴⁵.

Komisja Nadzoru Finansowego w dniu 20 kwietnia 2018 r. złożyła zawiadomienie do Prokuratury Krajowej o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 100 ust. 1 ustawy o ofercie publicznej oraz z art. 183 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w związku z przekazaniem do publicznej wiadomości przez osoby reprezentujące GetBack raportu nr 39/2018. W tym samym dniu przewodniczący KNF postanowił o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia na spółkę kary administracyjnej (na podstawie art. 96 ust. 1e albo 1f ustawy o ofercie publicznej, w związku z podejrzeniem naruszenia art. 56 ustawy o ofercie publicznej). Komisja wystąpiła również do zarządu spółki o podjęcie działań w zakresie dofinansowania i mających na celu poprawę jej sytuacji. Na podstawie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne Sąd Rejonowy we Wrocławiu otworzył przyspieszone postępowanie układowe w ramach procesu wszczęcia restrukturyzacji¹⁴⁶.

Kolejne zdarzenia były konsekwencją wskazanych wyżej faktów. W dniu 8 listopada 2018 r. Komisja Nadzoru Finansowego cofnęła Polskiemu Domowi Maklerskiemu zezwolenie na prowadzenie działalności maklerskiej oraz nałożyła karę pieniężną w wysokości 2,5 mln zł. Powodem był udział w procesie oferowania obligacji emitowanych przez GetBack S.A. w sposób polegający na współpracy z podmiotem trzecim, nieposiadającym uprawnień do świadczenia usług

¹⁴³ GetBack, *Raport bieżący ESPI nr 44/2018 – Informacja dotycząca istotnego finansowania*, GetBack, Wrocław, 17 kwietnia 2018 r.

¹⁴⁴ KNF, *Komunikat w sprawie spółki GetBack SA*, KNF, 17 kwietnia 2018 r.

¹⁴⁵ B. Godusławski, *Tak GetBack próbował osaczyć premiera Morawieckiego. Działania na granicy prowokacji*, <https://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/1121880,getback-szl-dojsc-do-premiera-morawieckiego.html> [dostęp: 08.05.2018].

oferowania instrumentów finansowych. W ramach tej współpracy Polski Dom Maklerski dokonywał czynności pośrednictwa w zbywaniu obligacji spółki. Komisja uzasadniła tę radykalną decyzję m.in. potrzebą ochrony inwestorów, do których dom maklerski kierował oferty nabycia instrumentów finansowych¹⁴⁷. Podobny powód miała decyzja KNF z dnia 18 grudnia 2018 r. dotycząca cofnięcia Mercurius Domowi Maklerskiemu zezwolenia na prowadzenie działalności, a także o nałożeniu kary pieniężnej w wysokości 430 tys. zł¹⁴⁸.

Podejmowane były także liczne działania konsyliacyjne, do których zaliczyć można spotkanie Przewodniczącego KNF, Prezesa UOKiK, Rzecznika Finansowego oraz przedstawicieli Kancelarii Prezesa Rady Ministrów i Ministerstwa Finansów z przedstawicielami Stowarzyszenia Poszkodowanych Obligatariuszy GetBack, które odbyło się w dniu 4 stycznia 2019 r. Przedstawiciele stowarzyszenia przedstawili swoje postulaty, a strona publiczna przekazała informacje o możliwych opcjach pomocy przez instytucje świadczących wsparcie w zakresie swoich ustawowych kompetencji. Wskazano tutaj m.in. na szczególną rolę Rzecznika Finansowego¹⁴⁹.

Odrębnym wątkiem były postępowania prokuratorskie. W dniach 25 i 26 lutego 2019 r. Prokuratura Regionalna w Warszawie postawiła 18 osobom zarzuty dotyczące oszustw na szkodę prawie 400 klientów Idea Banku, którzy kupili obligacje spółki GetBack za niemal 90 mln zł. Wśród oskarżonych byli zarówno członkowie zarządu, jak i dyrektorzy oraz pracownicy Idea Banku i Lion's Banku. Jak wzmiankowała prokuratura, zarzutami zostały objęte działania przestępcze, podejmowane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w postaci prowizji, za które grozi kara pozbawienia wolności do 15 lat. Jak ponadto wskazała prokuratura, Idea Bank nie miał uprawnień do oferowania obligacji GetBack S.A., a sprzedaż odbywała się pod pozorem zawierania umów na lokaty bankowe (o czym klienci nie byli powiadamiani). Zachęcano ich, informując, że oferta ma „charakter ekskluzywny i jest ograniczona w czasie”. Prawie 400 klientów Idea Bank S.A. mogło

¹⁴⁶ GetBack, *Raport bieżący ESPI nr 64/2018 – Otwarcie przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej [...] przyspieszonego postępowania układowego*, GetBack, Wrocław, 10 maja 2018 r.

¹⁴⁷ KNF, *Komunikat KNF w sprawie cofnięcia spółce Polski Dom Maklerski SA zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej oraz o nałożeniu kary pieniężnej*, KNF, 8 listopada 2018 r.

¹⁴⁸ KNF, *Komunikat z 416. posiedzenia Komisji Nadzoru Finansowego w dniu 18 grudnia 2018 r.*, KNF, 18 grudnia 2018 r.

¹⁴⁹ KNF, *Spotkanie Przewodniczącego KNF, Prezesa UOKiK, Rzecznika Finansowego oraz przedstawicieli KPRM i MF z przedstawicielami Stowarzyszenia Poszkodowanych Obligatariuszy GetBack SA*, komunikat KNF z dnia 4 stycznia 2019 r.

utracić z tytułu niekorzystnego rozporządzania ich mieniem ponad 89 mln zł. Jest to jeden z wątków postępowania, w którym całkowite szkody szacuje się na ponad 503 mln zł¹⁵⁰.

W dniu 27 lutego 2019 r. Komisja Nadzoru Finansowego złożyła zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez 21 osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą oraz działających w imieniu 10 podmiotów, które pośredniczyły w oferowaniu obligacji GetBack S.A. Wykonywały one w latach 2016–2018 działalność maklerską bez zezwolenia jako pośredniczący w oferowaniu obligacji GetBack S.A. Wpisano je także na listę ostrzeżeń publicznych¹⁵¹.

Kolejne doniesienia organów ścigania informowały, iż wobec 11 podejrzanych zastosowano tymczasowe aresztowanie i zabezpieczono majątek wart 285 mln zł (w tym środki finansowe, papiery wartościowe, nieruchomości, markowe zegarki i luksusowe samochody). W sumie podejrzanych jest 38 osób, a kwota szkody ulec może znacznemu zwiększeniu¹⁵². Decyzją Prokuratury Regionalnej w Warszawie w dniu 2 kwietnia 2019 r. CBA zatrzymało 11 osób. Osiem z nich związanych było z Idea Bankiem S.A. (np. były dyrektor Departamentu Prawnego banku i jednocześnie jego prokurent, radca prawny świadczący usługi na rzecz Idea Banku S.A. oraz sześciu pracowników, którzy sprzedawali obligacje spółki GetBack S.A.). Prokuratorzy powołali się na chęć wyprowadzenia prowizji przez wskazanych pracowników. Był to kolejny krok do wyjaśnienia tej bardzo złożonej sprawy¹⁵³.

Jak wspomniano powyżej, problemy z wypłacalnością spółki GetBack związane były w znacznym stopniu ze sposobem finansowania jej działalności, opartym głównie na licznych emisjach obligacji. Miały one zarówno charakter publiczny, jak i prywatny. Oferty prywatne były głównym kanałem pozyskiwania środków i przyczyniły się do krytycznego wzrostu zadłużenia. Na

¹⁵⁰ Prokuratura Regionalna w Warszawie, *Kolejne zarzuty w związku z aferą GetBack*, komunikat z dnia 26 lutego 2019 r.

¹⁵¹ KNF, *Urząd KNF złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez podmioty pośredniczące w oferowaniu obligacji GetBack SA i wpisał je na listę ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego*, komunikat KNF z dnia 27 lutego 2019 r.

¹⁵² M. Musiał, *Prokuratura Krajowa: w sprawie GetBack 11 osób jest w areszcie, zabezpieczono majątek wart 285 mln zł*, <https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1402632,prokuratura-krajowa-w-sprawie-getback-11-osob-jest-w-areszcie-zabezpieczono-majatek-wart-285-mln-zl.html> [dostęp: 15.05.2019].

¹⁵³ Prokuratura Regionalna w Warszawie, *Kolejne zatrzymania w śledztwie Prokuratury Regionalnej w Warszawie prowadzonym przeciwko byłemu Prezesowi Zarządu spółki GetBack S.A. oraz osobom związanym z nieprawidłowościami ujawnionymi w działalności spółki GetBack S.A.*, komunikat z dnia 4 kwietnia 2019 r.

koniec 2017 r. nominalna wartość niewykupionych obligacji wynosiła 2,34 mld zł, a zobowiązania ogółem wzrosły w porównaniu z 2016 r. niemal 2,5-krotnie (1,2 mld zł *versus* 2,9 mld zł).

Omawiając mechanizm kryzysu spółki GetBack, nie sposób pominąć elementów, które sprzyjały zbyt wysokiej dynamice rozwoju spółki, co w efekcie doprowadziło do zaprzestania płatności z tytułu zaciągniętego długu. Chodzi tu przede wszystkim o kwestie związane z nadmiernym poleganiem interesariuszy (w tym inwestorów) na tym, że spółka miała charakter publiczny i była nadzorowana przez KNF, a międzynarodowe agencje ratingowe oceniały jej wiarygodność i model biznesowy pozytywnie. W tym kontekście A. Nartowski pisze: „Kiedy wybucha kryzys, GetBack S.A. jest spółką notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie”¹⁵⁴. Co więcej, struktura akcjonariatu zdawała się gwarantować skuteczność nadzoru właścicielskiego¹⁵⁵. Paradoksalnie czynnikiem sprzyjającym kryzysowi była również postawa audytora, który nie sygnalizował złej sytuacji spółki.

Powyższe fakty w znaczącym stopniu przyczyniły się do uśpienia czujności inwestorów, co skutkowało szybkim i niekontrolowanym wzrostem zadłużenia, które w praktyce okazało się niemożliwe do spłaty w wyznaczonych terminach.

4. Reakcja rynku po kryzysie GetBack i propozycje zwiększenia bezpieczeństwa inwestorów

Problemy związane z analizowaną spółką skłoniły Zespół Roboczy Rady Rozwoju Rynku Finansowego ds. przeglądu regulacji rynku obligacji korporacyjnych do rozważenia różnych alternatywnych propozycji mających na celu ograniczenie podobnych zdarzeń w przyszłości. Jedną z propozycji zgłosiło Stowarzyszenie Inwestorów Indywidualnych (SII). Składa się ona z sześciu kluczowych postulatów¹⁵⁶. Pierwszy z nich to dopuszczenie możliwości obrotu obligacjami po terminie ich wykupu, co uniemożliwia obecny stan prawny. Inwestorzy mieliby tym samym możliwość zbywania niewykupionych obligacji po dniu ich zapadalności, co mógłby odbywać się poza obrotem zorganizowanym. Miałoby to pomóc niektórym inwestorom zminimalizować straty,

¹⁵⁴ A. Nartowski, *op. cit.*, s. 9.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ SII, *Sześć pomysłów SII na poprawę bezpieczeństwa inwestorów na rynku obligacji*, Stowarzyszenie Inwestorów Indywidualnych, <https://www.sii.org.pl/12488/ochrona-praw/biezace-interwencje/6-pomyslow-sii-na-poprawe-bezpieczenstwa-inwestorow-na-ryнку-obligacji.html>.

a także pozwoliłoby na wykazanie straty podatkowej, rozliczanej z zyskami ze źródeł kapitałowych w ciągu kolejnych pięciu lat. Kolejna kwestia to postulat powszechnej dematerializacji obligacji i stosowania ewidencji elektronicznej, a także wprowadzenia rejestru obligatariuszy na wzór rejestru akcjonariuszy w projektowanej zmianie kodeksu spółek handlowych. Prowadzenie ewidencji przez podmioty nadzorowane przez Komisję Nadzoru Finansowego zwiększyłoby bezpieczeństwo inwestorów i efektywność nadzoru nad rynkiem tzw. ofert prywatnych. Trzeci postulat to niejawni rejestr KNF emisji prywatnych obligacji skierowanych do klientów indywidualnych, czyli inwestorów innych niż profesjonalni. Emitenci obligacji mieliby obowiązek informowania Komisji o prywatnych emisjach kierowanych do inwestorów detalicznych, wraz z informacją o liczbie osób, do których skierowane zostały oferty. Kolejny ważny element pakietu propozycji to wprowadzenie zmian w zakresie sposobów zabezpieczania obligacji. Sugerowane są rozwiązania, które uniemożliwiłyby pełnienie funkcji administratora przez podmioty powiązane prawnie lub ekonomicznie z emitentem. W związku z tym, iż administrator zastawu powinien chronić posiadaczy obligacji, SII proponuje regulacje zobowiązujące do zwoływania walnych zgromadzeń obligatariuszy w terminie dwóch tygodni od zakończenia emisji obligacji. Dodatkowym elementem miałby być obowiązek ujawniania obligatariuszom, na etapie przekazywania oferty nabycia obligacji, umowy między emitentem a administratorem zastawu. Proponowane są również działania związane z poprawą jakości zabezpieczeń. Piąta grupa postulatów dotyczy przepisów dyrektywy MiFID II, którymi powinny zostać objęte podmioty oferujące obligacje inwestorom detalicznym zarówno w ofertach publicznych, jak i prywatnych. Najbardziej perspektywicznym zagadnieniem, sugerowanym przez SII, jest jednak pilna potrzeba prowadzenia edukacji finansowej obejmującej wszystkich obywateli kraju. Od niemal dwóch dekad różne gremia sugerują podobne rozwiązania, niemniej jednak afery takie jak AmberGold, GetBack i inne powodują, iż potrzeba taka wydaje się coraz bardziej istotna.

Wydaje się, że powyżej wskazane kwestie w zestawieniu z umiejętnie skorygowanymi zapisami ustaw oraz nowymi uprawnieniami nadzorczymi mogą w przyszłości zminimalizować pokusy i skalę nadużyć na rynku analizowanych w niniejszym opracowaniu instrumentów dłużnych.

Bibliografia

1. Brycz B., Pauka M., Śmieja N., *Znaczenie kowenantów na rynku obligacji korporacyjnych w teorii i w badaniach empirycznych – przegląd literatury*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 855, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2015, nr 74, t. 1.
2. Çelik S., Demirtaş G., Isaksson M., *Corporate Bonds, Bondholders and Corporate Governance*, „OECD Corporate Governance Working Papers” No. 16, 2015.
3. Cichy J., *Emisja obligacji przychodowych – niewykorzystany obszar aktywności banku*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 173, t. 1.
4. Getback, *Prospekt emisyjny akcji*, zatwierdzony decyzją KNF z dnia 16 czerwca 2017 r., Getback, Wrocław 2017.
5. Getback, *Prospekt emisyjny obligacji*, zatwierdzony decyzją KNF z dnia 9 marca 2017 r., Getback, Wrocław 2017.
6. Getback, *Raport bieżący ESPI nr 39/2018 – Informacja dotycząca istotnego finansowania*, GetBack, Wrocław, 16 kwietnia 2018 r.
7. Getback, *Raport bieżący ESPI nr 44/2018 – Informacja dotycząca rozmów z PKO BP i PFR*, GetBack, Wrocław, 17 kwietnia 2018 r.
8. Getback, *Raport bieżący ESPI nr 64/2018 – Otwarcie przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej [...] przyspieszonego postępowania układowego*, GetBack, Wrocław, 10 maja 2018 r.
9. Goduśłowski B., *Tak GetBack próbował osaczyć premiera Morawieckiego. Działania na granicy prowokacji*, <https://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/1121880,getback-szl-dojsc-do-premiera-morawieckiego.html> [dostęp: 08.05.2018].
10. Grądzki R., Zakrzewska-Bielawska A., *Przyczyny i objawy kryzysu w polskich przedsiębiorstwach*, „Przedsiębiorstwo w warunkach kryzysu. Prace i Materiały Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Gdańskiego” 2009, t. 7, nr 3/2.
11. KNF, *Komunikat KNF w sprawie cofnięcia spółce Polski Dom Maklerski SA zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej oraz o nałożeniu kary pieniężnej*, KNF, 8 listopada 2018 r.
12. KNF, *Komunikat KNF w sprawie spółki GetBack SA*, KNF, 17 kwietnia 2018 r.
13. KNF, *Komunikat KNF w sprawie spółki GetBack SA*, KNF, 24 kwietnia 2018 r.
14. KNF, *Komunikat KNF w sprawie spółki GetBack SA*, KNF, 29 maja 2018 r.
15. KNF, *Komunikat w sprawie skarg na działania podmiotów uczestniczących w procesie sprzedaży obligacji GetBack SA*, KNF, 17 maja 2018 r.
16. KNF, *Spotkanie Przewodniczącego KNF, Prezesa UOKiK, Rzecznika Finansowego oraz przedstawicieli KPRM i MF z przedstawicielami Stowarzyszenia Poszkodowanych Obligatariuszy GetBack SA*, komunikat KNF z dnia 4 stycznia 2019 r.
17. KNF, *Urząd KNF złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez podmioty pośredniczące w oferowaniu obligacji GetBack SA i wpisał je na listę ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego*, komunikat KNF z dnia 27 lutego 2019 r.
18. Lipka W., Bacía B., *Lekcja Getback SA: obligatariusze nie zawsze muszą cierpieć*, <https://alebank.pl/lekcja-getback-sa-obligatariusze-nie-zawsze-musza-cierpiec/> [dostęp: 23.04.2019].

19. M. Musiał, *Prokuratura Krajowa: w sprawie GetBack 11 osób jest w areszcie, zabezpieczono majątek wart 285 mln zł*, <https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1402632,prokuratura-krajowa-w-sprawie-getback-11-osob-jest-w-areszcie-zabezpieczono-majatek-wart-285-mln-zl.html>.
20. Malitz I.B., *The Modern Role of Bond Covenants*, The Research Foundation of The Institute of Chartered Financial Analysts, 1994.
21. Mazur M., *Wszyscy byliśmy chciwi. Krajobraz po GetBack*, <https://klubjagiellonski.pl/2018/05/25/wszyscy-bylismy-chciwi-krajobraz-po-getback/> [dostęp: 9.05.2019].
22. Nartowski A., *Sprawa GetBack S.A. (2018) w świetle corporate governance*, <http://www.andrzejnartowski.pl/wp-content/uploads/2019/02/Raport-Nartowskiego-Getback-i-corporate-governance.pdf> [dostęp: 23.04.2019].
23. NBP, *Rozwój systemu finansowego w Polsce w 2017 r.*, NBP, Warszawa 2018.
24. Niedziółka P., *Zastosowanie kowenantów finansowych w bankowości korporacyjnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, nr 10 (934).
25. Podsiadło Ł., *Oferta publiczna a prywatna obligacji*, <https://michaelstrom.pl/raporty-i-analizy/artykuly/164/Oferta-publiczna-a-prywatna-obligacji> [dostęp: 25.04.2019].
26. Prokuratura Regionalna w Warszawie, *Kolejne zarzuty w związku z aferą GetBack*, komunikat z dnia 26 lutego 2019 r.
27. Prokuratura Regionalna w Warszawie, *Kolejne zatrzymania w śledztwie Prokuratury Regionalnej w Warszawie prowadzonym przeciwko byłemu Prezesowi Zarządu spółki GetBack S.A. oraz osobom związanym z nieprawidłowościami ujawnionymi w działalności spółki GetBack S.A.*, komunikat z dnia 4 kwietnia 2019 r.
28. SII, *Sześć pomysłów SII na poprawę bezpieczeństwa inwestorów na rynku obligacji*, Stowarzyszenie Inwestorów Indywidualnych, <https://www.sii.org.pl/12488/ochrona-praw/biezace-interwencje/6-pomyslow-sii-na-poprawe-bezpieczenstwa-inwestorow-na-ryнку-obligacji.html>.

Analiza nieprawidłowości na rynku kredytów hipotecznych obciążonych ryzykiem walutowym

dr Marta Penczar, Uniwersytet Gdański, Wydział Zarządzania, Katedra Bankowości i Finansów

1. Przyczyny wzrostu zainteresowania kredytami walutowymi w latach 2005–2008

Analizując tematykę kredytów walutowych, należy w pierwszej kolejności zdefiniować podstawowe rodzaje produktów dostępnych na krajowym rynku w tym segmencie. Gospodarstwa domowe zainteresowane finansowaniem przez bank zakupu nieruchomości miały do dyspozycji cztery główne produkty:

- kredyt w walucie krajowej (w PLN);
- kredyt walutowy;
- kredyt denominowany do walut obcych;
- kredyt indeksowany (waloryzowany) kursem waluty obcej.

Kredyt w walucie krajowej definiowany jest jako kredyt zawarty w PLN i spłacany w PLN. Przez kredyt walutowy należy rozumieć kredyt udzielony i uruchomiony w walucie obcej i spłacany przez kredytobiorcę (raty kapitałowo-odsetkowe) w tejże walucie. Z kolei pod podjęciem kredytu denominowanego należy rozumieć umowę kredytową zawartą w walucie obcej, ale uruchomioną w walucie krajowej zgodnie z tabelą kursów walutowych banku, której spłata dokonywana jest w walucie krajowej odpowiadającej wartości raty kapitałowo-odsetkowej w walucie obcej (zgodnie z harmonogramem spłat), przeliczonej według tabeli kursu walutowego banku na dzień spłaty raty. Po wprowadzeniu tzw. ustawy antyspreadowej w 2011 r. klienci zyskali możliwość spłaty tego typu kredytów bezpośrednio w walucie, w której kredyt został udzielony, z rachunku walutowego. Ograniczony tym samym został wpływ spreadu walutowego stosowanego przez banki na wysokość raty kapitałowo-odsetkowej. Natomiast kredyt waloryzowany (indeksowany) kursem waluty obcej to kredyt zawarty i wypłacany w walucie krajowej, z tym że jego wartość jest w dniu uruchomienia przeliczana na walutę obcą, zgodnie z tabelą kursów walutowych banku. Wysokość rat kapitałowo-odsetkowych wyrażona jest w walucie obcej i spłacana w PLN adekwatnie do wartości kursu walutowego banku w dniu spłaty.

Str. 114

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Wzrost popularności kredytów walutowych na polskim rynku wynikał z przyczyn pośrednich (związanych z ogólnym popytem gospodarstw domowych na kredyty na nieruchomości) i bezpośrednich (związanych z atrakcyjnością kredytów walutowych w latach 2005–2008).

Jedną z ważniejszych determinant zainteresowania kredytami hipotecznymi była ekspansja na rynku nieruchomości. Klasyczny mechanizm ekspansji, skutkujący możliwością powstania bańki spekulacyjnej na rynku nieruchomości, zakłada oddziaływanie zwrotne trzech czynników: dostępności kredytu, stóp procentowych i cen nieruchomości.

W okresach niskiego poziomu stóp procentowych obserwowany jest wzrost popytu na nieruchomości, wynikający z dostępności kredytowej (niska cena kredytu), który generuje wzrost cen nieruchomości na rynku. W kolejnym etapie mechanizmu ekspansji banki liberalizują (poluzowują) politykę kredytową, z uwagi na rosnący poziom zabezpieczeń spowodowany wzrostem cen nieruchomości (spadek poziomu LtV¹⁵⁷). W efekcie w warunkach wyższej dostępności kredytów stymulowany jest dalszy wzrost popytu na mieszkania, co umożliwia utrzymanie wzrostowego trendu cen nieruchomości, wspieranego niską podażą mieszkań w warunkach wysokiego popytu.

Stopy referencyjne w Polsce spadły z poziomu 24% w lutym 1998 r. do 4% w marcu 2006 r., po czym nastąpił ich wzrost do 5,75% w listopadzie 2008 r. Ze względu na fakt, że praktycznie 100% wartości kredytów hipotecznych udzielanych jest w Polsce na stopę zmienną, wysokość oprocentowania kredytu ustalana jest w oparciu o komponent zmienny (najczęściej WIBOR 3M lub WIBOR 6M) i komponent stały – w postaci marży kredytowej banku. Z uwagi na znaczny spadek stóp procentowych w kraju, a co za tym idzie zmniejszenie się stawki WIBOR, dostępność kredytów dla Polaków wyraźnie się zwiększyła, co przyczyniło się do ekspansji na rynku nieruchomości.

Sytuacji na rynku finansowania nieruchomości sprzyjała także wysoka koniunktura gospodarcza skutkująca:

¹⁵⁷ LtV (ang. *Loan to Value*) – relacja wartości pozostającego do spłaty kredytu do wartości nieruchomości, na której ustanowiono hipotekę będącą zabezpieczeniem kredytu; por. Narodowy Bank Polski, *Rozwój systemu finansowego w Polsce w 2017 r.*, Warszawa 2018, s. 342.

- spadkiem bezrobocia z poziomu około 19,3% w I kw. 2005 r. do około 8,9% w III kw. 2008 r.¹⁵⁸;
- wzrostem przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w gospodarce narodowej (z 2289,57 zł w 2004 r. do 2943,88 zł w 2008 r.¹⁵⁹);
- poprawą optymizmu konsumenckiego (wskaźnik optymizmu konsumentów wzrósł z 91,53 w styczniu 2005 r. do 108,63 w czerwcu 2008 r.¹⁶⁰).

Zainteresowanie gospodarstw domowych współfinansowaniem nieruchomości w sektorze bankowym spowodowane było ponadto wysokim deficytem mieszkań na polskim rynku, szacowanym na poziomie 1,17 mln mieszkań w 2007 r.¹⁶¹ Co więcej, relatywnie niski poziom stóp procentowych powodował, iż koszty comiesięcznych rat kredytowych stanowiły doskonałą alternatywę dla rosnących kosztów wynajmu mieszkań.

Biorąc pod uwagę czynniki bezpośrednie, warunkujące popularność szeroko rozumianych kredytów walutowych w polskim społeczeństwie, należy podkreślić, iż wynikała ona w pierwszej kolejności z dużej dysproporcji między poziomem stóp procentowych w Polsce i w rozwiniętych gospodarkach europejskich. Zróżnicowanie stawek zmiennych stosowanych w umowach o kredyt hipoteczny przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1. Poziom stawek WIBOR 3M, LIBOR-CHF 3M, EURIBOR 3M w latach 2005–2008

Stawka / Okres	grudzień 2005 r.	grudzień 2006 r.	grudzień 2007 r.	grudzień 2008 r.
WIBOR 3M	4,6000	4,2000	5,6800	5,8800
LIBOR-CHF 3M	1,0100	2,1025	2,7567	0,6617
EURIBOR 3M	2,4880	3,7250	4,6840	2,8920

Źródło: <https://www.money.pl/pieniadze/depozyty/walutowearch/2005-04-01,2009-05-01,EURIBOR3M,strona,28.html>.

¹⁵⁸ <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobocie-rejestrowane/bezrobocie-rejestrowane-i-iv-kwartal-2005-r,3,3.html>.

¹⁵⁹ <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/pracujacy-zatrudnieni-wynagrodzenia-koszty-pracy/przecietne-miesieczne-wynagrodzenie-w-gospodarce-narodowej-w-latach-1950-2017,2,1.html>.

¹⁶⁰ <https://www.bankier.pl/gospodarka/wskazniki-makroekonomiczne/wok-pol>.

¹⁶¹ https://rednetconsulting.pl/u/raporty/DEFICYT_MIESZKANIOWY_W_POLSCE.pdf.

Różnice w poziomie oprocentowania kredytów skutkują kilkoma konsekwencjami odczuwanymi przez konsumentów.

Po pierwsze, w przypadku długoterminowych kredytów nawet niewielkie różnice w oprocentowaniu przekładają się w istotny sposób na poziom rat kapitałowo-odsetkowych. Jest tak tym bardziej przy uwzględnieniu, iż w początkowych latach obsługi kredytu w pierwszej kolejności spłacana jest część odsetkowa. Zakładając, iż klient ubiegał się w czerwcu 2008 r. o kredyt w wysokości 250 000 zł, spłacany w ratach równych (tylko dla prostoty obliczeń, gdyż z reguły kredyty hipoteczne spłacane są w formule rat malejących), przy średniej marży kredytowej w wysokości 1,5%, wówczas wysokość comiesięcznych obciążeń kredytowych przy oprocentowaniu na poziomie 4,29% (LIBOR-CHF 3M – 2,79 + 1,5% stałej marży kredytowej) wyniosłaby 1235,71 zł, a przy oprocentowaniu na poziomie 8,15% (WIBOR 3M – 6,65% + 1,5% stałej marży kredytowej) – 1860,62 zł, a więc o ponad 50% więcej.

Oczekiwana przez klientów możliwość ograniczenia poziomu hipotecznej raty kredytowej była więc wyraźną zachętą do wyboru tańszego kredytu denominowanego do waluty obcej lub indeksowanego kursem waluty obcej.

Po drugie, niższe oprocentowanie tzw. kredytów walutowych przekładało się na podniesienie zdolności kredytowej konsumenta. Przy danym poziomie dochodów gospodarstwa domowego, zaciągnięcie kredytu denominowanego do waluty obcej lub waloryzowanego kursem waluty obcej umożliwiało uzyskanie wyższej kwoty kredytu, z uwagi na niższe obciążenie dochodu ratą. W warunkach galopującego wzrostu cen na rynku nieruchomości, w szczególności w okresie 2007–2008, klienci banków preferowali tego typu kredyty.

W latach 2005–2008 decyzje kredytowe konsumentów wspomagane były ponadto pozytywnymi sygnałami z rynku walutowego, na którym obserwowane było umacnianie się polskiej waluty wobec walut obcych, w tym m.in. franka szwajcarskiego. Średnioważony kurs tej waluty obniżył się z poziomu 2,6390 zł w styczniu 2005 r. do 2,0909 zł w czerwcu 2008 r.

W raporcie Najwyższej Izby Kontroli dotyczącym oceny praw konsumentów korzystających z kredytów objętych ryzykiem walutowym¹⁶², jako przyczyny ekspansji szeroko rozumianych kredytów walutowych wskazuje się także czynniki regulacyjne, w tym:

- nieskuteczne procedury kontroli ryzyka walutowego;
- brak regulacji ograniczających przyrost kredytów objętych ryzykiem walutowym,
- liberalne procedury kredytowe w bankach;
- nieskuteczny system ochrony konsumentów.

Warto także podkreślić, iż popularność kredytów hipotecznych obciążonych ryzykiem walutowym wynikała z niedostrzegania lub niedoceniań zagrożeń przez konsumentów. W warunkach silnej potrzeby posiadania własnego mieszkania i uzyskania kredytu, który sfinansuje jego zakup, gospodarstwa domowe podejmowały ryzyko niedostosowane do poziomu wiedzy ekonomicznej i edukacji (świadomości) finansowej.

2. Analiza negatywnych praktyk bankowych na rynku kredytów hipotecznych w latach 2005–2018

Materializacja ryzyka kursowego, która w pierwszej kolejności nastąpiła po wybuchu globalnego kryzysu finansowego we wrześniu 2008 r., a następnie w wyniku decyzji Szwajcarskiego Banku Narodowego w styczniu 2015 r. (tzw. czarny czwartek) o porzuceniu polityki obrony minimalnego kursu wymiany euro na franka szwajcarskiego, obnażyła wiele nieprawidłowości związanych z udzielaniem hipotecznych kredytów objętych ryzykiem walutowym.

2.1. Klauzule indeksacyjne (waloryzacyjne) w umowach o kredyt hipoteczny

Konsumenci, którzy zawarli z bankiem umowę o kredyt hipoteczny objęty ryzykiem walutowym, podnoszą kwestię abuzywności tzw. klauzul indeksacyjnych, informujących, na jakich zasadach bank dokonuje przeliczenia walutowego wysokości zobowiązań kredytowych klienta (dotyczy to uruchomienia kredytu, jak i spłaty rat kapitałowo-odsetkowych).

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta (UOKiK) i Rzecznik Finansowy kwestionują stosowanie przez banki jednostronnie ustalanych zasad wyznaczania wysokości kursów

¹⁶² NIK, *Ochrona praw konsumentów korzystających z kredytów objętych ryzykiem walutowym*, Najwyższa Izba

walutowych, w szczególności gdy nie został sprecyzowany sposób ich kalkulacji. Sąd Apelacyjny w Szczecinie podniósł kwestię, iż postanowienia rozpatrywanej umowy nie przewidywały wymogu, aby wysokość kursu ustalanego przez bank pozostawała w określonej relacji do aktualnego rynkowego kursu CHF lub kursu średniego NBP¹⁶³.

Z punktu widzenia interesów konsumentów – klientów banków – umowa o kredyt denominowany do walut obcych lub indeksowany walutą obcą powinna zawierać kryteria ustalania kursów walutowych, jak również rozpiętość pomiędzy kursem kupna i sprzedaży (tzw. spread walutowy). Kurs kupna waluty wykorzystywany był przez banki w momencie uruchamiania kredytu, a kurs sprzedaży stosowany do wyznaczania wysokości rat kapitałowo-odsetkowych. Jednostronne i niedookreślone, a więc dowolne, kształtowanie kursów walut w bankach pozwalało na uzyskiwanie kosztem konsumenta dodatkowego dochodu, nieuzasadnionego rzeczywistymi operacjami walutowymi¹⁶⁴.

Abuzywność klauzul waloryzacyjnych sprowadza się do niedopełnienia obowiązku udzielenia konsumentowi rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁶⁵), a więc naruszenia jednego z podstawowych praw klienta.

Jak podkreśla Rzecznik Finansowy, niedopuszczalna jest sytuacja „gdy z zapisów umowy nie wynika w żaden sposób, jaka tabela stanowi podstawę ustalania kursów i w jaki sposób kursy sprzedaży i kupna waluty znajdujące się w takich tabelach walut są ustalane. Stawia to bowiem konsumentów w sytuacji bardzo niekorzystnej, gdyż *de facto* nie mają oni żadnej wiedzy, w jaki sposób ustalane są parametry danej tabeli, a co za tym idzie, w jaki sposób ustalana jest wysokość zobowiązania”¹⁶⁶.

W rejestrze klauzul niedozwolonych można znaleźć sześć przykładów tego typu zakwestionowanych zapisów, pod pozycjami 3178, 3179, 3969, 5622, 5743 i 6380. Niedozwolone postanowienia umowne są bardzo zbliżone i informują przykładowo klienta, że: „W przypadku

Kontroli, Warszawa 2018.

¹⁶³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie I Wydział Cywilny z dnia 14 maja 2015 r. (I ACa 16/15).

¹⁶⁴ R. Mroczkowski, *Abuzywność klauzul walutowych w umowach o kredyt hipoteczny denominowany w walucie obcej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. 38.

¹⁶⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369.

kredytu indeksowanego kursem waluty obcej kwota raty spłaty obliczona jest według kursu sprzedaży dewiz, obowiązującego w Banku na podstawie obowiązującej w Banku Tabeli Kursów Walut Obcych z dnia spłaty”¹⁶⁷. Oznacza to, że bank przypisuje sobie jednostronne prawo do kształtowania wysokości kursów walutowych, nie precyzując i nie podając sposobu ich wyznaczania. Naraża w ten sposób interes ekonomiczny konsumenta, z uwagi na brak możliwości zweryfikowania przez niego zasadności wysokości zobowiązań wobec banku.

Działania banków odnoszące się do umieszczania w umowach z konsumentami bliżej nieokreślonych zasad ustalania kursów wymiany walut mogą być o tyle zaskakujące, że wymóg ich sprecyzowania regulowała *Rekomendacja S* (a konkretnie zawarta tam rekomendacja 5.2.2.c), do której banki miały obowiązek dostosować się do dnia 1 lipca 2006 r.¹⁶⁸

2.2. Ustawa antyspreadowa

Obecnie, po nowelizacji prawa bankowego, która weszła w życie w sierpniu 2011 r. (tzw. ustawa antyspreadowa¹⁶⁹), istnieje obowiązek informacyjny dotyczący szczegółowych zasad określania przez bank sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego wyliczana jest kwota kredytu, kwoty jego transz i kwoty rat kapitałowo-odsetkowych w dla umów o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska (art. 69 ust. 2 pkt. 4a prawa bankowego¹⁷⁰).

W odpowiedzi na niejasne reguły ustalania kursów i spreadów walutowych w bankach ustawodawca poprzez zapisy w ustawie antyspreadowej (art. 69 ust. 3 prawa bankowego) umożliwił spłatę rat kapitałowo-odsetkowych oraz dokonanie przedterminowej spłaty kredytu (pełnej lub częściowej) bezpośrednio w walucie obcej. Oznacza to, że konsument może samodzielnie pozyskać walutę, omijając tym samym tabelę kursową banku. Co więcej, nowelizacja prawa bankowego obliguje banki do niepobierania dodatkowych kosztów od kredytobiorców,

¹⁶⁶ Rzecznik Finansowy, *Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami*, raport Rzecznika Finansowego, Warszawa, 2016.

¹⁶⁷ UOKiK, *Rejestr klauzul niedozwolonych*, klauzula nr 3179.

¹⁶⁸ KNF, *Rekomendacja S dotycząca dobrych praktyk w zakresie zarządzania ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie*, https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/rekomendacja_s_8566.pdf.

¹⁶⁹ Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r., Nr 165, poz. 984).

którzy zdecydują spłacać kredyt w walucie obcej. Koszt prowadzenia rachunku walutowego, z którego regulowane są raty kapitałowo-odsetkowe, został przerzucony na bank, w przypadku gdy kredytobiorca jest konsumentem. Jednocześnie wskazano, że banki nie mogą uzależnić prawa konsumenta do spłaty kredytu w walucie obcej od wprowadzenia dodatkowych ograniczeń, w tym m.in. od nabywania waluty od określonego podmiotu, a więc na przykład banku, z którym klient ma podpisaną umowę.

Praktyka funkcjonowania ustawy antyspreadowej pokazała jednak, że w niektórych przypadkach banki próbowały nakłonić klientów do podpisania stosownych aneksów do umów, regulujących zasady spłaty kredytu bezpośrednio w walucie obcej. Orzeczenia sądów, prowadzących sprawy skierowane przez kredytobiorców, od których bank wymagał ustalenia dodatkowych zasad spłaty kredytu, wskazują jednoznacznie, że nie jest wymagane w tym przypadku uzyskanie jakiegokolwiek zgody ze strony banku. Sąd Najwyższy stwierdził, że ustawa antyspreadowa „przyznała jedynie kredytobiorcy dodatkowe uprawnienie do spłaty rat kredytu indeksowanego lub denominowanego do waluty obcej bezpośrednio w tej walucie”¹⁷¹. Oznacza to, że wyłącznie kredytobiorca ma prawo decyzji w kwestii wyboru waluty spłaty kredytu, a bank nie może tego wyboru podważać.

2.3. Praktyki banków w zakresie stosowania ujemnego poziomu stawki LIBOR

Spowolnienie gospodarcze w Europie po globalnym kryzysie finansowym spowodowało konieczność obniżenia przez banki centralne stóp procentowych. W ślad za tym redukcji uległy główne stawki (LIBOR i EURIBOR) wykorzystywane przez banki w walutowych umowach finansowych do określenia poziomu oprocentowania (w zakresie zmiennego komponentu oprocentowania). Szwajcarski Bank Narodowy w styczniu 2015 r. podjął decyzję o redukcji podstawowej stopy referencyjnej z 0,0% do -0,75%. Ujemny poziom stawki LIBOR-CHF 3M notowany jest niezmiennie od połowy listopada 2014 r., na poziomie około -0,73%.

¹⁷⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2187 z późn. zm.).

¹⁷¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2014 r. (sygn. akt I CSK 607/13).

Kredyty hipoteczne objęte ryzykiem walutowym udzielane były w reżimie zmiennej stopy procentowej. Dla przykładu, wysokość oprocentowania kredytu denominowanego do franka szwajcarskiego składa z:

- części zmiennej – LIBOR-CHF 3M;
- części stałej – marży banku.

Oznacza to, że łączna wysokość oprocentowania w czasie uzależniona jest od poziomu stawki LIBOR. Klient, który zawarł umowę kredytową w styczniu 2006 r., kiedy stawka LIBOR kształtowała się na poziomie 0,99%, musiał ponosić konsekwencje jej wzrostu w postaci wyższego łącznego oprocentowania kredytu do września 2008 r., kiedy osiągnęła wartość 2,96%.

W sytuacji kiedy LIBOR-CHF 3M przybrał wartość mniejszą od zera, znaczna część banków w początkowym okresie nie była skłonna do uwzględniania w umowach ujemnego poziomu zmiennego komponentu oprocentowania. Z raportu Najwyższej Izby Kontroli wynika, że Prezes UOKiK w 2015 r. przeprowadził postępowania obejmujące 27 banków, w celu sprawdzenia, czy uwzględniają one ujemne wartości stawek LIBOR w oprocentowaniu kredytów hipotecznych¹⁷². W stosunku do 8 podmiotów postępowania zakończyły się wydaniem decyzji Prezesa UOKiK w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Nierespektowanie ujemnej stopy LIBOR miało miejsce w szczególności w przypadku, gdy ustalony przez bank w umowie poziom marży kredytowej (stałej w okresie trwania umowy) nie pokrywał ujemnego poziomu stawki LIBOR, co powodowało ujemne oprocentowanie kredytu w danym okresie. Banki argumentowały, że oprocentowanie kredytu nie może być ujemne, i przyjmowały w takiej sytuacji stawkę LIBOR na poziomie 0%. Definicja umowy kredytowej zawarta w art. 69 ust. 1 prawa bankowego wskazuje bowiem na konieczność zwrotu kredytu wraz z należnymi odsetkami.

Prezes UOKiK w wydanych decyzjach wskazał jednak, że „zasadę odpłatności należy odnosić do całego okresu umownego, a nie do poszczególnych okresów rozliczeniowych, w których spłacane są pojedyncze raty kredytu”. Oznacza to, że banki muszą uwzględniać ujemny poziom

¹⁷² NIK, *Ochrona praw..., op. cit.*

stawki LIBOR do czasu, gdy łączna wartość pobranych odsetek w całym dotychczasowym okresie trwania umowy jest wyższa niż 1 grosz.

3. Podsumowanie

Konsumenci zawierający umowę o kredyt denominowany lub indeksowany walutą obcą – świadomie lub nie – przyjęli na siebie ryzyko kursowe w oczekiwaniu, iż nigdy się ono nie ziści. Ryzyko po stronie banku ograniczyło się w zasadzie do spełnienia wymogów kapitałowych w przypadku deprecjacji krajowej waluty.

Materializacja ryzyka kursowego po globalnym kryzysie finansowym w 2008 r. uwidoczniła szereg nieprawidłowości w praktykach banków. Zaliczyć tu należy liberalne podejście do oceny zdolności kredytowej, polegające na udzieleniu kredytu obciążonego ryzykiem walutowym klientom, którzy nie spełniali wymogów kredytowych w przypadku wyboru tradycyjnego kredytu w walucie krajowej, jak również kwestie abuzywności stosowanych w umowach zapisów (klausule waloryzacyjne) czy też kwestie spełniania wymogów regulacyjnych wprowadzonych w celu ochrony konsumentów posiadających kredyt denominowany czy indeksowany walutą obcą (ustawa antyspreadowa, stosowanie ujemnej stawki LIBOR).

Brak rozwiązań systemowych w obszarze szeroko rozumianych kredytów walutowych zmusza konsumentów do indywidualnej obrony własnych interesów na drodze sądowej. Działania Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (decyzje Prezesa UOKiK w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, wydawanie istotnych poglądów w sprawie) i Rzecznika Finansowego stanowią ważne wsparcie dla konsumentów dochodzących swoich praw, a przede wszystkim służą unormowaniu zawilej kwestii kredytów walutowych oraz przywróceniu równowagi sił na rynku pomiędzy profesjonalistami (bankami) a konsumentami.

Piramidy finansowe oraz nieprawidłowości na rynku forex

Jakub Mościcki, dyrektor generalny Fundacji Trading Jam

1. Wstęp

Problem piramid finansowych znany jest od bardzo dawna, a mimo to wciąż pozostaje nierozwiązany. Jednym z pierwszych i najgłośniejszych przypadków była piramida Charlesa Ponziego, który obiecując krociowe zyski na znaczkach pocztowych, wyłudził 15 mln ówczesnych dolarów (1920 r.). Sposób działania piramid nie zmienił się wiele od czasów Ponziego i zarówno Bernard Madoff, jak i polski Amber Gold opierały się na dokładnie tych samych założeniach i schematach działania.

Warto na wstępie odnieść się do definicji piramidy finansowej, którą George Curtis w książce *The Law of Cybercrimes and Their Investigations* definiuje jako: „Każdy plan, program, schemat czy proces charakteryzujący się tym, że uczestnik w zamian za wpłacone pieniądze zyskuje prawo do polecenia produktów lub usług firmy oraz bycia wynagradzonym za wpłaty od poleconych przez siebie nowych członków piramidy, wpłat, które nie są związane ze sprzedażą do końcowych użytkowników produktów bądź usług”¹⁷³. Warto tutaj zaznaczyć, że ostatnio piramidy wprowadziły wirtualne usługi lub produkty, które służą jako zasłona dymna dla rzeczywistego modelu takiej firmy. Niezależnie jednak od teoretycznej działalności, jaką wykonuje firma będąca piramidą finansową, wspólnym założeniem jest finansowanie wypłat dla założycieli i tak zwanych „naganiaczy” (osób odpowiedzialnych za rekrutację nowych członków piramidy) z nowych wpłat. Piramidy te mogą funkcjonować w modelu płaskim, gdzie zyski z wpłat czerpie jedynie organizator, lub w modelu MLM, gdzie zyski z wpłat podzielone są na wiele poziomów.

W opracowaniu tym zostanie również poruszony wątek rynku forex, który będąc legalnym i ściśle nadzorowanym przez państwo segmentem gospodarki, bardzo często bywa wykorzystywany

¹⁷³ G. Curtis, *The Law of Cybercrimes and Their Investigations*, CRC Press, New York 2012, s. 112.

przez oszustów tworzących opisywane piramidy finansowe, gdzie produkty dostępne w legalnych domach maklerskich są tylko pretekstem do wyłudzenia pieniędzy.

Samo funkcjonowanie piramid finansowych wpływa negatywnie nie tylko na osoby bezpośrednio inwestujące w te przedsięwzięcia, ale przede wszystkim na publiczny odbiór funkcjonowania instytucji państwowych, powołanych do nadzoru nad sektorem finansowym, oraz na opinię o ogólnie pojętym rynku finansowym. Negatywny wpływ na postrzeganie rynku finansowego jest szczególnie szkodliwy w przypadku gospodarek rozwijających się – takich jak polska – gdzie łatwy dostęp do kapitału poprzez giełdę jest kluczowy dla rozwoju i budowania przewagi konkurencyjnej przedsiębiorstw. Do pośrednich skutków funkcjonowania piramid można również zaliczyć koszty procesów sądowych, przeprowadzania upadłości, bankructw gospodarstw domowych, a w skrajnych przypadkach nawet koszty rozruchów społecznych, tak jak miało to miejsce w Albanii¹⁷⁴.

Niestety mimo wielu powtarzających się afer związanych z piramidami finansowymi prawo w tym zakresie pozostaje takie samo od wielu lat. Można by przypuszczać, że wynika to z szybkości, z jaką zmienia się obecny świat, i z postępu technologicznego, który oferuje twórcom piramid nowe kanały działania – głównie w internecie, ale tak naprawdę schemat piramid jest zawsze taki sam. Zmieniają się tylko kanały dotarcia do potencjalnych ofiar oraz przedmioty lub usługi będące zasłoną dymną, mającą na celu stworzenie pozorów legalnego biznesu i ukrycie realnych zasad funkcjonowania piramid. Kiedyś były to proszki do prania czy pasty do zębów, a obecnie są to paczki reklamowe czy wątpliwej jakości usługi dla „internetowych przedsiębiorców” oferowane w modelu SaaS (*Software as a Service*).

2. Sposób działania piramid finansowych na przykładzie spółki Recyclix

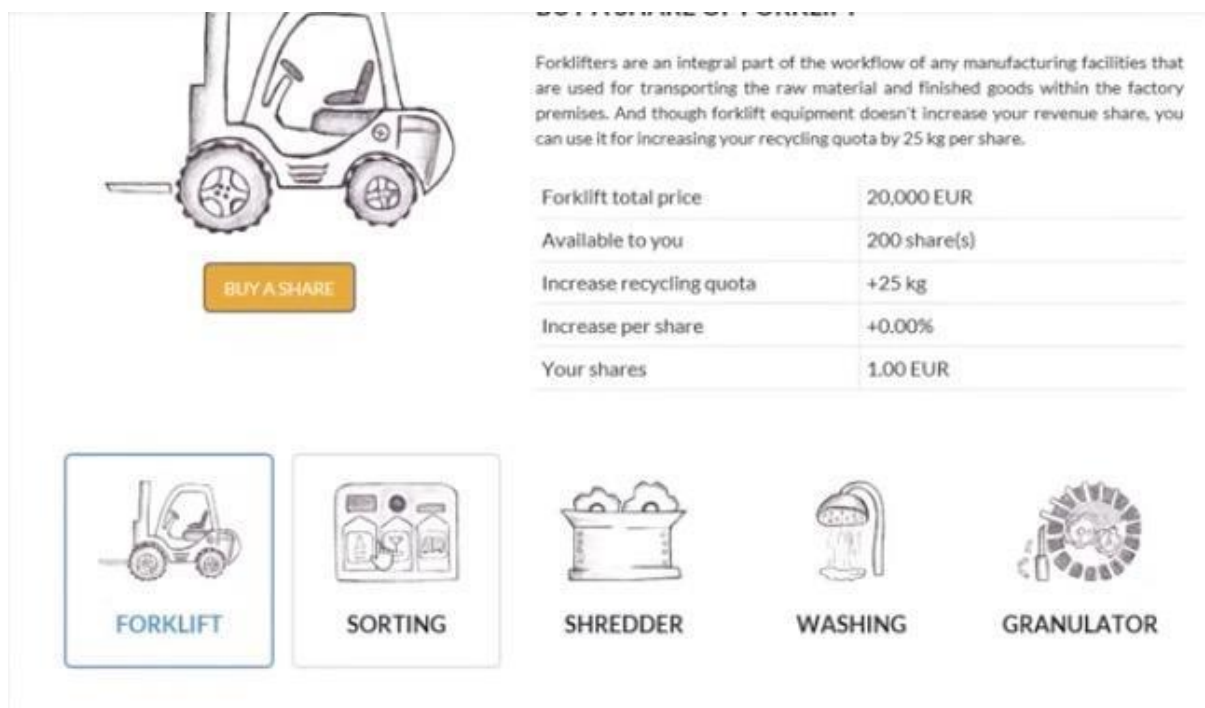
Wszyscy zainteresowani finansami kojarzą piramidę, jaką był Amber Gold. Jest to idealny przykład tego, jak bezsilne jest państwo w walce z takimi przedsięwzięciami. W przypadku Amber Gold stratę poniosło 18 000 osób na łączną kwotę 851 mln zł¹⁷⁵. Jednak kiedy zostawimy na boku

¹⁷⁴ P. Masiukiewicz, *Piramidy finansowe a regulacje i nadzór*, „Zarządzanie i Finanse. Journal of Management and Finance”, vol. 12 (3/2/2014), s. 49.

¹⁷⁵ PAP, *Amber Gold: 18 tys. pokrzywdzonych; 851 mln zł strat*, <https://www.pb.pl/amber-gold-18-tys-pokrzywdzonych-851-mln-zl-strat-764699> [dostęp: 09.04.2019].






największe i najgłośniejsze przypadki, możemy zauważyć, że rynek zapętlony jest ogromną liczbą mniejszych, ale równie szkodliwych firm nastawionych na oszukiwanie wpłacających i nagradzanie „promotorów”. Jedną z niedawno upadłych (pierwsze problemy zaczęły się w już w 2016 r.) piramid finansowych – Recyclix – oferowała swoim inwestorom zakup i przetwarzanie śmieci – odpadów plastikowych podlegających recyklingowi. Zysk rzędu 200% rocznie miał pochodzić ze sprzedaży wytworzonego w procesie recyklingu granulatu. Co ciekawe, inwestor po zalogowaniu się na stronie Recyclix.com widział na swoim panelu cały wirtualny proces przetwarzania śmieci i mógł inwestować, kupując poszczególne maszyny odpowiadające kolejnym etapom technologicznym. Zakup wózka widłowego, sortownika, niszczarki, myjki i granuladora docelowo miał zwiększać jego udział w zyskach z przetwarzania plastiku.

Rysunek 1. Opcje inwestycyjne w piramidzie Recyclix



Forklifts are an integral part of the workflow of any manufacturing facilities that are used for transporting the raw material and finished goods within the factory premises. And though forklift equipment doesn't increase your revenue share, you can use it for increasing your recycling quota by 25 kg per share.

Forklift total price	20,000 EUR
Available to you	200 share(s)
Increase recycling quota	+25 kg
Increase per share	+0.00%
Your shares	1.00 EUR

FORKLIFT **SORTING** **SHREDDER** **WASHING** **GRANULATOR**

Źródło: M. Kalinowski, *Recyclix szkolenie podstawowe*, <https://www.youtube.com/watch?v=OK42fq5qgll> [dostęp: 09.04.2019].

Warto zwrócić uwagę, że firma nie nakładała na inwestorów żadnych limitów zakupu poszczególnych elementów procesu produkcyjnego, co jeśli wziąć pod uwagę rozmiar hali

widocznej na zdjęciu z filmu prezentującego firmę (rysunek 3), wydaje się być absurdalne. Teoretycznie każdy z użytkowników, których było blisko 30 000¹⁷⁶, mógłby kupić po 1000 wózków widłowych. To samo dotyczyło zakupu samych śmieci, które następnie miałyby zostać przetworzone. Każdy z inwestorów mógł kupić nieograniczoną ich ilość. Dla wszystkich osób mających zmysł biznesowy lub odrobinę zdrowego rozsądku jest jasne, że ilość śmieci nadających się do przetworzenia jest fizycznie ograniczona, a ich transport z odległych miejscowości wiązałby się ze znacznym kosztem. Ponadto zakup i dostarczenie śmieci do zakładu przetwórczego zajęłyby co najmniej kilka dni, natomiast na platformie Recyclix czas nie był żadnym problemem.

Cały proces produkcyjny od zakupu śmieci do ich sprzedaży końcowemu odbiorcy miał trwać dokładnie pięć tygodni. W tym pierwszy cykl – czyli przeróbka odpadów na regranulat – zajmował trzy tygodnie. Natomiast pozostałe dwa tygodnie zajmowało przetworzenie regranulatu na granulat.

Inwestor miał do wyboru trzy opcje postępowania ze swoim zarobkiem:

- reinwestować depozyt i rozpocząć kolejny cykl;
- reinwestować depozyt i wypłacić same zyski (jeżeli ich wysokość osiągnie minimum 20 euro);
- wypłacić całość: zyski + depozyt (przy pomocy opcji sprzedaży towarów).

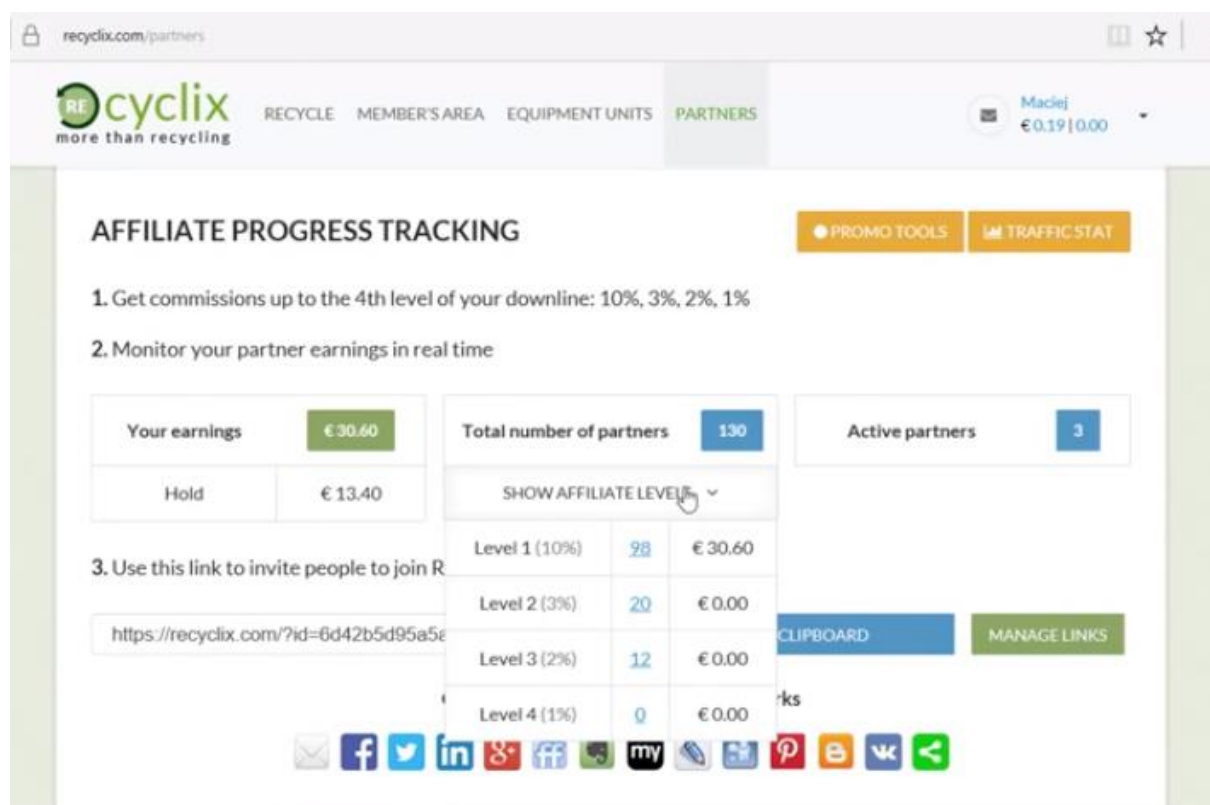
Oczywiście inwestor był zachęcany do reinwestycji powierzonej firmie sumy pieniędzy, tak aby możliwie jak najbardziej ograniczyć wypłaty z całego systemu wytworzonego wewnątrz piramidy.

Z informacji umieszczonej na stronie internetowej firmy inwestorzy mogli się dowiedzieć, że „Recyclix — to wyjątkowa i jedyna w swoim rodzaju firma na całym świecie. Naszym głównym celem jest integracja i pełne wykorzystanie możliwości internetu i realnego biznesu dla najbardziej skutecznego rozwoju branży przetwórstwa odpadów”. Firma reklamowała się jako nowoczesne przedsiębiorstwo, które aby podbić rynek, korzysta z modelu MLM (*multi-level marketing*). Ten sposób wynagradzania sprzedawców jest oczywiście w pełni legalny, ale bardzo często bywa

¹⁷⁶ jwo, *Afera wokół Recyclix. Z przetwarzania odpadów urządzili piramidę finansową*, <https://portalkomunalny.pl/afere-wokol-recyclix-z-przetwarzania-odpadow-urzadzili-piramide-finansowa-355303/> [dostęp: 09.04.2019].

wykorzystywany przez różnych oszustów ze względu na zasięg i rozmycie odpowiedzialności. W przypadku Recyclix model MLM polegał na wypłacaniu prowizji od wpłat (lub w formie bardziej zakamuflowanej: „zakupów”) nowych „inwestorów”, których promotor namówił do dołączenia do firmy. Struktury takie mogą mieć od jednego do kilku poziomów poleceń. Omawiany Recyclix oferował czteropozomową strukturę prowizji (pierwszy poziom – 10%, drugi poziom – 3%, trzeci poziom – 2% i czwarty poziom – 1%). Co znamienne, wspomniane prowizje naliczane były od wpłaty „inwestora”, a nie od późniejszego zakupu śmieci lub linii produkcyjnej.

Rysunek 2. Poziomy wynagrodzeń w systemie afiliacyjnym



Źródło: M. Kalinowski, *Recyclix szkolenie podstawowe*, <https://www.youtube.com/watch?v=OK42fq5qll> [dostęp: 09.04.2019]

Firma została zarejestrowana w Polsce jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o kapitale zakładowym 5000 zł z siedzibą na ul. Poligonowej 28 w Łomży. Jej jedynym przedstawicielem w Polsce był obywatel Łotwy. Pod adresem rejestrowym mieściło się jedynie

zwykłe biuro, w którym nie odbywała się żadna działalność związana z fizycznym przetwarzaniem śmieci. Co ciekawe, Recyclix na swoich stronach miał dostępne filmy promocyjne, na których pokazywał zakład przetwórczy oraz składowisko śmieci. Zorganizowane zostały nawet dni otwarte dla potencjalnych inwestorów, którzy mogli na własne oczy zobaczyć, jak wygląda proces przetwarzania odpadów. Interesującym faktem jest to, że nikogo ze zwiedzających nie zdziwiło, iż logotypy porozwieszane na składowisku są perfekcyjnie czyste, podobnie jak nieskazitelne ubrania robocze osób obsługujących cały proces¹⁷⁷.

Rysunek 3. Rzekomy magazyn spółki Recyclix



Źródło: M. Kalinowski, *Recyclix Open Days in Poland Sep 2016*, <https://www.youtube.com/watch?v=YsYL4RrijP0> [dostęp: 09.04.2019].

Pierwsze problemy śmieciowego biznesu zaczęły się w 2016 r. po postawieniu zarzutów prowadzenia działalności parabankowej przez włoski odpowiednik KNF¹⁷⁸. W biznes ten

¹⁷⁷ *Recyclix OPEN DAYS*, https://www.youtube.com/watch?v=v3JPe7r8M_E [dostęp: 09.04.2019].

¹⁷⁸ *odpady.net.pl, Recyclix – zarejestrowana w Polsce spółka zorganizowała międzynarodową piramidę finansową online*, <https://odpady.net.pl/2017/03/08/recyclix-zarejestrowana-w-polsce-spolka-zorganizowala-miedzynarodowa-piramide-finansowa-on-line/> [dostęp: 10.04.2019].

zainwestowało około 40 000 Włochów. Zwykle w przypadku piramid wpis na listę ostrzeżeń publicznych jest znakiem dla założycieli i promotorów, że bezzwłocznie powinni wypłacić swoje pieniądze i jak najszybciej zniknąć z biznesu – najlepiej w bardzo niejasnych okolicznościach, które pozwalają rozmyć winę osób odpowiedzialnych. Proces taki nazywany jest *exit scam*. Polega on na publicznym zapewnianiu, że biznes działa bez zmian i ciągle zarabia, a wszelkie ataki na firmę są inicjowane przez zazdrosną konkurencję lub tajne służby. Jednocześnie, podczas głoszenia publicznie, że biznes ma się świetnie, założyciele i promotorzy przelewają depozyty swoje i swoich klientów na własne konta. Kończącą fazą tego procesu jest publiczne zrzucenie winy za brak wypłat dla inwestorów na czynniki zewnętrzne lub instytucje państwowe. Tak stało się w przypadku niestawnej spółki Amber Gold, gdzie założyciel tej piramidy na konferencji prasowej zrzucił winę za upadek firmy na Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego działającą na zlecenie Komisji Nadzoru Finansowego¹⁷⁹. Dokładnie tę samą sztuczkę zastosowały osoby związane ze spółką Recyclix. Ich wymówką do wstrzymania wypłat był pożar¹⁸⁰ na składowisku śmieci w Brożku, na którym to firma miała składować odpady do przetworzenia. Jak się okazało w wyniku dochodzenia przeprowadzonego przez UOKiK¹⁸¹, śmieci składowane w Brożku nie były własnością spółki Recyclix, a właściciel wysypiska nigdy nie dostarczał śmieci do tej firmy. Całe zamieszanie dało twórcom piramidy czas niezbędny na wypłacenie i ukrycie pieniędzy z kont i kas firmowych oraz na zatarcie ewentualnych śladów.

W przypadku Amber Gold po przeprowadzeniu procesu *exit scam* w kasie firmowej zostało zaledwie 600 zł¹⁸².

¹⁷⁹ D. Tokarz, *Plichta: ABW niszczy Amber Gold na zlecenie KNF*, <https://www.pb.pl/plichta-abw-niszczy-amber-gold-na-zlecenie-knf-678778> [dostęp: 09.04.2019].

¹⁸⁰ Onet, „DGP”: *Recyclix piramidą finansową? 30 tys. osób mogło stracić pieniądze*, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/dgp-recyclix-piramida-finansowa-30-tys-osob-moglo-stracic-pieniadze/16p1hy1> [dostęp: 10.09.2019].

¹⁸¹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOIK-4/2017 z dnia 10 października 2017 r., [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/dd5fa153d6e2fd3cc12581f300544487/\\$FILE/DECYZJA%20Nr%20DOIK-42017.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/dd5fa153d6e2fd3cc12581f300544487/$FILE/DECYZJA%20Nr%20DOIK-42017.pdf) [dostęp: 10.09.2019].

¹⁸² W. Ziomek, *Afera Amber Gold. 600 zł było w kasie spółki w chwili ogłoszenia upadłości*, <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/arttykul/afera-amber-gold-upadlosc-syndyk-wierzyciele,177,0,2411185.html> [dostęp: 10.09.2019].

3. Przykład forex

Oszustwa na rynku forex są o wiele mniej wysublimowane i o wiele prostsze niż niektóre piramidy finansowe. Można powiedzieć, że są wręcz ordynarne. W przypadku tych oszustw obowiązuje zasada „oszukiwać i naciągać, byle dobrać się do pieniędzy klienta”¹⁸³ i jest ona oficjalnie komunikowana pracownikom. Forex jest międzynarodowym rynkiem wymiany walut, który działa 24 godziny na dobę, 5 dni w tygodniu. Jest to rynek nieregulowany, co oznacza, że jest to rynek „podlegający wyłącznie ograniczonym regulacjom na poziomie powszechnie obowiązującego prawa, na którym zasady i reguły obrotu ustalane są przez organizatora rynku”¹⁸⁴.

Ponadto hasło „forex” z prawdziwym forexem ma niewiele wspólnego, ponieważ pieniądze klientów bardzo często nie są nigdzie inwestowane. Modelowym przykładem jest przypadek firmy Alpha Finex¹⁸⁵. Pracownicy firmy podszywającej się pod brokera forex nakłaniali telefonicznie klientów do wpłaty na konto brokera środków na – jak twierdzili – inwestycje gwarantujące wysokie zyski. Jednak pieniądze nie trafiały nigdy na żadne inwestycje¹⁸⁶, a pożytkowane były na prywatne potrzeby osób zarządzających oraz na wynagrodzenia pracowników nawiązujących kontakty z klientami.

Sposób działania takich firm jest nadzwyczaj prosty i opiera się jedynie na wynajęciu biura dla pracowników, którzy mają obdzwaniać osoby znajdujące się na liście (często zdobytej nielegalnie) dostarczonej przez organizatora procederu i nakłaniać je do przelania pieniędzy na konto firmy. Po dokonaniu przelewu kontakt klienta z firmą jest bardzo utrudniony lub ogranicza się do nakłaniania klienta do zawierania niekorzystnych transakcji na wirtualnym koncie inwestycyjnym. Konta takie najczęściej nie są w ogóle podpięte do realnych rynków finansowych.

¹⁸³ M. Ratajczak, *Łowcy z kotłowni. Dzikie świat finansowych naciągaczy*, Mando, Kraków 2018, s. 13.

¹⁸⁴ P. Przeździecki, *Tam, gdzie zaczyna się FOREX, tam kończą się reguły – o rynku FOREX w świetle sytuacji prawnej pokrzywdzonych przez firmy inwestycyjne w dniu 15 stycznia 2015 r.*, <http://www.przedzdiecki.eu/tam-gdzie-zaczyna-sie-forex-tam-koncza-sie-reguly-o-rynku-forex-w-swietle-sytuacji-prawnej-pokrzywdzonych-przez-firmy-inwestycyjne-w-dniu-15-stycznia-2015-r/?fbclid=IwAR3yitXjli0dHGHQYKK0t8GsfPlqfUxh30iET25oTXzSWfd7MsNh8LQHM> [dostęp: 09.04.2019].

¹⁸⁵ Business Insider, *Oszuści z Alpha Finex usłyszeli zarzuty. Wyłudziła od Polaków 15 mln zł*, <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/alpha-finex-prokuratura-postawila-zarzuty/zx8lkec> [dostęp: 09.04.2019].

¹⁸⁶ Prokuratura Krajowa, *Zatrzymania i zarzuty dla osób związanych z ALPHA FINEX LTD za wyłudzenie od klientów ponad 15 milionów złotych*, <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-z-kraju/zatrzymania-zarzuty-dla-osob-zwiazanych-alpha-finex-ltd-wyludzenie-klientow-ponad-15-milionow-zlotych/> [dostęp: 09.04.2019].

Wynagrodzenie sprzedawców bywa zwykle wyznaczane na poziomie od kilku do kilkudziesięciu procent od wpłaty klienta. Dlatego model ten przypomina piramidy finansowe o płaskiej, bo zaledwie trójstopniowej strukturze: założyciel – promotor – klient.

4. Problem prawny

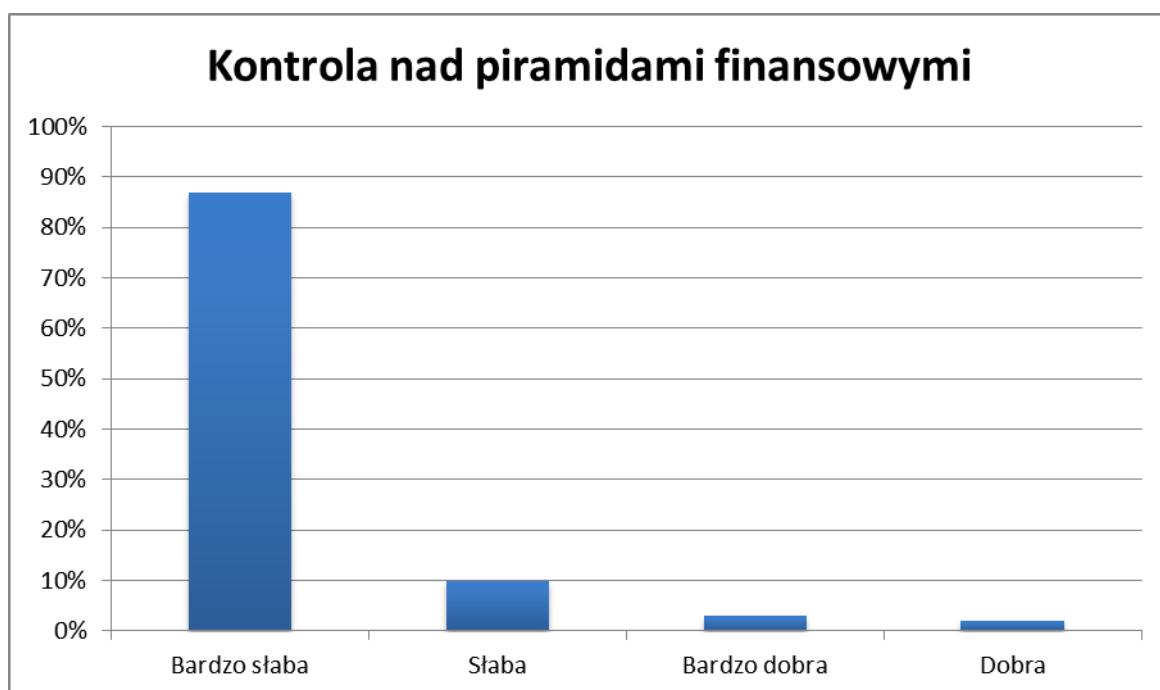
Wbrew pozorom w piramidach finansowych i oszustwach „na forex” to nie twórcy ponoszą największą winę, ale osoby, które zajmują się bezpośrednim kontaktem z klientami. Oszustów można podzielić na dwa typy. Pierwszy to ci, którzy wiedzą, że polecana firma to szwindel, i próbują zmaksymalizować swoje zyski w jak najkrótszym czasie, w pełni świadomi, że lada dzień firma może upaść i przestać wypłacać prowizję z wpłat. Drugi typ stanowią ci, którzy zostali zaślepieni wizją łatwego zarobku i szczerze wierzą we wszystko, co mówią i prezentują twórcy piramidy lub zamieszczają na stronach internetowych firmy. Jednak osoby zarówno z pierwszej, jak i z drugiej grupy ponoszą taką samą winę za straty, jakie ponoszą uczestnicy piramidy lub oszustwa „na forex”. W przypadku wszystkich oszustw finansowych ofiary zwodzone są wizją łatwego, szybkiego i bardzo wysokiego zarobku. W oszustwach „na forex” głównymi argumentami są autorskie systemy regularnego zarabiania lub informacje publicznie niedostępne. Natomiast w przypadku piramid finansowych ich promotorzy stosują głównie wyśmiewanie się z osób pracujących na etacie w celu uzasadnienia, że pieniądze mogą się brać z powietrza i że nie jest konieczne wykonywanie żadnej faktycznej pracy.

Głównym problemem polskiego prawa jest poniekąd słuszne podejście, że dopóki nie ma ofiar, nie ma też przestępstwa. Niestety w przypadku opisanych tu oszustw finansowych proces tworzenia się struktur i budowania bazy oszukanych klientów jest długotrwały i dosyć powolny. Zwykle proces formowania piramidy trwa kilka lat, więc organy państwowe odpowiedzialne za ściganie przestępców teoretycznie mają wystarczająco dużo czasu, aby zabezpieczyć wyłudzone pieniądze i zatrzymać sprawców. Tak się jednak nie dzieje ze względu na błędnie pojętą zasadę domniemania niewinności. Kiedy piramida upada, a jej założyciel znika z pieniędzmi, dopiero wtedy sprawą zaczynają się interesować organy wymiaru sprawiedliwości. Niestety osoby odpowiedzialne za całe oszustwo są już wtedy poza granicami kraju, a po pieniądzach inwestorów nie ma śladu.

Kolejnym problemem jest swego rodzaju paradoks, polegający na tym, że osoby publicznie ostrzegające przed daną piramidą mogą zostać pozwane w procesie cywilnym i dopóki piramida działa oraz wypłaca środki, osoba pozwana z dużym prawdopodobieństwem może przegrać proces cywilny, co w pewien sposób legitymizuje piramidę jako legalny biznes.

Z ankiet przeprowadzonych w grupie¹⁸⁷ osób zrzeszonych przy Fundacji Trading Jam wynika, że piramidy finansowe to bardzo palący i powszechny problem. Znaczna większość – bo blisko 88% ankietowanych – uważa, że obecnie nadzór nad zjawiskiem piramid finansowych jest na bardzo niskim poziomie. Nie wynika to zapewne ze złej woli organów nadzorujących, ale raczej z luki w prawie, która sprawia, że ściganie przestępców i promotorów organizujących piramidy finansowe jest obecnie bardzo utrudnione i możliwe dopiero w chwili, kiedy pojawią się pierwsi poszkodowani, którzy nie będą mogli wypłacić zainwestowanych pieniędzy.

Wykres 1. Kontrola KNF nad piramidami finansowymi

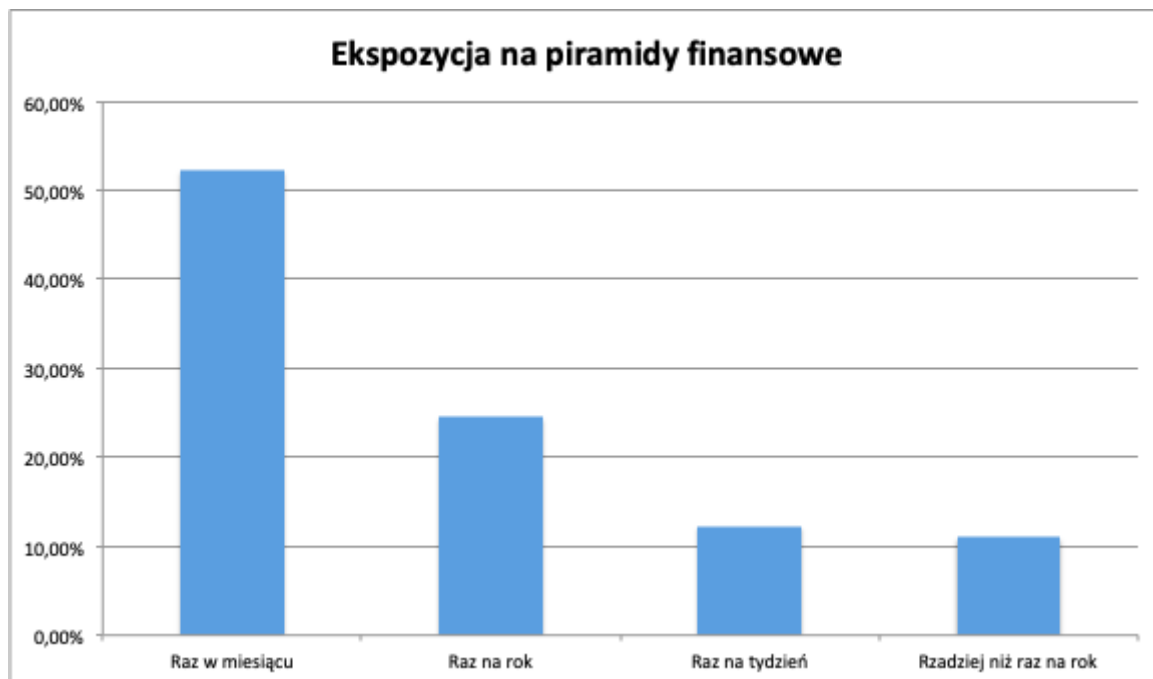


Źródło: Opracowanie własne.

¹⁸⁷ <https://www.facebook.com/groups/tradingjam/permalink/2330079040611482/> [dostęp: 10.04.2019].

Dość niepokojący wniosek dotyczący piramid finansowych i oszustw „na forex” można wysnuć po przeanalizowaniu kolejnej przeprowadzonej ankiety, gdzie inwestorzy zostali zapytani o to, jak często spotykają się z promowaniem takich oszustw finansowych (wykres 2).

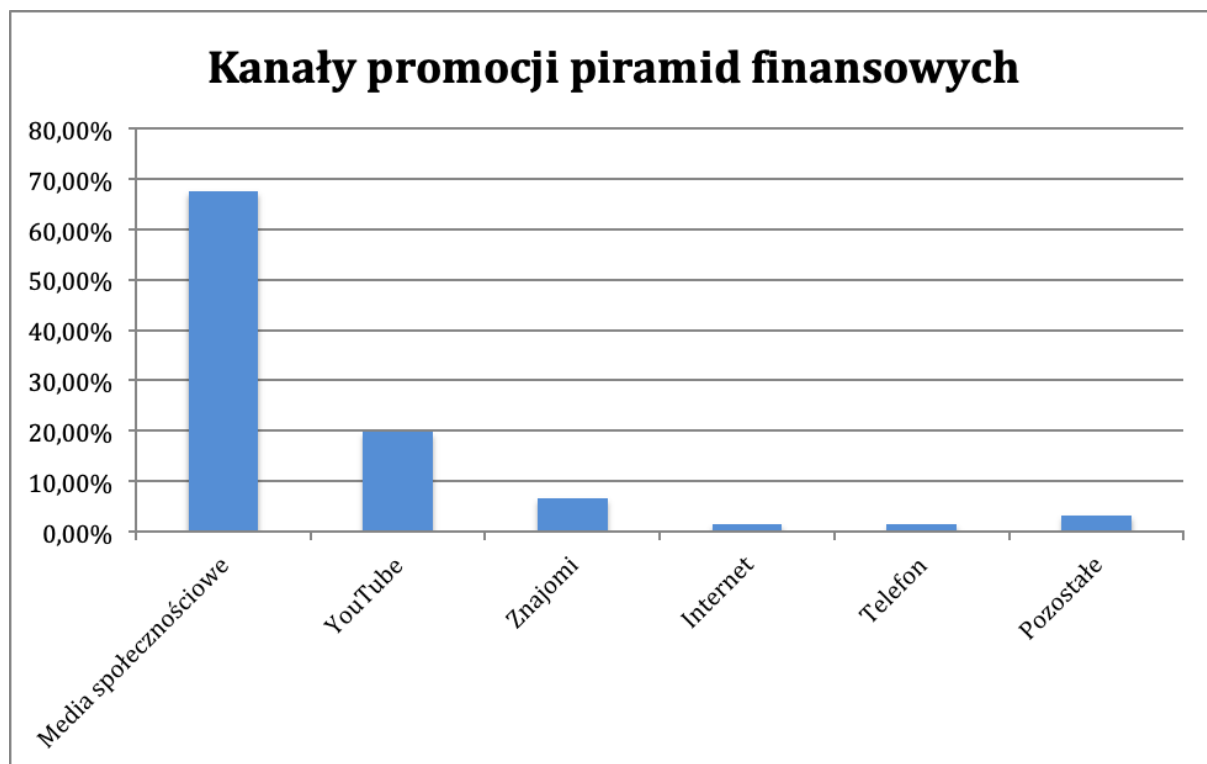
Wykres 2. Ekspozycja na piramidy finansowe



Źródło: Opracowanie własne.

Oszuści finansowi dopasowują się do zmian, jakie zachodzą w świecie. Zauważywszy, że znaczna część ludzkiej aktywności przeniosta się w strefę wirtualną, podążyli tą samą drogą. Z kolejnej przeprowadzonej ankiety wynika, że znaczna część promocji tego typu inicjatyw odbywa się w mediach społecznościowych, a tradycyjne formy marketingu, jak marketing osobisty, akwizycja czy telefon, odchodzą do lamusa (wykres 3).

Wykres 3. Kanały promocji piramid finansowych



Źródło: Opracowanie własne.

5. Podsumowanie

Wydaje się, że głównym zadaniem instytucji państwowych powinna być prewencja w zakresie powstawania piramid finansowych, czyli przede wszystkim działania edukacyjne w sferze finansów.

Z kolei wprowadzenie przyspieszonej ścieżki postępowania prawnego w przypadku piramid finansowych, wraz z blokadą kont bankowych organizatora i promotorów, a także strony internetowej przedsięwzięcia, mogłoby znacznie zmniejszyć skalę problemu oraz zapewnić – przynajmniej częściowo – możliwość odzyskania środków utraconych przez inwestorów. Postępowanie sądowe w sprawie piramidy finansowej powinno być wszczynane z oskarżenia publicznego, bez konieczności zgłaszania się poszkodowanych. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że największe kompetencje w wykrywaniu piramid finansowych ma Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dlatego jego uprawnienia w tym zakresie powinny zostać rozszerzone

o możliwość inicjowania wszczęcia postępowań oraz zabezpieczenia majątku na poczet odszkodowań.

Drugą możliwością szybkiego ukrócenia działań twórców piramid finansowych mogłoby być stosowanie prowokacji przez funkcjonariuszy odpowiednich służb. Prowokacja dostarczyłaby niezbitych i bardzo szybkich dowodów, gdyż promotorzy piramid są bardzo wylewni, prezentując potencjalne zyski i model działania piramidy.

Ważnym elementem w zwalczaniu piramid jest również aspekt szkoleń dla organów ścigania, tak aby prokuratorzy i sędziowie wiedzieli, z czym mają do czynienia, i potrafili rozpoznać schemat działania piramidy finansowej.

Ukrócenie działania piramid finansowych leży w jak najlepszym interesie ogólnie pojętego rynku finansowego w Polsce, jest istotne także dla finansów osobistych gospodarstw domowych i poczucia sprawiedliwości społecznej.

Polisolokaty i rynkowe instrumenty zabezpieczania przed ryzykiem

Prof. dr hab. Andrzej Sopoćko, Uniwersytet Warszawski

1. Charakter produktu

Typowym ubezpieczeniem, zarówno z działu I, jak i II, jest umowa o wypłacie określonych kwot pieniężnych w różnych sytuacjach niekorzystnych dla ubezpieczającego. Mogą to być wypłaty jednorazowe lub powtarzalne (np. renty). Ubezpieczenia z funduszem kapitałowym polegają na przeznaczeniu części składki (lub składki osobnej) na utworzenie indywidualnego funduszu kapitałowego, wypłacanego po zakończeniu określonego z góry okresu. Mamy w tym przypadku do czynienia z połączeniem dwóch, bardzo odmiennych podstaw wypłaty na rzecz klienta. W pierwszym przypadku są to z góry znane (co do zasady) kwoty, które uruchamiane są w momencie powstania zdarzenia. Składka ubezpieczeniowa jest tu praktycznie nienegocjowanym elementem oferty ubezpieczyciela. W drugim przypadku wartość wypłaty zależy od wysokości zadeklarowanej indywidualnie składki, okresu jej pobierania oraz warunków rynkowych określających dochody z lokowania zebranych środków w aktywa kapitałowe. Standardowym rozwiązaniem jest wypłata na koniec okresu ubezpieczeniowego. Najczęściej jednak można kwoty uzbierane na funduszu inwestycyjnym pobrać wcześniej, co jednak wiąże się z dodatkowymi kosztami dla klienta.

2. Społeczne i biznesowe uzasadnienie prowadzenia przez ubezpieczycieli funduszy inwestycyjnych

Lokaty ubezpieczeniowo-inwestycyjne stały się popularne nieprzypadkowo. Z prowadzonych dla tygodnika „Polityka” badań „Czego się boją Polacy” wynika, że obawa przed zubożeniem na starość zajmuje trzecie miejsce na liście, na której widnieje w sumie 18 wyodrębnionych lęków. Dla porównania strach przed napadem, rabunkiem jest dopiero na dziewiątym miejscu¹⁸⁸. Tak więc zabezpieczenie finansowe na starość jest wielkim problemem Polaków. Jest to jednak zmartwienie, któremu można w jakiś sposób zaradzić. Lęki, wyprzedzające

w tym rankingu obawę o ubóstwo na starość, mianowicie strach przed wojną, terroryzmem i uchodźcami, muszą być traktowane jako zdarzenia, na które nie mamy wpływu.

Jeśli pominąć różne cudowne sposoby na wzbogacenia się (np. gry liczbowe, nieoczekiwane spadki po zmarłych), jedynym legalnym sposobem zgromadzenia środków na starość są oszczędności w postaci programów emerytalnych (obligatoryjnych albo dobrowolnych) lub różnego rodzaju lokat. Istnieje jednak wiele możliwości oszczędzania. Klient staje w obliczu wyboru, który jest o tyle trudny, że dotyczy trzech bynajmniej nieskorelowanych kryteriów: oczekiwanej wysokości stopy zwrotu, ryzyka spadku wartości lokaty oraz wiarygodności instytucji finansowej. W inwestycjach długookresowych dwa ostatnie elementy nabierają podstawowego znaczenia. Góruje tu motyw: „przede wszystkim nie stracić”.

Indywidualny inwestor bardzo rzadko kieruje się profesjonalnymi ocenami wiarygodności, jak rating czy choćby wielkość funduszy rezerwowych u oferującego dany instrument finansowy. Inwestor zwraca uwagę na dwie rzeczy: stopę zwrotu inwestycji oraz renomę instytucji finansowej, która tę ofertę przedstawia. Im dłuższy okres gromadzenia kapitału, tym ważniejsze stają się wielkość stopy zwrotu i renoma instytucji. Trzeci element – czyli ryzyko samej inwestycji – jest słabo uświadamiane potencjalnym zainteresowanym. Na rynku panuje dość powszechne przekonanie, że fachowcy potrafią zarówno efektywnie inwestować, jak i unikać większego ryzyka, nie ma więc po co w ich pracę ingerować.

Tego rodzaju percepcja stawia spółki ubezpieczeniowe w bardzo korzystnej sytuacji. Raczej nie zaszkodził im kryzys *subprime*, po którym ogólne zaufanie do systemu finansowego mocno spadło. Co prawda w kategoriach etycznych nigdy jego poziom nie był zbyt wysoki. Dalej powtarzane jest słynne powiedzenie Bertolda Brechta: „Czymże jest włamanie do banku wobec założenia banku” (*Opera za trzy grosze*, 1928 r.). Ponad 80 lat później ta opinia się nie zmieniła. Przetrwało także, mimo wydarzeń z lat 2008–2009, obiegowe powiedzenie, że coś jest „pewne jak w banku”. Utrzymało się ono także w relacjach z ubezpieczycielami, którzy przeszli ostatni kryzys bez większych problemów.

W Polsce doszedł jeszcze jeden element, nie tyle dowartościowujący firmy ubezpieczeniowe, co stawiających banki w trudniejszej sytuacji konkurencyjnej. Otóż polski sektor

¹⁸⁸ J. Cieśla, *Suma polskich strachów*, „Polityka” z 27 kwietnia 2017 r.

bankowy przeciążony jest rozmaitego rodzaju opłatami i odpisami, co nie powala mu na oferowanie atrakcyjnych odsetek od oszczędności. Poza zwykłymi podatkami, jakie płać przedsiębiorstwa, banki muszą odprowadzać zwiększone składki na Bankowy Fundusz Gwarancyjny (osiągając wymagany poziom w EU), odprowadzać relatywnie więcej na rezerwy od aktywów obciążonych ryzykiem, płacić podatek od całości aktywów itp. Nie da się tego pokryć zwiększoną efektywnością, ponieważ to nie wydajność pracy decyduje o sukcesie tego sektora. Najważniejsze koszty tworzone są przez działania regulacyjne, służące bezpieczeństwu wkładów i odporności banków na potencjalne kryzysy w skali mikro i makro.

Ta sytuacja ułatwia działalność przedsiębiorstw parabankowych, tj. firm pożyczkowych i funduszy inwestycyjnych, ponieważ nie są one objęte tak wysokimi obciążeniami. Nie są one także jak banki instytucjami społecznego zaufania, w przypadku których choć mocno nadszarpnięte, wciąż się ono utrzymało. To zaufanie, jak się wydaje, zapobiegło kolejnemu kryzysowi, tym razem wywołanemu spadkiem wartości bankowych pasywów.

Wydawało się, że niskie oprocentowanie lokat (w 2018 r. średnio 1,5%¹⁸⁹), a więc nieco poniżej poziomu inflacji (1,6%¹⁹⁰), spowoduje wycofywanie pieniędzy z banków na rzecz innych lokat. Tak się jednak nie stało. Należy sądzić, że powodem tego były pozytywne doświadczenia z przeszłości. Jeśli bowiem przyjrzyć się całemu okresowi powojennemu, banki zawsze były wypłacalne, a depozyty nie przepadały – nawet w okresie PRL. Problemem otwartym jest opłacalność trzymania środków na rachunku bankowym (dawniej „na książeczce PKO”). W gospodarce niedoborów względnie stałą siłą nabywczą miały jedynie waluty zagraniczne. Natomiast od początku okresu transformacji klienci dużych banków nie stracili ani nominalnie, ani realnie. Jeśli w ogóle odnotowano straty, to tylko w przypadku dużych lokat składanych w działających na specjalnych zasadach spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych. Renoma banku jako instytucji zaufania publicznego wydaje się mieć nadal istotne znaczenie przy podejmowaniu decyzji o lokowaniu środków. To samo dotyczy ubezpieczycieli. Przewaga tych ostatnich polega na tym, że mogą zaoferować większą stopę zwrotu.

¹⁸⁹ Dane [za:] „Parkiet” z 30 lipca 2018 r.

¹⁹⁰ Dane GUS, styczeń za 2019 r., m/m.

3. Lokaty oszczędnościowe i instrumenty zabezpieczające przed ryzykiem

Prowadzone przez ubezpieczycieli ubezpieczeniowe fundusze kapitałowe (UFK) nie są obciążone ani opłatami gwarancyjnymi, ani koniecznością odprowadzania rezerw zabezpieczających przed ryzykiem. Teoretycznie pozwalają więc oferować klientom istotnie wyższe od bankowych stopy zwrotu na lokatach. W tych wyjątkowo sprzyjających warunkach UFK powinny bardzo wysoko przebijać oferty bankowe. Przeszkodą na tej drodze są dwa czynniki. Jeden obiektywny, drugi o charakterze subiektywnym.

Obiektywnym elementem ograniczającym możliwość wypłacania wysokich stóp zwrotu klientom UFK są koszty akwizycji i inne koszty wstępne, sięgające od 100% do 200% rocznej składki¹⁹¹. Są one istotnie wyższe od stosownych nakładów ponoszonych przez banki, wykorzystujące w tym zakresie częste kontakty z klientami posiadającymi konta i dokonującymi poprzez nie licznych transakcji finansowych. Natomiast czynnikiem subiektywnym jest w przypadku instytucji pozabankowych spora możliwość zawyżania marż, prowizji i innych opłat, co pozwala generować przychody znacznie przewyższające koszty. Najbardziej widoczne jest to w przypadku opłat likwidacyjnych. Mają one niewątpliwie uzasadnienie jako osobna kategoria opłat, na ogół są jednak bardzo zawyżone, choć wydaje się, że obecnie są one istotnie niższe od wartości cytowanych w raporcie Rzecznika Finansowego. Badania tu cytowane prowadzone były jeszcze w okresie działalności akwizycyjnej funduszy emerytalnych, podbijającej stawki wszelkiej innej akwizycji finansowej. Warto byłoby je powtórzyć, ponieważ ich wyniki są podstawą argumentacji tłumaczącej tak wysokie opłaty likwidacyjne.

Jeśli chodzi o długookresowe oszczędzanie, najczęściej bezpośrednio przez ubezpieczycieli oferowane są portfele *spot*, tworzone z akcji i obligacji oraz indeksów rynkowych. Uzupełniają je czasem instrumenty pochodne. Znacznie szersza gama instrumentów jest przedmiotem inwestycji pośrednich, dokonywanych poprzez fundusze inwestycyjne. Wybór wariantów inwestycyjnych jest tu bardzo bogaty, z niedużym błędem dałoby się powiedzieć, że nieograniczony. W tym

¹⁹¹ Takie dane podano w raporcie Rzecznika Finansowego, *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Warszawa 2016 r. (s. 70), w oparciu o opracowanie M. Wiśniewskiego, *Zasadność opłat likwidacyjnych w ubezpieczeniach na życie z UFK – wymiar ekonomiczny i aktuarialny*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2013, nr 1.

rozwiązaniu klient staje się właścicielem certyfikatów inwestycyjnych¹⁹² funduszy. Ich aktywa reguluje statut, a ustawowe regulacje dotyczą w istocie tylko rozproszenia inwestycji.

Portfele instrumentów *spot* są podstawowym obszarem lokat UFK oferowanych klientom jako lokata ubezpieczeniowo-oszczędnościowa. Z zasady jest to umowa długoletnia. Przewiduje się także, poza decyzjami o zerwaniu programu oszczędnościowego, możliwość wcześniejszej wypłaty zgromadzonych środków na skutek pewnych wypadków losowych, co ma jednak marginalne znaczenie. Uwagę klienta przyciąga wielkość wypłaty końcowej, stanowiącej rezultat systematycznego lokowania umówionych z góry kwot.

Paradoksalnie w przypadku UFK cel oszczędnościowy ma wyraźny priorytet nad celem ograniczenia czy eliminacji ryzyka. Ubezpieczyciele stają się tu swoistą kasą oszczędnościową, odgrywając tę samą rolę co banki. Z kolei banki oferują rynkowe zabezpieczenia przed ryzykiem, czyli z formalnego punktu widzenia pełnią funkcję ubezpieczycieli. Chodzi przede wszystkim o oferowany przez nie *hedging* ryzyka walutowego (kursów walut) lub rynkowego (cen ropy naftowej lub innych surowców). Ta zamiana ról – kiedy ubezpieczyciel staje się bankiem, a bank ubezpieczycielem – nie jest bynajmniej wypaczeniem relacji wewnątrz systemu finansowego. Rzecz bowiem nie polega na konieczności kurczowego trzymania się statutowych ról, ale chodzi o wykorzystanie pozycji na rynku. Banki wymieniają waluty i finansują dostawy surowców i półfabrykatów, ich serwisy *on-line* monitorują kursy i ceny. Z kolei ubezpieczyciele wykorzystują niższe koszty lokat długookresowych.

W pierwszym przypadku klienci poszukują niższych kosztów zabezpieczenia przed ryzykiem. W drugim – szukają bezpiecznego miejsca na lokowanie środków na jesień życia. Mamy więc dwa produkty, gdzie między oferentami występuje istotna różnica w płaszczyznach konkurowania:

- *hedging* instrumentów finansowych (pochodnych) ma jak najtaniej zabezpieczać przed krótkookresowymi zmianami cen; banki mają tu większą siłę ze względu na większy zakres penetracji rynku finansowego;

¹⁹² Teoretycznie możliwe są także jednostki uczestnictwa funduszy otwartych, te jednak nastawione są na inwestycje krótkookresowe, o mniejszej rentowności. Ich rolowanie, z teoretycznego punktu widzenia, nie powinno dawać lepszych wyników niż jednorazowy zakup instrumentów o długim okresie zapadalności. W takie operacje angażują się zamknięte fundusze inwestycyjne.

- długookresowe inwestycje portfelowe o korzystnej stopie zwrotu i niskim ryzyku, gdzie najbardziej atrakcyjne są fundusze inwestycyjne.

4. Hedging

Produkty zabezpieczające przed ryzykiem, względnie to ryzyko redukujące, oferowane są także przez inne instytucje finansowe, w szczególności banki. W większości instrumenty te są skierowane do przedsiębiorstw, zarówno z sektora finansowego, jak i spoza niego. Tylko część z nich stanowi ofertę przeznaczoną także dla klienta indywidualnego. Są to głównie tzw. instrumenty strukturyzowane (*structured products*), stanowiące kombinacje instrumentów pochodnych, czasem w połączeniu z instrumentami kasowymi. Oferowane były przede wszystkim jako zabezpieczenie przed niekorzystnymi ruchami kursów walut. Jednak ich złożona forma wielce utrudniała zrozumienie zarówno skali tego zabezpieczenia, jak i ryzyka, z którym się wiązały, a materiały informacyjne z reguły nie pomagały, a nawet bywało, że wprowadzały w błąd. Tego rodzaju instrumenty były oferowane także przez ubezpieczycieli jako część portfela lokaty inwestycyjnej

Pamiętać też warto, że w przypadku stopy bazowej nie ma możliwości bezkosztowego zabezpieczenia się przed jej spadkiem, nawet jeśli pominie się wszelkie koszty transakcyjne. Teoria nie zna takich rozwiązań. Warto o tym wspomnieć wobec dość popularnych w swoim czasie tzw. bezkosztowych zabezpieczeń. W ten sposób oferowano zabezpieczanie pozycji walutowej przez kontrakty *forward* względnie *futures*. Zajęcie przeciwstawnej do *spot* pozycji *forward* / *futures* tylko w przybliżeniu pozwala zabezpieczyć wartość portfela. Nie wchodząc w szczegóły, operacja zabezpieczająca polega na „sprzedaniu”¹⁹³ kontraktów *futures* / *forward* na indeks giełdowy o identycznej wartości co portfel klienta. Praktycznie nigdy nie da się takiej odpowiedniości uzyskać. Jeden kontrakt *futures* to obecnie nieco ponad 20 tys. zł. Dla portfela o wartości np. 50 tys. zł kontraktów *futures* można „sprzedać” albo za dużo (3), albo za mało (2). Dokładna wartość 2,5 jest nie do osiągnięcia, ponieważ nie dzieli się kontraktów instrumentów pochodnych. Nawet jednak

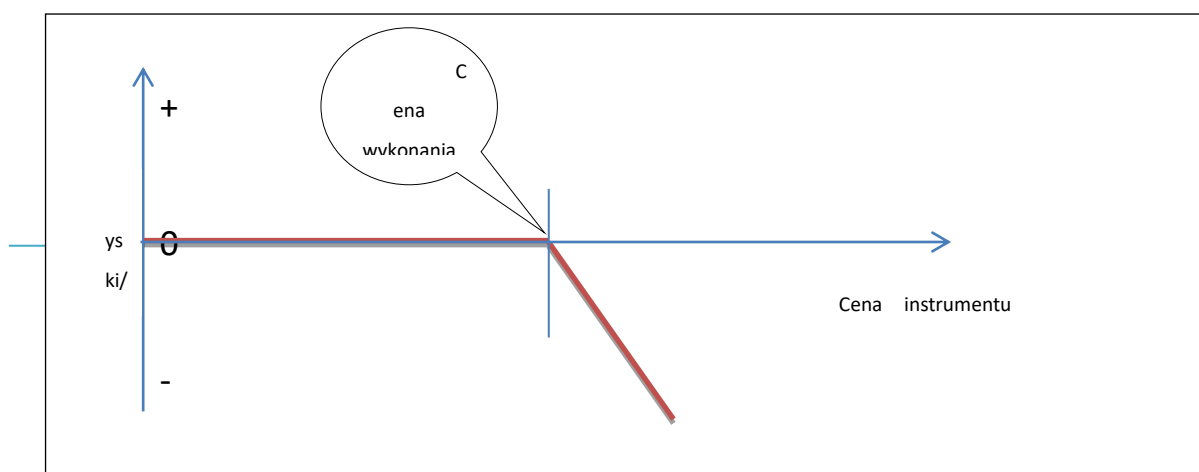
¹⁹³ Zajęcie pozycji „sprzedającego” nie wiąże się z zasadą z pobraniem w tym momencie jakichkolwiek pieniędzy. Wymaga się tu depozytów zabezpieczających, są to jednak dalej środki należące do „sprzedającego”.

gdyby przypadkiem (bardzo mało prawdopodobnym) tę odpowiedniość udało się uzyskać, to trzeba jeszcze uwzględnić koszty transakcyjne i dyskonta ceny *futures*.

Ta metoda zabezpieczenia nie jest bezkosztowa, ale koszty są niewielkie i ryzyko rynkowe dla części portfela da się rzeczywiście wyeliminować. Natomiast bardzo niebezpieczne jest dowiezanie asymetrycznej funkcji wypłaty, co polega np. na zajęciu długiej pozycji na opcji *put* i krótkiej na dwu opcjach *call* (zakupowych). Otóż bez problemu można określić takie wartości ceny rozliczeniowej, dla której w momencie wyjściowym wartości opcji się pokrywają. Można to rozwiązanie potraktować jako zabezpieczenie się przed ryzykiem spadku kursu (np. waluty), przy jednoczesnym wystawieniu się na straty związane z ryzykiem jego wzrostu, co przedstawia rysunek 1. Przy takim rozwiązaniu koszty spadku np. waluty są pokrywane z wykonania opcji, jednak w przypadku wzrostu strata klienta jest linowo zależna od wzrostu kursu. Nie musi się on więc obawiać konsekwencji spadku, ale musi pogodzić się z ceną wzięcia na siebie ryzyka wzrostu.

Rozpatrzmy przykład, gdy eksporter korzysta z tzw. bezkosztowego zabezpieczenia przed spadkiem wartości waluty przy pomocy różnych pozycji na kontaktach opcyjnych *put* (sprzedażowych) i *call* (zakupowych). Różne pozycje rozumieć należy tak, że w przypadku *put* opcja jest kupiona, w przypadku *call* (dwa kontrakty) jest wystawiona (sprzedana).

Rysunek 1. Profil wypłaty w przypadku zabezpieczenia instrumentu *spot* (bazowego) przez zakup opcji *put* i wystawienie dwu opcji *call*



Interpretacja jest następująca: Przyjmijmy, że znaleźliśmy cenę wykonania taką, że wydatki na opcje *put* są równe wpływom ze sprzedaży dwu opcji *call* (jest to zawsze możliwe). W tej sytuacji spadki na instrumencie bazowym (np. kursie walutowym) pokrywane są z opcji *put*. Jeśli chodzi o wartość portfela (instrument bazowy i opcja), nic się nie zmienia. W przypadku wzrostu ceny zarabiamy na rosnącej wartości samego instrumentu bazowego; niestety, te przychody zabiera nam realizacja wystawionej opcji *call*. Nasz partner na rynku terminowym będzie chciał wykonać opcje. Gdyby to była jedna opcja *call*, wartość portfela również by się nie zmieniła. Należy jednak pamiętać, że wystawione były dwie opcje *call*. W tych warunkach nie ma czym pokryć strat na drugiej opcji. Wzrost kursu bazowego przynosi stratę rosnącą liniowo w relacji do tego kursu.

Przedstawiony wariant zabezpieczenia jest formalnie bezkosztowy. Klient przystępujący do takiej operacji nie płaci za instrumenty zabezpieczające i jest jednocześnie zabezpieczony przed spadkiem kursu. Ponosi jednak wydatki, jeśli kurs wzrośnie. Ta transakcja oznacza więc: „Jestem zabezpieczony przed spadkiem, ale wzrost kursu będzie mnie już kosztował”. Tak więc dla klienta swoistym kosztem zabezpieczenia jest wystawienie się na ryzyko strat w przypadku wzrostu kursu.

Opisane operacje same w sobie nie są niczym złym, pod warunkiem jednak, że klient zdaje sobie sprawę, iż tak naprawdę nie jest to operacja bezkosztowa. To nic, że nie płaci za opcję, ale za to przejmuje na siebie ryzyko wzrostu kursu. Świadomość tego była i jest ograniczona, a operujący opisaną operacją hedgingową bynajmniej nie starali się jej zwiększyć. Do niedawna – choć czasami wciąż to się jeszcze zdarza – informacje o faktycznym profilu wypłaty (np. tak jak na rysunku) były cząstkowe. Na przykład ograniczano się tylko do przedstawienia dochodów i straty na opcjach, nie mówiąc już w o prezentacji zupełnie innych konstrukcji będących przedmiotem transakcji. Obecnie to się musi zmienić, ze względu na unijną dyrektywę IDD z 2016 r., o czym w części szóstej niniejszego opracowania.

Obecnie sytuację te porządkuje dyrektywa IDD (*Insurance Distribution Directive*)¹⁹⁴ ze stycznia 2016 r., która w art. 20 wyraźnie określa zadanie oferującego: „dystrybutor ubezpieczeń określa na podstawie informacji otrzymanych od klienta wymagania i potrzeby tego klienta oraz

¹⁹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z dnia 20 stycznia 2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE L 26/19 z dnia 2 lutego 2016 r.).

podaje klientowi w zrozumiałej formie obiektywne informacje na temat produktu ubezpieczeniowego, aby umożliwić temu klientowi podjęcie świadomej decyzji”.

5. Inwestycje długookresowe

Długookresowe oszczędzanie podejmowane jest w celu zabezpieczenia przyszłych, bliżej nieokreślonych wydatków. Z pozoru najważniejszą przesłanką decyzji inwestycyjnej jest tu stopa zwrotu z nagromadzonego kapitału. Polisolokaty nie są jednak depozytami długoterminowymi o ustalonych z góry odsetkach. W długim okresie stopa zwrotu nie jest znana, a właściwie także niemożliwa do oszacowania. Ważne jest zaufanie co do możliwości zachowania kapitału. Świetnie przedstawia to znany skecz Kabaretu Dudek, w którym Goldberg tłumaczy Rapaportowi: „Ile się zarobi, to się zarobi, ale ile można stracić?”.

Przy długim okresie oszczędzania liczy się przede wszystkim jak najmniejsze zagrożenie stratą. Ryzykowne sposoby gromadzenia, a przede wszystkim utrzymywania zasobów finansowych, nie cieszą się popularnością. Środki mają być przekazane na inwestycje, które są uważane za pewne. Co jednak kryje się pod tym pojęciem, nie jest zazwyczaj jasno sformułowane. Wiadomo przecież, że nic nie jest do końca pewne, ale jak określić właściwości lokaty określanej subiektywnie mianem „pewnej”. W zasadzie nikt nie stosuje tu kategorii statystyki matematycznej, a więc nie określa swoich oczekiwań w kwestii bezpieczeństwa lokat, używając przykładowo sformułowań „nad poziomem trzech sigm” czy mierząc w procentach ryzyko straty. Nadużywa się za to pojęcia „gwarantowany”, co jednak najczęściej jest zapewnieniem warunkowym, z tym że warunki te nader często bywają dla klienta trudne do zrozumienia. Sytuacja ma się podobnie jak z gwarancją na produkty, gdzie wymienia się przynajmniej kilka sytuacji, których gwarancja nie obejmuje. Czasem są one niejasno określone, jak przykładowo „nadmierna eksploatacja” czy niewłaściwe zasilanie (wahania napięcia). W przypadku inwestycji na ogół klienci jako pewne uważają papiery rządowe Stanów Zjednoczonych, nie zdając sobie sprawy z ryzyka stopy procentowej i okresowych wahań tego instrumentu.

O ile w sferze materialnej produkt może zachowywać stan pierwotny przez parę lat, nie da się tego uzyskać na rynku finansowym. Wartość instrumentów finansowych, tak pojedynczo, jak i w portfelu, zawsze będzie się zmieniała. W sferze inwestycji kapitałowych nie ma zjawiska

pewnego, bezwarunkowego dochodu, choćby ze względu na komplikującą wyliczenia inflację. Najczęściej wpływa ona negatywnie na wartość realną produktu.

Wydawało się jednak, że przynajmniej w wymiarze nominalnym, przez dobór odpowiednich instrumentów, można liczyć na zachowanie wartości portfela. W grę wchodziły bony pieniężne (*cash bills*), emitowane przez bank centralny, względnie krótkookresowe bony skarbowe, również pozbawione zarówno ryzyka kredytowego, jak i ryzyka stopy procentowej. Do niedawna nie tylko nie traciły na wartości, ale dawały – co prawda niski, ale zawsze gwarantowany – dochód nominalny. Od kilku lat nie jest to zjawisko powszechne.

Niedługo po kryzysie *subprime* pojawiały się zerowe, bazowe stopy procentowe (w ECB od 2016 r.). Co więcej, nad tymi rynkami wisi możliwość zejścia poniżej zera, a bazowa stopa procentowa centralnego banku Szwajcarii utrzymuje się na poziomie poniżej zera od sierpnia 2011 r. Nie ma więc obecnie żadnych, średnio- i długookresowych instrumentów finansowych, o których da się powiedzieć, że przynoszą dochód bez ryzyka. W Polsce obecnie stopa bazowa wynosi co prawda 1,5%, obowiązuje ona jednak przez 2 tygodnie od momentu emisji bonu. Brak jest więc pewności, czy po paru miesiącach lub latach nie osiągnie zera, a przecież programy inwestycyjne oferowane przez ubezpieczycieli są wieloletnie.

W tej sytuacji każda inwestycja wiąże się z ryzykiem straty, przynajmniej dla inwestora (klienta programu inwestycyjnego ubezpieczyciela). Zerowy lub wręcz ujemny dochód może mieć miejsce nawet przy bardzo ostrożnym inwestowaniu. Ponieważ dochodzą do tego opłaty związane z procesem inwestowania, akwizycji i operacyjne, to zagrożenie, że stopa zwrotu będzie ujemna, jest całkiem realne. Dlatego jakiegokolwiek zapewnienia o „gwarantowanym zysku” dla klienta brzmią podejrzanie. Należy wziąć też pod uwagę obecne kursy na światowym rynku finansowym. Średnioroczna stopa zwrotu niemieckich, dziesięcioletnich obligacji (*Bundesanleihen*) wynosi obecnie (luty 2019 r.) 0,9%, a japońskie obligacje państwowe mają rentowność ujemną (-0,04%). Gdyby pośrednik chciał zapewnić inwestorowi zysk przy inwestycji w tego rodzaju instrumenty, musiałby całkowicie zrezygnować z własnego przychodu – czyli własnych marż i prowizji – a i to nie uchroniłoby go, być może, przed koniecznością dopłaty. Tak więc oferent programu inwestycyjnego może co najwyżej zapewnić, że utrzyma dotychczasową wartość portfela, ale liczoną bez obciążeń kosztami jego obsługi.

Teoretycznie ubezpieczyciel, znający rozkład stóp zwrotu i ryzyka na rynku, może sam wystawić się na ryzyko, czyli w przypadku straty przejąć na siebie jej ciężar. Musi to być jednak równoważone wysoką marżą od potencjalnych zysków. Oferujący taki produkt ponosi wówczas zauważalne ryzyko. Także od strony marketingowej jest to hazardowe zagranie, ponieważ klient w tej sytuacji może w ogóle nie zobaczyć zysków. Będzie miał wówczas poczucie, że wykorzystano jego naiwność, i dojdzie do przekonania, że popełnił błąd, zdając się na pośredników; wyszedłby lepiej, podejmując najprostsze inwestycje na rynku kapitałowym, na przykład wpłacając regularnie na bankowe lokaty terminowe czy kupując obligacje skarbowe.

6. Zrozumienie oferowanej inwestycji

Jedyną przesłanką inwestycji w instrumenty kapitałowe jest oczekiwanie zysku. Każdy normalny inwestor zakłada także możliwość straty, powinien więc wiedzieć, w jakich warunkach spotka się z jednym lub z drugim, a także od czego zależeć będzie wysokość ewentualnego zysku czy straty.

Z teoretycznego punktu widzenia powinien zatem znać dwie rzeczy:

- funkcję wypłaty, która określa wielkość wypłaty lub dopłaty koniecznej dla utrzymania portfela;
- rozkład prawdopodobieństw dla wartości parametrów określających wysokość wypłaty czy dopłaty.

Dla przykładu – przychody z obcej waluty są liniowe, wprost proporcjonalnie zależne od wysokości kursu złotego. Poszczególne natomiast wartości kursu zderzać się będą z prawdopodobieństwem określonym przez funkcję dystrybuanty rozkładu.

W pierwszej więc kolejności należy zidentyfikować funkcję wypłaty. W dużej części przypadków jest to proste, nie da się jednak powiedzieć, że jest to regułą. Najłatwiej tę funkcję określić w przypadku akcji (liniowa funkcja kursu akcji i wysokości dywidend), nieco trudniej w przypadku papierów dłużnych. Tu wartość instrumentów zależy od bieżącej stopy procentowej, która jednak na wartość obligacji przekłada się w postaci hiperbolicznej funkcji cena / rentowność. Na szczęście funkcję taką zawiera obecnie każdy arkusz kalkulacyjny. Jednak grupa osób, które są w stanie skorzystać z tej możliwości, jest ograniczona. Jeszcze gorzej jest w przypadku

instrumentów pochodnych, a szczególnie trudno szacować wartości agregatów określanych jako instrumenty strukturyzowane.

Dla niektórych portfeli określenie matematyczne stopy zwrotu wymaga zatrudnienia profesjonalnych matematyków. Dotyczy to np. agregatów spotowo-opcyjnych, składających się z dwu części: instrumentu *spot* oraz tzw. instrumentu syntetycznego zabezpieczającego ten pierwszy złożoną konfiguracją opcji. Razem tworzą one tzw. strukturę. Bywa, że rozszyfrowanie funkcji wypłaty takiego instrumentu zabiera profesjonalistom całe godziny.

W tej sytuacji oferujący dany instrument finansowy powinien klientowi wyjaśnić, w jakich warunkach może on zyskać, a w jakich stracić. To oczywiste działanie bynajmniej nie było zjawiskiem powszechnym. Przez długie lata oferujący bardziej wyrafinowane instrumenty finansowe zdawali się postępować zgoła odwrotnie. Przedstawione oferty sprawiały wrażenie, jakby oferenci stali się zdezorientować klienta i skłonić go, by zrezygnował z dociekania, jaki jest jego rzeczywisty interes w danej inwestycji. Musiał zdać się on na opinię pośrednika, ograniczającą się zresztą zwykle do wypowiedzi: „Będzie pan zadowolony...”.

Pierwszym, choć jeszcze wielce nieskutecznym krokiem, chroniącym klienta przed wciąganiem go w niezrozumiałe operacje, była dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych¹⁹⁵. Artykuł 19 pkt 5 nakładał na przedsiębiorstwa inwestycyjne obowiązek weryfikacji wiedzy klienta, w celu określenia, czy dany produkt jest dla niego zrozumiały, co powinno pozwolić na ocenę użyteczności produktu. Gdyby oferujący ten produkt uznał tę wiedzę za niedostateczną, klient powinien zostać ostrzeżony przed możliwymi negatywnymi konsekwencjami takiej inwestycji

Przy wspomnianym zapisie powstał jednak problem metody i zakresu weryfikacji wiedzy klienta. Proste, zwyczajowe metody nie wchodzi tu raczej w rachubę. Przykładowo zmuszanie klienta do zaliczania jakichkolwiek testów byłoby marketingową katastrofą. Komu by się chciało nie tylko do testu przygotować, ale także narazić się na wstyd, gdyby się go oblało! Pośrednicy inwestycyjni stosowali więc najprostszą, choć dość wątpliwą metodę weryfikacji niezbędnego poziomu znajomości produktu. Wystarczało oświadczenie klienta, że produkt jest dla niego zrozumiały.

Skutki takiego postępowania były dla klienta fatalne. Tak zresztą musiało być, a porównanie z innymi dziedzinami pozwala zrozumieć skalę niebezpieczeństwa. Było to bowiem tak, jakby dawać prawo jazdy wszystkim tym, którzy oświadczyli, że umieją prowadzić samochód. Skutki transakcji instrumentami, w których przynajmniej jedna strona nie zdawała sobie sprawy z rozkładu ryzyka, były katastrofalne. Co prawda wszystko odbywało się bez ofiar w ludziach, ale straty finansowe bywały ogromne.

Ochrona klienta poprzez wymóg sprawdzania jego wiedzy okazała się ślepą uliczką. Jak bowiem określić niezbędny poziom tej wiedzy? Twardych zasad określenia jej minimum nie znaleziono, przez co zabrakło gruntu prawnego, na którym można by oprzeć roszczenia odszkodowawcze za wprowadzanie w błąd. Aby obronić się przed takimi zarzutami, stosowano pewne chwyt, które później mogły być wykorzystywane przed sądem. Typowym przykładem było przedstawienie elementarnej wiedzy związanej z rynkiem finansowym, mniej lub bardziej pasującej do danego instrumentu. Z pewnego punktu widzenia było to wystarczające, ponieważ prawie wszystkie dziedziny wiedzy zbudowane są na prawidłowościach elementarnych. Istnieje więc teoretyczna możliwość, że wychodząc od podstaw, dojdzie się do rozwiązania każdego problemu. W przypadku złożonych instrumentów finansowych ich właściwości określone są przez stosunkowo proste składniki. Szkopuł jednak tkwi w znanym stwierdzeniu, że całość nie musi być prostą sumą elementów składowych. Właściwości stopów metali są zupełnie inne, niż wynikałoby ze średniej ważonej ich udziałów w stopie. Tak samo zachowanie portfela wobec głównych parametrów rynku nigdy w zasadzie nie jest średnią ważoną reakcji pojedynczych jego elementów.

Wspomniane zależności do niedawna były ignorowane w zaskakująco wielu przypadkach. Swoiste oszczędzanie na rzetelności informacji przejawiało się m.in. używaniem do objaśnienia agregatów instrumentów tylko jednego z nich, i to nawet w sytuacjach, gdy profil wypłaty całego zestawu miał całkiem inny kształt niż ten użyty do ilustracji całości. Trudno tu przedstawić statystyki takich poczynań, ponieważ z reguły nabywcy tego typu instrumentów, nawet jeśli czuli się ofiarami dezinformacji, nie chcieli tego upubliczniać.

¹⁹⁵ Dz. Urz. UE L 145/1 z dnia 30 kwietnia 2004 r.

Piszący ten tekst – angażowany jako ekspert w kilkudziesięciu tego rodzaju transakcjach – musi przyznać, że przedstawianie całkiem innego charakteru wypłaty, niż wynikało to z natury oferowanego instrumentu, było wręcz regułą. Można powiedzieć, że w tych przypadkach klient miał jakąś wiedzę z zakresu instrumentów finansowych, jednak nie tę, jaka była mu potrzebna.

Obecnie do takich sytuacji nie dopuszcza dyrektywa IDD (*Insurance Distribution Directive*) ze stycznia 2016 r. W art. 20 stwierdza się tu: „dystrybutor ubezpieczeń określa na podstawie informacji otrzymanych od klienta wymagania i potrzeby tego klienta oraz podaje klientowi w zrozumiałej formie obiektywne informacje na temat produktu ubezpieczeniowego, aby umożliwić temu klientowi podjęcie świadomej decyzji”. Dyrektywę uzupełniają dwa wcześniejsze rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE. Pierwsze o nr 1286/2014 z dnia 26 listopada 2014 r. dotyczyło detalicznych produktów zbiorowego inwestowania i ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych (PRIIP¹⁹⁶)¹⁹⁷. Kolejne, odnoszące się o tego samego problemu, wydane dwa zostało lata później. To rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/653 z dnia 8 marca 2017 r.¹⁹⁸

Otóż w świetle zapisów drugiego z rozporządzeń (motyw 17) przedstawienie klientowi charakterystyki instrumentu istotnie odmiennego niż faktycznie proponowany jest niedopuszczalne. Nie ma tu wymogu dokładnego opisu, ściśle związanego z konkretną postacią instrumentu, jednak opis musi dotyczyć pewnego „bazowego wariantu”. Pod tym pojęciem kryje się instrument lub portfel obejmujący „inwestycje w PRIIP lub inne inwestycje o podobnym charakterze bądź zestandaryzowane portfele inwestycji bazowych”. Dalej rozporządzenie wyjaśnia, że z ilustrującym przedmiot transakcji „bazowym wariantem” mogą wiązać się odmiennie wartości ryzyka, kosztów i dochodów niż dla konkretnego instrumentu, pod warunkiem jednak że nie ma on innej charakterystyki działania. Można to interpretować jako zakaz takich prezentacji, które wprowadzają w błąd klienta, np. sprawiając wrażenie, że skutkiem danej transakcji mogą być ograniczone straty i nieograniczone zyski, jeśli zarówno straty, jak i zyski w danym przypadku są potencjalnie nieograniczone. Innym przykładem sytuacji, która nie powinna mieć miejsca, jest

¹⁹⁶ Angielski skrót od *packaged retail and insurance-based investment products* – detaliczne produkty zbiorowego inwestowania i ubezpieczeniowe produkty inwestycyjne.

¹⁹⁷ Dz. Urz. UE L 352/1 z dnia 9 grudnia 2014 r.

¹⁹⁸ Dz. Urz. UE L 100/1 z dnia 12 kwietnia 2017 r.

wykres profilu wypłaty, którego kształt błędnie informuje o kierunku zależności: kurs rynkowy / wielkość wypłaty.

Na koniec rozważań o funkcji wypłaty warto wspomnieć, że jej określenie nie jest większym problemem, ponieważ nie wymaga praktycznie żadnych obliczeń. Tyle tylko, że trzeba znać naturę instrumentów składowych, a to wymaga wiedzy, której klient może nie posiadać. Wystarczy pokazać po prostu, jaka wartość parametrów powoduje stratę, a przy jakich osiąga się zysk lub stabilizację. Gorzej na ogół wygląda sprawa w przypadku wyceny złożonych instrumentów finansowych i zależności ich wartości od parametrów i warunków rynku. O ile więc – jak wspomniano poprzednio – nie jest zbyt trudno określić, kiedy klient traci, a kiedy zarabia, znacznie ciężiej odpowiedzieć na pytanie, ile w konkretnych warunkach straci lub zarobi. Tu klient indywidualny często bywa bezradny, ponieważ w celu określenia potencjalnego przychodu niekiedy trzeba zastosować bardzo złożone algorytmy, względne procedury numeryczne, jakie nie są dostępne nieprofesjonalistom. Klient więc nie zawsze będzie mógł uzyskać odpowiedź na pytanie, czy w porównaniu z oczekiwanym przychodem inwestycja nie okazuje się zbyt kosztowna. Bowiem dochody mogą rosnąć tylko do pewnego momentu (wysokości kursu), a potem ustabilizować się i zacząć spadać. Tak dzieje się np. w przypadku zastosowania opcji barierowych czy przeciwstawnych pozycji na *forwards*.

7. Określenie ryzyka inwestycji

Wiedza o możliwych zyskach jest niewystarczająca, aby podjąć odpowiedzialnie decyzję inwestycyjną, jeśli nie ma się przynajmniej orientacji co do prawdopodobieństwa zaistnienia tychże zysków. Klienci bardzo rzadko rozsądnie identyfikują ryzyko inwestycji w papiery wartościowe. Na rynku kasowym najlepiej jest pod tym względem w przypadku akcji. Ludzie wiedzą, że kursy się zmieniają, czasem bardzo znacznie, jednak nie odróżniają już rynku publicznego od giełdowego. Czują się zaskoczeni brakiem płynności na rynku pozagiełdowym. Dla tzw. polisokat zarówno niska płynność, jak i kilka innych wymiarów ryzyka są problemami ukrytymi, które mogą skutkować niską wypłatą w przypadku zapadnięcia terminu, na jakie środki zostały złożone. Zgodnie z obecnymi wymogami klient powinien być ostrzeżony o niskiej płynności aktywów funduszu, w które inwestuje (art. 3 pkt 2 ppkt b rozporządzenia 2017/653).

Więszym problemem jest zrozumienie ryzyka inwestycji w obligacje. Zdecydowana większość klientów ulega dezinformacji agentów, przekonujących o braku ryzyka w ogóle. Nie rozumieją, że wzrost rynkowych stóp procentowych powoduje spadek wartości posiadanych obligacji.

Do 2017 r. nie istniały niezbędne regulacje dotyczące prezentacji ryzyka. W związku z tym oferujący lokaty inwestycyjne ograniczali się do prostych prezentacji, określających co najwyżej wartość parametrów, przy których należy się liczyć ze stratą. Prawdopodobieństwo ich wystąpienia było pomijane. Wiedza klienta o ryzyku inwestycji była więc całkowicie niewystarczająca

Trzeba jednak jasno powiedzieć, że istnieje wiele przypadków, w których ryzyko lokat inwestycyjnych jest praktycznie niemożliwe do oceny przez nieprofesjonalistę. Szczególnie wysokie kwalifikacje są wymagane przy liczeniu ryzyka portfeli złożonych. Rzadko się zdarza, by mógł to zrobić amator, nawet jeśli portfel składa się tylko z akcji lub tylko z obligacji. Jeśli na portfel składają się jedne i drugie, to do każdej części trzeba zastosować inną metodę.

Względnie łatwo jest dokonać szacunków ryzyka w przypadku portfela (subportfela) obligacji. Rozkład zmienności stóp procentowych jest łatwy do uzyskania, a przejście od nich (ściślej: od odpowiadających im rentowności) do cen instrumentów nie stwarza problemów. Gorzej jest w przypadku akcyjnej części portfela. Tutaj w obliczeniach trzeba uwzględnić korelacje między elementami tego podzbioru. Zjawiska substytucji i synergii między kursami poszczególnych akcji mają znaczący wpływ na określenia łącznego ryzyka. Trzeba więc liczyć macierz kowariancji, a to nawet obecnie stanowi problem dla przeciętnego komputera domowego (jeśli portfel zawiera więcej niż kilkanaście składników). Jeszcze wyższy poziom trudności wysypuje, gdy uwzględni się tzw. krótką sprzedaż (nieodłączny element tzw. funduszy holdingowych) oraz pochodne. Te obliczenia wymagają w zasadzie profesjonalnego zaplecza, na które składają się zarówno odpowiedni ludzie, jak i właściwy sprzęt.

Na pierwszy rzut oka problem wydaje się pozorny, ponieważ zmienność danego portfela można określić na podstawie danych historycznych. To prawda, jednak pod warunkiem że portfel ma swoją historię, tzn. przez co najmniej rok był utrzymywany w tej samej postaci. Gdy jednak jest to portfel nowy, przynajmniej co do struktury, zawierający względnie nowe elementy, proste

liczenie jego wartości w czasie jest nieużyteczne. Zmienność tego portfela musi być kalkulowana w oparciu o zmienność poszczególnych elementów, a więc z użyciem macierzy kowariancji i ewentualnej wyceny instrumentów pochodnych, jeśli takie znajdują się w portfelu.

W przypadku inwestorów instytucjonalnych policzenie wspomnianego ryzyka nie jest większym problemem, chyba że portfel obejmuje kilkaset instrumentów finansowych. Taka sytuacja jednak występuje rzadko, ponieważ sens takich portfeli jest wątpliwy. Zwykle na giełdach 20–40 akcji odpowiada za 90% obrotów. Najczęściej w ofertach dla klientów stosuje się więc tzw. portfel rynkowy, dla którego benchmarkiem jest zbiór akcji ustrukturyzowany analogicznie do podstawowego indeksu kursowego.

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/653 z dnia 8 marca 2017 r. reguluje kwestie ryzyka poprzez konieczność ustalenia i podania poziomu wartości, określonego jako wielkość odchylenia standardowego (średniego odchylenia od średniej). Jest to klasyczna miara ryzyka, określająca amplitudę wahań kursowych. Im jest ona większa, tym wyższe prawdopodobieństwo straty, ale także i niespodziewanie wysokiego zysku.

Rozporządzenie wyznacza siedem poziomów ryzyka, od najmniejszego do największego. Są one określane nie przy użyciu bezwzględnej wartości odchylenia standardowego, ale na podstawie jego relacji do średniej (tzw. współczynnik zmienności). I tak gdy stosunek odchylenia do średniej jest mniejszy niż 0,5%, mamy poziom pierwszy, gdy znajduje się w przedziale 0,5–2% – poziom drugi, 2–5% – trzeci, 5–10% – czwarty, 10–15% – piąty, 15–25% – szósty, powyżej 25% – siódmy.

Wartości tego współczynnika są obliczane dla roku poprzedzającego prezentację oferty, w oparciu o cotygodniowo liczone wartości portfela. Jest to okres krótki, szczególnie jeśli uwzględnimy fakt, że omawiane lokaty mają charakter długoterminowy. Liczyć się więc powinno stopy zwrotu i parametry ryzyka właściwe dla długiego okresu. Z drugiej jednak strony doświadczenie rynkowe wskazuje na niską użyteczność danych z przeszłości, bo czynniki kształtujące rynek kapitałowy zmieniają się, przynajmniej jeśli chodzi o siłę oddziaływań. Pojawiają się także czynniki nowe, tak ze sfery ekonomii (np. płatności za emisje CO₂), jak i o charakterze społeczno-politycznym (Brexit, wojny celne, sankcje gospodarce itp.). Wpływają one istotnie na gospodarkę na poziomie lokalnym i globalnym.

Obowiązek określenia ryzyka poprzez podanie jego poziomu w skali 1–7 ma ważną zaletę. Sposób ten jest zrozumiały dla każdego. Wadą jest jednak brak możliwości bezpośredniej odpowiedzi na podstawowe pytanie: ile można stracić. Kolejne poziomy określają wartość współczynnika zmienności, co pozwala na łatwe ustalenie skali zmienności i ewentualnie względnych rozmiarów strat. Oczywiście – dla pewnych wartości prawdopodobieństwa. Zamieszczenie stosownej tabeli na stronie Rzecznika Finansowego wydaje się dobrym i niekosztownym rozwiązaniem.

8. Podsumowanie

Doświadczenia przeciętnego klienta z tzw. polisolokatami, czyli z programami inwestycyjnymi oferowanymi łącznie z klasycznymi ubezpieczeniami, były negatywne. Głęboki niedostatek regulacji w tym zakresie powodował wykorzystanie słabszej pozycji klienta w sposób niekiedy szokujący. Ta pozycja była przede wszystkim rezultatem niedostatecznej wiedzy finansowej, której poprawa nie leżała w interesie oferentów lokat. Wręcz przeciwnie, formułowali oni opisy produktów w sposób niepełny i niejasny, tak aby zdezorientować klienta. Musiał on wtedy zdać się na zapewnienie, że prezentowane są mu bardzo korzystne dla niego rozwiązania. Często natomiast okazywało się, że oferty te skrywały ryzyko, na które przeciętny inwestor – znający rzeczywisty charakter oferty – nigdy by się nie zdecydował.

W tych warunkach ukształtowała się negatywna opinia o pakietach inwestycyjnych oferowanych na rynku finansowym, w tym przez ubezpieczycieli. Choć przesłankami krytycznych ocen były faktycznie występujące zdarzenia, zbyt daleko idące wnioski w tym zakresie są nieuprawnione. Idea łączenia ubezpieczeń życiowych z inwestycjami na rynku finansowym ma swoje uzasadnienie. Za ich pomocą można racjonalnie gromadzić środki finansowe na długi okres oraz unikać stresów związanych z załamaniem rynku (*hedging*). Tego rodzaju oferty wzbogacają dostępne formy oszczędzania i tym samym zachęcają do jego podejmowania.

Wydaje się, że dyrektywa IDD oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z 2016 i 2017 r. eliminują – przynajmniej podstawowe – wady dotychczasowego rynku polisolokat. Nakładają one obowiązek pełnego i transparentnego przedstawienia wszelkich obciążeń. Ponadto formułują czytelne zasady określenia ryzyka lokat poprzez zdefiniowanie siedmiu jego poziomów. Jak na możliwości percepcji obecnych i potencjalnych klientów tego typu programów są to

Str. 154

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

prawdopodobnie rozwiązania wystarczające. Czas pokaże, czy zaistnieje potrzeba wprowadzenia bardziej precyzyjnych regulacji.

Bibliografia

1. Gawrońska A., *Charakterystyka produktów strukturyzowanych w formie funduszy inwestycyjnych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 2.
2. Hadaś-Dyduch M., *Innowacje alternatywne na polskim rynku kapitałowym*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 146 *Innowacje w finansach i ubezpieczeniach – metody matematyczne i informatyczne*.
3. Hadaś-Dyduch M., *Współczesne formy gospodarowania kapitałem wobec ekonomicznych zjawisk kryzysowych* „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 136 *Transformacja współczesnej gospodarki jako przedmiot badań ekonomicznych*.
4. Karkowski P., *Toksyczne opcje. Od zaufania do bankructwa*, GreenCapital.pl, Warszawa 2009.
5. Malinowska K., *Insurance transparency and protection regime under the Insurance Distribution Directive*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 4.
6. Rzecznik Finansowy, *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, raport Rzecznika Finansowego, Warszawa 2016.
7. Sopoćko A., *Innowacje sektora ubezpieczeń na rynku kapitałowym*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2009, nr 2.
8. Sopoćko A., *Nowe rynkowe instrumenty reasekuracji*, [w:] Jędrzejczyk I. (red.), *Ubezpieczenia na rzecz gospodarki globalnej, sektorów i regionów*, Wyd. Edward Mitek 2015.
9. Wiśniewski M., *Ubezpieczenia o charakterze oszczędnościowym w świetle nowych regulacji*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2016, nr 3.

Część 2.

Mechanizmy i narzędzia wykrywania oraz zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym

Edukacja i świadomość finansowa jako podstawa zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym

dr Damian Walczak, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Nauk Ekonomicznych i Zarządzania, Katedra Zarządzania Finansami

1. Wprowadzenie

Nadużycia i patologie na rynku finansowym wynikają z wielu czynników i generują wiele różnych skutków – nie tylko tych najczęściej wskazywanych, czyli finansowych. Jednakże analizując przyczyny, nie można odwoływać się wyłącznie do niewłaściwych lub wręcz przestępczych działań firm funkcjonujących na rynku finansowym oraz wskazywać na konieczność zwiększania zakresu zadań i praw instytucji odpowiedzialnych za system zapobiegania potencjalnym nieprawidłowościom (i za karanie ich sprawców). Oceniając niewłaściwe zdarzenia występujące na rynku finansowym, trzeba również odnieść się do edukacji i związanej z tym prewencji, co właśnie jest tematyką niniejszego opracowania. Edukacja, nie tylko finansowa, wpływa na racjonalne decyzje, na co wskazują liczne badania. W związku z tym konieczne jest przeanalizowanie obecnie stosowanego w kraju modelu kształcenia w zakresie świadomości finansowej, za który odpowiada nie tylko szkoła.

W pracy zostały wykorzystane mikrodane pochodzące z dostępnych badań, m.in. *Diagnoza Społeczna* oraz *Wiedza i postawy wobec ubezpieczeń społecznych*. Źródłem danych są także informacje pochodzące z dotychczasowych badań związanych z edukacją finansową oraz informacje dotyczące przeszłych faktycznych nieprawidłowości, wyłudzeń, nadużyć i patologii na tym rynku.

2. Edukacja jako narzędzie zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym

Edukacja jest konieczna, ponieważ to dzięki niej w największym stopniu dochodzi do wzrostu poziomu wiedzy i jej upowszechnienia¹⁹⁹, choć ten stan nie musi być związany wyłącznie z edukacją finansową. Edukacja specjalistyczna najczęściej wpływa bowiem tylko częściowo na zmianę zachowań poszczególnych osób. Na rynku finansowym²⁰⁰, na którym istnieje przecież nierówny dostęp do informacji, jest ona jednak konieczna²⁰¹. Szczególnie jest to istotne w czasach wykraczania finansyzacji poza procesy gospodarcze i obejmowanie nią całego życia społecznego w danym kraju i życia codziennego poszczególnych osób²⁰². Edukacja nie musi być również formalna, chociaż wówczas jej wpływ jest znacznie bardziej zauważalny. Osoby posiadające wyższe wykształcenie oraz o większej liczbie lat edukacji (w zależności od zadanego pytania) charakteryzują się większą wiedzą ubezpieczeniową i bardziej racjonalnymi zachowaniami finansowymi²⁰³. Zatem wiedza finansowa rośnie wraz z poziomem wykształcenia, co jednak nie oznacza, że jest ona duża na zakończenie edukacji²⁰⁴.

Ponadto edukacja musi poprawiać nie tylko świadomość finansową (zwiększając wiedzę teoretyczną), ale też długoterminowo wpływać na zachowania na rynku finansowym i przygotowywać do funkcjonowania w społeczeństwie²⁰⁵. Taka edukacja wymaga nie tylko przekazywania teorii, lecz także indywidualnych, angażujących metod i technik nauczania²⁰⁶.

¹⁹⁹ B. Frączek, *Obszary badań w zakresie poziomu wiedzy i edukacji finansowej społeczeństwa w Polsce i na świecie*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 173 *Innowacje w bankowości i finansach*, s. 118.

²⁰⁰ S.A. Cole, G.K. Shastry, *Smart money: The effect of education, cognitive ability, and financial literacy on financial market participation*, Harvard Business School, Boston 2009, s. 30.

²⁰¹ A. Bera, D. Pauch, *Programy edukacyjne jako instrument zwiększania świadomości ubezpieczeniowej w zakresie przestępczości ubezpieczeniowej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 228 *Ubezpieczenia wobec wyzwań XXI wieku*, s. 31.

²⁰² P. Marszałek, *Finansyzacja – problemy i kontrowersje*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 247 *Finanse publiczne*, s. 222.

²⁰³ M. Polasik, A. Huterska, A. Meler, *Wpływ edukacji formalnej na włączenie finansowe w zakresie usług płatniczych*, „e-mentor” 2018, nr 1 (73), s. 30–40; A. Lusardi, O. Mitchell, *Financial Literacy Around the World: An Overview*, „Journal of Pension Economics & Finance” 2011, vol. 10, iss. 4; D. Walczak, S. Pieńkowska-Kamieniecka, *Gender differences in financial behaviours*, „Inżynieria Ekonomiczna-Engineering Economics” 2018, vol. 29(1), s. 123–132.

²⁰⁴ A. Lusardi, A., Mitchell, *op. cit.*

²⁰⁵ J. Węclawski, *Współczesny uniwersytet a społeczeństwo obywatelskie*, [w:] J. Dietl, Z. Sapijaszka (red.), *Rola uczelni w rozwijaniu społeczeństwa obywatelskiego*, Fundacja Edukacyjna Przedsiębiorczości, Łódź 2009, s. 82–85.

²⁰⁶ F. Carpena et al., *The ABCs of financial education: experimental evidence on attitudes, behavior, and cognitive biases*, „Management Science” 2017, vol. 61(1), s. 20.

Edukacja – co szerzej zostanie pokazane w opracowaniu – wpływa więc na wiedzę. A ta niestety w Polsce jest niewystarczająca. Jak wskazuje się w wynikach badania *Poziom wiedzy finansowej Polaków 2019*, przeprowadzonego na zlecenie Warszawskiego Instytutu Bankowości i Fundacji Giełdy Papierów Wartościowych, jedynie 9% Polaków określa swoją wiedzę finansową jako dobrą lub bardzo dobrą²⁰⁷. Dodatkowo należy podkreślić, że część osób przecenia poziom swojej wiedzy, szczególnie postępują tak osoby posiadające niższe wykształcenie²⁰⁸. Jest to oczywiście niebezpieczne, może bowiem prowadzić do pozornej znajomości „niebezpiecznych” produktów lub braku korzystania z produktów koniecznych, a błędne postrzeganie przedmiotu powoduje fałszywą ocenę rzeczywistości i skutkuje niewłaściwymi działaniami (pierwsza kategoria ofiar psychologicznych). Drugą kategorią ofiar psychologicznych są osoby podejmujące decyzje na skutek rozbudzonych emocji, a nie zdrowego rozsądku. Akerlof i Shiller wyróżniają również ofiary informacyjne, które podejmują błędne informacje na podstawie celowo spreparowanych informacji, przykładowo w Polsce były to osoby korzystające z obligacji GetBack^{209, 210}.

Edukacja, a w zasadzie jej brak, wpływa nie tylko na podejmowanie niewłaściwego – nawiązując do tytułu raportu: nieprawidłowego – działania, skutkuje także zaniechaniem prawidłowego postępowania. Powoduje na przykład: odstąpienie od ubezpieczania się²¹¹, brak oszczędzania na starość²¹² lub też odpowiada za wykluczenie finansowe²¹³. Odwołując się więc do związku edukacji / wykształcenia z rynkiem finansowym, należy się odnieść nie tylko do ustawowego zadania Rzecznika Finansowego, jakim jest „informowanie właściwych organów nadzoru i kontroli o dostrzeżonych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu podmiotów rynku finansowego”, ale także do zadania, które brzmi: „inicjowanie i organizowanie działalności

²⁰⁷ Związek Banków Polskich, www.zbp.pl [dostęp: 28.03.2019].

²⁰⁸ S. Białowąs, *Subjective vs. objective assessment of financial literacy – do beliefs meet reality?*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2018 nr 3 (29), s. 33.

²⁰⁹ Autor z pełną odpowiedzialnością, celowo i prowokacyjnie w tym miejscu nie zamieścił jako przykładu tzw. afery Amber Gold, stanowi ona bowiem również przykład ofiar psychologicznych, które błędnie postrzegając rynek finansowy – oprócz celowego wprowadzenia w błąd przez organizatorów „łowienia frajera” – uwierzyły, że można uzyskać tak korzystną i pewną stopę zwrotu z inwestycji w złoto.

²¹⁰ G.A. Akerlof, R.J. Shiller, *Złowiąc frajera. Ekonomia manipulacji i oszustwa*, PTE, Warszawa 2017, s. XXV.

²¹¹ J. Gathergood, D. Wylie, *Why are some households so poorly insured?*, „Journal of Economic Behavior & Organization” 2018, vol. 156, s. 1–12.

²¹² D. Walczak, S. Pieńkowska-Kamieniecka, A. Bera, *The influence of social determinants on retirement savings in Poland*, „The European Journal of Service Management” 2018, vol. 25, iss. 1, s. 319–325.

²¹³ D. Walczak, S. Pieńkowska-Kamieniecka, *op. cit.*

edukacyjnej i informacyjnej w dziedzinie ochrony interesów klientów podmiotów rynku finansowego”²¹⁴. W interesie klienta jest bowiem nie tylko rzetelność obsługi, ale także skorzystanie z możliwości, jakie daje rynek finansowy, a to – w obu powyższych przypadkach – z wielu powodów nie jest na wystarczającym poziomie. Niewystarczająca wiedza o produktach ubezpieczeniowych oraz brak zaufania do ubezpieczycieli stanowią jedne z przykładów związku między brakiem edukacji (lub niewłaściwą edukacją) a brakiem odpowiednich decyzji na rynku finansowym.

Oczywiście edukacja, zwłaszcza formalna, nie jest jedynym źródłem posiadanej wiedzy. Należą do nich również m.in.: media, w tym reklama (często nierzetelna), rodzina, znajomi, religia, własne doświadczenie, a w przypadku wiedzy finansowej także banki i inne podmioty rynku finansowego²¹⁵. Ludzie częściej uznają za prawdziwe i rzetelne informacje uzyskane od znajomych, kolegów lub członków rodziny, którym ufają, niż od nawet najlepszych ekspertów²¹⁶. Są również, niestety, w stanie zaufać nierzetelnym lub nawet zamierzającym oszukać ich nieznajomym, którzy jednak potrafią wzbudzić ich zaufanie.

Wiedza finansowa, jak zostanie wskazane w dalszej części pracy, to umiejętność skutecznego zarządzania środkami finansowymi przez cały okres finansowego dobrobytu²¹⁷, wiedza bowiem bezpośrednio przekłada się na zachowania²¹⁸. Zachowania na rynku finansowym zależą od: płci, uzyskiwanych dochodów, sytuacji materialnej, miejsca zamieszkania, wieku,

²¹⁴ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2038 z późn. zm.).

²¹⁵ Vlaardingerbroek B, T.G.N. Taylor, *The environmental knowledge and attitudes of prospective teachers in Lebanon: A comparative study*, „International Research in Geographical & Environmental Education” 2017, vol. 16, iss. 2, s. 123; T. Brackin, *Overcoming tax complexity through tax literacy – an analysis of financial literacy research in the context of the taxation system*, 2007 Australasian Taxation Teachers Association Conference, 22–24 Jan 2007, Brisbane, Australia; D. Walczak, A. Żołądkiewicz, *Świadomość ubezpieczeniowa oraz skłonność do ryzyka studentów*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 228 *Ubezpieczenia wobec wyzwań XXI wieku*, s. 517.

²¹⁶ T. Brackin, *op. cit.*

²¹⁷ Y. Chung, Y. Park, *The Effects of Financial Education and Networks on Business Students' Financial Literacy*, „American Journal of Business Education” 2014, vol. 7, No 3, s. 229; B. Świecka, *Wiedza i edukacja finansowa gospodarstw domowych jako determinanty rozwoju obrotu bezgotówkowego*, [w:] P. Bolibok, M. Żukowski (red.), *Obrót bezgotówkowy w Polsce: stan obecny i perspektywy*, Wyd. KUL, Lublin 2016, s. 90–91.

²¹⁸ M. Downes, A.S. Thomas, *Managing overseas assignments to build organizational knowledge*, „Human Resource Planning” 1999, vol. 22, iss. 4, s. 33.

sytuacji rodzinnej oraz zawodowej²¹⁹. Do cech osobowych wpływających na skuteczność edukacji, a więc finalnie na zachowania na rynku finansowym, należą indywidualne umiejętności poznawcze (intelekt), które w literaturze zestawiane są wprost z wynikami w nauce²²⁰. Zachowania te zależą również od poziomu zaufania do państwa czy też do instytucji finansowych²²¹. Edukacja finansowa wymaga więc koordynacji ze strony państwa. Bez odpowiedniego zaangażowania władz publicznych, pracodawców i instytucji finansowych zwiększenie teoretycznej i praktycznej wiedzy, czyli doprowadzenie do poprawy zachowań na rynku finansowym, jest niemożliwe²²².

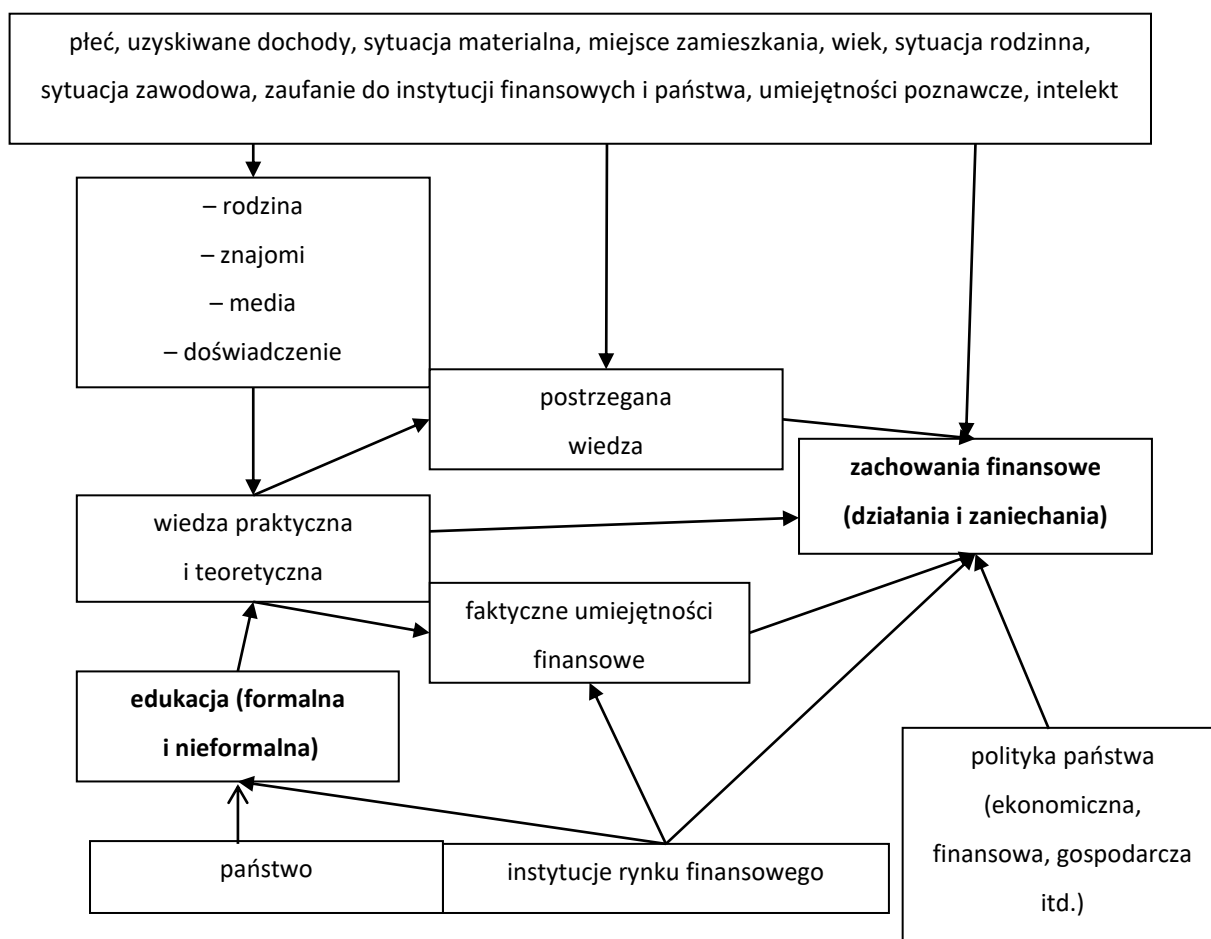
²¹⁹ D. Walczak, S. Pieńkowska-Kamieniecka, *op. cit.*

²²⁰ S.A. Cole, G.K. Shastry, *op. cit.*, s. 30.

²²¹ S. Pieńkowska-Kamieniecka *et al.*, *Zaufanie na rynku finansowym a oszczędzanie na starość przez gospodarstwa domowe w Polsce*, „Zarządzanie i Finanse” 2017, nr 15 (2), s. 109–122; I. Olejnik, *Zabezpieczenie emerytalne: modele i determinanty zachowań polskich gospodarstw domowych*, Wyd. UE w Poznaniu, Poznań 2016. s. 5–20.

²²² A.C. Lyons *et al.*, *Are we making the grade? A national overview of financial education and program evaluation*, „Journal of Consumer Affairs” 2006, vol. 40, iss. 2, s. 230–234; M. Szczepański, *Badanie możliwości wykorzystania ekonomii behawioralnej w reformowaniu systemów emerytalnych*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 5 (89), s. 430.

Schemat 1. Proces podejmowania decyzji na rynku finansowym



Źródło: Opracowanie własne na podstawie: A. Hung, A.M. Parker, J. Yoong, *Defining and Measuring Financial Literacy*, „RAND Working Paper Series” WR-708.

Należy zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy postrzeganiem własnej wiedzy a faktycznymi umiejętnościami finansowymi. Jak wskazują badania, około 79% osób w Europie (badania objęły 8 państw, w tym Polskę) ma pewność, że wybrało produkt ubezpieczeniowy zgodny ze swoimi oczekiwaniami²²³. Tymczasem liczby, m.in. liczba skarg składanych do Rzecznika Finansowego, pokazują, że bardzo wiele osób jest niezadowolonych z poziomu ochrony, nie wspominając już o wysokości otrzymanego odszkodowania (choć ten element nie wynika wyłącznie z zakresu ochrony, ale również z działalności ubezpieczyciela). Przedstawiony na schemacie 1 proces

podejmowania decyzji na rynku finansowym pokazuje skomplikowane relacje pomiędzy czynnikami mającymi wpływ na decyzje i zachowania konsumenta na rynku finansowym. Raport dotyczy nieprawidłowości na rynku finansowym, ale sprowadzanie tych nieprawidłowości do niewłaściwych, często celowych i zamierzonych działań oszukańczych ze strony osób lub podmiotów działających na tym rynku byłoby niepełne. Nieprawidłowości mają bowiem bezpośrednio lub pośrednio związek z większością zagadnień wskazanych na schemacie 1. Jednym z niewielu elementów, na który można oddziaływać, jest edukacja, w tym formalna edukacja finansowa.

3. Edukacja, wiedza i zachowania – wyniki badań

Edukację lub wiedzę można mierzyć na różne sposoby. Elaine Kempson z Centrum Badawczego Finansów Osobistych w Bristolu (*Personal Finance Research Centre*) proponuje odwoływać się między innymi do codziennego zarządzania środkami finansowymi, planowania finansowego, wyboru odpowiednich produktów oraz wiedzy finansowej i zrozumienia zagadnień na tym rynku²²⁴. W niniejszym opracowaniu wiedza o ubezpieczeniach społecznych w zestawieniu z zachowaniem na rynku finansowym zostanie przedstawiona na podstawie badań przeprowadzonych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w 2016 r. W badaniach tych wzięło udział 1030 osób. Zostały one zrealizowane na losowej próbie, reprezentatywnej dla ogółu ludności Polski w wieku 15–75 lat²²⁵. Wyniki przeprowadzonych badań – z wykorzystaniem współczynnika korelacji Spearmana²²⁶ – wykazały, że edukacja wpływa na wiedzę, a wiedza jest związana z zachowaniami na rynku finansowym (tabela 1). W badaniu tym wiedza została określona na podstawie pytania dotyczącego składek na ubezpieczenie emerytalne, a zachowania na podstawie oszczędzania na starość. Na podstawie wyników można ponownie przywołać założoną w opracowaniu tezę, że edukacja pozytywnie wpływa na wiedzę, w tym wiedzę

²²³ T. Rorbye, *Global Consumer Insurance Survey 2012 Time for insurers to rethink their relationships*, May 2013, Financial Services Strategic Forum.

²²⁴ E. Kempson, *Framework for the Development of Financial Literacy Baseline Surveys: A First International Comparative Analysis*, „OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions” 2009, No. 1.

²²⁵ Z bazy 1030 respondentów usunięto 2 osoby, w przypadku których nie podano poziomu wykształcenia, co uniemożliwiłoby określenie w tabeli 1 korelacji Spearmana. Szerzej por. ZUS, *Wiedza i postawy wobec ubezpieczeń społecznych. Raport z badań*, Warszawa 2016.

finansową, a wiedza przekłada się na prawidłowe zachowania finansowe. Korelacja pomiędzy wynikami jest słaba, jednak istotna statystycznie, co wskazuje na związek pomiędzy analizowanymi zmiennymi.

Tabela 1. Korelacja Spearmana (dwustronna) dla czynników związanych zachowaniami na rynku finansowym

	Edukacja	Wiedza	Zachowanie
Wyszczególnienie	Wykształcenie (cztery podstawowe, zawodowe, ponadśrednie) (cztery kategorie: zasadnicze, średnie,)	Składki przyjmują postać zapisów na indywidualnych kontach, na których są one rewaloryzowane z uwzględnieniem inflacji (nie / tak)	Odkładanie dodatkowych środków na starość (IKE, IKZE, PPE, inne) (nie / tak)
Edukacja	1	0,097**	0,123**
Wiedza	–	1	0,067*
Zachowanie	–	–	1

** Korelacja istotna na poziomie 0,01 (dwustronnie).

* Korelacja istotna na poziomie 0,05 (dwustronnie).

Źródło: Opracowanie własne na podstawie badań ZUS.

Zachowania finansowe zostały również przeanalizowane na podstawie reprezentatywnego w skali kraju i panelowego badania *Diagnoza Społeczna*²²⁷. Na kanwie tego badania stworzono indeks zdrowia finansowego gospodarstw domowych, do którego w trzech kategoriach włączono aż dziewięć zmiennych²²⁸:

a) bieżące zarządzanie budżetem gospodarstwa domowego:

- wielkość nadwyżki dochodu nad minimalnymi wydatkami na osobę wyrażona jako odsetek miesięcznego dochodu na osobę;

²²⁶ J.W. Wiśniewski, *Dylematy stosowania współczynnika korelacji Spearmana*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2014, nr 181, s. 174–184.

²²⁷ „Badanie ma charakter panelowy. W kolejnych jego rundach uczestniczą wszystkie dostępne gospodarstwa domowe z poprzednich rund oraz gospodarstwa z nowej reprezentatywnej próby. Do tej pory zrealizowano osiem rund badania: w 2000, 2003, 2005, 2007, 2009, 2011, 2013 i 2015 r.”; por. J. Czapiński, T. Panek (red.), *Diagnoza Społeczna 2015. Warunki i jakość życia Polaków. Raport*, Rada Monitoringu Społecznego, Warszawa 2015, s. 25–28.

²²⁸ *Ibidem*, s. 75–77.

- terminowość w regulowaniu rachunków za czynsz, media, rat kredytów;
 - sposób gospodarowania dochodem;
- b) przygotowanie na niespodziewane wydatki:
- oszczędności w wysokości co najmniej sześciomiesięcznych dochodów;
 - wartość rat kredytów w stosunku do dochodu;
 - ubezpieczenie miejsca zamieszkania;
 - ubezpieczenie grupowe lub prywatne na życie głowy rodziny;
- c) długoterminowa perspektywa:
- oszczędzanie na starość;
 - wartość oszczędności powyżej trzyletnich dochodów.

Indeks ten obliczono jako średnią arytmetyczną z wartości wskazanych dziewięciu zmiennych. Maksymalna liczba punktów do uzyskania wynosiła 100²²⁹. W wyniku przeprowadzonych badań wskazano, że na wynik bezpośredni wpływ ma wykształcenie. W przypadku osób z wykształceniem podstawowym i niższym wynik ten kształtował się na poziomie 42,78; zasadniczym zawodowym/gimnazjum – 47,86; średnim – 53,40; natomiast wyższym i policealnym – 61,26. Przedstawione wyniki potwierdzają wpływ wykształcenia na wskazane na schemacie 1 zachowania finansowe²³⁰. Przeprowadzone badanie pozwoliło również na stwierdzenie, że właściwszymi zachowaniami na rynku finansowym cechują się mężczyźni, osoby w wieku 35–44 lata, mieszkające w miastach i dobrze zarabiające.

4. Podsumowanie

Niewątpliwe problemy i nieprawidłowości na rynku finansowym związane są również z decyzjami, zachowaniami i wiedzą osób poszkodowanych. Ograniczenie patologii na tym rynku nie można sprowadzać wyłącznie do wskazywania jako winnych podmiotów prowadzących taką działalność. Większość z medialnych przypadków wyłudzeń milionów lub miliardów złotych (m.in. afera Amber Gold), czy też negatywnych praktyk bankowych na rynku kredytów hipotecznych lub ubezpieczeń z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, mogła zaistnieć lub się rozwinąć

²²⁹ Szerzej o metodyce: *Ibidem*, s. 76.

również z powodu problemów z wiedzą i nieodpowiednich zachowań rynkowych konsumentów. Wspomniane zachowania wynikają z niedostatecznej – w przeszłości i obecnie – edukacji ekonomicznej w Polsce. Nie tylko nie orientujemy się w zagadnieniach finansowych, ale czasami – nie z własnej winy, lecz na przykład z powodu zakorzenionych w społeczeństwie stereotypów lub dużej łatwowierności – podejmujemy nietrafione decyzje. Wina państwa w przypadku nieprawidłowości na rynku finansowym może być więc podwójna, dotyczy bowiem nie tylko potencjalnego nieodpowiedniego (lub wręcz braku) nadzoru nad rynkiem finansowym, ale i braku edukacji finansowej.

Jak świadczą przedstawione w pracy badania, edukacja związana jest z wiedzą, a wiedza (ale i bezpośrednio edukacja) wpływa na zachowania uczestników rynku finansowego. Chociaż oczywiście proste zestawienie tych zmiennych nie jest właściwe – co też wskazano na schemacie 1.

W Polsce istnieje zatem luka edukacyjna, rozumiana jako różnica pomiędzy faktycznym i pożądanym, dla prawidłowego – z punktu widzenia konsumenta, jak i państwa²³¹ – funkcjonowania rynku finansowego, poziomem edukacji.

Bibliografia

1. Akerlof G.A., Shiller R.J., *Złocić frajera. Ekonomia manipulacji i oszustwa*, PTE, Warszawa 2017.
2. Bera A., Pauch D., *Programy edukacyjne jako instrument zwiększania świadomości ubezpieczeniowej w zakresie przestępczości ubezpieczeniowej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 228 *Ubezpieczenia wobec wyzwań XXI wieku*.
3. Białowąs S., *Subjective vs. objective assessment of financial literacy – do beliefs meet reality?*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2018 nr 3 (29).
4. Brackin, T., *Overcoming tax complexity through tax literacy – an analysis of financial literacy research in the context of the taxation system*, 2007 Australasian Taxation Teachers Association Conference, 22–24 Jan 2007, Brisbane, Australia.

²³⁰ Chociaż oczywiście przełożenie wykształcenia na wiedzę, czy też tym bardziej kompetencje, nie jest proste; por. M. Czapła, *Zarządzanie wiedzą w szkole przyszłości*, „Studia Edukacyjne” 2015, nr 35, s. 101–110.

5. Carpena F. et al., *The ABCs of financial education: experimental evidence on attitudes, behavior, and cognitive biases*, „Management Science” 2017, vol. 61(1).
6. Chung Y., Park Y., *The Effects of Financial Education and Networks on Business Students' Financial Literacy*, „American Journal of Business Education” 2014, vol. 7, No. 3.
7. Cole S.A., Shastry G.K., *Smart money: The effect of education, cognitive ability, and financial literacy on financial market participation*, Harvard Business School, Boston 2009.
8. Czapiński J., Panek T. (red.), *Diagnoza Społeczna 2015. Warunki i jakość życia Polaków. Raport*, Rada Monitoringu Społecznego, Warszawa 2015.
9. Czapla M., *Zarządzanie wiedzą w szkole przyszłości*, „Studia Edukacyjne” 2015, nr 35.
10. Downes M., Thomas A.S., *Managing overseas assignments to build organizational knowledge*, „Human Resource Planning” 1999, vol. 22, iss. 4.
11. Frączek B., *Obszary badań w zakresie poziomu wiedzy i edukacji finansowej społeczeństwa w Polsce i na świecie*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 173 *Innowacje w bankowości i finansach*.
12. Gathergood J., Wylie D., *Why are some households so poorly insured?*, „Journal of Economic Behavior & Organization” 2018, vol. 156.
13. Hung A., Parker A.M., Yoong J., *Defining and Measuring Financial Literacy*, „RAND Working Paper Series” WR-708.
14. Kempson E., *Framework for the Development of Financial Literacy Baseline Surveys: A First International Comparative Analysis*, „OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions” 2009, No. 1.
15. Lusardi A., Mitchell O., *Financial Literacy Around the World: An Overview*, „Journal of Pension Economics & Finance” 2011, vol. 10, iss. 4.
16. Lyons A.C. et al., *Are we making the grade? A national overview of financial education and program evaluation*, „Journal of Consumer Affairs” 2006, vol. 40, iss. 2.

²³¹ Celem Raportu jest zaprezentowanie nieprawidłowości na rynku finansowym z punktu widzenia konsumenta, jednak wzrost poziomu edukacji jest ważny również dla państwa, którego obowiązkiem jest zagwarantowanie bezpieczeństwa, w tym finansowego, swoim obywatelom.

17. Marszałek P., *Finansyzacja – problemy i kontrowersje*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2012, nr 247 *Finanse publiczne*.
18. Olejnik I., *Zabezpieczenie emerytalne: modele i determinanty zachowań polskich gospodarstw domowych*, Wyd. UE w Poznaniu, Poznań 2016.
19. Pieńkowska-Kamieniecka S. et al., *Zaufanie na rynku finansowym a oszczędzanie na starość przez gospodarstwa domowe w Polsce*, „Zarządzanie i Finanse” 2017, nr 15 (2).
20. Polasik M., Huterska A., Meler A., *Wpływ edukacji formalnej na włączenie finansowe w zakresie usług płatniczych*, „e-mentor” 2018, nr 1 (73).
21. Rorbye T., *Global Consumer Insurance Survey 2012. Time for insurers to rethink their relationships*, May 2013, Financial Services Strategic Forum.
22. Szczepański M., *Badanie możliwości wykorzystania ekonomii behawioralnej w reformowaniu systemów emerytalnych*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 5 (89).
23. Świecka B., *Wiedza i edukacja finansowa gospodarstw domowych jako determinanty rozwoju obrotu bezgotówkowego*, [w:] Bolibok P., Żukowski M. (red.), *Obrót bezgotówkowy w Polsce – stan obecny i perspektywy*, Wyd. KUL, Lublin 2016.
24. Vlaardingerbroek B., Taylor T.G.N., *The environmental knowledge and attitudes of prospective teachers in Lebanon: A comparative study*, „International Research in Geographical & Environmental Education” 2017, vol. 16, iss. 2.
25. Walczak D., Pieńkowska-Kamieniecka S., Bera A., *The influence of social determinants on retirement savings in Poland*, „The European Journal of Service Management” 2018, vol. 25, iss. 1.
26. Walczak D., Pieńkowska-Kamieniecka S., *Gender differences in financial behaviours*, „Inżynieria i Gospodarka – Engineering Economics” 2018, vol. 29(1).
27. Walczak D., Żołądkiewicz A., *Świadomość ubezpieczeniowa oraz skłonność do ryzyka studentów*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 228 *Ubezpieczenia wobec wyzwań XXI wieku*.
28. Węclawski J., *Współczesny uniwersytet a społeczeństwo obywatelskie*, [w:] Dietl J., Sapijaszka Z. (red.), *Rola uczelni w rozwijaniu społeczeństwa obywatelskiego*, Fundacja Edukacyjna Przedsiębiorczości, Łódź 2009.

29. Wiśniewski J.W., *Dylematy stosowania współczynnika korelacji Spearmana*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2014, nr 181.

Rzecznik Finansowy w systemie instytucji chroniących prawa i interesy klientów rynku finansowego

Paweł Rokosz, Biuro Rzecznika Finansowego

1. Wstęp

W dniu 11 października 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym²³². Przekształciła ona dotychczas działającą instytucję Rzecznika Ubezpieczonych w Rzecznika Finansowego. Celem powołania nowej instytucji była potrzeba zagwarantowania wysokiego standardu ochrony klientów funkcjonujących na rynku finansowym²³³, a także zapewnienie większej stabilności rynku finansowego i przejrzystości jego działania. Powołanie do życia instytucji Rzecznika Finansowego wyrażało również istotę systemu ochrony klienta rynku finansowego, przejawiającą się w stworzeniu takich warunków funkcjonowania na rynku finansowym, które umożliwiłyby mu podejmowanie jak najbardziej świadomych decyzji w oparciu o jak największą ilość niezbędnych do podjęcia tych decyzji informacji²³⁴. Jednocześnie należy wskazać, że uprzednio działający Rzecznik Ubezpieczonych reprezentował klientów podmiotów sektora ubezpieczeniowo-emerytalnego, natomiast pojawienie się Rzecznika Finansowego spowodowało objęcie ochroną klientów pozostałych sektorów rynku finansowego, w tym sektora bankowego-kapitałowego. Istotne jest także to, że w ramach swoich kompetencji Rzecznik Finansowy chroni nie tylko konsumentów, ale i pozostałe osoby fizyczne funkcjonujące na rynku finansowym²³⁵.

²³² Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2038 z późn. zm.

²³³ K. Magoń, *Ochrona konsumenta w świetle ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym*, „Europa Regionum” 2016, t. 29, s. 193.

²³⁴ D. Cyran, *System ochrony klienta na rynku finansowym w Polsce*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 106.

²³⁵ *Ibidem*, s. 122.

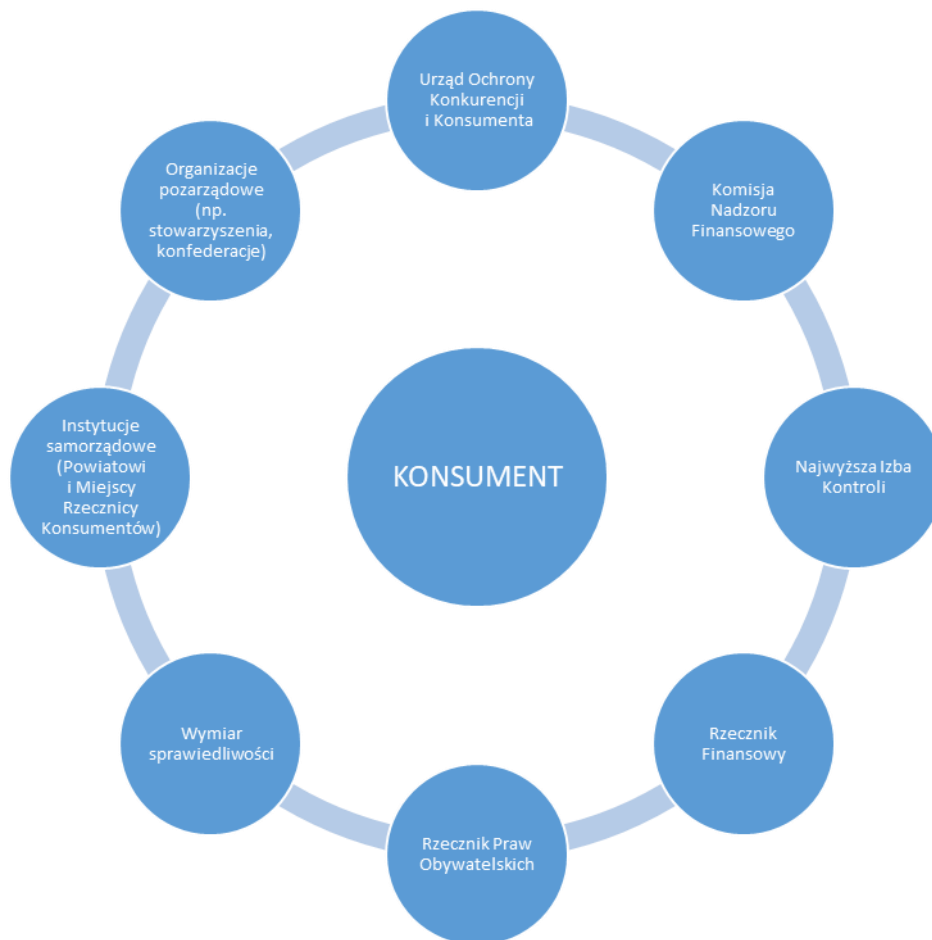
2. Rzecznik Finansowy w systemie ochrony konsumentów

Od lat 90. ubiegłego wieku obserwujemy w Polsce ciągły rozwój systemu ochrony praw konsumenta, w tym klientów rynku finansowego. Z jednej strony fakt ten determinowany jest dynamicznym rozwojem produktów oferowanych przez podmioty rynku finansowego – wynikającym z postępu technologicznego, ekonomicznego, a także społecznego, z drugiej strony jest efektem dostosowywania prawa polskiego do ustawodawstwa unijnego²³⁶.

Rzecznik Finansowy funkcjonuje w systemie ochrony konsumentów obok instytucji wymiaru sprawiedliwości (sądy i prokuratury), Najwyższej Izby Kontroli, Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznika Praw Obywatelskich, Powiatowych i Miejskich Rzeczników Konsumenta oraz organizacji pozarządowych (np. stowarzyszeń, konfederacji). Jego pozycja jest unikalna, bo w swoich kompetencjach łączy działania wspierające klientów w ich indywidualnych sprawach z uprawnieniami pozwalającymi zmieniać sytuację ogółu klientów.

²³⁶ M. Więcko-Tułowicka, *Ochrona konsumentów w umowach ubezpieczenia*, Lexis Nexis, Warszawa 2014.

Rysunek 1. System ochrony konsumenta w Polsce



Źródło: Opracowanie własne.

3. Obszary działania Rzecznika Finansowego

Analizując sposób funkcjonowania Rzecznika Finansowego, wskazać można sześć głównych obszarów jego działania. Można je podzielić na działania w sprawach indywidualnych klientów rynku finansowego oraz podejmowane w interesie ogółu klientów rynku finansowego.

3.1. Działania Rzecznika na rzecz indywidualnych klientów rynku finansowego

Aktywność Rzecznika Finansowego dotycząca spraw indywidualnych klientów rynku finansowego znajduje wyraz w: działalności poradniczej, poreklamacyjnym postępowaniu

interwencyjnym, pozasądowym postępowaniu w sprawie rozwiązania sporu pomiędzy klientem i podmiotem rynku finansowego czy też wydawaniu istotnych poglądów w trybie art. 63 k.p.c.

Działalność poradniczą Rzecznika Finansowego traktować można jako swoistego rodzaju „pierwszą pomoc” dla klientów rynku finansowego, którzy w trakcie rozmowy telefonicznej z ekspertem lub za pośrednictwem poczty elektronicznej czy też mediów społecznościowych mogą uzyskać podstawowe informacje na temat swojej sytuacji prawnej w stosunku prawnym łączącym go z podmiotem rynku finansowego. Ten obszar działania cieszy się dużą popularnością i tylko w 2018 r. Rzecznik Finansowy udzielił 26 289 porad telefonicznych i e-mailowych²³⁷.

Poreklamacyjne postępowanie interwencyjne to obszar działania Rzecznika Finansowego, w którym instytucja ta reprezentuje klienta w jego sporze z podmiotem rynku finansowego. Postępowanie to jest całkowicie bezpłatne dla klienta, a Rzecznik Finansowy, prowadząc postępowanie, gromadzi argumenty korzystne dla klienta oraz uzyskuje od instytucji finansowej informacje i wyjaśnienia istotne dla sprawy z punktu widzenia ochrony praw klienta. W 2018 r. do Rzecznika Finansowego wpłynęło 19 019 wniosków o przeprowadzenie postępowania interwencyjnego (14 043 wnioski dotyczyły sektora ubezpieczeniowo-emerytalnego, a 4976 wniosków związanych było z sektorem bankowo-kapitałowym). W przypadku sektora ubezpieczeniowo-emerytalnego 21,4% przeprowadzonych w 2018 r. postępowań interwencyjnych zakończyło się pozytywnym wynikiem dla klienta, w sektorze bankowo-kapitałowym zaś wskaźnik ten wyniósł 27,1%²³⁸.

Kolejnym obszarem działania Rzecznika Finansowego o charakterze indywidualnym jest pozasądowe postępowanie w sprawie rozwiązywania sporów między klientem a podmiotem rynku finansowego przy Rzeczniku Finansowym. Postępowanie to jest stosunkowo najnowszym (prowadzonym od stycznia 2016 r.) postępowaniem ADR dostępnym dla konsumentów na rynku finansowym w Polsce. Jest to postępowanie unikatowe w skali rynku, ponieważ posiada cechy mediacji i koncyliacji, a jednocześnie czynności podejmowane w jego trakcie przypominają klasyczne postępowanie administracyjne²³⁹. Specyfiką omawianego postępowania jest to, że jego

²³⁷ https://rf.gov.pl/files/22980_5328_Sprawozdanie_Rzecznika_Finansowego_za_2018_r_.pdf.

²³⁸ https://rf.gov.pl/files/22980_5329_Sprawozdanie_Rzecznika_Finansowego_za_2018_r_.pdf.

²³⁹ M. Chołodecki, M. Strzelbicki, *Ustawa o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym – komentarz*, EuroPrawo, Warszawa 2017.

procedura została uregulowana w kilku aktach prawnych: ustawie z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i Rzeczniku Finansowym (w szczególności w rozdziale 4), rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie pozasądowego postępowania przed Rzecznikiem Finansowym²⁴⁰ (stanowiącym przepisy wykonawcze wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 43 ustawy o Rzeczniku Finansowym), ustawie z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich²⁴¹ – w zakresie nieuregulowanym w rozdziale 4 ustawy o Rzeczniku Finansowym (art. 35a ust. 1 ustawy o Rzeczniku Finansowym) oraz w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 524/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie ODR)²⁴². Jak wyżej wskazano, do przedmiotowego postępowania nie mają zastosowania przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego²⁴³. Rzecznik w 2018 r. wszczął łącznie 4159 pozasądowych postępowań mających na celu rozwiązanie sporu klienta rynku finansowego z podmiotem rynku finansowego²⁴⁴.

Następnym obszarem aktywności Rzecznika Finansowego jest tzw. istotny pogląd w sprawie, wydawany w trybie art. 63 k.p.c. Istotny pogląd stanowi w części spraw naturalną kontynuację postępowania interwencyjnego, z tym że na płaszczyźnie procesowej (sporu sądowego). Pogląd może zostać przedstawiony każdemu sądowi prowadzącemu sprawę, tj. rejonowemu, okręgowemu, apelacyjnemu, a nawet Sądowi Najwyższemu, w każdym stadium postępowania – w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, apelacyjnym, a także kasacyjnym. Instytucja ta stanowi skuteczną pomoc w indywidualnych sporach sądowych. Podkreślić należy, że charakteryzuje ją bardzo wysoka skuteczność – dla przykładu w sporach dotyczących „opłat likwidacyjnych” w umowie ubezpieczenia na życie z UFK w ponad 90% spraw prawomocne rozstrzygnięcie jest zgodne z twierdzeniami Rzecznika zawartymi w tzw. istotnych poglądach. Dla

²⁴⁰ Dz. U. z 2017 r. poz. 313.

²⁴¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1823.

²⁴² Dz. Urz. UE L 165/1 z dnia 18 czerwca 2013 r.

²⁴³ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1257.

²⁴⁴ https://rf.gov.pl/files/22993_5331_Sprawozdanie_z_dzialalnosci_Wydzialu_Pozasadowego_Rozwiazywania_Sporow_w_Biurze_Rzecznika_Finansowego_za_2018r_.pdf.

celów statystycznych i podkreślenia wagi tej kompetencji należy wskazać, że w latach 2014–2018 r. Rzecznik przedstawił 1645 istotnych poglądów w sprawie.

3.2. Aktywność Rzecznika na rzecz ogółu klientów rynku finansowego

Aktywność Rzecznika Finansowego podejmowana w interesie ogółu klientów rynku finansowego wyraża się poprzez wnioski o uchwałę Sądu Najwyższego oraz pozostałe działania systemowe.

Zgodnie z art. 83 § 2 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym²⁴⁵ Rzecznik Finansowy posiada uprawnienie do złożenia wniosku o podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały mającej na celu rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa, która ujawniła się w orzecznictwie sądów powszechnych. Aktywność Rzecznika Finansowego na tym polu jest również realizacją zadań nałożonych na Rzecznika Finansowego w art. 17 ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i Rzeczniku Finansowym²⁴⁶. Wniosek do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie rozbieżności, które ujawniły się w orzecznictwie sądów powszechnych, to jedno z uprawnień procesowych Rzecznika o najsilniejszym wpływie na instytucjonalną ochronę klientów podmiotów rynku finansowego w Polsce. Uchwały Sadu Najwyższego wymuszają dostosowanie praktyk podmiotów rynku finansowego do stanu zgodnego z prawem. Dzięki tym uchwałom orzecznictwo staje się bardziej przewidywalne, a dochodzenie roszczeń na drodze sądowej – prostsze. Wydawane na wniosek Rzecznika Finansowego uchwały Sądu Najwyższego przyczyniają się również do poprawy kondycji finansowej państwa, a to z uwagi na zmniejszające się wydatki budżetu państwa na organizację wymiaru sprawiedliwości w związku z wyeliminowaniem postępowań apelacyjnych i kasacyjnych, które nie mają racji bytu w warunkach jednolitego orzecznictwa.

Rzecznik w historii swojej działalności złożył 22 wnioski o podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały w sprawach o fundamentalnym znaczeniu dla praw klientów. Sąd Najwyższy 19 razy wydał orzeczenia, w których podzielił wykładnię przepisów prawa przedstawioną przez Rzecznika Finansowego. Wskazując przykłady najistotniejszych uchwał Sądu Najwyższego wydanych na

²⁴⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 825.

²⁴⁶ K. Szczucki, *Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz*, LEX [dostęp: 5.06.2019].

wniosek Rzecznika, a mających duże znaczenia dla sytuacji prawnej klientów rynku finansowego, należy wymienić uchwałę (III CZP 150/06) rozstrzygającą problem prawny, czy odszkodowanie przysługujące na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadacza pojazdu mechanicznego obejmuje podatek VAT w przypadku ustalenia jego wysokości na podstawie metody kosztorysowej²⁴⁷. Kolejnym wartym odnotowania rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego wydanym na skutek działania Rzecznika jest uchwała (III CZP 5/11) przyznająca poszkodowanym z umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych prawo zwrotu kosztów związanych z najmem pojazdu zastępczego²⁴⁸. Podjęte na wniosek Rzecznika uchwały Sądu Najwyższego porządkowały również kwestię odpowiedzialności odszkodowawczej z obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej rolników za szkody wyrządzone przez psa wykorzystywanego użytkowo przez rolnika w gospodarstwie rolnym (III CZP 114/16)²⁴⁹, a także usuwały rozbieżności co do wykładni prawa w odniesieniu do nieuczciwego (abuzywnego) charakteru postanowienia (warunku) umów (III CZP 29/17)²⁵⁰. Ta ostatnia uchwała ma fundamentalne znaczenie dla dochodzących roszczeń z umów ubezpieczenia na życie powiązanych z UFK i roszczeń z kredytów frankowych. Uchwały Sądu Najwyższego z wniosków Rzecznika przyniosły dla klientów wartość dodaną rzędu wielu miliardów złotych. Z wyliczeń zakładów ubezpieczeń i Polskiej Izby Ubezpieczeń tylko uchwały Sądu Najwyższego w sprawie podatku VAT w odszkodowaniach ustalanych kosztorysowo i w sprawie najmu pojazdu zastępczego miały skutkować zwiększeniem świadczeń należnych poszkodowanym odpowiednio w wysokości: 600 mln i 1 mld zł w skali roku. W przypadku uchwał dotyczących zasiłku pogrzebowego i zakresu wyłączenia odpowiedzialności z art. 38 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych ostrożne szacunki wskazują, że działania Rzecznika przyniosły w tych sprawach dodatkowe środki pieniężne dla poszkodowanych w wysokości co najmniej 75 mln zł rocznie, co z uwagi na upływ czasu od wydania uchwał dało poszkodowanym dodatkowe, należne świadczenia w kwocie zbliżonej do

²⁴⁷ https://rf.gov.pl/files/213_150_Wnioski_skierowane_przez_Rzecznika_Ubezpieczonych_do_Sadu_Najwyzszego.pdf.

²⁴⁸ https://rf.gov.pl/files/20619_5223_Uzasadnienie_uchwały_Sadu_Najwyzszego_w_sprawie_zwrotu_kosztow_najmu_pojazdu_zastepczego_dla_osob_fizycznych_nieprowadza.pdf.

²⁴⁹ https://rf.gov.pl/pdf/uzasadnienie_SN_pies.pdf.

²⁵⁰ https://rf.gov.pl/pdf/Wniosek_SN_klauzule_abuzywne.pdf.

miliarda złotych²⁵¹. Uchwały Sądu Najwyższego w sprawie amortyzacji i oryginalnych części zamiennych to dodatkowe kwoty również liczone w miliardach złotych z uwagi na fakt, iż zaniżenia odszkodowań za szkodę w mieniu mieściły się w przedziale od 30% do 70% dla jednej szkody komunikacyjnej.

Omawiając pozostałe działania podejmowane w interesie ogółu klientów rynku finansowego, uwzględnić należy opracowania analityczne i raporty dotyczące problemów klientów podmiotów rynku finansowego. Wskazując najważniejsze dokumenty z tego obszaru, należy wspomnieć raport *Wytyczne nadzorcze w sprawie szkód komunikacyjnych a praktyki zakładów ubezpieczeń* z dnia 4 października 2017 r.²⁵², raport *Problemy klientów na „rynku forex”* z dnia 26 marca 2018 r.²⁵³ oraz szeroko komentowany w mediach raport *Kredyty konsumenckie. Bieżące problemy* z dnia 4 grudnia 2018 r., wskazujący na powstałą w sektorze bankowym praktykę zawyżania całkowitej kwoty pożyczki, co pozwala na wyliczenie wyższego całkowitego kosztu pożyczki, czy opisujący problem konsumentów dotyczący proporcjonalnego zwrotu wszystkich poniesionych przez klienta kosztów w przypadku wcześniejszej spłaty kredytu²⁵⁴. Z obserwacji Rzecznika Finansowego wynika, że raporty te mają duży wpływ na wykładnię prawa stosowaną przez sądy, bowiem w bardzo dużej liczbie uzasadnień orzeczeń sądów przywoływane są raporty i analizy sporządzone przez Rzecznika Finansowego, a wiele uzasadnień orzeczeń zawiera argumentację prawną tożsamą z argumentacją znajdującą się w raportach i opracowaniach Rzecznika Finansowego.

W ramach pozostałych działań leżących w interesie ogółu klientów rynku finansowego Rzecznik Finansowy nieustannie współpracuje z innymi instytucjami zajmującymi się ochroną praw konsumenta. Przykładem takiego działania może być ścisła kooperacja Rzecznika z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w ramach której Rzecznik Finansowy brał w 2017 r. udział w spotkaniu z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na temat zapewnienia ochrony interesów konsumentów usług firm inwestycyjnych, w tym firm oferujących usługi „na rynku forex”, a także w spotkaniu poświęconym ustawie z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym

²⁵¹ Por. *Wnioski Rzecznika Ubezpieczonych do Sądu Najwyższego*, „Miesięcznik Ubezpieczeniowy” 2011, nr 12.

²⁵² https://rf.gov.pl/pdf/RAPORT_likwidacja_OC_kom_wytyczne_KNF.pdf.

²⁵³ https://rf.gov.pl/pdf/Raport_Forex_RF.pdf.

²⁵⁴ https://rf.gov.pl/pdf/Raport_Kredyty_konsumenckie_final.pdf.

oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Rzecznik Finansowy złożył w 2018 r. do UOKiK cztery formalne zawiadomienia o podejrzeniu stosowania przez zakłady ubezpieczeń praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów podczas zawierania lub wykonywania umów ubezpieczeń. W ramach prowadzonych działań Rzecznik Finansowy współpracuje także z Komisją Nadzoru Finansowego, przykładowo informując Przewodniczącego KNF o powtarzających się otrzymywanych wnioskach zawierających zastrzeżenia wobec działalności niektórych podmiotów pośredniczących (podejmujących faktyczne czynności w zakresie pośrednictwa) przy oferowaniu i zawieraniu umów kredytu konsumenckiego w imieniu lub na rzecz banków. W analizowanych przez Rzecznika sprawach powstały wątpliwości co do prawidłowego kształtowania przez niektóre banki i ich agentów zasad współpracy w związku z powierzaniem przez banki wykonywania pośrednictwa w zakresie czynności bankowych. Rzecznik Finansowy poinformował również Komisję Nadzoru Finansowego o rozbieżnej praktyce stosowanej przez banki w zakresie realizacji dyspozycji wkładem na wypadek śmierci na podstawie art. 56 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, a także wnioskował do UKNF o zbadanie kilku firm działających na „rynku forex” pod kątem naruszenia przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz legalności działalności prowadzonej przez spółki na terytorium RP.

Rzecznik Finansowy celem zapewnienia uczestnikom rynku finansowego lepszych warunków funkcjonowania współpracuje również z instytucjami, które nie są kojarzone bezpośrednio z systemem ochrony praw konsumenta. Przykładem takiej aktywności może być zawarte w dniu 20 marca 2018 r. pomiędzy Rzecznikiem Finansowym a Rzecznikiem Praw Pacjenta porozumienie o współpracy, którego głównym celem jest ułatwienie pacjentom i klientom instytucji finansowych uzyskania wsparcia w dochodzeniu ich praw²⁵⁵. Efektem współpracy pomiędzy instytucjami było m.in. zorganizowanie w dniu 19 kwietnia 2018 r. konferencji naukowej „Rekompensata za utratę zdrowia i życia – praktyczne aspekty dochodzenia roszczeń”.

W tym miejscu należy również wspomnieć o współpracy Rzecznika Finansowego z Prezydentem RP w ramach działającego przy Prezydencie RP Zespołu Analiz Systemowych. Rzecznik Finansowy, który jest członkiem tego gremium, zgłosił pomysł uregulowania kwestii tzw.

uśpionych polis. Nowe rozwiązanie prawne miałyby ułatwić spadkobiercom wyszukiwanie polis należących do spadkodawców. Rzecznik Finansowy zaproponował m.in. utworzenie uproszczonego rejestru umów ubezpieczenia oraz nałożenie na zakłady ubezpieczeniowe obowiązku zawiadamiania wszystkich uprawnionych o możliwości uzyskania świadczenia z polisy osoby ubezpieczonej po uzyskaniu informacji o jej śmierci. Kancelaria Prezydenta RP rozpoczęła pracę nad projektem odpowiednich zmian w prawie. W ramach współpracy Rzecznika Finansowego z Prezydentem RP udało się również usunąć problem klientów z odzyskaniem pieniędzy, które omyłkowo przelali na niewłaściwe konto bankowe.

Warta odnotowania w niniejszym opracowaniu jest też współpraca Rzecznika Finansowego z Rzecznikiem Praw Obywatelskich w ramach akcji informacyjnej dla posiadaczy tzw. kredytów frankowych. Podczas trwającego projektu zainicjowanego przez RPO w 2017 r. eksperci z Biura Rzecznika Praw Obywatelskich i Biura Rzecznika Finansowego odbyli 17 spotkań w 14 miastach, w których wzięło udział około 2500 osób²⁵⁶. W efekcie akcji informacyjnej kredytobiorcy mogli się dowiedzieć, jakie mają obecnie możliwości uzyskania wsparcia w sporze z bankiem, jaki powstał na tle tzw. kredytu frankowego.

Do zadań Rzecznika Finansowego należy m.in. opiniowanie projektów aktów prawnych dotyczących organizacji i funkcjonowania podmiotów rynku finansowego oraz występowanie do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej albo o wydanie lub zmianę innych aktów prawnych w sprawach dotyczących organizacji i funkcjonowania rynku finansowego. W ramach realizacji tych zadań warto wspomnieć o aktywności Rzecznika Finansowego przejawiającej się we współpracy z organami Komisji Europejskiej, polegającej na opiniowaniu inicjatywy legislacyjnej pakietu dyrektyw *New Deal Consumers*, mających przemodelować system ochrony konsumentów w Unii Europejskiej.

²⁵⁵ https://rf.gov.pl/pdf/Porozumienie_RF_RPP_skan.pdf.

²⁵⁶ https://rf.gov.pl/pdf/RPO_RF_sprawozdanie_franksi_final.pdf.

4. Propozycje zmian legislacyjnych w ustawie o Rzeczniku Finansowym

Rzecznik Finansowy przechodzi pozytywnie każdą kontrolę merytoryczną Najwyższej Izby Kontroli. Rzecznik Finansowy był jedyną instytucją ochrony konsumentów, która została wzorowo oceniona za pomoc prawną w sporach sądowych dotyczących kredytów frankowych oraz umów ubezpieczenia na życie z UFK. W świetle wyników kontroli skuteczności systemu ochrony konsumentów wobec problemu kredytów objętych ryzykiem walutowym w latach 2005–2017 Najwyższa Izba Kontroli stwierdziła: „Powołanie w październiku 2015 r. Rzecznika Finansowego przyczyniło się do wyeliminowania istotnej luki w systemie ochrony, wynikającej z braku wyspecjalizowanego podmiotu oferującego pomoc w sprawach indywidualnych na rynku bankowym. Rzecznik podjął aktywne działania informacyjne i wspierające kredytobiorców w dochodzeniu ich praw”. Izba podkreśliła, że ważnym wsparciem Rzecznika dla kredytobiorców było właśnie przedstawianie istotnych poglądów w procesach sądowych²⁵⁷. Jednocześnie rolę, jaką odgrywa Rzecznik w systemie ochrony konsumentów, i wartość, jaką przynosi jego działalność procesowa, podkreślane są przez sam Sąd Najwyższy, co jest okolicznością wysoce nobilitującą. Sąd Najwyższy w sprawozdaniach ze swojej działalności wielokrotnie zaznaczał, że uchwały z wniosków Rzecznika mają charakter zdecydowanie konsumencki²⁵⁸.

Mimo pozytywnej oceny działalności Rzecznika Finansowego – zarówno przez inne instytucje działające w systemie ochrony praw konsumenta, jak i przez samych konsumentów – w opinii autora tekstu istnieje potrzeba dokonania zmian legislacyjnych w ustawie o Rzeczniku Finansowym, pozwalających Rzecznikowi na skuteczniejsze działanie w zakresie ochrony praw konsumentów. Na pierwszy plan wysuwa się potrzeba uzupełnienia ustawowej definicji klienta podmiotu rynku finansowego o kierujących, niebędących posiadaczami pojazdów w sprawach roszczeń regresowych pomiędzy sprawcą szkody a zakładem ubezpieczeń lub UFG (np. spory o zwrot środków kompensacyjnych, roszczenia regresowe z art. 43 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Aktualnie osoby te nie są klientami podmiotu rynku finansowego, a złożony

²⁵⁷ NIK, *Informacja o wynikach kontroli „Ochrona praw konsumentów korzystających z kredytów objętych ryzykiem walutowym”*, www.nik.gov.pl.

²⁵⁸ Sąd Najwyższy, *Informacja o działalności Sądu Najwyższego w 2012 r.*, Warszawa 2013, www.sn.pl, s. 5.

prawnie i faktycznie charakter spraw uzasadnia możliwość podejmowania przez Rzecznika interwencji lub innych działań przewidzianych przez przepisy ustawy.

Jednocześnie rozważyć należy rozszerzenie ustawowej definicji klienta podmiotu rynku finansowego o osoby fizyczne, z którymi Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny prowadzi spór co do niespełnienia obowiązku ubezpieczenia. Obecnie osoby te nie są klientami podmiotu rynku finansowego. Tymczasem do Rzecznika Finansowego kierowany jest szereg skarg na działalność Funduszu w tym obszarze, a przepisy ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych zawierają istotne ograniczenia w ochronie praw przed wysłanym przez Fundusz wezwaniem do zapłaty opłaty za niedopełnienie obowiązku ubezpieczenia, w tym w sferze administracyjnoprawnej, co uzasadniania pomoc wyspecjalizowanej instytucji.

Wydaje się również zasadne rozszerzenie ustawowej definicji klienta podmiotu rynku finansowego o spadkobierców ubezpieczonych lub ubezpieczających, niebędących jednocześnie uposażonymi lub uprawnionymi z umowy ubezpieczenia, a mających interes prawny w ustaleniu odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń. W chwili obecnej osoby te nie są klientami podmiotu rynku finansowego. Do grona tych osób zaliczają się w szczególności spadkobiercy klientów banków i instytucji pożyczkowych, którzy w ramach *bancassurance* zostali objęci ochroną ubezpieczeniową na wypadek śmierci, jednak jako podmioty uposażone wskazani zostali kredytodawcy (pożyczkodawcy). Wielokrotnie dochodzi do sytuacji, gdy uposażeni, bardzo często będący jednocześnie ubezpieczającymi, nie są zainteresowani kierowaniem do zakładu ubezpieczeń roszczeń o spełnienie świadczenia z tytułu śmierci dłużnika, a żądanie spłaty pozostałego długu kierują do spadkobierców (w praktyce najbliższej rodziny), którzy jednak pozostają poza stosunkiem ubezpieczenia i nie są uprawnieni do kierowania roszczeń o spełnienie świadczenia ubezpieczeniowego dla siebie. Osoby te nie wpisują się w obecne brzmienie definicji klienta podmiotu rynku finansowego (art. 2 pkt 1 lit. a ustawy o Rzeczniku Finansowym), tymczasem to właśnie one są najbardziej zainteresowane spełnieniem świadczenia przez zakład ubezpieczeń, albowiem świadczenie to wpływa na wartość masy spadkowej, i to właśnie spadkobiercy, a nie banki mają interes w tym, żeby świadczenie ubezpieczyciela zostało spełnione. W *Rekomendacji U* dotyczącej dobrych praktyk w zakresie *bancassurance* określono wprawdzie, że bank powinien niezwłocznie informować klienta lub jego spadkobierców o zaniechaniu lub

zaprzestaniu dochodzenia roszczeń od zakładu ubezpieczeń, a także umożliwić klientowi lub jego spadkobiercom bezpośrednio dochodzenie roszczeń oraz informować o możliwości cesji w przypadku odstąpienia przez bank od dalszego dochodzenia roszczeń, jednakże nawet jeśli do takiej cesji dojdzie – choć nie jest to wciąż rozwiązanie częste – i tak nie czyni to cesjonariusza klientem w rozumieniu definicji zawartej w ustawie o Rzeczniku Finansowym.

Ważną i potrzebną zmianą w ustawie o Rzeczniku Finansowym byłoby rozszerzenie katalogu podmiotów rynku finansowego o reprezentantów do spraw roszczeń. Ze sprawozdań z działalności Rzecznika Finansowego wynika, że otrzymuje on szereg skarg na działalność zagranicznych zakładów ubezpieczeń likwidujących szkody komunikacyjne w Polsce przez swoich reprezentantów. W toku postępowań interwencyjnych stwierdzone są nieprawidłowości w ustaleniu odpowiedzialności lub wysokości odszkodowania, jednakże reprezentanci do spraw roszczeń nie mają prawnego obowiązku udzielania Rzecznikowi wyjaśnień w ustawowym terminie oraz przekazywania określonych dokumentów z akt szkody, co każdorazowo wyraźnie podkreślają w odpowiedziach na wystąpienia Rzecznika Finansowego. Prowadzenie zaś korespondencji z zagranicznym zakładem ubezpieczeń jest nieefektywne, gdyż Rzecznik często nie otrzymuje odpowiedzi albo przekazywana jest informacja, że władnym w sprawie jest umocowany reprezentant do spraw roszczeń.

Dla zwiększenia skuteczności prowadzonych przez Rzecznika postępowań interwencyjnych należy rozważyć rozszerzenie katalogu uprawnień określonych w art. 25 ust. 1 ustawy o Rzeczniku Finansowym o możliwość występowania przez Rzecznika lub przez upoważnionego pracownika Biura Rzecznika Finansowego nie tylko do podmiotów rynku finansowego, ale i do innych podmiotów, których działalność wiąże się z rozpatrywaną przez Rzecznika sprawą, o udzielenie informacji i wyjaśnień, udostępnienie akt oraz dokumentów. Zmiana ta wydaje się niezbędną i konieczną do efektywnego prowadzenia interwencji. W praktyce jest to szereg podmiotów, które posiadają informacje i dokumenty związane ze sprawą będącą przedmiotem interwencji, a ich działalność gospodarcza pozostaje w ścisłym związku z działalnością podmiotu rynku finansowego. Głównie chodzi tu umowy przelewu powierniczego oraz podmioty świadczące na zasadzie outsourcingu usługi w likwidacji szkód, niebędące zakładami ubezpieczeń. Możliwość zwracania się do tych podmiotów jest konieczna do prawidłowego ustalenia ewentualnej odpowiedzialności

kontraktowej lub deliktowej podmiotów rynku finansowego i niezbędna dla oceny, czy prawa klientów podmiotów rynku finansowego nie zostały naruszone.

Wydaje się również, że w celu zwiększenia efektywności i skrócenia czasu trwania postępowania pozasądowego rozważyć można zmianę art. 40 ustawy o Rzeczniku Finansowym – poprzez oznaczenie obecnej jego treści jako ust. 1 oraz dodanie ust. 2 przewidującego, że opinia sporządzana jest na wniosek każdej ze stron, złożony w terminie zawitym 30 dni od dnia doręczenia protokołu, o którym mowa w art. 41 ustawy o Rzeczniku Finansowym. Rzecznik miałby wówczas obowiązek sporządzenia opinii. Obecnie opinia zawierająca ocenę prawną stanu faktycznego ustalonego w postępowaniu, zgodnie z art. 41 ust. 3 ustawy o Rzeczniku Finansowym, stanowi załącznik do protokołu. Oznacza to, że opinia sporządzana jest obligatoryjnie dla każdej ze spraw, w której nie dojdzie do polubownego zakończenia sporu. Powoduje to w praktyce, że postępowanie, które *de facto* jest już zakończone, ulega sztucznemu wydłużeniu o czas niezbędny na sporządzenie opinii. Zgodnie bowiem z art. 40 ust. 4 ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich²⁵⁹, której przepisy stosuje się w sprawach nieuregulowanych w rozdziale 4 ustawy o Rzeczniku Finansowym, datą zakończenia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich jest dzień sporządzenia protokołu przebiegu tego postępowania. Ustawa o Rzeczniku Finansowym nie reguluje w sposób odmienny daty zakończenia postępowania, a stanowi jedynie, że protokół ma być doręczony stronom w terminie 7 dni od daty jego sporządzenia (art. 41 ust. 1). Tym samym już samo sporządzenie protokołu jest wystarczające dla zakończenia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązania sporu. Jednocześnie jednak uczynienie z opinii, o której mowa w art. 40 ustawy o Rzeczniku Finansowym, załącznika do protokołu, powoduje, że w praktyce również sporządzenie protokołu, który jest dokumentem dość syntetycznym w treści, musi być skorelowane w czasie ze sporządzeniem opinii, będącej dla odmiany pogłębioną analizą prawną często skomplikowanego stanu faktycznego. Nakład pracy i czasu potrzebnych do sporządzenia opinii jest znaczny. Powoduje to, że mimo faktycznego zakończenia wszystkich czynności postępowania nie można formalnie zakończyć do czasu sporządzenia opinii. W konsekwencji raportowany czas prowadzenia postępowania przez Rzecznika jest w istocie dłuższy od

rzeczywistego czasu trwania postępowania. Oddzielenie sporządzenia opinii od momentu zakończenia postępowania skutkowałoby więc skróceniem czasu trwania postępowania, przy jednoczesnym braku uszczerbku dla potrzeb i oczekiwań stron. Nie zawsze bowiem, w przypadku gdy postępowanie nie doprowadziło do zawarcia porozumienia, strony są zainteresowane pozyskaniem opinii Rzecznika, która ma w istocie jedynie walor dokumentu prywatnego. Ten uczestnik postępowania, który jest jednak zainteresowany uzyskaniem opinii, będzie miał prawo do złożenia stosownego wniosku i uzyskania opinii zawierającej ocenę prawną jego sprawy.

Pilne wprowadzenie zaproponowanych powyższej zmian legislacyjnych przyczyniłoby się do uszczelnienia systemu ochrony praw konsumenta i zwiększyło efektywność działania Rzecznika Finansowego.

²⁵⁹ Dz. U. z 2916 r. poz. 1823.

Racjonalność nadużyć finansowych: zmiana perspektywy

dr hab. Karol Marek Klimczak, prof. Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wydział Nauk Ekonomicznych, Katedra Finansów

prof. dr Alejo José G. Sison, Uniwersytet Nawarry w Pampelunie, Wydział Zarządzania i Nauk Ekonomicznych

Streszczenie krótkie

W artykule przedstawiono ograniczenia metod przeciwdziałania nadużyciom finansowym wynikające z przyjęcia utylitaryzmu ekonomicznego jako modelu racjonalności. Nadużycia towarzyszą rozwojowi rynków finansowych i wpływają na kształt instytucji rynku. Temat ten zyskuje na znaczeniu w warunkach malejących stóp zwrotu, które skłaniają inwestorów do poszukiwania alternatywnych możliwości inwestycyjnych. Celem opracowania jest wykazanie, na podstawie analizy literatury i przypadków nadużyć, luki w kształtowaniu instytucji nadzoru wynikającej z utylitarystycznego rozumienia przyczyn nadużyć finansowych. Posłużono się przykładami ze Stanów Zjednoczonych jako największego rynku finansowego. Przedstawione argumenty prowadzą do wniosku, że nadużycia są opłacalne dla ich sprawców nawet po obciążeniu ich karami finansowymi. Poszukiwania skutecznych metod przeciwdziałania nadużyciom, dostosowanych do innowacji na rynku finansowym, wymaga sięgnięcia do innych modeli racjonalności.

Streszczenie długie

Nadużycia finansowe są popełniane w celu wzbogacenia się kosztem poszkodowanych klientów. Sprawcy oceniają korzyści z popełnienia nadużycia jako wyższe od kosztów związanych z taką aktywnością. Przyjmując, że sprawcy kierują się bilansem kosztów i korzyści, instytucje nadzorcze dążą do zwiększania kosztów nadużyć. Najważniejszym przykładem przeciwdziałania nadużyciom na rynku finansowym jest amerykańska Komisja Papierów Wartościowych i Giełd

Str. 185

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

(SEC). Od czasu ostatniego kryzysu kary nakładane przez SEC na sprawców nadużyć wzrosły ośmiokrotnie, osiągając rekordową kwotę 4 mld USD. Brakuje jednak dowodów na zmniejszenie się skali nadużyć wskutek działalności SEC.

Celem niniejszego opracowania jest wykazanie, że model racjonalności sprawców nadużyć finansowych przyjęty jako podstawa działań nadzoru wpływa na skuteczność tych działań. Model nadzoru opiera się bowiem na specyficznej perspektywie teoretycznej: utylitarystycznym ekonomicznym. Teoria ta koncentruje się na kalkulacji kosztów i korzyści oraz zakłada, że potencjalny sprawca zdecyduje się popełnić nadużycie wyłącznie wtedy, gdy korzyści przeważają nad kosztami. Jednak posługując się literaturą i danymi z największego na świecie, amerykańskiego rynku finansowego wykazano, że korzyści przeważają nad kosztami nawet w przypadku wykrycia nadużycia i ukarania sprawcy rekordową kwotą.

W artykule opisano metody działania SEC wobec sprawców nadużyć oraz zasoby, jakimi ta instytucja dysponuje. Następnie przedstawiono na podstawie literatury rodzaje ponoszonych kosztów i korzyści odnoszonych przez sprawców nadużyć. Na tym tle przeprowadzono analizę dwóch przypadków nadużyć popełnionych przez: wielką instytucję finansową – bank BNY Mellon – oraz doradcę inwestycyjnego działającego w niewielkiej skali – Charlesa Kokesha. Obydwa przypadki wskazują, że popełnianie nadużyć finansowych jest opłacalne mimo działań nadzoru. W celu skutecznego przeciwdziałania nadużyciom potrzebna jest więc zmiana spojrzenia na racjonalność sprawców. We wnioskach wskazano alternatywny model racjonalności, związany z rozwijającym się modelem zarządzania wartościami – etykę cnót, jako potencjalny kierunek poszukiwania skutecznych metod ograniczania nadużyć.

1. Wprowadzenie

Nadużycia finansowe mają na celu wzbogacenie się osób lub instytucji je popełniających kosztem poszkodowanych klientów. Nadużycia te wydają się wynikać z racjonalnej oceny sytuacji przez uczestników rynku finansowego, którzy postrzegają korzyści z popełnienia nadużycia jako przewyższające koszty z tym związane. Przyjmując, że sprawcy kierują się bilansem kosztów i

korzyści²⁶⁰, instytucje nadzorcze dążą do zwiększania kosztów nadużyć²⁶¹. Jednym z ważniejszych przykładów przeciwdziałania nadużyciom na rynku finansowym jest działalność amerykańskiej Komisji Papierów Wartościowych i Giełd (*US Securities and Exchange Commission – SEC*). Od czasu ostatniego kryzysu kary nakładane przez SEC na sprawców nadużyć wzrosły ośmiokrotnie, osiągając rekordową kwotę 4 mld USD rocznie²⁶². Brakuje jednak dowodów na zmniejszenie się skali nadużyć w efekcie działalności SEC.

Celem niniejszego opracowania jest wykazanie, że model racjonalności sprawców nadużyć finansowych przyjęty jako podstawa działań nadzoru wpływa na skuteczność tych działań. Model nadzoru opiera się na specyficznej perspektywie teoretycznej: utylitaryzmie ekonomicznym²⁶³. Perspektywa ta koncentruje się na kalkulacji kosztów i korzyści, zakładając że potencjalny sprawca decyduje się popełnić nadużycie wyłącznie wtedy, gdy przyniesie mu to większe korzyści niż koszty. Jednak na podstawie literatury i danych z największego na świecie, amerykańskiego rynku finansowego wykazano, że korzyści przeważają nad kosztami nawet w przypadku wykrycia nadużycia i ukarania sprawcy rekordową karą.

W pracy opisano metody karania sprawców nadużyć stosowane przez SEC oraz zasoby, jakimi ta instytucja dysponuje. Następnie przeprowadzono analizę kosztów ponoszonych i korzyści odnoszonych przez sprawców nadużyć na podstawie literatury. Na tym tle przedstawiono analizę dwóch przypadków nadużyć popełnionych przez wielką instytucję finansową – bank BNY Mellon – oraz działającego w niewielkiej skali doradcę inwestycyjnego – Charlesa Kokesha. Obydwa przypadki wskazują, że popełnianie nadużyć finansowych jest opłacalne, a sprawcy postępujący zgodnie z założeniami ekonomicznego utylitaryzmu powinni angażować się w nadużycia finansowe mimo działań SEC. Dla skutecznego przeciwdziałania nadużyciom potrzebna jest więc zmiana perspektywy teoretycznej i inne spojrzenie na racjonalność sprawców. We wnioskach

²⁶⁰ R. Audi, *The Ethical Significance of Cost-Benefit Analysis in Business and The Professions*, „Business & Professional Ethics Journal” 2005, vol. 24, iss. 3, s. 3–21.

²⁶¹ P.C. Yeager, *The Elusive Deterrence of Corporate Crime*, „Criminology & Public Policy” 2016, vol. 15, iss. 2, s. 439–451.

²⁶² S.A. Steinway, *SEC Monetary Penalties Speak Very Loudly, but What Do They Say – A Critical Analysis of the SEC’s New Enforcement Approach Comment*, „Yale Law Journal” 2014, vol. 124, s. 209–232.

²⁶³ Por. B. Klimczak, *Model człowieka gospodarującego – szansa czy zagrożenie dla uczciwego biznesu?*, „Annales : etyka w życiu gospodarczym” 2007, t. 10, nr 1, s. 97–115; J. Bentham, *An introduction to the principles of morals*

przedstawiono alternatywny model racjonalności – etykę cnót²⁶⁴ – jako potencjalny kierunek poszukiwań, zbieżny z rozwijającym się w przedsiębiorstwach trendem zarządzania poprzez wartości.

2. Przeciwdziałanie nadużyciom finansowym podejmowane przez amerykańską Komisję Papierów Wartościowych i Giełd

Komisja Papierów Wartościowych i Giełd jest instytucją odpowiedzialną za formułowanie zasad obrotu na amerykańskim rynku finansowym i nadzór nad ich przestrzeganiem. Wykrywanie i karanie sprawców nadużyć zostało powierzone specjalnemu oddziałowi tej instytucji o nazwie SEC Enforcement Division. Dział ten dysponuje największym budżetem spośród wszystkich pionów komisji, wynoszącym około 800 mln USD. Suma środków przeznaczanych przez amerykańskie władze federalne na przeciwdziałanie nadużyciom była zwiększana na przestrzeni lat, żeby umożliwić SEC skuteczne dochodzenie roszczeń w postępowaniach administracyjnych i cywilnych. SEC Enforcement Division zatrudnia 1200 pracowników, w tym prawników, księgowych i analityków. Zarówno budżet, jak i liczba pracowników wrosły o połowę od czasu ostatniego kryzysu finansowego²⁶⁵. Amerykański Kongres uchwalił na przykład przepisy wyłączające SEC z ograniczeń w zakresie wysokości wynagrodzeń (*Pay Parity Act*²⁶⁶). Średnie wynagrodzenie pracowników na funkcjach kierowniczych wynosi między 150 a 200 tys. USD. Kontrola efektywności przeprowadzona w 2016 r. wykazała, że większość pracowników jest usatysfakcjonowana z wynagrodzenia i warunków pracy²⁶⁷.

W amerykańskim systemie prawnym sprawy przeciwko sprawcom nadużyć finansowych są wnoszone przez SEC w drodze pozwów cywilnych do sądów federalnych. SEC odgrywa rolę reprezentanta ogółu poszkodowanych inwestorów. Sprawy cywilne są też wnoszone do sądów

and legislation, Clarendon Press, Oxford 1996; J.A. Yunker, *In Defense of Utilitarianism: An Economist's Viewpoint*, „Review of Social Economy” 1986, vol. 44, iss. 1, s. 57–79.

²⁶⁴ A.J.G. Sison, I. Ferrero, G. Guitián, *Characterizing Virtues in Finance*, „Journal of Business Ethics” 2019, vol. 155, iss. 4, s. 995–1007.

²⁶⁵ S. Kedia, S. Rajgopal, *Do the SEC's enforcement preferences affect corporate misconduct?*, „Journal of Accounting and Economics” 2011, vol. 51, iss. 3, s. 259–278.

²⁶⁶ Pub. L. No. 107-123, § 8, 115 Stat. 2390, 397–99, 2002.

²⁶⁷ United States Government Accountability Office, *Securities and Exchange Commission. Actions needed to address limited progress in resolving long-standing personnel management challenges*, Report to Congressional Committees GAO-17-65, 2016, s. 90.

przez samych inwestorów, szczególnie gdy poszkodowanych jest niewielu²⁶⁸. Sprawy karne mogą być wnoszone równolegle przez prokuratorów stanowych (*state attorneys*), jednak to pozwy cywilne są podstawową formą dochodzenia roszczeń. Przepisy prawa federalnego, które upoważniają SEC do ścigania sprawców nadużyć, mają zresztą charakter cywilny (por. *Securities Act of 1933, Securities Exchanges Act of 1934, Investment Advisers Act of 1940, Investment Companies Act of 1940*). Niektóre rodzaje spraw – na przykład fałszowanie danych w sprawozdaniach składanych do SEC – są rozpatrywane przez wydzielony organ SEC, tzw. SEC Administrative Law Judges. W niemal każdym przypadku procedurę kończy ugoda ze sprawcą, sporadycznie dochodzi do rozpraw, co jest charakterystyczne dla amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości²⁶⁹.

3. Racjonalność nadużyć finansowych a etyka cnót

Podejście SEC do przeciwdziałania nadużyciom finansowym zakłada racjonalność sprawców, którzy oceniają korzyści i koszty związane z nadużyciami finansowymi²⁷⁰. Komisja dąży do zmiany wyniku tych kalkulacji przez obciążenie sprawców znacznymi karami finansowymi, kiedy nadużycie zostanie wykryte. Założenie racjonalności wydaje się zasadne, gdyż nadużycia finansowe są popełniane przez organizacje, a przynajmniej wymagają zaangażowania organizacji przez sprawcę. Organizacje zaś funkcjonują według paradygmatu racjonalności²⁷¹. Ponadto sprawcy wykształceni w zakresie ekonomii i finansów zostali nauczeni posługiwania się analizą korzyści i kosztów²⁷², poznali znaczenie motywatorów ekonomicznych i koncepcję maksymalizacji użyteczności dodatkowego dochodu²⁷³. Jednak przyjęcie modelu racjonalności opartego o

²⁶⁸ S.J. Choi, A.C. Pritchard, *SEC Investigations and Securities Class Actions: An Empirical Comparison*, „Journal of Empirical Legal Studies” 2016, vol. 13, iss. 1, s. 27–49.

²⁶⁹ C. Flore, S. Kolaric, D. Schiereck, *Settlement agreement types of federal corporate prosecution in the U.S. and their impact on shareholder wealth*, „Journal of Business Research” 2017, vol. 76, s. 145–158.

²⁷⁰ J. Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Clarendon Press, Oxford 1996.

²⁷¹ H.A. Simon, *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*, Free Press, New York 1997.

²⁷² M. Egan, G. Matvos, A. Seru, *The Market for Financial Adviser Misconduct*, „National Bureau of Economic Research, Working Paper” 22050, 2016.

²⁷³ B. Meiseberg, T. Ehrmann, A. Prinz, *‘Anything worth winning is worth cheating for’? Determinants of cheating behavior among business and theology students*, „Journal of Business Economics” 2017, vol. 87, iss. 8, s. 985–1016.

kalkulację kosztów i korzyści – czyli utylitaryzmu ekonomicznego – pociąga za sobą istotne konsekwencje dla efektywności działań nadzoru.

Paradygmat racjonalności stosowany w ekonomii, utylitaryzm ekonomiczny, ma swój wyraz w koncepcji użyteczności ekonomicznej²⁷⁴. W nauce o finansach użyteczność tę utożsamia się z wartościami pieniężnymi. Decyzje dotyczące przyszłych zmian użyteczności ocenia się za pomocą metody zdyskontowanych przepływów pieniężnych²⁷⁵. Metoda ta polega na sporządzeniu prognozy finansowych korzyści i kosztów w kolejnych latach, a następnie zdyskontowaniu ich na moment obecny w celu obliczenia wartości bieżącej netto. Ocena kosztów i korzyści uwzględnia więc moment ich wystąpienia, a nie tylko samą kwotę. Korzyści realizowane w niedalekiej przyszłości wpływają na tę ocenę w większym stopniu niż korzyści odroczone w czasie. Podobnie koszty mają mniejsze znaczenie, jeśli są odłożone w czasie. Reguła decyzyjna głosi, że wartość bieżąca netto powinna być równa zero lub dodatnia, aby dane działanie można było ocenić jako opłacalne. Oceniając racjonalność nadużyć finansowych, należy więc rozpatrzyć wynikające z nich strumienie korzyści i kosztów oraz wysokość stopy stosowanej do dyskontowania przyszłych wartości.

Koszty nadużyć finansowych ponoszone przez sprawców wynikają w przeważającej części z działań nadzoru finansowego. Koszty te występują znacznie później niż korzyści, ponieważ poprzedzają je: wystąpienie nadużycia, jego wykrycie, postępowanie przygotowawcze SEC, wreszcie procedury sądowe i windykacja zasądzonych kwot. W postępowaniach cywilnych przed sądami federalnymi orzekane są kary (ang. *penalties*) i zwrot uzyskanych bezprawnie korzyści (ang. *disgorgment*). Kwoty zasądzone jako zwrot mogą być wypłacone poszkodowanym inwestorom za pośrednictwem specjalnych funduszy (ang. *fair funds*)²⁷⁶, jednak dostępność tych kwot zależy od

²⁷⁴ B. Klimczak, *op. cit.*, J.A. Yunker, *op. cit.*

²⁷⁵ A. Damodaran, *Investment valuation: tools and techniques for determining the value of any asset*, Wiley, Hoboken NJ 2012; P. Fernández, *Valuation methods and shareholder value creation*, Academic Press, San Diego, Calif 2002; I. Fisher, *The theory of interest: as determined by impatience to spend income and opportunity to invest it*, Macmillan Co., New York 1930.

²⁷⁶ U. Velikonja, *Public Compensation for Private Harm: Evidence from the Sec's Fair Fund Distributions*, „Stanford Law Review” 2015, vol. 67, iss. 2, s. 331–395.

ich skutecznej windykacji, która jest utrudniona przez bankructwa sprawców. Według sprawozdań SEC około połowa z zasądzonych kwot pozostaje nieściągalna²⁷⁷.

Wysokość kar jest ograniczona przez amerykańskie prawo, natomiast wysokość zwrotów ogranicza praktyka sądów. Najwyższa zasądzona w 2017 r. kara wynosiła 90 mln USD, podczas gdy najwyższa kwota zwrotu to 457 mln USD. Najwyższa kara w historii została zasądzona w postępowaniu wewnętrznym SEC przeciwko bankowi JPMorgan – była to kwota 200 mln USD²⁷⁸. Porównanie kwot wskazuje, że Komisja traktowała zwroty jako ważniejszy element odstraszący potencjalnych sprawców niż kary finansowe, lecz amerykański Sąd Najwyższy uznał takie postępowanie za niezgodne z prawem²⁷⁹. W odpowiedzi na ograniczenie stosowania zwrotów przez Sąd Najwyższy amerykański Kongres przygotowuje obecnie ustawę (*Securities Fraud Enforcement and Investor Compensation Act*), która określi zasady dochodzenia przez SEC zwrotów nieuprawnionych korzyści. Projekt ustawy zawiera rozgraniczenie kwot zwrotów dotyczących szkody publicznej (ang. *disgorgements*) od zwrotów dla poszkodowanych inwestorów (ang. *restitution*). Okresy przedawnienia wynoszą 5 lat dla zwrotów nieuprawnionych korzyści i 10 lat dla innych sankcji cywilnych.

W literaturze rozważane są też dodatkowe rodzaje kosztów wynikających z nadużyć, choć trudno ustalić, czy mają one istotne znaczenie w skali całego rynku. Kiedy jako sprawca nadużycia zidentyfikowana zostanie konkretna osoba, może zostać ona m.in. pozbawiona prawa do wykonywania zawodu. Komisja doprowadza do kilkuset takich wyroków rocznie, lecz sprawy dotyczą zazwyczaj nadużyć o małej skali. Efekt odstraszący tych działań ogranicza specyfika rynku pracy, na którym działają sprawcy nadużyć. Znajdują oni zatrudnienie w miejscach położonych z dala od siedziby nadzoru finansowego i zajmują się obsługą klientów podatnych na nadużycia²⁸⁰. Podobnie instytucje finansowe, które wykazały się umiejętnościami funkcjonowania na granicy prawa, są częściej wybierane do obsługi skomplikowanych transakcji korporacyjnych, przez co

²⁷⁷ SEC, *Agency financial report. Fiscal year 2017*, US Securities and Exchange Commission, 2017, s. 82.

²⁷⁸ SEC Administrative Proceeding File No. 3-15507.

²⁷⁹ Sprawa *Kokesh vs. SEC*, nr akt 137 S. Ct 1636 z 2017 r.

²⁸⁰ M. Egan, G. Matvos, A. Seru, *When Harry Fired Sally: The Double Standard in Punishing Misconduct*, „National Bureau of Economic Research, Working Paper” 23242, 2017.

osiągają dodatkowe dochody²⁸¹. Kosztem pośrednim wykrytych nadużyć dla spółek notowanych na giełdach są spadki cen akcji po ogłoszeniu przez SEC rozpoczęcia postępowania przeciwko danej spółce. Szczególnie istotne spadki obserwuje się, gdy zarzuty dotyczą działania na niekorzyść inwestorów giełdowych²⁸². Jednak rozstrzygnięcie sprawy i zamknięcie postępowania wiążą się z szybkim powrotem do wzrostów cen akcji bez względu na zasądzone kary²⁸³.

Uzupełnieniem analizy kosztów i korzyści nadużyć finansowych mogłoby być określenie stopy dyskontowej. Niestety nie istnieją badania poświęcone oszacowaniu stopy dyskontowej, jaką sprawcy nadużyć mogą w swych kalkulacjach stosować. Szacunki są utrudnione przez fakt, że dostępne dane nie obejmują sytuacji, gdy potencjalni sprawcy zrezygnowali z zaangażowania w nadużycia z powodu zbyt niskiej wartości bieżącej. Ponadto stopy dyskontowe są bardzo zróżnicowane między poszczególnymi przypadkami²⁸⁴. Można jednak założyć, że wszystkie zaobserwowane nadużycia pozytywnie przeszły test wartości bieżącej. Dzięki temu bilans kosztów i korzyści można oszacować przez porównanie wartości bieżącej obliczonej dla różnych wartości stopy dyskontowej. W dalszych przykładach zastosowano wartości stopy od 10% do 50%, czyli od wartości zbliżonej do stóp stosowanych w decyzjach inwestycyjnych do wartości tak wysokiej, że redukuje ona decyzję o popełnieniu nadużycia do oszacowania jedynie najbliższych w czasie przepływów pieniężnych.

4. Dyskusja

Zarysowane powyżej ramy ekonomicznego utilitaryzmu, służącego jako podstawa rozumienia zjawiska nadużycia finansowego, prowadzą do nieuchronnego wniosku o nieskuteczności działań nadzoru nakierowanych na odstraszenie potencjalnych sprawców poprzez zmianę bilansu kosztów i korzyści. Nieskuteczność ta wynika z dwóch czynników. Po pierwsze, prawo i praktyka sądów ograniczają wysokość kwot kar i innych kosztów, jakie mogą być nałożone na sprawców. Zbilansowanie wysokich korzyści, jakie mogą oni odnieść, nie jest możliwe. Po

²⁸¹ T.J. Roulet, *Sins for some, virtues for others: Media coverage of investment banks' misconduct and adherence to professional norms during the financial crisis*, „Human Relations” 2018, s. 1–28.

²⁸² B. Haslem, I. Hutton, A.H. Smith, *How Much Do Corporate Defendants Really Lose? A New Verdict on the Reputation Loss Induced by Corporate Litigation*, „Financial Management” 2017, vol. 46, iss. 2, s. 323–358.

²⁸³ C. Flore, S. Kolaric, D. Schiereck, *op. cit.*

drugie, wszelkie koszty są ponoszone przez sprawców wiele lat po rozpoczęciu nielegalnej działalności. Dyskontowanie znacznie zmniejsza wagę tych przyszłych kosztów przy podejmowaniu decyzji o zaangażowaniu się w nadużycia finansowe. Ograniczenia te zilustrowano poniżej dwoma przypadkami głośnych spraw prowadzonych przez SEC.

Pierwszy przypadek dotyczy banku BNY Mellon, który zawarł w 2015 r. ugodę cywilną z poszkodowanymi klientami i instytucjami nadzoru na łączną kwotę ponad 700 mln USD. Sprawa dotyczyła manipulacji kursami wymiany walut na niekorzyść klientów. Wobec SEC bank zobowiązał się zapłacić 30 mln USD kary. Kolejne 133 mln USD bank wypłacił w formie zwrotu w pozwie karnym złożonym przez władze federalne i prokuratora stanu Nowy Jork. Same koszty obsługi prawnej, jakie bank musiał zwrócić poszkodowanym stronom, wyniosły 85 mln USD. Bezpośrednie koszty wynikające z nadużycia były więc istotne. Dodatkowo akcje banku notowały w tym czasie spadki, choć główni konkurenci również byli wówczas objęci działaniami nadzoru. W późniejszych latach bank osiągał rekordowe obroty i zyski mimo kolejnych postępowań o nadużycia.

Nie zgodne z prawem działania pracowników BNY Mellon rozpoczęły się w 2001 r. lub wcześniej. Akta sądowe opisują manipulacje transakcjami walutowymi i informacjami dostarczonymi klientom, które pozwalały na systematyczne osiągnięcie dodatkowej marży na transakcjach. Działania te dotyczyły klientów, takich jak fundusze emerytalne, którzy nie dokonywali transakcji wymiany walut wystarczająco często, żeby opłacalne było bezpośrednio negocjowanie kursu. Polegali oni na standardowym rozwiązaniu dostarczanym przez bank, który negocjował w ich wymieniu i miał dokładać wszelkich starań w celu uzyskania dla klientów dobrej ceny. W praktyce bank oferował klientom cenę bliską najgorszym notowaniom danego dnia, podczas gdy prawdziwa wymiana dokonywana była po znacznie lepszej cenie. Różnica wynosząca nawet 3% stanowiła zysk banku. Aby usprawnić cały proces, menedżerowie opracowali arkusz kalkulacyjny ułatwiający pracownikom księgowanie fałszywych kursów. Dowody zebrane w postępowaniu sądowym wskazują, że proceder wymagał koordynacji między menedżerami oddziałów w Nowym Jorku i Pittsburghu, którzy codzienne uzgadniali spójną wersję dokumentacji.

²⁸⁴ J.T. Warner, S. Pleeter, *The Personal Discount Rate: Evidence from Military Downsizing Programs*, „American Economic Review” 2001, vol. 91, iss. 1, s. 33–53.

Na podstawie dokumentów sądowych można oszacować wartość nienależnych korzyści uzyskanych przez BNY Mellon na kwotę między 700 mln USD wskazanymi w ugodzie a 2 mld USD, na jakie opiewał pierwotny pozew. Ostrożnie można przyjąć, że co roku bank uzyskiwał 100 mln USD korzyści z tytułu tego nadużycia, co daje łączną kwotę 1,1 mld USD. Koszty wszystkich postępowań sądowych i kar opiewają na około 1 mld USD. Widoczna jest lekka przewaga korzyści nad kosztami, która rośnie po uwzględnieniu zmiany wartości pieniądza w czasie. Przyjmując stopę dyskontową w wysokości 10%, uzyskujemy wartość bieżącą netto, uwzględniającą koszty i korzyści, na poziomie 231 mln USD. Wartość bieżąca samych kar wynosi 135 mln USD po zdyskontowaniu. Jednak stopa dyskontowa dla nielegalnych działań powinna być znacznie wyższa niż 10%. Zwiększenie stopy dyskontowej powoduje zmniejszenie wagi kosztów w porównaniu z korzyściami, ponieważ koszty są oddalone w czasie. Przy stopie dyskontowej równej 30% wartość bieżąca kar spada do 4 mln USD, a przy stopie 50% wartość ta jest mniejsza niż 1 mln USD. W każdym przypadku wartość bieżąca netto jest dodatnia, co wskazuje na opłacalność przedsięwzięcia.

Drugi przypadek, doradcy inwestycyjnego Charlesa Kokesha, stał się głośny dzięki rozstrzygnięciu sprawy przeciw SEC na jego korzyść przez amerykański Sąd Najwyższy. Według pozwu wniesionego przez SEC w 2009 roku Kokesh sprzeniewierzył 45 mln USD środków zdeponowanych przez inwestorów w kontrolowanych przez niego spółkach inwestycyjnych. Nadużycie zostało popełnione przez niewielkie przedsiębiorstwo, więc jego właściciel został osobiście postawiony przed sądem federalnym w postępowaniu karnym, które skończyło się wyrokiem skazującym w 2014 r. Kokesh stracił prawo do wykonywania zawodu, został obciążony 2 mln USD kary, 35 mln USD zwrotu nieuprawnionych korzyści i 18 mln USD odsetek. Sprawę Kokesha przyjął jednak Sąd Najwyższy. Sędziowie zdecydowali o zastosowaniu 5-letniego terminu przedawnienia roszczeń, dzięki czemu najbardziej dochodowe lata procedury zostały wyłączone z postępowania. Sąd apelacyjny powtórnie rozpatrzył sprawę w 2018 r., zmniejszając kwotę zwrotów do 5 mln USD. Kwota odsetek nie została podana w wyroku, lecz może ona wynieść najwyżej 3 mln USD, co ogranicza łączne koszty do 8 mln USD.

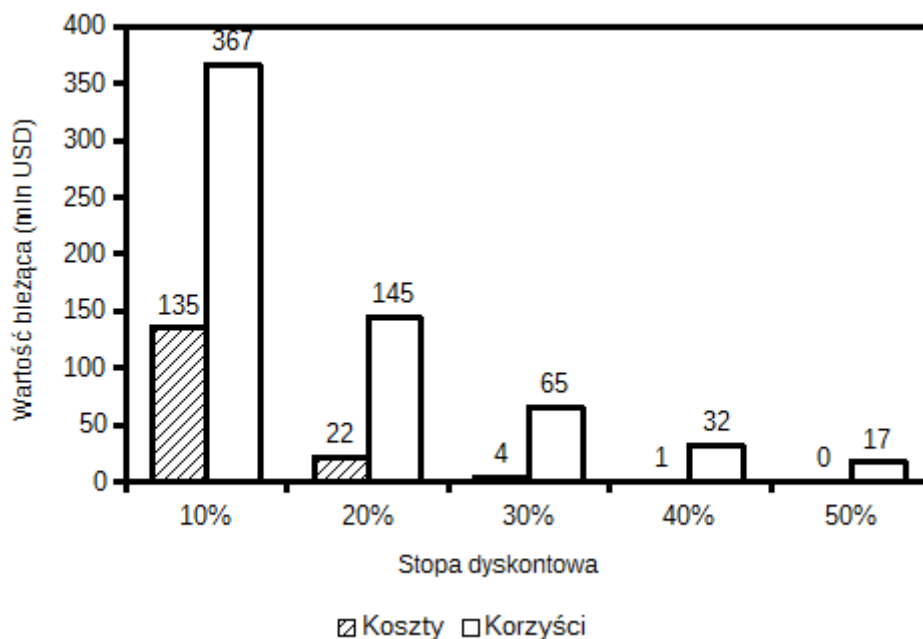
Proceder Charlesa Kokesha polegał na koordynacji działań między spółkami doradztwa inwestycyjnego a spółkami inwestującymi środki klientów w obiecujące małe i średnie przedsiębiorstwa. Kokesh założył dwie spółki doradztwa inwestycyjnego w 1987 r., a następnie

cztery spółki inwestycyjne. Wszystkie spółki zarejestrowały swoją działalność finansową w SEC, więc zostały objęte obowiązkami sprawozdawczymi. Oferta inwestycyjna wzbudziła zainteresowanie około 21 tys. inwestorów, którzy wpłacali kwoty rzędu kilku tysięcy dolarów. Inwestorzy zdeponowali w spółkach Kokesha łącznie około 128 mln USD. Nielegalna część działalności rozpoczęła się w 1995 r. Spółki doradcze zaczęły pobierać większe opłaty z kapitału spółek inwestycyjnych, niż pozwalały na to umowy. Dodatkowo spółki inwestycyjne dokonywały bezpośrednich wypłat z kapitału na rzecz Kokesha i jego popleczników. Tylko w jednym roku spółki wypłaciły 6 mln USD Kokeshowi. Do 2006 r., kiedy proceder został ukrócony, sprzeniewierzeniu uległy środki na łączną kwotę 45 mln USD.

Obliczenia oparte na informacjach zawartych w dokumentach sądowych prowadzą do wniosku, że nadużycia popełnione przez Kokesha były wysoce zyskowe. Wartość bieżąca netto wynosi od 26 mln USD przy stopie dyskontowej równej 10% do 9 mln USD przy stopie dyskontowej w wysokości 50%, zakładając równe kwoty korzyści w każdym roku. Kwoty kosztów postępowania sądowego i kar mają znikomy wpływ na ocenę rentowności, jeśli uwzględni się efekty dyskonta, ponieważ są oddalone o 10 lat od momentu zaprzestania nadużyć, a o 20 lat od momentu ich rozpoczęcia. Wartość bieżąca tych kosztów liczona na moment rozpoczęcia procederu w 1995 r. wynosi 1,3 mln USD przy stopie dyskontowej równej 10% lub mniej, jeśli przyjąć wyższą stopę dyskontową. Opóźnienie w obciążeniu karami powoduje, że nawet wypłata pierwotnie zasądzonej kwoty nie zmieniałaby pozytywnej oceny rentowności przedsięwzięcia (wartość bieżąca kar wyniosłaby 12 mln USD przy stopie dyskontowej wynoszącej 10%, czyli mniej niż wartość bieżąca korzyści – 26 mln USD).

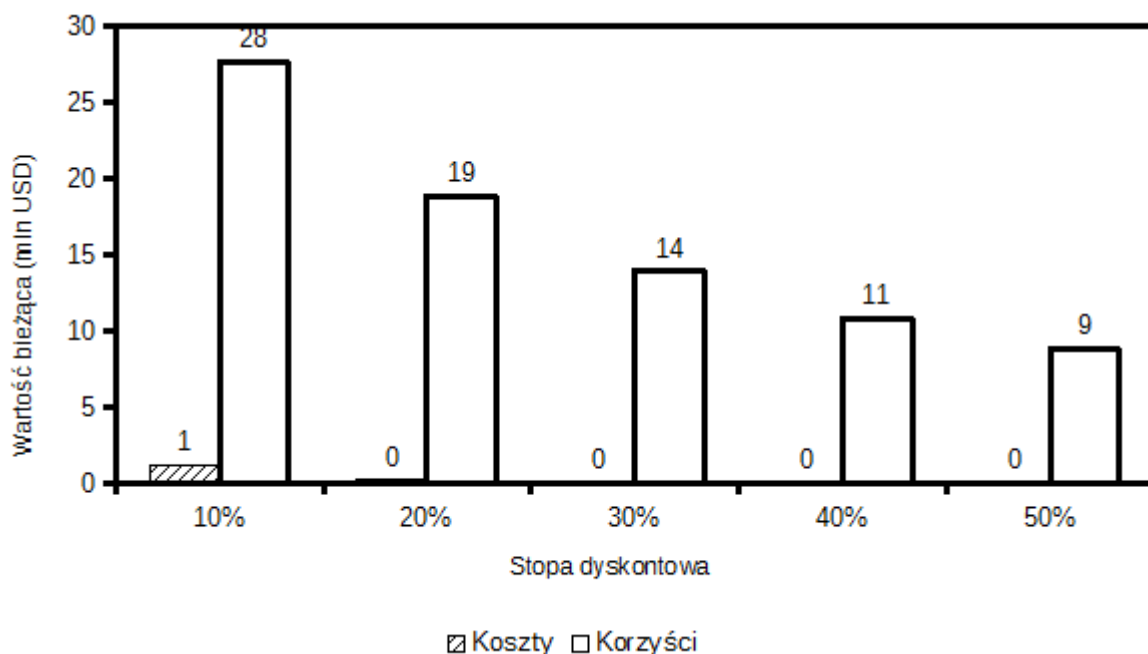
Wyniki oszacowania wartości bieżącej kosztów i korzyści dla obydwu przypadków przedstawiono w formie wykresu na rysunkach 1 i 2. Wykresy pokazują, że wartość bieżąca korzyści spada wykładniczo wraz ze wzrostem stopy dyskontowej. W każdym przypadku jest ona jednak większa od wartości bieżącej kosztów. Wartość bieżąca kosztów jest mniejsza, a także spada szybciej przy wzroście stopy dyskontowej ze względu na oddalenie kosztów w czasie. Jeśli więc przyjąć racjonalność ekonomiczną za kryterium decyzji o zaangażowaniu się w nadużycia, należy stwierdzić, że popełnianie nadużyć jest korzystne i racjonalne nawet w przypadkach zakończonych ukaraniem sprawców.

Rysunek 1. Bilans wartości bieżącej kosztów i korzyści z nadużyć finansowych popełnionych przez BNY Mellon



Źródło: Szacunki własne na podstawie dokumentów sądowych.

Rysunek 2. Bilans wartości bieżącej kosztów i korzyści z nadużyć finansowych popełnionych przez Charlesa Kokesha



Źródło: Szacunki własne na podstawie dokumentów sądowych.

5. Wnioski

Przedstawione argumenty prowadzą do wniosku o opłacalności nadużyć na rynkach finansowych z punktu widzenia ich sprawców, jeśli przyjąć utylitaryzm ekonomiczny jako model racjonalności. Bilans kosztów i korzyści wskazuje, że racjonalna ocena sytuacji prowadzi nieuchronnie do podjęcia decyzji o zaangażowaniu się w nadużycia finansowe. Oceny tej nie zmienia perspektywa kar nakładanych przez instytucje nadzoru, takie jak SEC. Stosowanie wąsko rozumianego utylitaryzmu jako założenia przy planowaniu działań nadzoru finansowego gwarantuje nieskuteczność w ograniczaniu skali nadużyć finansowych. Konieczne jest rozszerzenie perspektywy na inne modele podejmowania decyzji.

Alternatywny model racjonalności – dostosowany do zmian zachodzących na rynkach finansowych – oferuje etyka cnót, która w przedsiębiorstwach przyjmuje postać zarządzania poprzez wartości. Jej podstawą jest podejmowanie przez jednostki gospodarujące decyzji

prowadzących do ich rozwoju moralnego²⁸⁵. Badania pokazują, że rozwój ten prowadzi do korzystnych wyników ekonomicznych w dłuższej perspektywie²⁸⁶ – wybieranie działań moralnie słusznych jest więc zgodne z logiką finansową²⁸⁷. Zastosowanie zarządzania przez wartości nie wymaga wprowadzenia szczegółowych regulaminów czy metod kontroli, dzięki czemu unika się negatywnych efektów motywacyjnych, nie występuje też zjawisko ograniczenia skłonności do innowacji, jakie może powodować ścisła kontrola zgodności z przepisami²⁸⁸. Ocena projektów według etyki cnót koncentruje się na pytaniu o korzyści, jakie dany projekt przyniesie dla rozwoju organizacji – czy wpłynie na realizację jej strategicznych celów. Przeciwdziałanie nadużyciom może więc być skutecznie, jeśli się wykaże, że popełnianie nadużyć przynosi negatywne efekty dla organizacji.

Zmiana perspektywy z utilitaryzmu ekonomicznego na etykę cnót tworzy miejsce dla nowych pytań i badań nad metodami ograniczania nadużyć finansowych. Po pierwsze, dlaczego nadużycia finansowe nie są popełniane częściej, skoro są opłacalne? Brakuje materiału empirycznego, który wyjaśniłby przyczyny odrzucenia rentownych projektów wiążących się z nadużyciami finansowymi. Jednym z powodów może być stosowanie przez sprawców innych modeli racjonalności niż utilitarystyczny. Po drugie, w jaki sposób określić punkt równowagi pomiędzy działaniami nadzoru wynikającymi z różnych teorii racjonalności? Schell-Bussey i inni²⁸⁹ pokazali na podstawie przeglądu badań empirycznych, że łączenie różnych metod przeciwdziałania podnosi ich efektywność, lecz brakuje wyjaśnienia przyczyn większej skuteczności poszczególnych kombinacji tych metod. Po trzecie, jakie konkretne działania wynikające z etyki cnót mogą podjąć instytucje nadzorujące rynek finansowy? Z pewnością nie mogą one przyjąć kształtu nowych wymogów prawnych²⁹⁰. Wzmacnianie etyki grup zawodowych w finansach, w połączeniu z ich profesjonalizacją, jest jednym z potencjalnych kierunków rozwoju.

²⁸⁵ R. Audi, *Virtue Ethics as a Resource in Business*, „Business Ethics Quarterly” 2012, vol. 22, iss. 2, s. 273–291.

²⁸⁶ R. Audi, *The Ethical Significance...*, *op. cit.*

²⁸⁷ A.J.G. Sison, I. Ferrero, G. Guitián, *op. cit.*

²⁸⁸ C. Michaelson, *Compliance and the Illusion of Ethical Progress*, „Journal of Business Ethics” 2006, vol. 66, iss. 2/3, s. 241–251.

²⁸⁹ N. Schell-Busey *et al.*, *What Works?*, „Criminology & Public Policy” 2016, vol. 15, iss. 2, s. 387–416.

²⁹⁰ C. Michaelson, *op. cit.*

Bibliografia

1. Audi R., *The Ethical Significance of Cost-Benefit Analysis in Business and The Professions*, „Business & Professional Ethics Journal” 2005, vol. 24, iss. 3, s. 3–21.
2. Audi R., *Virtue Ethics as a Resource in Business*, „Business Ethics Quarterly” 2012, vol. 22, iss. 2, s. 273–291.
3. Bentham J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Clarendon Press, Oxford 1996.
4. Choi S.J., Pritchard A.C., *SEC Investigations and Securities Class Actions: An Empirical Comparison*, „Journal of Empirical Legal Studies” 2016, vol. 13, iss. 1, s. 27–49.
5. Damodaran A., *Investment valuation: tools and techniques for determining the value of any asset*, Wiley, Hoboken NJ 2012.
6. Egan M., Matvos G., Seru A., *The Market for Financial Adviser Misconduct*, „National Bureau of Economic Research, Working Paper” 22050, 2016.
7. Egan M., Matvos G., Seru A., *When Harry Fired Sally: The Double Standard in Punishing Misconduct*, „National Bureau of Economic Research, Working Paper” 23242, 2017.
8. Fernández P., *Valuation methods and shareholder value creation*, Academic Press, San Diego, Calif, 2002.
9. Fisher I., *The theory of interest: as determined by impatience to spend income and opportunity to invest it*, Macmillan Co., New York 1930.
10. Flore C., Kolaric S., Schiereck D., *Settlement agreement types of federal corporate prosecution in the U.S. and their impact on shareholder wealth*, „Journal of Business Research” 2017, vol. 76, s. 145–158.
11. Haslem B., Hutton I., Smith A.H., *How Much Do Corporate Defendants Really Lose? A New Verdict on the Reputation Loss Induced by Corporate Litigation*, „Financial Management” 2017, vol. 46, iss. 2, s. 323–358.
12. Kedia S., Rajgopal S., *Do the SEC’s enforcement preferences affect corporate misconduct?*, „Journal of Accounting and Economics” 2011, vol. 51, iss. 3, s. 259–278.
13. Klimczak B., *Model człowieka gospodarującego – szansa czy zagrożenie dla uczciwego biznesu?*, „Annales. Etyka w życiu gospodarczym” 2007, t. 10, nr 1, s. 97–115.

Str. 199

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

Tel. 22 333 73 26,
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

14. Meiseberg B., Ehrmann T., Prinz A., *Anything worth winning is worth cheating for? Determinants of cheating behavior among business and theology students*, „Journal of Business Economics” 2017, vol. 87, iss. 8, s. 985–1016.
15. Michaelson C., *Compliance and the Illusion of Ethical Progress*, „Journal of Business Ethics” 2006, vol. 66, iss. 2/3, s. 241–251.
16. Roulet T.J., *Sins for some, virtues for others: Media coverage of investment banks’ misconduct and adherence to professional norms during the financial crisis*, „Human Relations” 2018, s. 1–28.
17. Schell-Busey N. et al., *What Works?,”* „Criminology & Public Policy” 2016, vol. 15, iss. 2, s. 387–416.
18. SEC Enforcement, *Annual report. A look back at fiscal year 2017*, US Securities and Exchange Commission Division of Enforcement, 2017.
19. SEC, *Agency financial report. Fiscal year 2017*, US Securities and Exchange Commission, 2017, s. 82.
20. Simon H.A., *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*, Free Press, New York 1997.
21. Sison A.J.G., Ferrero I., Guitián G., *Characterizing Virtues in Finance*, „Journal of Business Ethics” 2019, vol. 155, nr 4, s. 995–1007.
22. Steinway S.A., *SEC Monetary Penalties Speak Very Loudly, but What Do They Say – A Critical Analysis of the SEC’s New Enforcement Approach Comment*, „Yale Law Journal” 2014, vol. 124, s. 209–232.
23. United States Government Accountability Office, *Securities and Exchange Commission. Actions needed to address limited progress in resolving long-standing personnel management challenges*, Report to Congressional Committees GAO-17-65, 2016, s. 90.
24. Velikonja U., *Public Compensation for Private Harm: Evidence from the Sec’s Fair Fund Distributions*, „Stanford Law Review” 2015, vol. 67, iss. 2, s. 331–395.
25. Warner J.T., Pleeter S., *The Personal Discount Rate: Evidence from Military Downsizing Programs*, „American Economic Review” 2001, vol. 91, iss. 1, s. 33–53.

26. Yeager P.C., *The Elusive Deterrence of Corporate Crime*, „Criminology & Public Policy” 2016, vol. 15, iss. 2, s. 439–451.
27. Yunker J. A., *In Defense of Utilitarianism: An Economist’s Viewpoint*, „Review of Social Economy” 1986, vol. 44, iss. 1, s. 57–79.

Wybrane podstawy odpowiedzialności karnej za nadużycia na rynku finansowym

dr hab. Janusz Raglewski, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Karnego; adwokat

Dariusz Kuberski, prokurator byłej Prokuratury Generalnej

1. Wprowadzenie

Zwalczanie nadużyć na rynku finansowym winno się odbywać na kilku niezależnych płaszczyznach. Przede wszystkim przyjmowane rozwiązania instytucjonalne winny minimalizować ryzyko wystąpienia nadużyć prawa w działaniu przedsiębiorców, korupcji oraz zaboru mienia. Zasady ładu korporacyjnego stanowią naturalny mechanizm zabezpieczający przed przejawami patologii życia gospodarczego. Dopiero w następnej kolejności środki przymusu państwowego mogą spełniać funkcje korygujące i zapewniać poszanowanie uczciwych reguł obrotu gospodarczego. Pojawiające się zjawiska patologiczne dostatecznie uzasadniają potrzebę istnienia dodatkowej formy zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania rynku poprzez groźbę zastosowania środków reakcji prawnokarnej. Podkreślenia wymaga jednak akcesoryjność form przymusu karnoprawnego w relacji do środków o charakterze administracyjnoprawnym i cywilnoprawnym. Regulacje karnoprawne winny być zatem postrzegane jako dopełnienie tych ostatnich, ograniczone do najbardziej rażących przypadków naruszenia standardów obowiązujących na rynku finansowym. Względem na specyfikę tej sfery życia społecznego, a także właściwości środków prawnokarnych nakazują zwrócić szczególną uwagę na konieczność przestrzegania zasady *ultima ratio* aplikacji instrumentarium prawa karnego. Uczynienie tego wstępnego zastrzeżenia było konieczne dla uchwycenia właściwej funkcji norm karnoprawnych w przeciwdziałaniu nieprawidłowościom występującym w obrocie gospodarczym.

W obszarze działań naruszających reguły obrotu gospodarczego można wyróżnić dwa podstawowe rodzaje skutków negatywnych: te, które mają wpływ na innych uczestników obrotu gospodarczego, a więc w skali makroekonomicznej oddziałują negatywnie na prawidłowość obrotu gospodarczego postrzeganego jako całość, oraz te, które dotyczą klientów, w tym konsumentów, i

Str. 202

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

z woli ustawodawcy objęte są penalizacją z uwagi na masowość naruszeń, a w konsekwencji wielość podmiotów pokrzywdzonych. W pierwszym ze wskazanych obszarów wyraźnie widać potrzebę zwiększenia efektywności reguł odpowiedzialności podmiotów instytucjonalnych (przedsiębiorców) za czyny karalne osób fizycznych pozostające w związku z ich funkcjonowaniem. Przykładem drugiej kategorii reguł odpowiedzialności są między innymi przepisy karne prawa bankowego, dotyczące obciążania ryzykiem cudzych środków pieniężnych powierzonych pod tytułem zwrotnym oraz zasad oferowania instrumentów finansowych w obrocie publicznym.

2. Podstawy odpowiedzialności karnej (kodeks karny oraz tzw. przepisy karne pozakodeksowe)

Podstawy odpowiedzialności karnej za nadużycia na rynku finansowym przewidziane są w wielu aktach prawnych²⁹¹ normujących tę sferę życia społecznego. Są to tzw. pozakodeksowe przepisy karne, do których znajdują zastosowanie unormowania części ogólnej obowiązującego kodeksu karnego²⁹². Wiele z tych czynów karalnych zaliczanych jest do szerszej kategorii przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu. Normatywny wyraz takiej klasyfikacji odnaleźć można chociażby w art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 28 października

²⁹¹ Wymienić tu można m.in.: art. 215–222 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1906 z późn. zm.); art. 171 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2187 z późn. zm.); art. 37 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1771 z późn. zm.); art. 57–58c ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 312); art. 40 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontaktach emerytalnych oraz indywidualnych kontaktach zabezpieczenia emerytalnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1776 z późn. zm.); art. 287–299 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1355 z późn. zm.); art. 50 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1449 z późn. zm.); art. 178–184 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2286 z późn. zm.); art. 45–46 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1417 z późn. zm.); art. 99 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 623 z późn. zm.); art. 74v–74w ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2386 z późn. zm.); art. 20a ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 298 z późn. zm.); art. 150–153a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 659); art. 59a–59i ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 993 z późn. zm.); art. 430–440 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 381); art. 89–90 ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2210 z późn. zm.); art. 106–108 ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 2215).

²⁹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 z późn. zm.).

2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary²⁹³. Należy również pamiętać, że istotne znaczenie w praktycznym wymiarze walki z nadużyciami na rynku finansowym mają także przepisy obowiązującego kodeksu karnego, penalizujące pranie pieniędzy (art. 299 k.k.)²⁹⁴, czyny godzące w wiarygodność informacji związanych z obrotem papierami wartościowymi (art. 311 k.k.), a przede wszystkim oszustwo (art. 286 k.k.).

Ostatnia z wymienionych kwalifikacji ma szczególnie duże znaczenie w praktyce. Istota tego czynu karalnego polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie jej w błąd, wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania²⁹⁵. Nie budzi wątpliwości, że dokonanie oszustwa z art. 286 § 1 k.k. nie wymaga zaistnienia szkody²⁹⁶, tym niemniej wykazanie realizacji wszystkich znamion tego przestępstwa nie jest zabiegiem prostym. Trudności pojawiają się chociażby przy konieczności ustalenia realizacji znamion strony podmiotowej czynu przestępnego z art. 286 § 1 k.k. Pamiętać bowiem należy, że: „oszustwo jest przestępstwem kierunkowym, gdyż warunkiem odpowiedzialności jest działanie czy zaniechanie sprawcy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Zamiar bezpośredni o szczególnym zabarwieniu związanym z celem działania sprawcy oznacza, że elementy przedmiotowe oszustwa muszą mieścić się w świadomości sprawcy i muszą być objęte

²⁹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 628.

²⁹⁴ Por. ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2018 r. poz. 723 z późn. zm.).

²⁹⁵ Jak się objaśnia w orzecznictwie: „Sposób działania sprawcy oszustwa względem innej osoby może zatem polegać na: wprowadzeniu jej w błąd poprzez wywołanie u niej wyobrażenia o istniejącej (nie przyszłej) rzeczywistości, która jest w istocie inna, niż przedstawia jej sprawca; wyzyskaniu błędu pokrzywdzonego, tj. jego subiektywnego wyobrażenia o rzeczywistości, która jest w istocie odmienna i o czym sprawca wie; wyzyskaniu niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Zauważyć należy, że wprowadzenie w błąd może mieć postać zarówno działania (np. sprawca przedstawia pokrzywdzonemu nieprawdziwe informacje dotyczące transakcji, za którą ma otrzymać od niego wynagrodzenie), jak i zaniechania (np. sprawca zataja przed pokrzywdzonym istotne informacje dotyczące obciążeń własnego majątku czy wady prawnej przedmiotu transakcji). Opisane sposoby działania sprawcy muszą poprzedzać niekorzystne rozporządzenie mieniem przez pokrzywdzonego, stąd też istotnym znamieniem oszustwa jest związek przyczynowy między wprowadzeniem w błąd, czy wyzyskaniem błędu a niekorzystnym rozporządzeniem mieniem” (wyrok SN z dnia 19 lipca 2007 r., V KK 384/06, LEX nr 299205).

²⁹⁶ Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 sierpnia 2000 r. (V KKN 267/00, OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 85): „Ustawowe znamię, stanowiące skutek przestępstwa oszustwa, określonego w art. 286 § 1 k.k., wypełnione zostaje wtedy, gdy sprawca, działając w sposób opisany w tym przepisie, doprowadza inną osobę do rozporządzenia mieniem, które jest niekorzystne z punktu widzenia interesów tej osoby lub innej osoby pokrzywdzonej. Powstanie szkody w mieniu nie jest koniecznym warunkiem do przyjęcia, że doszło do tak pojmowanego niekorzystnego rozporządzenia”. Por. także wyrok SA w Warszawie z dnia 19 października 2018 r. (II AKa 145/18, LEX nr 2601086).

jego wolą. Sprawca oszustwa nie tylko musi chcieć uzyskać korzyść majątkową, lecz musi także chcieć użyć w tym celu określonego sposobu działania czy zaniechania. W związku z tym do przestępstwa oszustwa nie dochodzi zarówno wtedy, jeżeli jeden z przedstawionych elementów nie jest objęty świadomością sprawcy, jak i wówczas, jeżeli któregoś z nich sprawca nie chce, lecz tylko się godzi. W przypadku działania sprawcy w zamiarze ewentualnym nie dochodzi więc do popełnienia występku oszustwa przewidzianego w art. 286 § 1 k.k.”²⁹⁷.

Kłopotliwe do jednoznacznego ustalenia w konkretnym stanie faktycznym jest odróżnienie niekaralnego niewykonania zawartej umowy od zachowania oszukańczego. Organy ścigania, walcząc z tzw. piramidami finansowymi, próbują kwalifikować zachowania oskarżonych jako czyny z art. 286 k.k., uznając, że mamy do czynienia z wprowadzaniem w błąd innych osób fizycznych, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, co do rodzaju zawieranych z nimi umów oraz sposobu inwestowania powierzonych środków pieniężnych. Sprawcy wywołują bowiem u pokrzywdzonych błędne przekonanie, iż lokują swoje środki finansowe na zasadach właściwych dla instytucji bankowych, zwłaszcza że są one objęte gwarancjami Bankowego Funduszu Gwarancyjnego. Zastosowanie takiej koncepcji w wymiarze praktycznym generuje wiele trudności związanych z koniecznością wykazania powyższych okoliczności w ramach procedury postępowania dowodowego²⁹⁸.

Istotną częścią występujących nadużyć na rynku finansowym jest funkcjonowanie tzw. piramid finansowych, określanych zazwyczaj jako działalność parabankowa²⁹⁹. Chodzi o takie podmioty, jak m.in. „trusty inwestycyjne”, „korporacje finansowe” itp.³⁰⁰, prowadzące niezgodną z prawem działalność zastrzeżoną do wyłącznej właściwości banków. Przypomnieć wypada, że tylko banki są uprawnione, po uzyskaniu uprzednio stosownego zezwolenia, „do wykonywania

²⁹⁷ Wyrok SN z dnia 19 lipca 2007 r. (V KK 384/06). Por. także: „Aby przyjąć popełnienie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., sąd winien, dokonując analizy strony podmiotowej, wykazać na podstawie dowodów, że sprawca obejmował swym bezpośrednim i kierunkowym zamiarem nie tylko wprowadzenie w błąd (wyzyskanie błędu itd.) i działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, lecz także, że w momencie działania mającego na celu uzyskanie kredytu obejmował swym bezpośrednim i kierunkowym zamiarem okoliczność, iż osoba rozporządzająca mieniem czyni to z niekorzyścią dla kredytodawcy” (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 lipca 2018 r., II AKA 9/18, LEX nr 2571563).

²⁹⁸ A. Świstak, *Firmy „systemu argentyńskiego” – prawo czy bezprawie?*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 18, s. 844–846.

²⁹⁹ P. Żak, *Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7–8, s. 210; A. Świstak, *op. cit.*

³⁰⁰ J. Majewski, *Przestępstwa związane z działalnością banków oraz obrotem pieniężnym i papierami wartościowymi*, [w:] O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze*, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 278.

czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym” (art. 2 prawa bankowego). W wymiarze praktycznym cechą charakterystyczną tego karalnego „modelu biznesowego” jest duża skala prowadzonej działalności, co znajduje wyraz w znacznej liczbie osób pokrzywdzonych oraz wielkości środków pieniężnych zaangażowanych w taki proceder. Sprawy te zazwyczaj budzą zainteresowanie mediów, czego najlepszym przykładem z ostatnich lat jest toczący się obecnie przed Sądem Okręgowym w Gdańsku proces w sprawie afery Amber Gold.

3. Przestępstwa z art. 171 ust. 1 i 3 prawa bankowego

Jako zasadniczą podstawę aplikacji środków reakcji prawnokarnej w celu zapewnienia skutecznej ochrony przed ryzykiem związanym z powierzaniem środków pieniężnych podmiotom znajdującym się poza kontrolą właściwych instytucji postrzega się regulacje zawarte w art. 171 ust. 1 i 3 prawa bankowego (dalej: pr. bank.)³⁰¹. Istotą czynów w nich spenalizowanych jest prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków finansowych w inny sposób. Jak podkreśla się w judykaturze, dopuszczenie się tego typu czynu przestępnego „wywołuje stan zagrożenia dla bezpieczeństwa, stabilności i zaufania do systemu finansowego. Dobrem chronionym w przypadku tego przepisu jest prawo obywatela do ochrony przed podmiotami prowadzącymi działalność bankową poza sformalizowaną kontrolą i systemem zabezpieczeń ustawowych oraz interes samych banków jako instytucji zaufania społecznego”³⁰².

³⁰¹ Przepis ten stanowi: „Kto bez zezwolenia prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób, podlega grzywnie do 10 000 000 złotych i karze pozbawienia wolności do lat 5”. Drugi z wymienionych przepisów zawiera tzw. klauzulę odpowiedzialności zastępczej. Szerzej por. P. Ochman, *Uwagi o klauzuli odpowiedzialności zastępczej za przestępstwa w pozakodeksowym prawie karnym gospodarczym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. 27; O istocie tej konstrukcji por. m.in.: R. Zawłocki, *Istota odpowiedzialności karnej zastępczej*, [w:] J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, Scholar, Warszawa 2008, s. 306–308. Ocena istnienia zasadności unormowania przewidzianego w art. 171 ust. 3 pr. bank. zostanie przeprowadzona w dalszych rozważaniach.

³⁰² Postanowienie SN z dnia 8 marca 2016 r. (IV KK 16/16, LEX nr 2013457).

Na gruncie art. 171 ust. 1 pr. bank. przestępstwo stanowi wszelkiego rodzaju gromadzenie środków finansowych, niezależnie od tego, jaką postać i formę przybiera. Wobec ustawowego wymogu „prowadzenia działalności” kryminalizowany proceder musi przybrać pewien poziom zorganizowania³⁰³. Dla przypisania odpowiedzialności karnej wymagane jest „ustalenie, że w zamiarze sprawcy gromadzenie tych środków następuje pod tytułem zwrotnym”³⁰⁴. Zakresem penalizacji nie jest objęte wykonywanie działalności kredytowej wyłącznie w oparciu o środki własne³⁰⁵. Analizowany przepis karny nie odnosi się do sytuacji, w której środki finansowe byłyby uzyskiwane w sposób nielegalny, np. w drodze oszustwa³⁰⁶. Sprawca tego przestępstwa nie musi przekonywać osób, które powierzają mu swoje środki pieniężne, że prowadzi działalność legalną. Dla bytu przestępstwa nie ma też znaczenia, czy osoby, które wpłaciły pieniądze, doznały jakiegoś uszczerbku majątkowego. Czyn przestępny określony w art. 171 ust. 1 pr. bank. ma charakter powszechny, bezskutkowy (formalny), jest typem przestępstwa tzw. abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Ściganie odbywa się z oskarżenia publicznego, z urzędu. Odnotować również należy szczególny typ ustawowego zagrożenia w postaci sankcji kumulatywnej (grzywna i kara pozbawienia wolności).

Jurydyczne ujęcie znamion typu czynu zabronionego z art. 171 ust. 1 pr. bank. budzi kontrowersje. Zwraca się w szczególności uwagę na nieprecyzyjne ujęcie znamienia, jakim jest „obciążanie ryzykiem środków w inny sposób”. Przede wszystkim pojawia się kwestia zgodności takiego zapisu ustawowego ze standardami gwarancyjnymi wynikającymi z zasady *nullum crimen sine lege*. Trzeba jednak pamiętać, że występowanie przepisów karnych wieloznacznych bądź blankietowych jest charakterystyczne dla penalizacji czynów godzących w prawidłowość obrotu gospodarczego, co wynika z obiektywnych trudności w jednoznacznym opisie negatywnego zjawiska, względem którego ustawodawca jest przekonany, że winno być ono karalne³⁰⁷. W literaturze rekomenduje się co prawda zmianę polegającą na wyeliminowaniu analizowanego

³⁰³ J. Majewski, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 Prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 6, s. 101.

³⁰⁴ Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2018 r. (V KK 384/17, OSNKW 2018, z. 9, poz. 59).

³⁰⁵ P. Żak, *Nielegalna działalność bankowa – wybrane problemy praktyczne i interpretacyjne*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7–8, s. 212.

³⁰⁶ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 r. (II AKa 31/17, LEX nr 2292444).

zapisu ustawowego z opisu znamion prezentowanego typu czynu karalnego³⁰⁸, nie wydaje się to jednak konieczne. Deskryptywny charakter dyspozycji omawianego przepisu odnosi się do art. 2 pr. bank., który wskazuje na sposób działania sprawcy, polegający na „obciążaniu ryzykiem” powierzonych środków pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Chodzi więc o otwarty katalog czynności sprawcy, które polegają na zaangażowaniu środków pieniężnych pokrzywdzonego w działalność inwestycyjną, jaka może stanowić źródło zysku, jednak nie gwarantuje zwrotu powierzonych środków. Są to m.in. następujące ryzyka bankowe: utraty płynności, kredytowe, zmiany stopy procentowej, zmiany kursów walutowych, refinansowania, kadrowe, kapitałowe, terminu transakcji, rodzaju zabezpieczenia. Ustawodawca w sposób świadomy, przewidując dynamicznie rozwijający się portfel usług finansowych, nie posłużył się egzemplifikacją konkretnych czynności, lecz wskazał na ich wspólną cechę. W ten sposób spenalizowane zostały wszelkie umowy nienazwane, mające tę wspólną cechę, jaką jest wprowadzenie ryzyka braku zwrotu środków pieniężnych zainwestowanych przez pokrzywdzonego.

Mimo tak szeroko ujętych znamion typu czynu zabronionego – jak wskazuje analiza statystyk sądowych w latach 2008–2017³⁰⁹ – praktyczne znaczenie prezentowanej podstawy odpowiedzialności karnej jest wręcz znikome. Rocznie ilość skazań za przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. nie przekracza 5³¹⁰. O istnieniu poważnych trudności w stosowaniu tej regulacji przekonuje również fakt, że swoistą cechą tego rodzaju spraw jest znaczny odsetek wyroków sądowych uniewinniających³¹¹. Często w praktyce sądowej skazanie sprawcy następuje za czyn odmiennie kwalifikowany, niż to zostało przyjęte w akcie oskarżenia. Polega to na wyeliminowaniu z opisu czynu objętego zarzutem przepisu art. 171 ust. 1 pr. bank. lub art. 171 ust. 3 pr. bank. przy pozostawieniu art. 286 § 1 k.k.³¹² W tej sytuacji pojawia się oczywiste pytanie o przyczynę takiego

³⁰⁷ R. Zawłocki, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 10, R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 34.

³⁰⁸ P. Bachmat, *Sądowa praktyka ścigania przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności bankowej lub parabankowej (art. 171 ust. 1 i 3 ustawy – Prawo bankowe)*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2015, s. 80–81.

³⁰⁹ <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [dostęp: 28.04.2019].

³¹⁰ W kolejnych latach prezentuje się to następująco (po pauzie umieszczono liczbę skazanych osób dorosłych): w 2008 r. – 5, w 2009 r. – 3, w 2010 r. – 1, w 2011 r. – 2, w 2012 – 0, w 2013 r. – 1, w 2014 r. – 2, w 2015 r. – 3, w 2016 r. – 5, w 2017 r. – 1.

³¹¹ P. Bachmat, *op. cit.*, s. 82.

³¹² *Ibidem*, s. 81.

zjawiska. Wydaje się, że nie jest nią zbyt wąski zakres penalizacji. Jest on bowiem stosunkowo szeroki i nie stwarza szczególnych problemów wykładniczych. Doświadczenia praktyczne przekonują zresztą o dużej powściągliwości organów ścigania w stosowaniu przepisów należących do tzw. pozakodeksowego prawa karnego³¹³.

4. Projekt nowej podstawy odpowiedzialności karnej (art. 286a k.k.)

Z analizy obowiązujących *de lege lata* zapisów ustawowych w kontekście niewielkiego ich znaczenia, przy dużej skali występowania zjawiska w rzeczywistości społecznej, wynika kwestia stworzenia kolejnej podstawy odpowiedzialności karnej za nadużycia na rynku finansowym. Odnotujmy, że Komisja Nadzoru Finansowego wystąpiła z inicjatywą wprowadzenia do obecnego kodeksu karnego unormowania zawartego w projektowanym art. 286a, penalizującym szczególny typ oszustwa finansowego, popełnianego przy wykorzystaniu modelu tzw. piramidy finansowej. Przy tworzeniu nowej regulacji oczywista jest obawa przed mnożeniem bytów ponad konieczną potrzebę. Pamiętać należy, że konstrukcja przestępstwa oszustwa z art. 286 k.k. jest bardzo szeroka. Nawet w sytuacji braku jego dokonania zawsze wchodzi w rachubę odpowiedzialność karna za usiłowanie dokonania tego typu czynu karalnego (art. 13 k.k.). Jeśli uznamy za konieczne wprowadzenie odpowiedzialności karnej za przygotowanie do popełnienia przestępstwa oszustwa (które nie jest obecnie penalizowane), godne rozważenia byłoby wprowadzenie podstawy odpowiedzialności karnej wzorowanej na art. 24a ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³¹⁴.

Odnotować wypada, że stworzenie nowego art. 286a k.k., penalizującego doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w drodze zawarcia umowy, z której wynika obowiązek świadczenia, w sytuacji, w której sprawca przewidywał niemożność wywiązania

³¹³ Wyjątkiem jest ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1030 z późn. zm.).

³¹⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm. Przepis ten ma następujące brzmienie: „Art. 24a. Kto organizuje system sprzedaży lawinowej lub takim systemem kieruje, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”.

się w całości z zaciągniętego zobowiązania i godził się na to, przewidywał projekt nowelizacji obowiązującego kodeksu karnego z 2007 r.³¹⁵

W zamyśle projektodawców chodziło o stworzenie nowego typu *sui generis* oszustwa, który miałby mieć zastosowanie do zobowiązań powstałych wskutek zawarcia przez strony umów wzajemnych, a więc przewidujących ekwiwalentne świadczenia, w których przypadku termin świadczenia przynajmniej jednej ze stron będzie oddalony w czasie, czy to wskutek okoliczności związanej z charakterem świadczenia i rodzajem zawieranej umowy, czy też z mocy uzgodnienia stron, co prowadzi do odroczenia terminu spełnienia świadczenia (np. zakup towarów czy usług na podstawie faktury z tzw. odroczonym terminem płatności). Okolicznością przesądzającą odpowiedzialność karną tego, kto takie zobowiązanie zaciągnął, stanowić miał – oprócz skutku w postaci doprowadzenia drugiej strony umowy do niekorzystnego rozporządzenia mieniem – określony w treści przepisu stan świadomości sprawcy, przewidującego niemożność wywiązania się z tego zobowiązania w całości, i na to godzącego się. Ostatecznie nie doszło do uchwalenia tego projektu. Abstrahując od niezręczności stylistycznej wynikającej z zastosowania w proponowanym art. 286a § 1 k.k. zaimka osobowego „jego” (zbędnego z uwagi na dalszą treść przepisu), proponowane rozwiązanie co do istoty stanowiło próbę poszerzenia zakresu ochrony karnoprawnej, co było związane z czytelną intencją zwiększenia bezpieczeństwa stosunków kontraktowych. Projekt stanowić miał odpowiedź na istotne trudności dowodowe związane z koniecznością wykazania sprawcy działania z zamiarem kierunkowym, szczególnie zabarwionym. Wydaje się jednak, że jednocześnie generował on kolejne utrudnienia, o jeszcze większym natężeniu, wynikające z konieczności każdorazowego ustalania cezur między działaniem sprawcy z zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością, co dla praktyki stosowania prawa może stanowić nieporównywalnie większą trudność. Jeśli oceniać proponowaną regulację z punktu widzenia założeń polityczno-kryminalnych, wydaje się, że mielibyśmy w tym przypadku do

³¹⁵ Przepis ten miał mieć następującą treść: „§ 1. Kto zawiera umowę, z której wynika jego obowiązek świadczenia, przewidując i godząc się, że nie będzie w stanie wywiązać się w całości z zaciągniętego zobowiązania, czym doprowadza stronę tej umowy do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. § 3. Jeżeli czyn określony w § 1 lub 2 popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego” (druk Sejmu V kadencji nr 1756).

czynienia ze zbyt daleką ingerencją środkami prawa karnego w stosunki obligacyjne, niepozbawione przecież instrumentów ochrony prawnej na gruncie prawa zobowiązań (art. 471 k.c.).

5. Artykuł 99 ust. 1 ustawy o ofercie publicznej

W zakresie podstaw odpowiedzialności karnej w prawie karnym gospodarczym, w tym dotyczących nadużyć na rynku finansowym, szczególnego znaczenia nabiera określenie podmiotowych granic odpowiedzialności karnej za działanie polegające na dokonywaniu oferty publicznej papierów wartościowych bez spełnienia wymaganych ustawą warunków, o których mowa w art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (dalej: u.o.o.p.). Przepis ten zawiera w ust. 3 tak zwaną klauzulę odpowiedzialności zastępczej i ma następującą treść: „Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 lub 2, działając w imieniu lub interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej”.

W piśmiennictwie³¹⁶ zwrócono uwagę, że klauzula ta jest konieczna z tego względu, że w sensie formalnym to jednostka organizacyjna jest bezpośrednim podmiotem, który narusza obowiązek określony w przepisie karnym. Faktycznie dany czyn zabroniony popełnia konkretna osoba fizyczna, jednakże czyni to w związku z funkcjonowaniem określonej struktury i podejmuje swe działania w imieniu i na rzecz tej struktury (np. spółki). Podnosi się więc, że takie zachowanie nie jest czynem w klasycznym karnoprawnym ujęciu, a zatem potrzebna jest odpowiednia konstrukcja, która dany czyn sprawcy pozwoli uznać za podstawę odpowiedzialności karnej. Zaprezentowany pogląd ma istotne znaczenie dla oceny funkcji wskazanej klauzuli i jej rzeczywistego zakresu oddziaływania.

Kluczowe znaczenie dla efektywnego działania przepisów karnych o ofercie publicznej ma ustalenie, czy wskazana klauzula w ogóle umożliwia ściganie naruszeń prawa karnego w korporacjach, a bez jej zamieszczenia w przepisie karnym, nie byłoby to możliwe, czy też, jej

³¹⁶ R. Zawłocki, [w:], T. Sójka (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, komentarz do art. 99 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych.

działanie jest szersze i wpływa ona na ekstensywne określenie podmiotowych granic odpowiedzialności karnej.

Oczywiście należy mieć na uwadze, że odpowiedzialność karna jest odpowiedzialnością sprawczą za działania i zaniechania osoby fizycznej. Kodeks karny nie przewiduje odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych – konglomeratów. Pozostając w granicach reguł odpowiedzialności karnej, ustawodawca w określonych sytuacjach decyduje się na rozszerzenie odpowiedzialności karnej na osoby fizyczne działające w ramach jednostek organizacyjnych, takich jak spółki prawa handlowego, lub na osoby fizyczne działające na rzecz tych jednostek organizacyjnych mimo braku formalnej przynależności do nich. Takim przykładem podmiotowego rozszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej jest klauzula zawarta w art. 308 k.k. który stanowi, że: „Za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu odpowiada jak dłużnik lub wierzyciel, kto na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami majątkowymi innej osoby prawnej, fizycznej, grupy osób lub podmiotu niemającego osobowości prawnej”.

Rzecz jednak w tym, że wskazana klauzula ma inny kształt normatywny niż ta zastosowana w art. 99 ust. 3 u.o.o.p. Zabieg legislacyjny polegający na wprowadzeniu wskazanej klauzuli w art. 308 k.k. doprecyzowuje podmiot odpowiedzialności karnej, sytuując go poza strukturą jednostki organizacyjnej. Wskazuje na to użycie słowa „inny”, odnoszącego się między innymi do osoby prawnej lub podmiotu niemającego osobowości prawnej, która to osoba nie jest „własną” osobą prawną lub „własnym” podmiotem niemającym osobowości prawnej. Takiej funkcji rozszerzającej podmiotowo odpowiedzialność karną nie spełnia jednak klauzula zawarta w art. 99 ust. 3 u.o.o.p.

Ta istotna różnica – decydująca w konsekwencji o braku możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób działających na rzecz innych podmiotów, w szczególności spółek prawa handlowego – ma jednoznacznie negatywny wpływ na praktyczne oddziaływanie przepisu karnego art. 99 u.o.o.p. Uwzględnić bowiem należy okoliczność, że w przypadku spółek giełdowych zakres dywersyfikacji kompetencji na inne podmioty pośredniczące, zaangażowane w proces realizacji oferty publicznej emitenta (sprzedającego), jest relatywnie szeroki. Emitent korzysta bowiem z usług podmiotów zewnętrznych przygotowujących proces emisji.

Wskazany, ograniczony zakres klauzuli z art. 99 ust. 3 u.o.o.p. nie umożliwia więc pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób działających na rzecz innych podmiotów niż własne. Do rozważenia pozostaje także pytanie, czy treść tej klauzuli stanowi autonomiczną podstawę prawną sankcjonowania zachowań osób działających w imieniu lub interesie „własnej” osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej. Zauważyć należy, że brak takiej klauzuli w przepisie karnym art. 99 ust. 3 u.o.o.p. – co należy podkreślić – nie eliminuje możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej członków zarządów takich jednostek organizacyjnych, jak spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, względnie spółki partnerskie, jeśli ustanowiono w nich zarząd. Przedmiotem ocen karnoprawnych osób działających w tych podmiotach są czynności wywołujące określone skutki prawne. Czynności te są udziałem zarządców tych spółek. Dla możliwości przypisania odpowiedzialności karnej istotne znaczenie mają konsekwencje wynikające z art. 38 k.c. Osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie. Konstrukcja odpowiedzialności karnej osoby fizycznej działającej w ramach osoby prawnej sprowadza się do przypisania działania osoby fizycznej organowi osoby prawnej, a działanie organu stanowi działanie osoby prawnej³¹⁷.

Wskazane reguły odpowiedzialności nie mogą ignorować podstawowych kodeksowych przesłanek odpowiedzialności karnej. Na okoliczność tę zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, podkreślając, że odpowiedzialność karna określona w przepisach ustawy nie wynika z samego faktu prowadzenia lub kierowania jednostką organizacyjną, nawet jeżeli wszystkie znamiona strony przedmiotowej czynu zostaną wyczerpane. Nie można bowiem pomijać podstawowego warunku odpowiedzialności karnej, określonego w art. 1 § 3 k.k., a więc uzależnienia tej odpowiedzialności od winy³¹⁸.

Skoro zarządcy spółek odpowiadają za działania własne wywołujące skutki dla zarządzanego podmiotu, to za uprawniony należy uznać wniosek, że klauzula zawarta w art. 99 ust. 3 u.o.o.p. z punktu widzenia prawnych podstaw ścigania zarządców w spółce jest zbędna, a w zakresie kształtowania odpowiedzialności karnej osób fizycznych działających na rzecz innych

³¹⁷ Por. E. Płonka, *Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu spółki kapitałowej wobec spółki (art. 292 i 474 k.s.h.)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, nr 9.

³¹⁸ Por. postanowienie SN z dnia 4 lipca 2007 r. (V KK 361/06, OSNKW 2007, z. 10, poz. 73).

podmiotów (spółek) jest nieprzydatna, gdyż nie stanowi prawnej podstawy kreowania odpowiedzialności karnej tych osób. W tym kontekście rozważenia wymaga taka zmiana treści art. 99 ust. 3 u.o.o.p., która realizować będzie funkcje właściwe dla przepisu art. 308 k.k.

Sygnalizowany problem zakresu działania klauzul odpowiedzialności karnej jest istotny także z tego powodu, że wskazana konstrukcja jurystyczna stosowana jest także w innych pozakodeksowych przepisach karnych³¹⁹. Jej właściwa budowa ma decydujące znaczenie dla efektywności przepisów karnych jako środka reakcji na naruszenie reguł obrotu gospodarczego.

6. Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za czyny karalne

Istotny problem praktyczny związany z potrzebą zwiększenia efektywności przepisów karnych stanowi potrzeba zmiany reguł odpowiedzialności w stosunku do tych, które zawarte są w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Wprowadzenie tej rodzajowo odrębnej formy odpowiedzialności prawnej nie wywołuje zastrzeżeń. Przedsiębiorcy, szczególnie ci, którzy czerpią doświadczenia z funkcjonowania działów *compliance* w macierzystych spółkach zagranicznych, mają świadomość potrzeby istnienia reguł tej odpowiedzialności i są organizacyjnie przygotowani do przeciwdziałania zachowaniom stanowiącym źródło takiej odpowiedzialności. Jednocześnie obecnie obowiązująca ustawa z dnia 28 października 2002 r., jest całkowicie nieefektywna, a przypadki jej stosowania mają wymiar incydentalny w relacji do rzeczywistych potrzeb ingerencji w związku z zachowaniami uczestników obrotu gospodarczego.

Podstawowy problem w stosowaniu tej ustawy stanowią ograniczenia związane z koniecznością uzyskania prejudykatu, a więc najogólniej rzecz ujmując, potwierdzenia dopuszczenia się czynu zabronionego przez osobę fizyczną, której działanie przyniosło lub mogło przynieść korzyść podmiotowi zbiorowemu. W aktualnym stanie prawnym odpowiedzialność podmiotu zbiorowego ma więc charakter wtórny, mimo że praktyczne znaczenie tej odpowiedzialności dla korygowania zachowań uczestników obrotu gospodarczego ma znaczenie wręcz podstawowe.

³¹⁹ Na przykład w art. 37 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych oraz art. 150 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

Drugim istotnym ograniczeniem możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego jest ściśle określony katalog czynów zabronionych, wymienionych w art. 16 ustawy, które mogą stanowić podstawę wdrożenia tej odpowiedzialności.

Kolejny problem w stosowaniu ustawy związany jest z brakiem w ustawie regulacji prawnej, wskazującej na możliwość kreowania odpowiedzialności w wypadku połączenia lub przejęcia podmiotu zbiorowego przez inny podmiot. Brak ten uniemożliwia wdrożenie odpowiedzialności w stosunku do następcy prawnego podmiotu zbiorowego.

Słabą stroną obowiązującej ustawy jest też brak możliwości oddziaływania na przedsiębiorcę, który do zakończenia postępowania w przedmiocie wskazanej odpowiedzialności może podejmować działania szkodliwe dla innych uczestników obrotu gospodarczego (może nadal prowadzić działalność naruszającą prawo, zawierać szkodliwe dla strony umowy, obciążać majątek, zbywać składniki majątkowe).

Odnotować należy, że do Sejmu wpłynął w dniu 11 stycznia 2019 r. rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary i zmianie niektórych ustaw (nr UD74), a następnie w dniu 15 stycznia 2019 r. skierowany został do konsultacji, które do chwili obecnej mimo znacznego upływu czasu nie zostały zakończone. Jego postanowienia wywołują reperkusje w środowisku przedsiębiorców wyrażających obawy, że przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego nie mają jednoznacznego charakteru. W szczególności sygnalizowany jest problem luzu interpretacyjnego związanego ze sposobem definiowania pojęcia „należytej staranności” jako warunku odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. Wydaje się także, że pułap potencjalnej odpowiedzialności przedsiębiorców został określony relatywnie wysoko, gdyż we wskazanym przypadku w stosunkach kontraktowych zgodnie z art. 355 § 2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Niewątpliwie korygowanie zachowań uczestników rynku powinno odbywać się głównie w oparciu o naturalne mechanizmy gospodarczo-ekonomiczne, jednak system prawny powinien być wyposażony w możliwość władczego oddziaływania w razie przejawów patologii życia gospodarczego. W oczywisty sposób aktualnie obowiązująca ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych wskazanego warunku nie spełnia, za niezbędne należy więc uznać

przyspieszenie prac legislacyjnych nad wspomnianym wyżej projektem ustawy, która niewątpliwie stanowić będzie o wiele bardziej efektywny środek oddziaływania w stosunku do tych przedsiębiorców naruszających obowiązujące reguły uczestnictwa w grze rynkowej. Niezależnie jednak od tego ustawodawca winien zadbać, aby przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego były czytelne i poddawały się jednoznacznej identyfikacji, co pozwoli zachować gwarancyjny charakter norm prawa karnego, z poszanowaniem zasady *nullum crimen sine lege certa*.

7. Wnioski

1. Skuteczne zwalczanie nadużyć finansowych wymaga zastosowania rozwiązań systemowych, które w szczególności nie powinny ograniczać się jedynie do form reakcji karnoprawnej. Penalizacja zachowań stanowiących naruszenia reguł funkcjonowania rynku finansowego stanowić powinna ostateczną postać oddziaływania przymusu państwowego i co do zasady powinna odnosić się do czynów popełnionych umyślnie.

2. Ustawodawca, dążąc do zagwarantowania poszanowania reguł obrotu finansowego, powinien przede wszystkim zapewnić skuteczną ochronę w płaszczyźnie prawa administracyjnego poprzez wprowadzenie i weryfikację wymogów formalnych działalności uczestników obrotu finansowego (np. licencjonowanie działalności, kwalifikacje formalne, gwarancje instytucjonalne podmiotu prowadzącego działalność finansową).

3. Istotnym instrumentem korygującym zachowania uczestników obrotu finansowego są reguły odpowiedzialności instytucjonalnej, dotyczące odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, które działają prewencyjnie w stosunku do uczestników obrotu gospodarczego.

Instrumentarium prawne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sferze ochrony przed praktykami antykonsumenckimi na rynku finansowym – najnowsze rozwiązania

dr hab. Anna Piszcz, prof. Uniwersytetu w Białymstoku, Wydział Prawa, Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego

1. Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie dotyczy wybranych elementów instrumentarium prawnego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) w sferze ochrony przed praktykami antykonsumenckimi na rynku finansowym, wynikającego z przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)³²⁰. Prezes UOKiK ocenia bowiem swoje działania w obszarze rynku finansowego w zakresie ochrony konsumentów jako „intensywne” i informuje, że do ich podejmowania wykorzystuje sygnały płynące m.in. z prokuratury, Komisji Nadzoru Finansowego, od Rzecznika Finansowego i rzeczników konsumentów³²¹.

Analizą objęto trzy relatywnie nowe rozwiązania, to jest:

- 1) tzw. ostrzeżenie publiczne/konsumenckie (art. 73a u.o.k.k. dodany w dniu 18 stycznia 2015 r.³²²),
- 2) tzw. rekompensatę publiczną, stosowaną w praktyce przede wszystkim od drugiego półrocza 2015 r. (na podstawie art. 26 ust. 2, art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 bądź art. 28 ust. 1 u.o.k.k.),
- 3) tzw. zakup kontrolowany (art. 105ia u.o.k.k. dodany w dniu 17 kwietnia 2016 r.³²³).

³²⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369.

³²¹ UOKiK, *Sprawozdanie z działalności UOKiK 2016*, Warszawa 2017, s. 7.

³²² Ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 945).

³²³ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1634).

Poza zakresem analizy pozostaje działalność orzecznicza Prezesa UOKiK w zakresie tzw. missellingu na rynku usług finansowych (art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.)³²⁴ oraz nakładania kar pieniężnych na osoby zarządzające na podstawie art. 106b u.o.k.k. dodanego w dniu 15 grudnia 2018 r.³²⁵

Co do każdego z trzech wyliczonych rozwiązań, po pierwsze, odniesiono się do podstaw prawnych działań Prezesa UOKiK i ich oceny w piśmiennictwie prawniczym, po drugie, podjęto próbę zbadania praktyki Prezesa UOKiK i skonfrontowania jej z regulacją prawną. Wskazano mankamenty obowiązującej regulacji prawnej oraz podjęto próbę sformułowania postulatów *de lege ferenda*, a także przedstawiono propozycje dotyczące stosowania prawa.

2. Ostrzeżenie publiczne

Na podstawie art. 73a ust. 1 u.o.k.k., jeżeli z informacji zgromadzonych w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wynika, że istnieje szczególnie uzasadnione podejrzenie, że przedsiębiorca dopuszcza się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, która może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów, Prezes UOKiK podaje do publicznej wiadomości, w tym na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgromadzone w toku postępowania informacje o tym zachowaniu i jego prawdopodobnych skutkach. Zgodnie z ust. 2 rozstrzygnięcie w tym przedmiocie następuje w drodze postanowienia, na które strona ma prawo wnieść zażalenie.

Po pierwsze, w literaturze przedmiotu nie budzi wątpliwości, że powyższe ostrzeżenie może być opublikowane wyłącznie w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów³²⁶. Ze względu jednak na fakt, że postępowanie to („postępowanie

³²⁴ Na podstawie tego przepisu Prezes UOKiK w okresie do dnia 26 kwietnia 2019 r. wydał tylko jedną decyzję z dnia 29 września 2017 r. (RWR-5/2017). Tak w odpowiedzi UOKiK z dnia 26 kwietnia 2019 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej nr DPR.0143.226.2019.KK.

³²⁵ Na podstawie tego przepisu Prezes UOKiK nie wydał dotychczas żadnej decyzji. Tak w odpowiedzi UOKiK z dnia 26 kwietnia 2019 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej nr DPR.0143.226.2019.KK.

³²⁶ A. Piszcz, *Art. 73a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1001; G. Materna, A. Zawłocka-Turno, *Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 2(4), s. 24–25; M. Namysłowska, *Podawanie do publicznej wiadomości informacji o możliwości naruszenia zbiorowych interesów konsumentów – wzmocnienie ochrony konsumentów czy*

właściwe”) może być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, które zgodnie z art. 48 ust. 4 u.o.k.k. może trwać do 4 albo 5 miesięcy (termin o charakterze instrukcyjnym), można wyrazić obawę, że niejednokrotnie publikacja ostrzeżenia na etapie postępowania właściwego w praktyce nastąpiłaby zbyt późno. Należałoby zatem rozszerzyć zakres postępowania, w którym ostrzeżenie może być opublikowane, o postępowanie wyjaśniające. Przy tym – jako że w postępowaniach wyjaśniających nie występują strony postępowania – przedsiębiorcy, którego dotyczyłoby ostrzeżenie publikowane w toku postępowania wyjaśniającego, należałoby zagwarantować takie same prawa jak stronie postępowania właściwego, wobec której publikowane jest ostrzeżenie.

Po drugie, przesłanką publikacji ostrzeżenia jest szczególnie uzasadnione podejrzenie Prezesa UOKiK, że przedsiębiorca dopuszcza się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Kwalifikowana postać tej przesłanki („szczególnie uzasadnione podejrzenie”), niespotykana w innych przepisach prawa, budzi wątpliwości w doktrynie³²⁷. Wyraz „szczególnie” zdaje się nadmiernie ograniczać zakres obowiązku publikacji. Może też w praktyce utrudniać Prezesowi UOKiK stosowanie art. 73a ust. 1. Prezes UOKiK będzie musiał bowiem precyzyjnie wytyczać granicę pomiędzy szczególnie uzasadnionym podejrzeniem a podejrzeniem uzasadnionym w mniejszym stopniu. Jeśli informacje zgromadzone w postępowaniu wskazują na prawdopodobieństwo praktyki (ale nie jej pewność), może to nie być wystarczające do przyjęcia, że istnieje „szczególnie uzasadnione podejrzenie”. Musiałyby one wskazywać na odpowiednio duże prawdopodobieństwo istnienia praktyki, ale wytyczenie stosownej granicy może być w rzeczywistości bardzo trudne. Wyraz „szczególnie” należałoby zatem usunąć z art. 73a ust. 1.

Po trzecie, podejrzenie musi dotyczyć praktyki, która „może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów”. Powyższa przesłanka publikacji ostrzeżenia rodzi szczególne wątpliwości interpretacyjne. Zakresy obu pojęć określających antycypowane rezultaty praktyki, połączonych spójnikiem alternatywy nierozłącznej, nakładają się na siebie. Sporne jest, czy wymóg wystąpienia u „szerokiego kręgu konsumentów” odnosi się

nadużycie praw przedsiębiorcy?, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2015, nr 3, s. IX; M. Błachucki, *Art. 73a*, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 926.

³²⁷ A. Piszcz, *op. cit.*, s. 1001–1002; G. Materna, A. Zawłocka-Turno, *op. cit.*, s. 25; M. Namysłowska, *op. cit.*, s. IX; M. Błachucki, *op. cit.*, s. 926–927.

również do „znaczących strat”³²⁸. Tym samym należy uznać, że omawiana przesłanka wymaga doprecyzowania.

Po czwarte, zastosowanie językowych dyrektyw wykładni art. 73a ust. 1 u.o.k.k. prowadzi – *ad absurdum* – do wniosku, że Prezes UOKiK w ramach ostrzeżenia miałby publikować wszystkie „zgromadzone w toku postępowania informacje” o zachowaniu przedsiębiorcy i jego prawdopodobnych skutkach. W tym zakresie analizowany przepis należy zmienić tak, by racjonalna praktyka jego stosowania nie stała w sprzeczności z jego wykładnią.

Po piąte, przepis stanowi, że Prezes UOKiK podaje ostrzeżenie do publicznej wiadomości, w tym na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W piśmiennictwie sformułowanie to jest zgodnie interpretowane jako oznaczające publikację w co najmniej dwóch miejscach, w tym obligatoryjnie na stronie internetowej UOKiK³²⁹. Prezes UOKiK mógłby w tym zakresie wykorzystać art. 31c pkt 2 u.o.k.k., dający mu możliwość nieodpłatnego publikowania w publicznej radiofonii i telewizji. Nie ma jednak informacji wskazujących na to, by Prezes UOKiK rzeczywiście z tej możliwości korzystał. Ostrzeżenia są natomiast publikowane na stronie internetowej UOKiK pod adresem: https://www.uokik.gov.pl/ostrezenia_konsumenckie.php. W praktyce Prezes UOKiK publikuje ostrzeżenia wyłącznie na stronie internetowej Urzędu. Analizowany przepis należy zmienić (tak by praktyka jego stosowania nie stała w sprzeczności z jego wykładnią) albo publikować ostrzeżenia w więcej niż tym jednym publikatorze.

W praktyce ostrzeżenia publiczne Prezesa UOKiK nie są zbyt liczne, co obrazuje poniższa tabela.

Tabela 1. Ostrzeżenia publiczne (konsumenckie) publikowane przez Prezesa UOKiK

Rok	2015	2016	2017	2018	2019 (do 15.04)	Razem
Ostrzeżenia ogółem, w tym	1	1	7	1	3	13
ostrzeżenia o praktykach w zakresie usług finansowych, w tym zaskarżone:	0	0	5	1	3	9
	0	0	2	1	2	5

Źródło: Opracowanie własne na podstawie https://www.uokik.gov.pl/ostrezenia_konsumenckie.php.

³²⁸ Tak M. Namysłowska, *op. cit.*, s. IX; M. Błachucki, *op. cit.*, s. 928; odmiennie A. Piszcz, *op. cit.*, s. 1003.

³²⁹ A. Piszcz, *op. cit.*, s. 1003–1004; M. Namysłowska, *op. cit.*, s. IX; M. Błachucki, *op. cit.*, s. 929.

Za dotyczące nieprawidłowych praktyk w zakresie usług finansowych można uznać 69% ostrzeżeń (9 ostrzeżeń)³³⁰. Ze wszystkich ostrzeżeń dotyczących praktyk w zakresie usług finansowych 56% zostało zaskarżonych w drodze zażalenia. Począwszy od września 2017 r., praktyka publikacyjna Prezesa UOKiK polega na publikowaniu na stronie internetowej Urzędu związanego ostrzeżenia oraz udostępnianiu do pobrania w formacie PDF postanowienia wydanego na podstawie art. 73a ust. 1 u.o.k.k. W większości przypadków od daty wydania postanowienia do daty publikacji ostrzeżenia upływa pomiędzy 10 a 20 dni³³¹. Przeważnie postanowienie wydawane jest w okresie do 2 miesięcy od wszczęcia postępowania właściwego³³². Rodzi to pytanie o to, czy w przypadku rozszerzenia zakresu postępowania, w którym ostrzeżenie może być opublikowane, o postępowanie wyjaśniające, Prezes UOKiK istotnie korzystałby z tej nowej możliwości.

Prezes UOKiK w postanowieniach uzasadnia istnienie szczególnie uzasadnionego podejrzenia praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, przy czym zazwyczaj w obszernym wywodzie osobno uzasadnia istnienie szczególnie uzasadnionego podejrzenia: (1) bezprawności zachowania przedsiębiorcy; (2) naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz interesu publicznego. Publikacja ostrzeżeń jest uzasadniana możliwością zaistnienia znacznych strat dla szerokiego kręgu konsumentów. Szeroki krąg konsumentów jest wywodzony w uzasadnieniach postanowień nie tylko z adresowania oferty przedsiębiorcy praktycznie do wszystkich potencjalnych klientów podmiotów oferujących określone usługi³³³ czy ze świadczenia przez przedsiębiorcę usług w placówkach działających na terenie całego kraju³³⁴, lecz nawet ze świadczenia przez przedsiębiorcę usług w dwóch placówkach działających lokalnie, które mogły oddziaływać na około 350 konsumentów³³⁵.

³³⁰ W trzech przypadkach Prezes UOKiK podejrzewał, że miała miejsce tzw. piramida finansowa. W jednym przypadku praktyka dotyczyła ubezpieczeń. W większości praktyki miały związek z udzielaniem pożyczek bądź kredytów.

³³¹ Raz publikacja nastąpiła w tym samym dniu, w którym wydano postanowienie, a raz od wydania postanowienia do publikacji ostrzeżenia upłynęło aż 91 dni.

³³² Raz wydano postanowienie w tym samym dniu, w którym wszczęto postępowanie właściwe, a raz od wszczęcia postępowania właściwego do wydania postanowienia upłynął prawie rok.

³³³ Np. pozabankowe pożyczki konsumenckie; por. postanowienie z dnia 19 grudnia 2018 r. (RKT.610.6.2017.BP).

³³⁴ Postanowienie z dnia 8 lutego 2017 r. (RWR-4/17/O).

³³⁵ Postanowienie z dnia 9 maja 2018 r. (RWR-610-1/18/ZK).

Możliwość spowodowania znacznych strat jest natomiast wywodzona z: (1) zagrożenia, że znacznie pogorszy się sytuacja finansowa konsumentów, którzy zaciągną długi, jakich nie będą w stanie spłacić bez uszczerbku dla wydatków koniecznych do utrzymania siebie i swojej rodziny, za wynagrodzeniem przedsiębiorcy, którego wysokość nie jest znana w momencie zawierania umowy³³⁶; (2) istoty piramidy finansowej, w szczególności perspektywy załamania się systemu bez możliwości odzyskania wpłaconych środków³³⁷; (3) rezygnacji z dotychczasowego ubezpieczenia i konieczności poniesienia opłat likwidacyjnych³³⁸; (4) wysokich opłat za SMS, które nie podlegają zwrotowi bez względu na to, czy konsumentowi zostanie udzielona pożyczka czy też nie³³⁹.

Ostrzeżenia publiczne są dość zwięzłe. Zawierają zazwyczaj dość szczegółowe, ale przystępnie sformułowane informacje o zachowaniu przedsiębiorcy. Co do zasady natomiast Prezes UOKiK nie poświęca w ostrzeżeniach zbyt wiele uwagi poinformowaniu o prawdopodobnych skutkach zachowania przedsiębiorcy. Wymóg ten, wynikający z art. 73a ust. 1 u.o.k.k., zdaje się realizować zwykle poprzez umieszczenie w ostrzeżeniu krótkiego tekstu, który jednocześnie uzasadnia możliwość spowodowania zachowaniem przedsiębiorcy znacznych strat dla szerokiego kręgu konsumentów.

W drugim roku obowiązywania art. 73a u.o.k.k. w literaturze wyrażono pogląd, że skuteczność ostrzeżenia publicznego jest dość wątpliwa i dopiero realna ochrona tymczasowa (art. 101a u.o.k.k. dodany w dniu 17 kwietnia 2016 r.) będzie mogła przynieść szeroko odczuwalne skutki społeczne³⁴⁰. Okazuje się jednak, że w praktyce to art. 73a u.o.k.k. znajduje zastosowanie, zaś na podstawie art. 101a u.o.k.k. nie wydano dotychczas żadnej decyzji³⁴¹. Trudno natomiast ocenić, jaki jest zasięg oddziaływania na konsumentów ostrzeżeń publikowanych wyłącznie na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie wydaje się jednak, by był on znaczący.

³³⁶ Postanowienia z dnia 8 lutego 2017 r. (RWR-4/17/O) oraz z dnia 9 maja 2018 r. (RWR-610-1/18/ZK).

³³⁷ Postanowienia z dnia 18 sierpnia 2017 r. (DOIK-610-6/17/MJO), z dnia 22 marca 2019 r. (RGD.610-1/19/MLM) oraz z dnia 27 marca 2019 r. (RGD.610-10/18/MLM).

³³⁸ Postanowienie z dnia 22 czerwca 2017 r. (DOIK-610-4/17/PS).

³³⁹ Postanowienie z dnia 19 grudnia 2018 r. (RKT.610.6.2017.BP). W tym postanowieniu Prezes UOKiK podjął próbę kalkulacji strat konsumentów.

³⁴⁰ Tak M. Błachucki, *op. cit.*, s. 925.

³⁴¹ Do 26 kwietnia 2019 r. Tak w odpowiedzi UOKiK z 26 kwietnia 2019 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej nr DPR.0143.226.2019.KK.

3. Rekompensata publiczna

Tak zwana rekompensata publiczna („przysporzenie konsumentom”)³⁴² jest stosowana przez Prezesa UOKiK w praktyce przede wszystkim od drugiego półrocza 2015 r.³⁴³ Prezes UOKiK w niektórych postępowaniach nakazuje przedsiębiorcy dokonanie tej rekompensaty na podstawie art. 26 ust. 2 albo art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 u.o.k.k., tym samym określając „środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów”, bądź też na podstawie art. 28 ust. 1 u.o.k.k., kiedy to zobowiązuje przedsiębiorcę do podjęcia „określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków”. W piśmiennictwie sporny jest charakter prawny tego środka, zaliczanego do zjawiska „faktycznej (*de facto*) publicyzacji spraw cywilnych”³⁴⁴. Wskazuje się, że rekompensata publiczna ma charakter odszkodowawczy bądź kompensacyjny³⁴⁵. Uznaje się ją za pożądany z punktu widzenia interesów konsumentów środek, który daje im realną szansę na odzyskanie od przedsiębiorcy stosującego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów swoistego rodzaju odszkodowania, ale też zbliżony jest do kary pieniężnej³⁴⁶. Rekompensata publiczna postrzegana jest też jako hybryda – „instytucja wyłamująca się z podziału na prawo publiczne i prywatne”³⁴⁷. Z drugiej strony uznaje się ją za narzędzie „redystrybucji środków uzyskanych w toku postępowania administracyjnego”, zwiększające zaufanie obywateli do UOKiK i samego państwa³⁴⁸. Rekompensata publiczna budzi w doktrynie poważne wątpliwości o charakterze konstytucyjnym³⁴⁹. Ponadto wskazuje się, że wykracza ona poza zakres kompetencji (uznania) Prezesa UOKiK z art. 26 ust. 2 u.o.k.k. i nie jest

³⁴² W niniejszym artykule za Prezesem UOKiK posługuję się tym określeniem mimo zastrzeżeń co do jego prawidłowości.

³⁴³ Por. jednak decyzję z dnia 30 grudnia 2011 r. (DDK-18/2011).

³⁴⁴ A. Piszcz, *Publicisation as the Transfer of Competences from Civil Justice to Public Administration: An Attempt of Classification and Recent Examples from Poland*, [w:] E. Csatlós (ed.), *Recent Challenges of Public Administration 3. Papers Presented at the Conference of '3rd Contemporary Issues of Public Administration' on 26th September 2018*, Szeged 2019, s. 45–48.

³⁴⁵ K. Kohutek, *Rekompensata publiczna jako środek usunięcia skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów: wątpliwości systemowo-kompetencyjne*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2019 (w druku).

³⁴⁶ M. Sieradzka, *Rekompensata publiczna a inne środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 6 (7), s. 84.

³⁴⁷ R. Tomiczak, M. Kozaczek, „Rekompensata publiczna” – nowy instrument prawny w decyzjach Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 1, s. 23 i nast.

³⁴⁸ J. Marczak, *Dobrowolne przysporzenie konsumentom na przykładzie decyzji zobowiązujących*, [w:] M. Czarnecka, T. Skoczny (red.), *Prawo konsumentów w praktyce*, Legalis/el. 2016, cz. XV.5.

³⁴⁹ R. Tomiczak, M. Kozaczek, *op. cit.*; K. Kohutek, *op. cit.*

spójna z konstrukcją zbiorowego interesu konsumentów, a do jej orzekania powołane są sądy powszechne, a nie Prezes UOKiK³⁵⁰. W literaturze wskazano też, że jeśli w praktyce Prezesa UOKiK dostrzegana jest potrzeba stosowania rekompensaty publicznej, to konieczna jest w tym celu interwencja ze strony ustawodawcy i precyzyjne uregulowanie przesłanek oraz trybu orzekania tego rodzaju sankcji³⁵¹. Należy natomiast zauważyć, że na kształt propozycji *de lege ferenda* może mieć wpływ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów i uchylająca dyrektywę 2009/22/WE, której pierwsze czytanie w Parlamencie Europejskim odbyło się w dniu 26 marca 2019 r. i która jest obecnie dyskutowana w Radzie³⁵².

W działalności Prezesa UOKiK w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów decyzje nakazujące rekompensatę publiczną zaczynają odgrywać coraz istotniejszą rolę, co obrazuje poniższa tabela.

Tabela 2. Decyzje Prezesa UOKiK nakazujące rekompensatę publiczną

Rok	2015	2016	2017	2018	2019 (do 15.04)	Razem
Decyzje w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ogółem, w tym	144	72	66	50	4	
decyzje zobowiązujące	80	29	26	–	–	
Decyzje nakazujące rekompensatę ogółem, w tym:	6	9	15	12	2	44
– zobowiązujące	2	7	13	12	2	36
– stwierdzające praktykę, ale bez kary pieniężnej	2	0	1	0	0	3
– nakładające karę	2	2	1	0	0	5
Decyzje dotyczące praktyk w						

³⁵⁰ K. Kohutek, *op. cit.*

³⁵¹ R. Tomiczak, M. Kozaczek, *op. cit.*

³⁵² Por. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/HIS/?uri=CELEX:52018PC0184> [dostęp: 29.04.2019].

Rok	2015	2016	2017	2018	2019 (do 15.04)	Razem
zakresie usług finansowych, w tym:	2	5	8	11	0	26
– zobowiązujące	0	5	7	11		23
– stwierdzające praktykę, ale bez kary pieniężnej	2	0	0	0		2
– nakładające karę	0	0	1	0		1

Źródło: Opracowanie własne na podstawie https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf³⁵³.

Decyzje dotyczące praktyk w zakresie usług finansowych (26 decyzji) stanowiły w latach 2015–2019 59% wszystkich decyzji nakazujących rekompensatę publiczną. Aż 24 decyzje tego typu dotyczyły banków, a tylko 2 innych podmiotów dopuszczających się praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów w zakresie usług finansowych. Interesujące jest to, że w 2015 r. Prezes UOKiK w obu wydanych wówczas decyzjach tego typu określił środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów na podstawie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 27 ust. 4 u.o.k.k., nie nakładając na przedsiębiorców kar pieniężnych. W kolejnych latach działalność decyzyjną zdominowały decyzje zobowiązujące (23), tylko raz Prezes UOKiK decyzją nałożył na przedsiębiorcę karę pieniężną³⁵⁴. Decyzja ta w zakresie nałożonej kary pieniężnej została uchylona przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów³⁵⁵. Należy zaznaczyć, że poza usługami finansowymi pozostałe cztery decyzje łączące karę pieniężną z rekompensatą publiczną były zaskarżane z różnym skutkiem – w dwóch przypadkach odwołania oddalono³⁵⁶, a w dwóch decyzje uchylono³⁵⁷.

Decyzje zobowiązujące nie przynoszą dochodu budżetowi państwa, jednak ich niewątpliwą zaletą jest możliwość wypracowania z przedsiębiorcą zobowiązań korzystnych dla konsumenta,

³⁵³ Dane dotyczące liczby decyzji w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ogółem oraz liczby decyzji zobowiązujący ogółem w tych sprawach w 2017 r. pochodzą z: UOKiK, *Sprawozdanie z działalności UOKiK – rok 2017*, Warszawa 2018, s. 38; a w latach 2015–2016 z: UOKiK, *Sprawozdanie z działalności UOKiK 2016*, Warszawa 2017, s. 11.

³⁵⁴ Decyzja z dnia 30 czerwca 2017 r. (RKR-4/2017, *Getin Noble Bank S.A.*), kara pieniężna w wysokości 1 700 428 zł.

³⁵⁵ Wyrok z dnia 19 lutego 2019 r. (XVII AmA 46/17).

³⁵⁶ Wyroki z dnia 15 stycznia 2019 r. (XVII AmA 19/17, *Orange Polska S.A.*) oraz z dnia 30 października 2018 r. (XVII AmA 42/16, *Multimedia Polska S.A.*).

ujętych w decyzji, od której następnie przedsiębiorca – z natury – nie wnosi odwołań. W analizowanych decyzjach ujmowano następujące rodzaje rekompensaty publicznej:

- uznanie rachunków bankowych lub rachunków kart kredytowych konsumentów z określonych tytułów wskazanymi kwotami;
- zwrot nadpłaconych opłat i prowizji, w tym zwrot indywidualnie wyliczonej kwoty z tytułu opłaty pobranej za prowadzenie rachunku, zwrot określonej kwoty pobranej tytułem kosztu pożyczki;
- zwrot kosztów składki ubezpieczeniowej (całej albo jej części);
- zwrot naliczonych i pobranych odsetek, w tym poprzez pomniejszanie bieżącej raty kredytu/pożyczki o wartość ujemnych odsetek;
- zwolnienie z odsetek w pewnym okresie;
- obniżenie w określonym zakresie oprocentowania kredytu (marży);
- zaniechanie pobierania określonych opłat, zwolnienie z opłat/prowizji za określone usługi przez dany okres, w tym zawieszenie przez bank naliczania opłaty za prowadzenie rachunku przez dany okres;
- gwarancja niepodwyższania określonych opłat związanych z określonymi usługami przez dany okres;
- możliwość otwarcia lokaty oszczędnościowej na dany okres z oprocentowaniem w określonej podwyższonej wysokości;
- możliwość rozłożenia jednej dowolnej transakcji zrealizowanej z wykorzystaniem karty kredytowej w określonym przedziale kwotowym na raty na dany okres z oprocentowaniem wynoszącym 0%;
- możliwość bezpłatnego korzystania przez dany okres z określonej usługi (np. możliwość bezpłatnego jednokrotnego wyboru niestandardowego wizerunku karty debetowej z galerii przez dany okres bądź dokonywania przelewów z rachunków osób fizycznych do

³⁵⁷ Wyroki z dnia 14 marca 2019 r. (XVII AmA 64/16, *UPC Polska sp. z o.o.*) oraz dnia z 21 maja 2018 r. (XVII AmA 39/16, *T-Mobile Polska S.A.*).

Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych za pośrednictwem serwisu telefonicznego, internetowego lub w kanale mobilnym przez dany okres³⁵⁸).

Mniejsza była częstotliwość stosowania w decyzjach następujących postaci rekompensaty publicznej:

- wypłata określonej kwoty – po 100 zł – za stosowanie praktyki (np. polegającej na „długotrwałym rozpatrywaniu reklamacji konsumentów”³⁵⁹);
- przekazanie określonej kwoty – po 10 albo 30 zł – za stosowanie praktyki (np. reklamy mogącej wprowadzać w błąd) w postaci pomniejszenia wymagalnych należności³⁶⁰;
- przekazanie określonej kwoty – po 10 albo 30 zł – za stosowanie praktyki (np. reklamy mogącej wprowadzać w błąd) w postaci bezimiennego bonu towarowego, realizowanego w punktach sprzedaży na terenie całego kraju, w tym w większości hipermarketów³⁶¹.

Warto zauważyć, że analizowane decyzje Prezesa UOKiK nie łączą zobowiązania do przekazania konsumentom bonu/vouchera towarowego/rabatowego o określonej wartości z edukacją konsumenta, jak miało to miejsce w przypadku jednej z decyzji odnoszącej się do spółki spoza sektora usług finansowych³⁶².

Analizowane decyzje ujmują zobowiązania do rekompensaty finansowej lub produktowej (np. w postaci świadczenia określonych usług w określonym czasie)³⁶³. Ten drugi typ rekompensaty publicznej jest w przypadku usług finansowych trudniejszy do wykorzystania ze względu na wiążące się z nim większe ryzyko niedokompensowania bądź nadkompensacji („przekompensowania”) konsumentów. Należy jednak podkreślić, że doświadczenia spoza sektora

³⁵⁸ Decyzja z dnia 27 sierpnia 2018 r. (RBG-11/2018, *Powszechna Kasy Oszczędności Bank Polski S.A.*).

³⁵⁹ Decyzja z dnia 18 lipca 2016 r. (DDK-17/2016, *Getin Noble Bank S.A.*).

³⁶⁰ Decyzja z dnia 28 grudnia 2017 r. (DOIK-10/2017, *Provident Polska S.A.*).

³⁶¹ Decyzja z dnia 28 grudnia 2017 r. (DOIK-10/2017, *Provident Polska S.A.*). Podobnie poza usługami finansowymi decyzja z dnia 8 lutego 2019 r. (RŁO-1/2019, *Media Saturn Online sp. z o.o.* – karta podarunkowa o wartości 200 zł brutto).

³⁶² Decyzja z dnia 31 grudnia 2018 r. (RBG-14/2018, *Jeronimo Martins Polska S.A.*). Spółkę zobowiązano do organizacji szkolenia dla konsumentów w formie *on-line*, dostępnego na stronie internetowej, kończącego się interaktywnym quizem, którego rozwiązanie, niezależnie od wyniku, dawało 35 000 pierwszych osób vouchery rabatowe o wartości 10 zł.

³⁶³ Określeń tych użyto w decyzji (spoza sektora usług finansowych) z dnia 18 stycznia 2019 r. (RBG-1/2019, *Vectra S.A.*).

usług finansowych wskazują, że Prezes UOKiK nie wydaje decyzji zobowiązującej, gdy dostrzeża, że proponowana przez stronę postępowania rekompensata nie jest dla konsumentów wystarczająca³⁶⁴.

Kluczowe dla skuteczności rekompensaty publicznej, niezależnie od jej rodzaju, jest staranne określenie w decyzji sposobu poinformowania konsumentów o trybie uzyskania rekompensaty.

4. Zakup kontrolowany

Zgodnie z art. 105ia ust. 1 u.o.k.k. w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów kontrolujący ma prawo podjęcia czynności zmierzających do zakupu towaru (tzw. zakup kontrolowany albo czynności „tajemniczego klienta”). Przebieg tych czynności może być utrwalany za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego wcześniejszego niż niezwłocznie po dokonaniu czynności, „o których mowa w zdaniu 1”, a informatyczne nośniki danych, na których zarejestrowano przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku, stanowią załącznik do protokołu kontroli (ust. 3). Podjęcie czynności i utrwalanie ich przebiegu wymaga zgody Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, udzielonej na wniosek Prezesa UOKiK (ust. 4). Sąd wydaje niezaskarżalne postanowienie w tej sprawie w ciągu 48 godzin (ust. 5). Okazanie kontrolowanemu albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania czynności kontrolnych oraz doręczenie upoważnienia do przeprowadzenia kontroli i zgody Sądu następuje niezwłocznie po zakończeniu czynności (ust. 2).

Jako że zakup kontrolowany mocno ingeruje w wolności i prawa przedsiębiorcy, w literaturze przedmiotu wyrażono wątpliwości co do konstytucyjnego charakteru tego środka³⁶⁵. Ponadto w piśmiennictwie występuje spór, czy czynności „tajemniczego klienta” mogą być

³⁶⁴ Por. decyzję z dnia 28 grudnia 2018 r. (RŁO-5/2018, *Energy Match sp. z o.o.*). Prezes UOKiK nie przystał na propozycję rekompensaty w postaci możliwości odbioru od spółki jednego bezimiennego bonu towarowego, realizowanego w punktach sprzedaży na terenie całego kraju, na kwotę 10 złotych lub możliwości odbioru od spółki żarówki energooszczędnej w technologii LED o mocy 10 wat, gdyż jego zdaniem nie zrekompensowałyby to konsumentom ponoszenia przez kilka lat wyższych opłat za energię elektryczną.

³⁶⁵ T. Bagdziński, *Projekt zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów oraz Kodeksie postępowania cywilnego – kilka subiektywnych uwag*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 4(4), s. 115–116.

podejmowane wyłącznie w postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, czy również w postępowaniu wyjaśniającym, mającym na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 48 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.)³⁶⁶. Wartość dodaną, wynikającą z zaskoczenia przedsiębiorcy kontrolą, przynoszą zazwyczaj kontrole wszczynane w toku postępowania wyjaśniającego. Dlatego postuluję doprecyzowanie przepisu art. 105ia ust. 1 u.o.k.k.

Wątpliwości dotyczą również rejestrowania obrazu lub dźwięku. Doprecyzowania wymaga art. 105ia ust. 3 u.o.k.k. w zakresie wskazania momentu poinformowania kontrolowanego o rejestrowaniu obrazu lub dźwięku³⁶⁷. Nie jest też jasne, jakie miałyby być zasady wyboru pomiędzy rejestrowaniem „przebiegu kontroli” a rejestrowaniem „poszczególnych czynności w jej toku”³⁶⁸. O ile nie zostanie w tym zakresie doprecyzowany art. 105ia ust. 3 u.o.k.k., należy postulować utrwalanie całości czynności kontrolnych prowadzonych w trybie art. 105ia ust. 1 u.o.k.k.

Podnoszone zastrzeżenia dotyczą również praktycznej przydatności dowodu pozyskanego w trybie zakupu kontrolowanego w postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów z uwagi na jego jednorazowość, która może w rzeczywistości – już po pierwszej kontroli w tym trybie – prowadzić do szybkiej korekty zachowań przedsiębiorcy, uniemożliwiającej udowodnienie ich powtarzalności za pomocą kolejnych zakupów kontrolowanych³⁶⁹. W przypadku przedsiębiorcy, który prowadzi działalność gospodarczą w wielu lokalizacjach, czynności powinny być w nich prowadzone jednocześnie. Poza tym dowód pozyskany w trybie zakupu kontrolowanego powinien stanowić tylko jeden z elementów materiału

³⁶⁶ Tak E. Mandrosz, „Tajemniczy klient” jako nowe narzędzie w zakresie pozyskiwania dowodów praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 1(5), s. 58; A. Piszcz, Art. 105ia OKiKU, [w:] M. Namysłowska, A. Piszcz (red.), *Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 5.8.2015 r.*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 153; A. Piszcz, *Czynności kontrolne tzw. tajemniczego klienta według ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 5, s. 13 i nast. Odmiennie T. Walczak, *Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony zbiorowych interesów konsumentów jako szczególny rodzaj postępowania administracyjnego* (rozprawa doktorska, niepubl.), Poznań 2018, s. 261–262.

³⁶⁷ A. Piszcz, Art. 105ia OKiKU, *op. cit.*, s. 158.

³⁶⁸ A. Piszcz, Art. 105ia OKiKU, *op. cit.*, s. 157–158.

³⁶⁹ Por. C. Banasiński, M. Bychowska, *Między efektywnością administracji a pewnością sytuacji prawnej przedsiębiorców (uwagi do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego)*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 5(4), s. 71–72; E. Mandrosz, *op. cit.*, s. 58–59.

dowodowego, poparty innymi jeszcze dowodami. Samodzielnie bowiem może się okazać niewystarczający do wykazania zbiorowego charakteru interesów konsumentów, w które godzi kontrolowane zachowanie przedsiębiorcy.

Trudno ocenić stosowanie zakupu kontrolowanego w zakresie usług finansowych. Brak jest publikowanego orzecznictwa, które by go dotyczyło, a w szczególności pozwoliło ocenić praktykę sądową w zakresie okoliczności branych pod uwagę przy udzieleniu zgody na czynności „tajemniczego klienta”. Prezes UOKiK zapowiadał w planach na 2018 r. praktyczne zastosowanie tej instytucji i wykorzystanie jej do bieżącej identyfikacji antykonsumenckich zjawisk na rynkach, szybkiej interwencji oraz podniesienia standardów dowodowych³⁷⁰. W rzeczywistości w okresie prawie trzech lat obowiązywania art. 105ia u.o.k.k. (od 17 kwietnia 2016 r. do 12 kwietnia 2019 r.) wystąpił do sądu o wyrażenie zgody na podjęcie czynności zmierzających do zakupu towaru zaledwie 17 razy³⁷¹, przy czym nie wiadomo, ile z tych wniosków dotyczyło kontroli przedsiębiorców świadczących usługi finansowe.

5. Podsumowanie

Zgromadzone dane dowodzą, że spośród analizowanych elementów instrumentarium prawnego Prezesa UOKiK relatywnie najczęściej wykorzystywana jest tzw. rekompensata publiczna. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w tym zakresie nie jest wolna od zastrzeżeń doktryny, natomiast należy mieć na uwadze, że zarówno na kształt prawa stanowionego, jak i stosowanie prawa w tym zakresie może mieć wpływ aktualnie procedowana dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów i uchylająca dyrektywę 2009/22/WE, a także orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Warszawie i Sądu Najwyższego. Wydaje się, że do tego czasu skutecznym i korzystnym dla konsumentów rozwiązaniem jest nakazywanie przez Prezesa UOKiK rekompensaty publicznej w decyzjach zobowiązujących (albo stwierdzających stosowanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, jednak bez nałożenia kary pieniężnej). W decyzjach należy starannie określać sposoby informowania konsumentów o trybie uzyskania rekompensaty.

³⁷⁰ UOKiK, *Sprawozdanie z działalności UOKiK – rok 2017*, Warszawa 2018, s. 85.

³⁷¹ Tak w odpowiedzi Oddziału Bezpieczeństwa Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 kwietnia 2019 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej nr BEZP-0153-408/19.

Przepis art. 73a ust. 1 u.o.k.k., dotyczący tzw. ostrzeżenia publicznego, należałoby doprecyzować w następujący sposób: *Jeżeli z informacji zgromadzonych w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów **lub postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 48 ust. 2 pkt 2**, wynika, że istnieje ~~szczególne~~ uzasadnione podejrzenie, że przedsiębiorca dopuszcza się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, która może **wyrządzić szerokiemu kręgowi konsumentów** znaczne straty lub **inne** niekorzystne skutki, Prezes Urzędu podaje do publicznej wiadomości, ~~w tym~~ na stronie internetowej Urzędu **lub w inny sposób**, zgromadzone w toku postępowania **i uznane przez Prezesa Urzędu za istotne dla konsumentów** informacje o tym zachowaniu i jego prawdopodobnych skutkach. Należy zalecić Prezesowi UOKiK, by w praktyce publikował ostrzeżenia również w sposób inny niż tylko na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, aby zwiększyć zakres ich oddziaływania na konsumentów usług finansowych.*

Z kolei przepisy art. 105ia ust. 1 u.o.k.k., dotyczące tzw. zakupu kontrolowanego, należałoby doprecyzować w sposób następujący: *1. W celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów kontrolujący **w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów lub postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 48 ust. 2 pkt 2**, ma prawo podjęcia czynności zmierzających do zakupu towaru. 2. [...] 3. Przebieg czynności, o których mowa w ust. 1, może być utrwalany za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk bez informowania kontrolowanego. Informatyczne nośniki danych w rozumieniu przepisów o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, na których zarejestrowano przebieg ~~kontroli lub poszczególne~~ czynności ~~w jej toku~~, stanowią załącznik do protokołu kontroli. Poinformowanie kontrolowanego o utrwalaniu przebiegu czynności, o których mowa w ust. 1, następuje niezwłocznie po ~~ich~~ dokonaniu ~~czynności, o których mowa w zdaniu 1~~. 4. [...]. 5. [...].* Należy zalecić Prezesowi UOKiK utrwalanie całości czynności kontrolnych prowadzonych w trybie art. 105ia ust. 1 u.o.k.k. W przypadku przedsiębiorcy, który prowadzi działalność gospodarczą w wielu lokalizacjach, należy postulować, by czynności były w nich prowadzone równocześnie. Poza tym dowód pozyskany w trybie zakupu kontrolowanego powinien stanowić tylko jeden z

elementów szerszego materiału dowodowego, gromadzonego oraz poddawanego wszechstronnej i wnikliwej ocenie przez Prezesa UOKiK.

Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego a zaufanie do podmiotów rynku finansowego

dr Aleksandra Nadolska, Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Finansowego

1. Zmiany wprowadzone do ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym w związku ze zwiększeniem ochrony konsumentów

Na mocy art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 października 2013 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (dalej: ustawa zmieniająca)³⁷² do ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym³⁷³ dodano art. 6b, który obejmuje przepisy przyznające Komisji Nadzoru Finansowego nowe, dodatkowe uprawnienia służące ochronie konsumentów na rynku finansowym³⁷⁴. Komisja Nadzoru Finansowego została mianowicie zobligowana do prowadzenia listy ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego. Wpis na tę listę posiada istotny walor informacyjny – jego celem jest podanie do wiadomości publicznej faktów o zaistniałym zdarzeniu.

Zaakcentować wypada w tym miejscu, że chociaż do momentu wejścia w życie ustawy zmieniającej, to jest do 17 stycznia 2014 r., Komisja nie dysponowała wyodrębnionym instrumentem prawnym pozwalającym na kształtowanie ochrony rynku finansowego poprzez tworzenie listy ostrzeżeń publicznych, to jednak podejmowała pewne działania w tej sferze. Polegały one na sygnalizowaniu opinii publicznej okoliczności prowadzenia na rynku finansowym działalności przez podmioty nieposiadające stosownych zezwoleń. Ostrzeżenia na stronie internetowej KNF najczęściej pozostawały w bezpośrednim związku z faktem złożenia do właściwej prokuratury zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa w związku z działalnością

³⁷² Dz. U. z 2013 r. poz. 1567.

³⁷³ Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 298).

³⁷⁴ Podobnie P. Pisarewicz, *Analiza regulacji nadzorczych oraz ocena działalności Komisji Nadzoru Finansowego w kontekście ochrony klientów sektora ubezpieczeniowego*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 186–188.

danego podmiotu. Zestawienie ostrzeżeń publikowanych przez KNF na stronie internetowej było przez media określane jako „lista ostrzeżeń publicznych”, choć pojęcie to nie miało wówczas charakteru normatywnego. Rzeczone uprawnienia Komisji Nadzoru Finansowego wynikały z konieczności realizowania przez nią ogólnie określonych zadań edukacyjnych i informacyjnych w zakresie prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego (art. 4 ust. 1 pkt 4 i pkt 1 w zw. z art. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym). W ówczesnym stanie prawnym organ nadzoru korzystał z relatywnie dużej swobody wyboru form i sposobów aktywności, przysługującej administracji w obszarze niewładczych (w tradycyjnym rozumieniu administracyjnym) działań informacyjnych³⁷⁵, nie będąc związanym co do treści informacji zawartych w publikowanych komunikatach i ostrzeżeniach.

W wyniku wprowadzania do ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym przepisów art. 6b doszło do kategorycznej zmiany w sferze prawnej w zakresie prowadzenia przez Komisję Nadzoru Finansowego listy ostrzeżeń publicznych. Komisja została bowiem wyposażona w prawnie ukształtowany instrument działania w tej materii, dzięki któremu może skutecznie chronić uzasadnione interesy wszystkich (w tym też nieprofesjonalnych) uczestników rynku finansowego³⁷⁶. Do tego momentu kwestia efektywności czynności podejmowanych przez KNF w tej formie i treści budziła słuszne wątpliwości. Dotychczas realizowane ramy prawne uprawnień informacyjnych Komisji Nadzoru Finansowego wywołały nawet ogólnopolską dyskusję na temat zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej organu nadzoru za zaniechanie przeciwdziałania nadużyciom na rynku finansowym ze strony podmiotów takich jak Amber Gold Sp. z o.o. w Gdańsku, czyli prowadzących działalność bez wymaganego zezwolenia.

Nie bez przyczyny zatem ustawa zmieniająca była w toku prac legislacyjnych nazywana „*lex post-Amber Gold*”³⁷⁷. Za jej podstawowy cel przyjęto bowiem wyeliminowanie niedoskonałości przepisów prawa, ujawnionych w związku z działalnością spółki Amber Gold, wobec której nie

³⁷⁵ D. Nowicki, S. Peszkowski, *Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego jako publicznoprawna forma ochrony zaufania na rynku finansowym*, [w:] M. Kasiński, M. Stahl, K. Właźlak (red.), *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 637.

³⁷⁶ Ministerstwo Finansów, *Ochrona konsumentów przed działalnością parabanków*, pismo z dnia 5 sierpnia 2014 r., znak sprawy SPS-023-27244/14.

³⁷⁷ Por. rekomendacje grupy roboczej Komitetu Stabilności Finansowej, zawarte w raporcie *Analiza działań organów i instytucji państwowych w odniesieniu do Amber Gold sp. z o.o.*, przyjętym przez Komitet w dniu 18 marca 2013 r.

udało się w istocie podjąć skutecznych działań na gruncie administracyjnoprawnym. To z tych względów w uzasadnieniu tego aktu prawnego wskazano m.in., że „w opinii projektodawców, koniecznym jest wprowadzenie odpowiednich działań zabezpieczających i chroniących konsumentów przed nieuczciwymi praktykami instytucji »parabankowych« w postaci m.in. wyposażenia Komisji Nadzoru Finansowego w uprawnienie do podejmowania działań edukacyjnych i informacyjnych w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, jego zagrożeń oraz podmiotów funkcjonujących na tym rynku, w celu zwiększenia poziomu ochrony interesów uczestników rynku, w szczególności poprzez umożliwienie jej publikowania ostrzeżeń i komunikatów w publicznej radiofonii i telewizji w formie i czasie przez siebie określonym zawierających informacje zwiększające poziom świadomości konsumentów co do podejmowanych decyzji finansowych, np. w przedmiocie niepodlegania przez niektóre podmioty finansowe nadzorowi KNF, jak również informacji o braku zabezpieczeń powierzonych takim podmiotom środków pieniężnych w Bankowym Funduszu Gwarancyjnym w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym”³⁷⁸. W projekcie ustawy z dnia 23 października 2013 r. podkreślono jednocześnie, że instytucje parabankowe – funkcjonujące obok banków będących instytucjami zaufania publicznego – działają w oparciu o zasadę swobody działalności gospodarczej i nie są poddane reżimowi nadzoru Komisji Nadzoru Finansowego. Takie zaś rozwiązanie pociąga za sobą przede wszystkim poważne zagrożenia w postaci nadużywania ryzyka w działalności, co może prowadzić do bankructwa, jak również innych patologicznych zachowań, włącznie z przypadkami działań oszukańczych, żerujących na niewiedzy klientów nieposiadających profesjonalnej wiedzy z zakresu funkcjonowania rynku finansowego, procesów finansowych czy konsekwencji podejmowanych działań³⁷⁹.

Warto mieć też na uwadze, że do dnia 17 stycznia 2014 r. serwis internetowy był jedynym możliwym narzędziem prowadzenia działań informacyjnych Komisji Nadzoru Finansowego. Ustawa z dnia 23 października 2013 r. usunęła lukę w prawie w tym zakresie, ponieważ obecnie Komisja – podejmując działania edukacyjne i informacyjne w zakresie funkcjonowania rynku finansowego,

³⁷⁸ Druk Sejmu VII kadencji nr 992.

³⁷⁹ Por. TNS Polska, *Konsument na rynku usług finansowych*, raport TNS Polska dla UOKiK, 2012; UOKiK, *Przewodnik po usługach finansowych*, UOKiK, Warszawa 2012.

jego zagrożeń oraz podmiotów na nim funkcjonujących – może publikować ostrzeżenia i komunikaty w publicznym radiu i telewizji bądź innych środkach masowego przekazu w celu ochrony uzasadnionych interesów uczestników tego rynku. Pozwala to na potencjalne zwiększenie dostępności tych ostrzeżeń i komunikatów dla osób starszych czy słabiej wykształconych, a przez to wykluczonych cyfrowo³⁸⁰. Istotne jest też to, że normatywne ujęcie kompetencji Komisji do redagowania listy ostrzeżeń publicznych wyeliminowało wątpliwości co do tego, czy wpis na tę listę może naruszać czyjeś dobra osobiste bądź pozbawić jakiegoś prawa lub przysporzyć obowiązku. Takie zarzuty były dawniej formułowane przeciwko Komisji Nadzoru Finansowego na gruncie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym sprzed omawianej nowelizacji³⁸¹.

2. Lista ostrzeżeń publicznych jako nowy instrument prawny Komisji Nadzoru Finansowego

Obecnie, zgodnie z dyspozycją art. 6b ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym, Komisja Nadzoru Finansowego jest zobligowana do podawania do publicznej wiadomości informacji o złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w:

- art. 215³⁸² i art. 216³⁸³ ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych;
- art. 171 ust. 1–3³⁸⁴ ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe;
- art. 56a³⁸⁵ i art. 57³⁸⁶ ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych;
- art. 430³⁸⁷ ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej;

³⁸⁰ Por. raport TNS Polska, *Wykluczeni cyfrowo*, opublikowany w październiku 2015 r. na podstawie badania zrealizowanego w ramach kampanii społecznej „Niech internetowa moc będzie z Tobą”, finansowanej ze środków Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji.

³⁸¹ Por. m.in. postanowienie NSA w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2011 r. (II GSK 1561/11, LEX nr 1068823).

³⁸² Nieuprawnione używanie określeń „fundusz emerytalny”, „powszechnie towarzystwo emerytalne” i „pracownicze towarzystwo emerytalne”.

³⁸³ Prowadzenie działalności bez wymaganego zezwolenia.

³⁸⁴ Prowadzenie działalności polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób bez wymaganego zezwolenia oraz nieuprawnione używanie określenia „bank” lub „kasa”.

³⁸⁵ Ujawnienie lub nieodpowiednie wykorzystanie informacji stanowiącej tajemnicę zawodową.

³⁸⁶ Prowadzenie giełdy, giełdowej izby rozrachunkowej lub towarowego domu maklerskiego bez zezwolenia lub wbrew jego warunkom.

³⁸⁷ Wykonywanie czynności ubezpieczeniowych lub działalności reasekuracyjnej bez zezwolenia.

- art. 89³⁸⁸ i art. 90³⁸⁹ ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń;
- art. 50 ust. 1 i 2³⁹⁰ ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych;
- art. 40³⁹¹ ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontach emerytalnych oraz indywidualnych kontach zabezpieczenia emerytalnego;
- art. 287³⁹² i art. 290–296³⁹³ ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi;
- art. 178³⁹⁴ ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi;
- art. 99³⁹⁵ i art. 99a³⁹⁶ ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych;
- art. 150³⁹⁷ i art. 151³⁹⁸ ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

³⁸⁸ Wykonywanie działalności agencji lub brokerskiej bez upoważnienia lub zezwolenia.

³⁸⁹ Nieuprawnione używanie określeń w firmie i reklamie wskazujących na wykonywanie dystrybucji ubezpieczeń lub reasekuracji.

³⁹⁰ Nieuprawnione używanie określenia „program emerytalny”.

³⁹¹ Nieuprawnione używanie określeń „indywidualne konto emerytalne” lub „indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego” oraz skrótów „IKE” lub „IKZE”.

³⁹² Lokowanie środków pieniężnych bez zezwolenia w papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego lub inne prawa majątkowe, aktywów osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej.

³⁹³ Bezprawne zbywanie tytułów uczestnictwa funduszy zagranicznych lub funduszy inwestycyjnych otwartych z siedzibą w państwach należących do EEA; bezprawne zbywanie tytułów uczestnictwa instytucji wspólnego inwestowania lub alternatywnych funduszy inwestycyjnych z siedzibą w państwach innych niż Rzeczpospolita Polska, państwo członkowskie lub państwo należące do EEA; bezprawne tworzenie oddziałów spółek zarządzających; bezprawne wykonywanie działalności spółek zarządzających; bezprawne wprowadzenie do obrotu AFI; bezprawne wykonywanie działalności zarządzającego z UE; bezprawne wykonywanie działalności funduszy inwestycyjnych; bezprawne używanie w nazwie lub reklamie szczególnych określeń typu „EuVECA”, „EuSEF” czy „alternatywny fundusz inwestycyjny”.

³⁹⁴ Prowadzenie działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi bez wymaganego zezwolenia lub upoważnienia.

³⁹⁵ Karalne proponowanie nabycia papierów wartościowych.

³⁹⁶ Karalne dokonanie oferty publicznej papierów wartościowych instytucji wspólnego inwestowania.

³⁹⁷ Nielegalne prowadzenie działalności w zakresie świadczenia usług płatniczych lub w zakresie wydawania pieniądza elektronicznego oraz nielegalne używanie w nazwie (firmie) lub do określenia wykonywanej działalności gospodarczej albo w reklamie określeń „usługi płatnicze”, „wydawanie pieniądza elektronicznego”, „instytucja płatnicza”, „mała instytucja płatnicza”, „biuro usług płatniczych”, „instytucja pieniądza elektronicznego” albo „oddział zagranicznej instytucji płatniczej”.

³⁹⁸ Nieuprawnione pośrednictwo o usługę płatniczą.

Komisja może też podać do publicznej wiadomości informację o karze pieniężnej nałożonej na dostawcę usług płatniczych w związku z niewypełnieniem przez niego obowiązków wynikających z art. 20a³⁹⁹, art. 32b–32d⁴⁰⁰, art. 59ia–59ie⁴⁰¹, art. 59ig⁴⁰², art. 59ih⁴⁰³ oraz art. 59ij–59is⁴⁰⁴ ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, chyba że ujawnienie informacji stanowić może poważne zagrożenie dla rynku finansowego lub może wyrządzić nieproporcjonalną szkodę.

Jednoznacznie wynika z tego, że dokonanie wpisu instytucji finansowej na listę ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego ma na celu poinformowanie uczestników rynku co najmniej o tym, że:

- dana instytucja finansowa prowadzi działalność na krajowym rynku finansowym pomimo braku zezwolenia lub upoważnienia na prowadzenie takiej działalności bądź wbrew warunkom tychże;
- dana instytucja finansowa, nie będąc do tego uprawniona, posługuje się w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zwrotami bądź określeniami zastrzeżonymi ustawowo dla legalnie działających podmiotów (najczęściej instytucji zaufania publicznego), których dostęp do rynku finansowego jest reglamentowany;
- dana instytucja finansowa nieodpowiednio zabezpiecza, a następnie wykorzystuje dane stanowiące tajemnicę zawodową;

³⁹⁹ Odnoszącego się do obowiązku przekazania dokumentu dotyczącego opłat przed zawarciem umowy o prowadzenie rachunku.

⁴⁰⁰ Dotyczących zestawienia opłat za usługi powiązane z rachunkiem płatniczym, w tym jego elementów oraz obowiązku posługiwania się pojęciami zawartymi w wykazie usług reprezentatywnych i obowiązku poinformowania o możliwości zawarcia umowy rachunku płatniczego poza pakietem usług.

⁴⁰¹ Dotyczących świadczenia usługi prowadzenia podstawowego rachunku płatniczego oraz obowiązków związanych z zawarciem umowy rachunku płatniczego i jego odpłatnością.

⁴⁰² Dotyczącego wypowiedzenia umowy podstawowego rachunku płatniczego.

⁴⁰³ Dotyczącego obowiązku udostępniania Komisji Nadzoru Finansowego informacji o podstawowych rachunkach płatniczych.

⁴⁰⁴ Dotyczących obowiązków związanych z przeniesieniem rachunku płatniczego; obowiązku dostawcy w przypadku zawiadomienia o zamiarze otwarcia przez konsumenta rachunku płatniczego u dostawcy prowadzącego działalność w innym państwie członkowskim oraz obowiązku przekazywania informacji o liczbie przeniesionych rachunków płatniczych oraz o liczbie niezrealizowanych upoważnień do przeniesienia rachunku płatniczego.

- dana instytucja finansowa, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, bezprawnie dokonuje transakcji na rynku finansowym, w tym rozporządza prawami majątkowymi uczestników rynku;
- dana instytucja finansowa nie wypełnia należycie obowiązków informacyjnych i innych wobec konsumentów, związanych z oferowaniem im usług finansowych oraz zawieraniem umów w tym przedmiocie;
- działalność instytucji finansowych wpisanych na tę listę jest mniej przejrzysta, a w konsekwencji – weryfikowalna, niż ma to miejsce w przypadku działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej instytucji finansowych posiadających odpowiednie zezwolenia lub upoważnienia;
- instytucje te nie uczestniczą ani w obowiązkowym systemie gwarantowania depozytów, ani w obowiązkowym systemie rekompensat dla inwestorów, a ponadto nie mogą zostać objęte mechanizmem uporządkowanej likwidacji bądź restrukturyzacji;
- instytucje te nie znajdują się pod bezpośrednim i bieżącym nadzorem publicznym sprawowanym przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Ostrzeżenia publiczne służą zatem informowaniu uczestników rynku finansowego, że działalność prowadzona przez wymienione tam instytucje finansowe może mieć charakter nielegalny⁴⁰⁵. To z kolei wskazuje na istotne ryzyko poniesienia znacznych strat w wyniku nawiązania z nimi współpracy (polegającej m.in. na powierzeniu środków pieniężnych).

Informacje ujawniane na liście ostrzeżeń publicznych nie mogą zawierać danych osobowych, dlatego do publicznej wiadomości podawana jest wyłącznie firma (nazwa) podmiotu, w związku z działalnością którego złożone zostało zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, a w przypadku gdy podmiot ten prowadzi działalność pod innym oznaczeniem, do publicznej wiadomości podaje się także to oznaczenie. Wzmiankowane informacje podawane są poprzez zamieszczenie na wyodrębnionej stronie internetowej Komisji Nadzoru Finansowego pod nazwą: Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego⁴⁰⁶. Informacje te – na podstawie

⁴⁰⁵ Por. P. Ochman, *Rola Komisji Nadzoru Finansowego w karnej ochronie rynku finansowego*, „Ius Novum” 2016, nr 4, s. 336–337.

⁴⁰⁶ Por. https://www.knf.gov.pl/dla_konsumenta/ostrezenia_publiczne [dostęp: 3.03.2019].

zawiadomień przekazanych Komisji Nadzoru Finansowego przez prokuratora – uzupełnia się każdorazowo o wzmiankę o prawomocnej odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego albo o prawomocnym umorzeniu postępowania przygotowawczego, a w przypadku wniesienia aktu oskarżenia o wzmiankę o prawomocnym orzeczeniu sądu. Ustawa w aktualnym brzmieniu gwarantuje, że uzupełnienie o wzmiankę nastąpi w tej samej formie i w tym samym miejscu, w którym została zamieszczona informacja o złożeniu zawiadomienia do prokuratury. Przepisy art. 6b ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym zapewniają zatem miarodajność informacji zawartych na stronie internetowej Komisji Nadzoru Finansowego. Trzeba mieć także na względzie, że w ramach wzmiankowanej listy ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego zamieszcza się informacje o przypadkach postępowań prowadzonych z urzędu lub na podstawie zawiadomienia podmiotu innego niż Komisja Nadzoru Finansowego, w ramach których Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego skorzystał z uprawnień pokrzywdzonego, przysługujących mu na podstawie art. 6 ust. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym. W obecnie obowiązujących unormowaniach położony został więc nacisk na kompletność informacji.

Jak wynika z powyższego, lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego obejmuje wyłącznie informacje o faktach – odpowiednio o fakcie złożenia zawiadomienia, ewentualnie o fakcie przystąpienia Przewodniczącego Komisji na prawach pokrzywdzonego do postępowania prowadzonego z urzędu albo z zawiadomienia innego podmiotu oraz o zapadłych w związku z takim doniesieniem rozstrzygnięciach prokuratury lub sądu. Taka informacja, będąca *nota bene* informacją publiczną, jest więc wystandaryzowana i z założenia odpowiada faktom. Co istotne, fakty te nie przesądzają o karnoprawnej działalności przedsiębiorcy, którego dotyczy ostrzeżenie publiczne. W ten sposób Komisja Nadzoru Finansowego została pozbawiona wcześniejszej swobody kształtowania treści listy ostrzeżeń. Wyklucza to decydowanie przez krajowy organ nadzoru finansowego – na zasadzie uznaniowości – o podaniu do publicznej wiadomości informacji o danym podmiocie i o jej zakresie przedmiotowym. Wydaje się, że argumentem przemawiającym za takim rozwiązaniem jest ochrona danych wrażliwych podmiotów ujmowanych w ostrzeżeniach Komisji przed ich ujawnieniem, co mogłoby wpłynąć na reputację, renomę, markę lub pozycję na rynku tych podmiotów. Należy mieć też na względzie, że niejednokrotnie w przeszłości Komisja wpisywała na listę ostrzeżeń podmioty zbyt pochopnie i bez

kompleksowej weryfikacji przedmiotu ich działalności, co prowadziło do absurdalnych wniosków (m.in. że spółka T-Mobile Polska S.A., oferując klientowi odpłatną usługę polegającą na zapewnieniu ochrony przed skutkami zdarzeń losowych, czyli np. w sytuacji uszkodzenia aparatu telefonicznego, prowadziła działalność ubezpieczeniową⁴⁰⁷).

Nadto nowelizacja ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym zmieniła charakter samego wpisu na listę ostrzeżeń publicznych KNF, gdyż obecnie nie jest on już bezterminowy. Wynika to z przepisów art. 6b ust. 7–13 omawianej ustawy, w świetle których usunięcia wpisu wraz z wszelkimi jego uzupełnieniami z listy ostrzeżeń publicznych Komisja może dokonać na wniosek lub z urzędu. Zaznaczyć trzeba przy tym, że ziszczenie się którejs z oznaczonych tam sytuacji jest jedyną możliwością usunięcia wpisu z listy ostrzeżeń publicznych KNF. I tak Komisja Nadzoru Finansowego usuwa informację zamieszczoną na liście wraz ze wszystkimi wzmiankami, którymi tę informację uzupełniono, na pisemny wniosek podmiotu, w związku z działalnością którego zostało złożone zawiadomienie, w sytuacji: prawomocnej odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego, prawomocnego umorzenia postępowania przygotowawczego albo wydania przez sąd prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie karne innego niż wyrok skazujący lub wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne. Jeżeli przeciwko podmiotowi wszczęto więcej niż jedno z wyżej wymienionych postępowań, wówczas wpis usuwa się po zakończeniu wszystkich wszczętych postępowań, ale w przypadku gdy wszczęto jedno postępowanie karne przy jednoczesnej odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego w jednej lub więcej spraw, wtedy informację zamieszczoną na liście usuwa się dopiero po zakończeniu tego postępowania. Każdorazowo Komisja jest uprawniona do wykreślenia wpisu z listy, pod warunkiem że posiada zawiadomienie o prawomocnej odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego albo o prawomocnym umorzeniu postępowania przygotowawczego, a w przypadku wniesienia aktu oskarżenia wzmiankę o prawomocnym orzeczeniu sądu. Ponadto Komisja z urzędu, po upływie 10 lat od dnia złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub wniosku o ujawnienie innego oznaczenia podmiotu, usuwa informację zamieszczoną na liście wraz ze wszystkimi wzmiankami, którymi tę informację uzupełniono. Jeżeli natomiast w ciągu tych 10 lat

⁴⁰⁷ Szerzej por. E. Kowalewski, M. Ziemiak, *Przesłanki wpisu na listę ostrzeżeń publicznych KNF w kontekście działalności ubezpieczeniowej*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2017, t. 21, s. 195–200.

postępowanie karne nie zostało zakończone, wówczas Komisja z urzędu usuwa informację zamieszczoną na liście po upływie roku od dnia prawomocnego zakończenia tego postępowania karnego. Przyjęte rozwiązanie jest słuszne – niemożność wykreślenia podmiotu z listy wskazywałaby na sanacyjny charakter wpisu na tę listę, a przecież nie taka jest istota tego instrumentu prawnego.

3. Skutki prawne i praktyczne prowadzenia listy ostrzeżeń publicznych przez Komisję Nadzoru Finansowego

Wpis na listę ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego spełnia przede wszystkim funkcję prewencyjną realizowaną w wymiarze ogólnym. Poinformowanie inwestorów o tym, że dana instytucja finansowa prowadzi działalność na krajowym rynku finansowym, nie posiadając odpowiedniego zezwolenia lub upoważnienia, zabezpiecza – przynajmniej w pewnym stopniu – tak ich samych, jak i cały system finansowy przed negatywnymi konsekwencjami tej działalności. Nadto wpis taki pełni również funkcję prewencyjną realizowaną w wymiarze szczegółowym. Mianowicie poinformowanie inwestorów o tym, że dana instytucja finansowa prowadzi działalność na rynku finansowym w Polsce, nie posiadając odpowiedniego zezwolenia lub upoważnienia albo wbrew ich warunkom, utrudnia tej instytucji prowadzenie działalności, a tym samym czyni ją mniej atrakcyjną w ujęciu ekonomicznym⁴⁰⁸. Należy mieć przy tym na względzie, że obie te funkcje są ze sobą sprzężone w taki sposób, iż ich wyznaczniki wiążąco oddziałują na siebie (np. wyeliminowanie z rynku niepożądanego instytucji finansowej determinuje bezpieczeństwo całego systemu finansowego).

Celem prowadzenia listy ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego jest wczesne ostrzeżenie uczestników rynku finansowego przed podmiotami, których działalność budzi poważne wątpliwości Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego pod kątem jej zgodności z prawem⁴⁰⁹. Opinia publiczna otrzymuje informację na temat zidentyfikowanych przez Urząd zagrożeń występujących na rynku finansowym (m.in. na podstawie sygnałów płynących od poszkodowanych lub potencjalnych klientów). O tym, czy faktycznie doszło do popełnienia przestępstwa, decydują – po

⁴⁰⁸ P. Wajda, *Charakter prawny wpisu na listę ostrzeżeń publicznych KNF*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 6, s. 78–89.

⁴⁰⁹ K. Wojciechowska-Mytych, *Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego*, UKNF, Warszawa 2015, s. 2.
Str. 242

złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa – odpowiednie organy państwa (prokuratura, sądy). Z uwagi na procedury prawne regulujące działalność sądu i prokuratury ostateczne decyzje odnośnie do legalności działania podmiotów zapadają bardzo często wiele miesięcy lub lat po zidentyfikowaniu nieprawidłowości w danym podmiocie. Tym samym dzięki liście ostrzeżeń publicznych KNF możliwe jest wcześniejsze zasygnalizowanie wątpliwości i ograniczenie w przyszłości liczby ewentualnych poszkodowanych klientów.

Prowadzenie listy ostrzeżeń publicznych jako systematycznego wykazu podmiotów, co do których podjęto podejrzenie popełnienia określonego rodzaju przestępstw, jest ustawowym obowiązkiem nałożonym na Komisję Nadzoru Finansowego. Prowadzenie tej listy nie leży już zatem w swobodnej gestii Komisji, a stało się jej ustawowym obowiązkiem. Przepisy prawa nie przewidują możliwości odstąpienia od obowiązku dokonania wpisu na listę ostrzeżeń publicznych nawet wówczas, gdy podmiot po złożeniu zawiadomienia zadeklarował czy nawet faktycznie zaprzestał prowadzenia działalności budzącej wątpliwości co do zgodności z prawem. Upublicznienie informacji o złożeniu zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa jest zatem rodzajem przymusu prawnego nałożonego na Komisję Nadzoru Finansowego, który to przymus winien być ujmowany jako służący zapewnieniu równego dostępu do informacji wszystkim uczestnikom obrotu prawnego, w tym także bankom i oddziałom instytucji kredytowych⁴¹⁰. To, w jaki sposób taka informacja zostanie wykorzystana, pozostaje w sferze autonomii adresatów tej informacji, z tym że nie powinno odbywać się to na zasadzie automatyzmu – to jest bez pogłębionej analizy i uwzględnienia całokształtu okoliczności faktycznych towarzyszących umieszczeniu podmiotu na liście ostrzeżeń publicznych.

W kontekście powyższego należy podkreślić, że w kolizji z ustawowym celem nadzorowania krajowego rynku finansowego, jakim jest zapewnienie zaufania do rynku finansowego, stałoby nieujawnienie opinii publicznej posiadanego przez organ nadzoru przekonania, że dany podmiot obecny na rynku finansowym w sposób zasadniczy narusza ład prawny tego rynku, ustanowiony dla ochrony interesów klientów instytucji finansowych. Konsumentom mają bowiem prawo do wolnego wyboru i właściwej informacji. Aksjologicznym założeniem ochrony interesów konsumentów nie jest ochrona słabszego podmiotu, a zrównanie szans obu podmiotów przez

zapewnienie konsumentowi warunków, w których będzie mógł w sposób wolny i rozważny podejmować decyzję, świadomy jej skutków. Transakcje zawierane na rynku finansowym charakteryzują się najczęściej znacznym obciążeniem finansowym i długim okresem obowiązywania, co przy dużej asymetrii informacji pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami rynku a konsumentami naraża tych drugich na długoterminowe ryzyko płynności, a w skrajnych przypadkach także wypłacalności⁴¹¹. Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego niewątpliwie ma się przyczynić do zmniejszania asymetrii informacji między nieprofesjonalnymi uczestnikami rynku finansowego a instytucjami finansowymi działającymi w jego obrębie. Nie sposób bowiem pominąć tego, że nieobecność danej instytucji finansowej na liście ostrzeżeń publicznych może wpływać do wyższy poziom zaufania do niej i to nawet mimo tego, że wpis na listę ostrzeżeń publicznych stanowi wyłącznie czynność faktyczną o charakterze materialno-technicznym.

Komisja Nadzoru Finansowego, upoważniona i zobowiązana zarazem do prowadzenia listy ostrzeżeń publicznych, jest elementem instytucjonalnej ochrony rynku finansowego, której celem jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku również poprzez rzetelną informację dotyczącą funkcjonowania rynku (tak w art. 2 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym). Owe cele nadzoru to podstawowe wartości, których respektowanie na rynku finansowym wypełnia treść interesu publicznego. Tym samym działania organu nadzoru są podejmowane w interesie publicznym ze względu na potrzebę chronienia wymienionych wartości, które należy zachować, aby zapewnić rozwój tego rynku⁴¹². Wśród tych wartości szczególną pozycję zajmuje zaufanie do rynku finansowego, które pośrednio wiąże się też z zaufaniem do samej Komisji jako organu administracji publicznej. Zaufanie do organu władzy jest przecież emanacją naszego przekonania o skuteczności działania tego organu,

⁴¹⁰ KNF, *Lista ostrzeżeń publicznych KNF*, pismo z dnia 14 sierpnia 2014 r., znak sprawy DKS/WK/063/47/1/14/MB, s. 2.

⁴¹¹ A. Nadolska, *Konsument i klient na rynku usług finansowych. Problem zakresu podmiotowego ochrony na rynku finansowym*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 53.

⁴¹² L. Góral, *Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, *passim*.

w tym zwłaszcza zgodności tego działania z prawem (co jednak nie musi oznaczać, iż każdorazowy kontakt z organem władzy ma ten sam skutek i następuje w tych samych okolicznościach).

Zaufanie jest słusznie lokowane po stronie aktywów posiadanych przez podmioty finansowe. Stanowi ono fundament stabilności rynku finansowego, od której z kolei uzależnione jest niezachwiane funkcjonowanie państwa. Istnieje przy tym sprzężenie zwrotne między stabilnością systemu finansowego a zaufaniem do tego systemu i jego części składowych – czyli najogólniej mówiąc, instytucji finansowych – polegające na tym, że ewentualna destabilizacja systemu oddziałuje na obniżenie poziomu zaufania i odwrotnie: ewentualny spadek zaufania może być czynnikiem dodatkowo destabilizującym funkcjonowanie instytucji finansowej. W takim ujęciu zaufanie klientów podmiotów finansowych stanowi fundament stabilności systemu finansowego państwa. To dlatego państwo pozostawia sobie prawo do nadzoru nad rynkiem finansowym, wskazując przy tym cele jego ustanowienia oraz niezbędne instrumenty prawne. Jednym z takich instrumentów o charakterze władczym jest właśnie lista ostrzeżeń publicznych KNF, stanowiąca zestawienie informacji źródłowej. Jest to informacja ujawniona w internecie (i innych środkach masowego przekazu) i adresowana do opinii publicznej *en bloc*, a więc do wszystkich potencjalnie zainteresowanych. Ma ona równoważyć deficyt informacyjny uczestników rynku finansowego i zapobiec w przyszłości nieuchronnemu ryzyku, jakie ujawniła działalność spółki Amber Gold, a jakie bez wątpienia będzie pojawiać się na rynku finansowym w różnych wariantach.

Wydaje się, że poza niezliczonymi konsekwencjami o charakterze negatywnym, przypadek spółki Amber Gold spowodował, że uczestnicy krajowego rynku finansowego odnotowali nie tylko fakt istnienia Komisji Nadzoru Finansowego, ale przede wszystkim zrozumieli cel publikowania przez ten organ ostrzeżeń publicznych. Do tego momentu większa część społeczeństwa była bowiem przekonana, że na liście ostrzeżeń publicznych umieszczane są podmioty objęte nadzorem finansowym. Kolejnym „pozytywnym” efektem nagłośnienia afery Amber Gold jest ukształtowanie sformalizowanego administracyjnego instrumentu informacyjnego o charakterze generalnym, podejmowanego z urzędu i wykonywanego w warunkach związania co do formy i treści w postaci listy ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego.

4. Zawartość listy ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego

Aktualnie na liście ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego⁴¹³ ujawnionych jest 268 podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, w tym:

- 83 podmioty, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 171 ust. 1–3 ustawy – Prawo bankowe (tj. co do wykonywania czynności bankowych, w szczególności przyjmowania wkładów pieniężnych w celu obciążania ich ryzykiem, bez zezwolenia KNF);
- 134 podmioty, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 178 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (tj. co do prowadzenia działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi bez wymaganego zezwolenia lub upoważnienia);
- 5 podmiotów, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 178 w zw. z art. 79 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (tj. co do wykonywania działalności bez wpisu do rejestru agentów firm inwestycyjnych);
- 8 podmiotów, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 287 (tj. co do lokowania środków pieniężnych bez zezwolenia) i 290–296 (tj. co do bezprawnego zbywania tytułów uczestnictwa funduszy zagranicznych lub funduszy inwestycyjnych otwartych z siedzibą w państwach należących do EEA bądź instytucji wspólnego inwestowania lub alternatywnych funduszy inwestycyjnych z siedzibą w państwach innych niż Rzeczpospolita Polska, państwo członkowskie lub państwo należące do EEA; bezprawnego tworzenia oddziałów spółek zarządzających; bezprawnego wykonywania działalności spółek zarządzających; bezprawnego wprowadzenia do obrotu AFI; bezprawnego wykonywania działalności

⁴¹³ Lista jest dostępna pod adresem https://www.knf.gov.pl/dla_konsumenta/ostrezenia_publiczne [dostęp: 18.03.2019].

zarządzającego z UE; bezprawnego wykonywania działalności funduszy inwestycyjnych; czy bezprawnego używania w nazwie lub reklamie szczególnych określeń) ustawy o funduszach inwestycyjnych;

- 15 podmiotów, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 99 i 99a ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tj. co do dokonania oferty publicznej papierów wartościowych bez wymaganego ustawą zatwierdzonego przez KNF prospektu emisyjnego / memorandum informacyjnego / dokumentu informacyjnego lub dokonanie emisji obligacji bez zachowania ustawowych warunków);
- 1 podmiot, przeciwko któremu Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 56a i 57 ustawy o giełdach towarowych (tj. co do prowadzenia giełd towarowych bez zezwolenia);
- 2 podmioty, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 430 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. co do wykonywania czynności ubezpieczeniowych lub działalności reasekuracyjnej bez zezwolenia);
- 3 podmioty, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 47 i 48 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym (tj. co do nieuprawnionego wykonywania działalności agencji, czynności agenta ubezpieczeniowego oraz prowadzenia działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń lub w zakresie reasekuracji bez wymaganego zezwolenia);
- 17 podmiotów, przeciwko którym Komisja złożyła zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 150 i 151 ustawy o usługach płatniczych (tj. co do nieuprawnionej działalności w zakresie świadczenia usług płatniczych lub w zakresie wydawania pieniądza elektronicznego).

Należy pamiętać, że podmiot wskazany na liście ostrzeżeń publicznych KNF może kontynuować swoją działalność gospodarczą w dotychczasowej formie, a w jego sferze prawnej nie pojawia się z tego tytułu żaden dodatkowy zakaz lub nakaz. To oznacza, że wpis na listę

Str. 247

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

ostrzeżeń publicznych nie kształtuje żadnych ograniczeń w dotychczasowej działalności takiego podmiotu. Dlatego niezwykle ważne jest, aby podejmując określone decyzje, nieprofesjonalni uczestnicy rynku finansowego każdorazowo przeanalizowali koszty, korzyści i ryzyka związane z powierzeniem środków finansowych podmiotowi, co do którego zachodzi podejrzenie działania z naruszeniem prawa. Obowiązek i powinność działania Komisji w tej materii w związku z zapewnianiem prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego jako całości kończą się bowiem wraz z umieszczeniem takiego podmiotu na liście ostrzeżeń publicznych i bieżącym kompletowaniu informacji, o których mowa w art. 6b ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym.

5. Podsumowanie

Polski ustawodawca, dostrzegając istotne zagrożenia dla interesów wszystkich uczestników rynku finansowego ze strony podmiotów świadczących usługi finansowe, a niemających statusu instytucji finansowej, w drodze nowelizacji ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym z 2013 r. dokonał doprecyzowania celu i zadań nadzoru nad rynkiem finansowym w odniesieniu do działań informacyjnych, wyposażając jednocześnie Komisję Nadzoru Finansowego w niezwykle ważną kompetencję, za pośrednictwem której ten cel ma być osiągnięty, a zadania Komisji efektywnie zrealizowane. Organowi nadzoru finansowego zostało mianowicie nadane uprawnienie do prowadzenia listy ostrzeżeń publicznych (art. 4 pkt 4 w zw. z art. 6b ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym), obejmującej informacje o faktach kluczowych dla utrzymania stabilności rynku finansowego. W konsekwencji tego zabiegu legislacyjnego lista ostrzeżeń publicznych – prowadzona dotychczas przez Komisję Nadzoru Finansowego w ramach swobody podejmowania niewładczych działań o charakterze społeczno-organizatorskim – została ukształtowana jako sformalizowany (prawnie określony) administracyjny instrument informacyjny o charakterze generalnym (adresowanym *erga omnes*), związany z działaniem informacyjnym o charakterze obligatoryjnym, podejmowanym z urzędu i wykonywanym w warunkach związania co do formy i treści.

Tak ścisła prawna reglamentacja nowego instrumentu nadzorczego ma kilka przyczyn. Po pierwsze, została ona wprowadzona w celu wyeliminowania ryzyka narażenia Skarbu Państwa na pozwy o naruszenie dóbr osobistych poszczególnych podmiotów, których nazwy ujawniane były na liście. Dalej idącym zamierzeniem rzeczonoj nowelizacji jest zniesienie domniemania kompetencji

Str. 248

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik_Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

po stronie organu nadzoru w tym zakresie. Po drugie, konieczne okazało się ograniczenie ryzyka kształtowania się praktyki administracyjnej nadmiernie ingerującej w sferę wolności gospodarczej podmiotów nienadzorowanych bądź prowadzącej do nierównego traktowania podmiotów o podobnym statusie. Po trzeciej, zmieniona ustawa usankcjonowała stan, w którym elementem ładu rynku finansowego jest usystematyzowany, wiarygodny i publicznie dostępny zasób informacyjny nazwany listą ostrzeżeń publicznych. W chwili obecnej organ nadzoru ma nie tylko prawo, ale też obowiązek prowadzić tak określoną aktywność informacyjną wobec uczestników rynku finansowego. Przede wszystkim jednak wyposażenie Komisji Nadzoru Finansowego w prawny instrument tego rodzaju ma – w zamierzeniu prawodawcy – zmniejszyć asymetrię informacyjną na rynku finansowym i przyczynić się do zwiększenia zaufania do podmiotów legalnie świadczących usługi finansowe. Owo zaufanie, pomijane i niedoceniane w uprzednich regulacjach nadzorczych, obecnie stanowi bowiem kluczową wartość dla prawidłowo funkcjonującego rynku finansowego w skali mikro, mezo i makro.

Bibliografia

1. Góral L., *Ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
2. KNF, *Lista ostrzeżeń publicznych KNF*, pismo z dnia 14 sierpnia 2014 r., znak sprawy DKS/WK/063/47/1/14/MB.
3. Komitet Stabilności Finansowej, *Analiza działań organów i instytucji państwowych w odniesieniu do Amber Gold sp. z o.o.*, raport z dnia 18 marca 2013 r.
4. Kowalewski E., Ziemiak M., *Przesłanki wpisu na listę ostrzeżeń publicznych KNF w kontekście działalności ubezpieczeniowej*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2017, t. 21.
5. Ministerstwo Finansów, *Ochrona konsumentów przed działalnością parabanków*, pismo z dnia 5 sierpnia 2014 r., znak sprawy SPS-023-27244/14.
6. Nadolska A., *Konsument i klient na rynku usług finansowych. Problem zakresu podmiotowego ochrony na rynku finansowym*, [w:] Monkiewicz J., Rutkowska-Tomaszewska E. (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

7. Nowicki D., Peszkowski S., *Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego jako publicznoprawna forma ochrony zaufania na rynku finansowym*, [w:] Kasiński M., Stahl M., Właźlak K. (red.), *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
8. Ochman P., *Rola Komisji Nadzoru Finansowego w karnej ochronie rynku finansowego*, „Ius Novum” 2016, nr 4.
9. Pisarewicz P., *Analiza regulacji nadzorczych oraz ocena działalności Komisji Nadzoru Finansowego w kontekście ochrony klientów sektora ubezpieczeniowego*, [w:] Monkiewicz J., Rutkowska-Tomaszewska E. (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
10. TNS Polska, *Konsument na rynku usług finansowych*, raport TNS Polska dla UOKiK, 2012.
11. TNS Polska, *Wykluczeni cyfrowo*, raport TNS Polska z października 2015.
12. UOKiK, *Przewodnik po usługach finansowych*, UOKiK, Warszawa 2012.
13. Wajda P., *Charakter prawny wpisu na listę ostrzeżeń publicznych KNF*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 6.
14. Wojciechowska-Mytych K., *Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego*, UKNF, Warszawa 2015.




Część 3.

Postulaty na przyszłość

Str. 251

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

 biuro@rf.gov.pl
 www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
 [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/Rzecznik_Finansowy)

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Jak ograniczyć nadużycia instytucji finansowych?

Aleksandra Wiktorow, Rzecznik Finansowy

Szybsze działanie sądów i organów państwa tworzących system ochrony konsumentów oraz większa odpowiedzialność menedżerów to dwie główne ścieżki skutecznego ograniczenia nadużyć ze strony instytucji finansowych. Niezbędne są też edukacja społeczeństwa i przekonanie o kluczowym znaczeniu korzystania z prawa do reklamacji.

1. Szybkość reakcji jako czynnik kluczowy

Kopernikańska zasada mówiąca o tym, że „gorszy pieniądz wypiera lepszy” ma też zastosowanie w usługach finansowych. Z moich obserwacji wynika, że złe praktyki upowszechniają się bardzo szybko. Podmioty, które je stosują, rozwijają się szybciej niż działający etycznie konkurenci i zarabiają więcej (przynajmniej w krótkim terminie). Pojawia się presja na władze tych drugich, żeby zaczęły stosować podobne rozwiązania. Jeśli organy państwa nie zareagują odpowiednio szybko, problem zaczyna narastać. Dlatego Rzecznik Finansowy stara się możliwie wcześniej podejmować działania na rzecz ochrony interesów konsumentów. Czasem wystarczy kilka czy kilkanaście przypadków, żeby podjąć decyzję o nagłośnieniu negatywnych praktyk lub poinformować Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, czy skierować sprawę do Komisji Nadzoru Finansowego, a w skrajnych przypadkach nawet do prokuratury. Oczywiście w takich sytuacjach ze strony przedstawicieli branży finansowej pojawiają się próby bagatelizowania problemu – przedstawiane są argumenty o milionach sprzedanych polis, udzielonych pożyczek czy założonych kont. Zawsze zastanawiam się wtedy, przy jakiej skali nieprawidłowości – zdaniem przedstawicieli branży – interwencja byłaby uprawniona. Czy potrzeba dziesiątek, setek czy może tysięcy poszkodowanych klientów? Moim zdaniem na Rzeczniku Finansowym i innych organach państwa składających się na system ochrony konsumentów spoczywa obowiązek natychmiastowego – w miarę możliwości – działania, zaraz po dostrzeżeniu niepokojących sygnałów, bez czekania, aż złe praktyki się upowszechnią. Samo nagłośnienie negatywnej praktyki oraz zapowiedź wszczęcia działań wobec jednego podmiotu mogą powstrzymać innych uczestników rynku przed pójściem tą samą drogą.

Str. 252

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

2. Znaczenie samoregulacji

W tym kontekście warto krótko odnieść się do kwestii inicjatyw dotyczących samoregulacji branż. Niestety zwykle są one spóźnione i nieskuteczne. Podejmowane są dopiero w momencie, gdy pojawia się groźba wdrożenia odpowiednich regulacji prawnych. Wtedy też robi się wokół danej inicjatywy dużo szumu medialnego, mającego powstrzymać zapędy regulatorów. Uważam, że im ciszej o działaniach samoregulacyjnych danego sektora, tym lepiej. Próby wpłynięcia na zachowanie czarnych owiec, podejmowane wewnątrz branży, powinny pojawiać się przy pierwszych sygnałach o stosowaniu nieetycznych praktyk. Im mniejsza skala nieprawidłowości, tym łatwiej podjąć biznesową decyzję o wycofaniu się z danej praktyki i o zadośćuczynieniu klientom pokrzywdzonym na skutek jej stosowania. Stąd niezmiennie ważna jest szybka reakcja zarówno rynku, jak też organów państwa. Wydaje się, że wdrożenie skutecznej samoregulacji powinno być łatwiejsze w przypadku organizacji samorządowych, do których przynależność jest obowiązkowa. Niestety w praktyce tak nie jest.

3. Polubowne rozwiązywanie sporów

Skala problemu jest też istotna przy polubownym rozwiązywaniu sporów z klientami. Nasze już prawie czteroletnie doświadczenia w tym obszarze pokazują, że w przypadku jednostkowych spraw łatwiej jest osiągnąć porozumienie. Na przykład nieprzypadkowo w odniesieniu do sporów związanych z tzw. kredytami frankowymi nie ma woli ugody po stronie banków. Skala problemu powoduje bowiem, że bardziej opłacalne dla nich jest skierowanie sporu na długotrwałą i kosztowną drogę sądową. Wiadomo, że wielu klientów nie zdecyduje się na takie rozwiązanie. Wierzę jednak, że w Polsce będą się rozwijać instytucje pomagające w polubownym rozwiązywaniu sporów. Liczę też na to, że zarówno po stronie podmiotów, jak i klientów będzie wola, aby starać się osiągnąć porozumienie tą drogą. Dla branży finansowej kluczowa powinna być zasada poufności, obowiązująca w tym postępowaniu. Problem można rozwiązać „po cichu”, zawierając ugody z pokrzywdzonymi klientami, zanim urośnie on do większych rozmiarów i zainteresują się nim media. Oczywiście kwestionowana praktyka musi zostać zarzucona.

4. Większa odpowiedzialność menedżerów

Zawsze z rozbawieniem czytam zapewnienia zarządów spółek, w których odkryto jakieś nieprawidłowości. Zwykle winnymi okazują się szeregowi pracownicy, których „natychmiast po odkryciu procederu zwolniono”, czy nawet pojedynczy „trader”, zawierający bardzo ryzykowne, spekulacyjne transakcje. W takiej sytuacji można postawić oficjalny zarzut, że władze takiej spółki zaniedbały kontrolę działalności danego departamentu lub nie zadziałały procedury zarządzania ryzykiem. Można też się zastanawiać, czy władze takiej spółki nie udzieliły cichego przyzwolenia na praktyki może i przynoszące znaczne zyski, ale w dłuższej perspektywie ryzykowne z punktu widzenia klientów czy samej organizacji. Dlatego uważam, że wprowadzenie osobistej odpowiedzialności menedżerów za działania naruszające interesy klientów jest dobrym pomysłem. Menedżerowie powinni być w pełni odpowiedzialni za to, co się dzieje w kierowanej przez nich firmie.

Jak taki system mógłby wyglądać? Sankcjonowane mogłoby być m.in. wprowadzenie i oferowanie produktu, co do którego stwierdzone byłoby – na przykład przez UOKiK – naruszenie zbiorowych interesów klientów. Każdy produkt finansowy powinien mieć „metryczkę”, informującą, jakie osoby są odpowiedzialne za jego ostateczny kształt. Chodzi tu nie tylko o członków zarządu, którzy w danym momencie urzędują, ale też o wyższą kadre menedżerską departamentów zaangażowanych w tworzenie produktu. W ten sposób powstałaby baza osób, z której Komisja Nadzoru Finansowego mogłaby korzystać na przykład przy procesie akceptacji. Dzięki temu łatwo można byłoby sprawdzić, czy dana osoba w przeszłości nie kierowała przykładowo departamentem prawnym w firmie, która wypuszczała na rynek toksyczne produkty. Na marginesie warto zauważyć, że przedstawiciele branży finansowej z lubością podkreślają, że klient powinien ponosić wszelkie konsekwencje podpisanej umowy. Tym bardziej zatem takie konsekwencje powinni ponosić menedżerowie, których wiedza i świadomość konstrukcji produktu jest przecież dużo większa niż przeciętnego klienta.

W ramach zaostrzania osobistej odpowiedzialności menedżerów należałoby też rozważyć zwiększenie ich odpowiedzialności finansowej. Nie ulega wątpliwości, że 1 mln zł kary dla spółki ma zupełnie inną wagę niż ta sama kwota zapłacona bezpośrednio z kieszeni prezesa. Ponadto kary to działanie *post factum*, a więc trzeba stworzyć system prewencyjny. Dziś prezes może

Str. 254

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

akceptować praktyki, które w dłuższym okresie niosą ryzyko sankcji dla spółki, bo takie postępowanie jest dla niego opłacalne. Dostanie kolejne premie za dobre wyniki, być może jakiś gigantyczny bonus, jeśli „napompowaną” złymi produktami spółkę uda się korzystnie sprzedać. Spółka co prawda zapłaci karę za kilka lat, ale wtedy jego samego już w jej władzach nie będzie. Dlatego musi istnieć mechanizm, który zniechęcałby do takich praktyk. Gdyby menedżer miał świadomość, że może łatwo stracić to, co zarobił, wprowadzając na rynek nieuczciwie skonstruowane produkty, zastanowiłby się trzy razy. Mechanizm ten miałby więc działanie prewencyjne.

Jednocześnie uważam, że należy rozdzielić odpowiedzialność karną i taką, którą można nazwać biznesową. Kary pozbawienia wolności – jako najostrzejsza sankcja – powinny być zarezerwowane dla najbardziej jaskrawych przypadków udowodnionych przestępstw czy świadomych oszustw. Taka decyzja powinna leżeć w gestii sądu.

5. Modyfikacja systemów motywacyjnych

Wadliwa konstrukcja produktu jest jedną z przyczyn dysfunkcji obserwowanych na rynku finansowym. Kolejna to tzw. misselling, czyli sprzedaż produktu nieadekwatnego do potrzeb klienta. Uważam, że również i w tym przypadku winę ponoszą kluczowi menedżerowie kształtujący systemy motywacyjne. Problemem jest presja na realizację planów tzw. nowej sprzedaży. Liczy się zdobycie nowego klienta, o już posiadanym myśli się mniej. Wydaje się, że warto wrócić do systemu, w którym kluczowym wskaźnikiem była tzw. rentowność klienta i jego zadowolenie z produktu oraz obsługi. Widzę, że ustawodawca zaczyna dostrzegać problem missellingu – praktyki napędzanej planami sprzedażowymi. Przypomnę, że ustawa o kredycie hipotecznym przewiduje zakaz wynagradzania wyłącznie za wyniki sprzedaży. Mam nadzieję, że te wytyczne będą przestrzegane w dobrze pojętym wspólnym interesie.

6. Szybsze sądy i bardziej przewidywalne orzeczenia

Skłonność do nadużyć ze strony sektora finansowego byłaby mniejsza, gdyby orzeczenia w sądach zapadały szybciej i były bardziej przewidywalne. Uważam, że obydwa warunki mogłyby zostać spełnione dzięki większej specjalizacji sędziów w sporach dotyczących usług finansowych. Można pomyśleć na przykład o utworzeniu odrębnego wydziału, podobnie jak ma to miejsce w

sporach dotyczących prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Można też po prostu wprowadzić specjalizację sędziów w ramach już istniejącej struktury. Sprawy związane z finansami – często dotyczące bardzo złożonych instrumentów finansowych – bywają niezwykle skomplikowane, o czym przekonał się na przykładzie procesów dotyczących tzw. polis z UFK czy kredytów frankowych. To oczywiste, że sędzia niemający odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w tym zakresie musi poświęcić więcej czasu na wydanie wyroku. Ponadto obserwujemy w Biurze Rzecznika Finansowego niejednorodność orzecznictwa. Analizujemy tę kwestię na bieżąco, gdyż dostrzeżenie rozbieżności w orzecznictwie jest dla nas podstawą do wystąpienia do Sądu Najwyższego z wnioskiem o uchwałę rozstrzygającą wątpliwości. Od 2003 r. do połowy 2019 r. złożyliśmy 22 takie wnioski. Nieprzewidywalność orzeczeń z jednej strony zwiększa ryzyko procesowe po stronie klientów, gdyż w razie przegranej mogą zostać obciążeni znacznymi kosztami sądowymi. Z drugiej strony informacja o „niejednorodności linii orzeczniczej” w odniesieniu do danej kategorii sporu, podkreślana w mediach przez przedstawicieli branży finansowej, zniechęca klientów – ci stają się mniej skłonni do wybierania drogi sądowej.

7. Kto się myli, ten płaci

Obecnie działający system dochodzenia przez klientów roszczeń wobec instytucji finansowych prowadzi do sytuacji, w której dość bezpieczne dla tych ostatnich jest nieuznanie reklamacji dotyczących stosunkowo niskich kwot. Wiadomo, że koszty dochodzenia takich roszczeń mogą być niewspółmiernie wysokie, co zniechęca klientów do walki o swoje prawa. Stąd idealnie by było, gdyby instytucje finansowe, które dopuściły się nadużyć, pokrywały absolutnie wszystkie koszty związane z powstałym naruszeniem. Mam tu głównie na myśli koszty pomocy prawnej, ale nie tylko na etapie sądowym, lecz również przedsądowym (oczywiście w rozsądnych rynkowych warunkach). Przykładowo dziś klient, który domaga się od ubezpieczyciela wypłaty określonego odszkodowania, może skorzystać z pomocy prawnej świadczonej przez adwokata, radcę prawnego, kancelarię prawną czy odszkodowawczą. Wynagrodzenie tych podmiotów jest pokrywane z kieszeni klienta z góry lub wypłacane w formie potrącenia z kwoty należnego odszkodowania. W efekcie klient, który uzyskał dzięki takiej pomocy 100 tys. zł odszkodowania, ponosi na przykład 20 tys. zł kosztów, więc efektywnie pozostaje mu 80 tys. zł. Uczciwsza systemowo byłaby zasada, że koszty te pokrywa zakład ubezpieczeń, który zaniżył należne

Str. 256

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

świadczenia. Wtedy klient dostałby należne mu 100 tys. zł w całości, a firma ubezpieczeniowa zapłaciła dodatkowo 20 tys. zł za to, że klient przez błędne działania zakładu ubezpieczeń był zmuszony skorzystać z profesjonalnej pomocy prawnej, aby uzyskać pełne, zgodne z prawem, należne mu odszkodowanie. Byłoby to rozwiązanie, które bardzo szybko poprawiłoby proces likwidacji szkód.

Prócz kosztów prawników, którzy pomogli konsumentowi w dochodzeniu jego słusznego roszczenia, zakład ubezpieczeń pokrywałby również koszty związane z wyliczeniem powstałej po stronie konsumenta szkody. Mogłyby to być na przykład: koszt opinii niezależnego rzeczoznawcy, który wycenia szkodę w samochodzie czy w zalanym mieszkaniu, albo wynagrodzenie biegłego, który wylicza, jaką szkodę poniósł frankowicz, jeśli bank stosował niewłaściwe kursy walutowe. Aktualnie ewentualna konieczność opłacenia z własnej kieszeni rzeczoznawcy w sporze z ubezpieczycielem sprawia, że dochodzenie wyrównania odszkodowania jest tym mniej opłacalne, im niższa jest kwota roszczenia. Dlaczego? Załóżmy, że koszt naprawy samochodu – oszacowany przez warsztat wybrany przez klienta – wyniósł 3 tys. zł, a ubezpieczyciel wypłacił 2 tys. zł. Z kolei z ekspertyzy niezależnego rzeczoznawcy wynika, że ubezpieczyciel powinien dopłacić jeszcze 800 zł. W takiej sytuacji ubezpieczyciel powinien wypłacić owe 800 zł plus 200–400 zł, jakie klient wydał na rzeczoznawcę. Powinien zrobić to dobrowolnie, bez konieczności dochodzenia przez klienta jego praw w sądzie. Jak łatwo policzyć, bez uwzględnienia kosztów rzeczoznawcy, klient o ile wygra spór, dostanie 400–600 zł. Wielu klientów rezygnuje z walki o takie kwoty. To powoduje, że w obecnym systemie opłacalne jest zaniżanie wypłat, bo wiadomo, że na spór sądowy zdecyduje się niewiele osób.

Ryzyko ponoszenia przez instytucję finansową takich dodatkowych a niebagatelnych kosztów z jednej strony wpływałoby na ograniczenie nadużyć na rynku finansowym, z drugiej zaś konsument zyskałby większą pewność siebie w procesie dochodzenia roszczeń, gdyż prócz tego, co mu się faktycznie należy, otrzymywałby finalnie zwrot wszystkich pozostałych kosztów, które poniósł, aby skutecznie dochodzić swoich roszczeń. Dzisiaj te trendy rozszerzania odpowiedzialności (na prowokowane przez zakłady ubezpieczeń koszty ponoszone przykładowo na opinię rzeczoznawcy) zaczynają być dostrzegalne w ubezpieczeniach odpowiedzialności cywilnej, gdzie jej zakres zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jest ujmowany coraz szerzej. Nie widzę

przeszkód, aby wzmacniając ochronę konsumenta, nie pójść w tę stronę, kierując się zasadą: kto się myli, ten płaci. Skoro profesjonalista się pomylił i doprowadził do nadużycia, powinien ponosić tego konsekwencje.

8. Edukacja jako podstawa

Nie ulega wątpliwości, że instytucje finansowe nie powinny wykorzystywać nieświadomości klientów. Jednak konieczna jest też szersza i praktyczna edukacja ekonomiczna społeczeństwa. Klienci rozumiejący mechanizmy funkcjonowania produktów finansowych, sami mogliby się bronić przed nieprawidłowościami. Przy czym chodzi tu nie tylko o przekazywanie wiedzy na temat konstrukcji produktów finansowych. Działania edukacyjne powinny doprowadzić tak do wykształcenia się odpowiednich zachowań klientów, z wykorzystaniem wspomnianej wiedzy o produktach finansowych, jak i do wzrostu świadomości klientów względem działań osób oferujących te produkty. Obserwujemy, że co rusz mniejsze lub większe grupy klientów nabierają się na obietnice łatwych, szybkich i wysokich zysków. Widzimy też, w jakie tarapaty wpadają osoby, które są nadmiernie zadłużone. Stąd celem edukacji powinno być budowanie szeroko pojętej umiejętności zarządzania swoimi finansami z wykorzystaniem wiedzy o dostępnych na rynku ofertach.

Warto też położyć większy nacisk na znaczenie korzystania z prawa do reklamacji i sygnalizowania niezadowolenia z usługi finansowej. Wielu klientów nie korzysta z tego prawa, żywiąc przekonanie, że „zajmie to dużo czasu, a i tak nic nie da”. Tymczasem bez takiej informacji zwrotnej w postaci reklamacji firmy nie będą inicjowały działań naprawczych. Także Rzecznik Finansowy nie podejmie działań, jeśli do Biura nie wpłyną wnioski o podjęcie interwencji lub postępowania polubownego czy nie pojawią się stosowne sygnały ze strony niezadowolonych klientów, przekazywane w czasie eksperckich dyżurów telefonicznych albo wysyłane w postaci zapytań mailowych. Bez zgłoszeń ze strony poszkodowanych nic nie zrobią również inne organy państwa tworzące system ochrony konsumentów. A jak wspomniałam na początku, im szybciej zostaną podjęte odpowiednie działania, tym mniejsza będzie skala problemu.

Wykorzystanie nowych narzędzi nadzorczych do przeciwdziałania naruszeniom na rynkach finansowych

prof. dr hab. Jan Monkiewicz, Politechnika Warszawska, Wydział Zarządzania

1. Uwagi wstępne

Coraz ważniejszą rolę w przeciwdziałaniu nieprawidłowościom w sektorze finansowym odgrywa system nadzorczy i to zarówno w jego klasycznym wymiarze mikroostrożnościowym, jak i w nowszej postaci nadzoru nad zachowaniami rynkowymi czy też nad ochroną praw i interesów konsumentów. Wiąże się to z nowymi kompetencjami nadzoru – przykładowo możliwością interwencji produktowych w obszarze produktów ubezpieczeniowych o charakterze inwestycyjnym, wprowadzonymi regulacjami unijnymi, czy też możliwością stosowania interwencji wyprzedzających w bankowości, rekomendowanych przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego – oraz z nowymi narzędziami nadzorczymi. Dodatkowo dochodzi rosnąca złożoność rynków usług finansowych i ich postępująca hermetyzacja poznawcza, co zwiększa zapotrzebowanie na niezależnych ekspertów. Szczególnie interesującym nowym narzędziem nadzorczym, które może znaleźć szerokie zastosowanie, jest instytucja sygnalistów, zwanych także demaskatorami (ang. *whistleblowers*). Ostatnio odnotowane skandale finansowe – takie jak Panama Papers, LuxLeaks, Cambridge Analytica czy Danske Bank, gdzie podejrzania dotyczą nielegalnego transferu ponad 200 mld USD – zostały wykryte właśnie dzięki działalności sygnalistów .

2. Sygnaliści – kwestie ogólne

Nowym instrumentem nadzorczym, wprowadzanym coraz szerzej do praktyki nadzorczej nad instytucjami finansowymi, jest instytucja sygnalistów – rozumiana najczęściej jako raportowanie przez obecnych lub byłych pracowników nadzorowanej instytucji o nielegalnych, niewłaściwych, niebezpiecznych lub nieetycznych praktykach pracodawców⁴¹⁴. Krąg osób określanych tą nazwą może być oczywiście szerszy i może obejmować wszystkich tych, którzy

⁴¹⁴ Ł. Cichy, *Whistleblowing w bankach*, KNF, Warszawa 2017, s. 6.

dobrowolnie zgłaszają zaobserwowane naruszenia prawa czy nieetyczne praktyki. Taką konwencję, odmiennie niż unijna dyrektywa CRD IV, przyjmuje przykładowo amerykańska ustawa *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* z 2010 r.

Sama koncepcja nowego narzędzia nadzorczego jest prosta i nawiązuje do idei uspołecznienia nadzoru finansowego. Jej praktyczna realizacja nie jest jednak łatwa. Wymaga przede wszystkim zbudowania systemu ochrony sygnalistów przed retorsjami ze strony podmiotów, których dotyczy ich aktywność, a także prawa sygnalistów do ścisłej ochrony ich danych osobowych. Skuteczność tego nowego narzędzia nadzorczego może także wymagać stosowania specjalnego systemu bodźców ekonomicznych.

Instytucja sygnalistów nie jest oryginalnym wynalazkiem sektora finansowego, lecz ruchów konsumenckich i organizacji społecznych walczących o transparentność życia publicznego, a także przeciwstawiających się korupcji oraz malwersacjom wielkich korporacji, których działania naruszają interesy konsumentów. Idea narodziła się w latach 70. ubiegłego wieku w Stanach Zjednoczonych, a jej najbardziej głośnym orędownikiem był Ralph Nader, działacz społeczny i aktywista konsumencki, którego uznaje się za twórcę terminu „sygnalista” i pomysłodawcę zakresu jego działalności. Nader określał tym słowem ludzi, którzy wierząc w to, że dobro publiczne jest ważniejsze niż interes organizacji, której służą, podnoszą alarm. Sygnaliści „dmą w gwizdek”, kiedy organizacja ta uczestniczy w działalności korupcyjnej, nielegalnej, przestępczej lub szkodliwej⁴¹⁵. Nader wierzył w zalety tej instytucji i stał się inicjatorem uchwalenia pierwszej ustawy o ochronie sygnalistów w Stanach Zjednoczonych w 1989 r. (*Whistleblower Protection Act 1989*). Dziewięć lat później ustawę o zbliżonym charakterze przyjął parlament brytyjski (*Public Interest Disclosure Act 1998*), a w kolejnych latach podobne rozwiązania pojawiły się w wielu innych krajach⁴¹⁶.

Od tego momentu instytucja sygnalistów plasuje się wysoko na liście priorytetów regulacyjnych ośrodków międzynarodowych i postrzegana jest jako bardzo istotny instrument walki z korupcją. O znaczeniu, które się jej przypisuje, może świadczyć fakt, że znalazła się ona w pokryzysowym programie regulacyjnym przyjętym przez G20. Na spotkaniu liderów G20 w Seulu w

⁴¹⁵ D. Banisar, *Whistleblowing: International Standards and Developments*, [w:] I. Sandoval (ed.), *Corruption and Transparency: Debating The Frontiers Between State, Market and Society*, World Bank 2011.

⁴¹⁶ S. Wolfe *et al.*, *Whistleblower protection laws in G20 countries, Final report*, Griffith University, Transparency International Australia, September 2014.

2010 r. ustalono m.in., że należy chronić przed dyskryminacją oraz praktykami odwetowymi sygnalistów, którzy w dobrej wierze informują o podejrzanych działaniach korupcyjnych. Równocześnie podjęto zobowiązanie, że kraje G20 przyjmą i wdrożą w swoich jurysdykcjach do końca 2012 r. odpowiednie regulacje chroniące sygnalistów. Zobowiązanie to powtórzono w 2011 r. na szczycie G20 w Cannes, m.in. także przez przyjęcie zbioru dobrych praktyk w tym obszarze⁴¹⁷.

3. Sygnaliści w sektorze finansowym – doświadczenia amerykańskie

Wprowadzenie nowej instytucji, dotychczas znanej głównie w sektorze publicznym, do sektora prywatnego, w szczególności do zagadnień funkcjonowania rynków finansowych, nastąpiło wskutek przyjęcia przez ustawodawcę amerykańskiego w 2002 r. *Sarbanes-Oxley's Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act (SOX Act)*. Ustawa ta była odpowiedzią regulacyjną amerykańskiego Kongresu na serię skandali finansowych, które wystąpiły w latach 2000–2001 w Stanach Zjednoczonych i dotyczyły dużych spółek notowanych na rynku publicznym. Skandale te były efektem przestępstw księgowych oraz nieskuteczności firm audytorskich w ich tropieniu oraz ujawnianiu i dotyczyły m.in. firm Enron, WorldCom, Arthur Andersen. Przestępstwa te polegały w głównej mierze na systematycznym używaniu złożonych systemów księgowych oraz instrumentów struktur finansowych do sztucznego zawyżania wartości wskazanych wyżej firm, co doprowadziło ostatecznie do ich bankructwa. Poszkodowanych zostało w efekcie kilkadziesiąt tysięcy osób, a straty wyniosły wiele miliardów dolarów⁴¹⁸.

Nowe normy regulacyjne przyjęte przez *SOX Act* uczyniły obowiązującymi wiele nowatorskich rozwiązań z zakresu ładu korporacyjnego spółek notowanych na rynku publicznym, w tym m.in. wprowadzono do systemu nadzoru nad firmami publicznymi instytucję sygnalistów oraz zapewniono silną ochronę podejmowanych przez nich działań.

Nowe prawo objęło trzy elementy tej instytucji:

⁴¹⁷ OECD, *G20 Anti-corruption plan. Protection of Whistleblowers, Study on Whistleblowers Protection Frameworks. Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, OECD 2011.

⁴¹⁸ R. Moberly, *Sarbanes-Oxley's whistleblower provisions: ten years later*, „South Carolina Law Review” 2012, vol. 64, s. 5–11.

- zobowiązano firmy notowane na rynku publicznym do utworzenia dla anonimowych sygnalistów procedur raportowania zaobserwowanych nieprawidłowości do władz spółki i komitetów audytu wewnętrznego;
- zakazane zostały wszelkie działania represyjne wobec sygnalistów zgłaszających nieprawidłowości;
- poddano sankcjom grzywny oraz więzienia do lat 10 pracodawców podejmujących kroki odwetowe wobec sygnalistów, wskutek zgłoszonych przez nich nieprawidłowości.

Wbrew oczekiwaniom nowa instytucja nie doprowadziła do istotnych zmian w zakresie wykrywania i ścigania nieprawidłowości w Stanach Zjednoczonych, co pokazał ostatni globalny kryzys finansowy i ekscesy występujące na amerykańskim rynku kredytów hipotecznych *subprime*, które były jego bezpośrednią przyczyną⁴¹⁹. W rezultacie tej krytycznej oceny instytucja sygnalistów została istotnie wzmocniona w nowych regulacjach amerykańskiego sektora finansowego, zawartych w *Dodd-Frank Act* z 2010 r., będących odpowiedzią na kryzys. Owo wzmocnienie obejmuje w głównej mierze: wprowadzenie zasady wypłaty wynagrodzenia dla sygnalisty, jeśli jego informacja doprowadzi do skutecznego nałożenia sankcji finansowej na sprawcę nieprawidłowości, silną ochronę przed sankcjami za ujawnienie zawarte w zgłoszeniu w miejscu pracy oraz ochronę danych osobowych przed ujawnieniem.

Nowe regulacje w tym zakresie są administrowane przez amerykańską Komisję Papierów Wartościowych (*Securities and Exchange Commission – SEC*) „dla realizacji ważnego celu zapobiegania, szybkiego wykrycia i skutecznego ukarania za naruszenie prawa o papierach wartościowych”⁴²⁰. W myśl tych regulacji, jeśli doniesienie sygnalisty doprowadzi do pomyślnego nałożenia kary na zgłoszony podmiot i urząd nadzoru uzyska w ten sposób wpływy w wysokości ponad 1 mln USD, wówczas sygnalista jest uprawniony do uzyskania od administratora programu wynagrodzenia wynoszącego od 10% do 30% wpływów.

W efekcie instytucja ta zaczęła cieszyć się dużym zainteresowaniem społecznym i w ostatnim roku doszło do ponad 5000 wskazań nadzorczych. Łączna liczba wskazań nadzorczych w

⁴¹⁹ C.P. Skinner, *Whistleblowers and financial innovation*, „North Carolina Law Review” 2016, vol. 94, s. 879–924.

⁴²⁰ C.P. Skinner, *op. cit.*, s. 880.

latach 2011–2018 wyniosła ponad 28 000, zaś łączna kwota wynagrodzeń wypłaconych w tym okresie wyniosła ponad 326 mln USD. Szacuje się, że SEC uzyskała w wyniku zgłoszeń sygnalistów w tym czasie ponad 1,7 mld USD wpływów z nałożonych kar. Warto zauważyć, że najwyższe do tej pory wynagrodzenie indywidualne zostało wypłacone w 2014 r. – kwota wyniosła 35 mln USD. Co ciekawe, był to skutek zgłoszenia dokonanego przez cudzoziemca⁴²¹. Więcej informacji zawiera poniższa tabela.

Tabela 1. Wskazania nadzorcze i wypłaty dla sygnalistów

Rok	Liczba zgłoszeń	Wypłaty nagród w mln USD	Liczba nagrodzonych
2011	334	–	–
2012	3001	–	–
2013	3238	–	–
2014	3620	–	–
2015	3923	37	8
2016	4218	57	13
2017	4484	50	12
2018	5282	168	13

Źródło: SEC, *Whistleblower Program. 2018 Annual Report to Congress*, Securities and Exchange Commission, 2018, s. 20, oraz raporty z poprzednich lat.

Wszystkie zgłoszenia muszą być dokonywane elektronicznie, z wykorzystaniem specjalnego formularza, przesyłanego do Biura ds. Sygnalistów (*Office of the Whistleblower*), które bezpośrednio zarządza programem sygnalistów, poprzez portal SEC. Fakt zgłoszenia zostaje komputerowo potwierdzony i sprawa uzyskuje swój numer referencyjny. Zgłoszenia są następnie opracowywane w Biurze ds. Monitoringu Rynkowego (*Office of Market Intelligence*) oraz w innych komórkach SEC. Wystąpienia o nagrody ze strony sygnalistów także są zgłaszane elektronicznie w

⁴²¹ SEC, *Whistleblower Program. 2018 Annual Report to Congress*, Securities and Exchange Commission, 2018, s. 1.

oparciu o zamieszczane na stronach SEC informacje o nałożonych sankcjach w prowadzonych postępowaniach.

Największa liczba zgłoszeń dotyczyła przestępczych ofert (ang. *offering fraud*), a więc działań o charakterze piramid finansowych. W 2018 r. było to około 20% wszystkich doniesień. Na drugim miejscu znajdowały się zgłoszenia odnośnie do nieprawidłowości w raportach finansowych firm i ujawniania przez nich informacji (ang. *corporate disclosure and financials*) – w tym samym okresie było to około 19% doniesień. Na trzecim miejscu znalazły się manipulacje rynkowe – około 12% wskazań sygnalistów; na czwartym nieprawidłowości w zakresie obrotu papierami, przygotowania prospektów informacyjnych i wyceny papierów wartościowych – około 6,5%; na piątym zaś wykroczenia z zakresu *insider trading* – niecałe 5%⁴²². Zgłoszenia mogą dotyczyć niejednorodnych gatunkowo spraw, jak przykładowo podejrzanych transakcji, konkretnych osób dokonujących działań przestępczych, miejsc ukrycia dokumentów itp.

Interesujące są informacje o odnotowanym profilu sygnalistów. Większość nagrodzonych osób (około 70% w 2018 r.) było pracownikami instytucji, która była przedmiotem ich zgłoszenia. Ponad 80% z nich bezskutecznie próbowało wcześniej zgłaszać przedmiotowe naruszenie do kierownictwa firmy lub komitetu audytu wewnętrznego⁴²³.

O efektywności omawianego narzędzia nadzorczego może świadczyć fakt, że nagrodzeni sygnaliści aż w blisko 70% zgłoszonych spraw doprowadzili do podjęcia działań przez SEC, która nie wiedziała o występującej nieprawidłowości. Z kolei w blisko 30% spraw sygnaliści istotnie wspomogli postępowania już wcześniej zainicjowane przez SEC⁴²⁴.

Finansowanie programu sygnalistów odbywa się ze specjalnego funduszu powołanego decyzją Kongresu, zwaną *Investor Protection Act*. Jest on zasilany środkami uzyskiwanymi z kar pieniężnych nakładanych na podmioty nadzorowane przez SEC.

Zarządzaniem programem sygnalistów w SEC zajmuje się powołane w tym celu Biuro ds. Sygnalistów, które corocznie składa do Kongresu raport o podjętych działaniach, doniesieniach składanych przez sygnalistów i krokach poczynionych w związku z nimi przez SEC. Nadto Biuro jest

⁴²² *Ibidem*, s. 21.

⁴²³ *Ibidem*, s. 22.

⁴²⁴ *Ibidem*, s. 16.

zobowiązane do przedstawienia Kongresowi raportu rocznego, który winien obejmować następujące zagadnienia:

- realizacja programu nagród dla sygnalistów z uwzględnieniem liczby wypłaconych nagród;
- stan otwarcia funduszu na początku roku;
- środki pozyskane przez fundusz w ubiegłym roku;
- dochody z inwestycji funduszu z ubiegłego roku;
- wypłaty z funduszu w ubiegłym roku dla sygnalistów;
- bilans zamknięcia funduszu w końcu ubiegłego roku;
- informacje z audytu sprawozdań finansowych.

Realizowany w Stanach Zjednoczonych program sygnalistów w sektorze finansowym cieszy się dobrą reputacją. W dostępnych analizach naukowych podkreśla się, że pomoc sygnalistów pozwala amerykańskiej administracji rządowej na skuteczniejsze działanie nadzorcze i zwiększa jego potencjał. Sygnaliści, którzy najczęściej są osobami z sektora finansowego, mają wiedzę i kompetencje często przewyższające te, które posiadają urzędnicy nadzoru, te zaś są konieczne do wykrycia naruszenia prawa.

Sygnaliści mogą wspomagać działania nadzoru dwojako: po pierwsze poprzez wykonywanie zadań z zakresu wczesnego ostrzegania, w odniesieniu do działań przestępczych w trakcie realizacji, po drugie poprzez lepszą zdolność do odkrywania działań naruszających prawo. Według danych udostępnionych przez Kongres sygnaliści byli w latach 2012–2016 odpowiedzialni za wykrycie ponad 54% naruszeń prawa w firmach notowanych na rynku publicznym, podczas gdy jedynie około 4% przypadków zostało wykrytych bezpośrednio przez SEC lub audytorów zewnętrznych⁴²⁵.

Użycie sygnalistów w funkcjach nadzorczych jest swego rodzaju outsourcingiem funkcji publicznych do podmiotów prywatnych. Ma to szczególne uzasadnienie w sektorze finansowym z uwagi na jego złożoność, elitarny charakter pracujących tam osób i wysoki koszt utrzymania publicznych systemów nadzorczych. Dodatkowym argumentem są zagrożenia związane ze

⁴²⁵ C.P. Skinner, *op. cit.*, s. 892.

zniewoleniem regulacyjnym (ang. *regulatory capture*), a więc niewłaściwą konstrukcją prototypów regulacyjnych. Uważa się, że pomoc sygnalistów pozwala wzmocnić stronę etyczną sektora finansowego i kształtować jego działania na rzecz tworzenia środowiskowych kodeksów etycznych, a nie próbować wpływać na podejmowane regulacje⁴²⁶.

Koszt utrzymania sygnalistów ocenia się przy tym jako stosunkowo niski, a ich relacje z regulatorami i nadzorcami postrzega się jako znacznie prostsze (motywacje są czysto finansowe bądź ideowe) i całkowicie odmienne od utrzymywanych przez podmioty nadzorowane, gdzie dominuje duch relacji klientowskich⁴²⁷.

4. Sygnaliści w sektorze finansowym – model europejski

Ustawodawstwo unijne wprowadziło instytucję sygnalistów do sektora finansowego w odniesieniu do bankowości i firm inwestycyjnych poprzez przyjęcie dyrektywy CRD IV⁴²⁸ oraz w odniesieniu do regulowanego rynku kapitałowego i instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu na nim poprzez rozporządzenie MAR (ang. *Market Abuse Regulation*)⁴²⁹. W przyjętych regulacjach prawnych nie stosuje się przy tym określenia „sygnalista”, lecz „osoba, która zgłasza naruszenie”. Regulacje, o których mowa, zostały wprowadzone w nieodległej przeszłości, dlatego nie dysponujemy na razie żadnymi analizami efektywności wprowadzonych rozwiązań.

Dyrektywa CRD IV w art. 71 zobowiązuje kraje członkowskie do ustanowienia przez właściwe organy skutecznych i niezawodnych mechanizmów sprzyjających zgłaszaniu potencjalnych lub faktycznych naruszeń krajowych przepisów dyrektywalnych do właściwych organów w odniesieniu do banków i firm inwestycyjnych.

Mechanizmy te winny obejmować co najmniej:

- szczególne zasady odbierania zgłoszeń w sprawie naruszeń oraz działania następcze;

⁴²⁶ C.P. Skinner, *op. cit.*, s. 901.

⁴²⁷ C.P. Skinner, *op. cit.*, s. 896.

⁴²⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz. Urz. UE L 176/38 z dnia 27 czerwca 2013 r.).

⁴²⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz. Urz. UE L 173/1 z dnia 12 czerwca 2014 r.).

- stosowną ochronę pracowników instytucji, którzy zgłaszają naruszenia popełnione w danej instytucji, przed działaniami odwetowymi;
- ochronę danych osobowych, zarówno osoby zgłaszającej, jak i osoby, której zarzuca się popełnienie naruszenia;
- zapewnienie we wszystkich przypadkach zachowania poufności tożsamości osoby, która zgłasza naruszenia popełnione w danej instytucji.

Dyrektywa zobowiązuje także państwa członkowskie do utworzenia przez banki i firmy inwestycyjne procedur zgłaszania przez pracowników naruszeń wewnątrz firmy za pośrednictwem specjalnego, niezależnego i specjalnego kanału. Tym samym więc dyrektywa przewiduje zarówno obowiązkowość wprowadzenia systemu zgłoszeń zewnętrznych, jak i wewnętrznych.

Dyrektywa nie mówi nic o możliwości stosowania systemu wynagrodzeń wobec osób informujących o naruszeniach.

Co się tyczy rozporządzenia MAR, jego zakres przedmiotowy jest dość ograniczony w porównaniu z dyrektywą CRD IV, bowiem dotyczy ono jedynie bezprawnego wykorzystywania informacji poufnych, bezprawnego ujawniania takich informacji oraz manipulacji rynkowych. Z drugiej strony z uwagi na przedmiotową konstrukcję, która obejmuje wszystkie instrumenty finansowe z regulowanego rynku kapitałowego, zakres oddziaływania tego rozporządzenia może być znaczny.

Rozporządzenie to w art. 32 stanowi, że państwa członkowskie ustanowią skuteczne mechanizmy zgłaszania właściwym organom „rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń niniejszego rozporządzenia”. Mechanizmy te winny objąć co najmniej:

- szczególne procedury w sprawie naruszeń oraz działania następcze, w tym także stworzenie bezpiecznych kanałów komunikacji dla tych potrzeb;
- stosowną ochronę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, które zgłoszą naruszenie lub którym zarzuca się naruszenie;
- ochronę danych osobowych zarówno zgłaszającego naruszenie, jak i podejrzanego o naruszenie, w tym zachowanie poufnego charakteru ich tożsamości.

Rozporządzenie zobowiązuje także pracodawców prowadzących działalność regulowaną w zakresie usług finansowych do tworzenia odpowiednich wewnętrznych procedur zgłaszania naruszeń przez pracowników.

Rozporządzenie – co ciekawe – daje możliwość krajom członkowskim stosowania zachęt finansowych dla osób oferujących istotne informacje dotyczące możliwych naruszeń prawa, pod warunkiem że takie informacje są nowe oraz skutkują nałożeniem sankcji administracyjnej lub karnej z tytułu naruszenia rozporządzenia.

Dotychczasowe sektorowe rozwiązania precyzujące użycie nowej instytucji w UE mają zostać wkrótce uzupełnione o nową obszerną regulację, roboczo nazywaną dyrektywą o sygnalistach⁴³⁰. Nowa dyrektywa ma objąć wszystkie firmy prywatne oraz instytucje publiczne, które mają być zobowiązane do stworzenia odpowiednich mechanizmów do przekazywania sygnałów o nieprawidłowościach. Co się tyczy prywatnych przedsiębiorstw, dyrektywa ma objąć wszystkie firmy o zatrudnieniu powyżej 50 osób oraz o rocznych obrotach powyżej 10 mln EUR. Obowiązek utworzenia mechanizmów raportowania o nadużyciach w firmach działających na rynku finansowym będzie dotyczył wszystkich przedsiębiorstw, niezależnie od ich rozmiarów. Sygnaliści będą mogli zgłaszać nie tylko naruszenia prawa, ale i działania, które są sprzeczne z duchem prawa.

Dyrektywa precyzuje, że obejmie zagadnienia odnoszące się do:

- zamówień publicznych;
- usług finansowych;
- bezpieczeństwa produktu;
- bezpieczeństwa transportu;
- ochrony środowiska;
- bezpieczeństwa nuklearnego;
- żywności, żywienia oraz zdrowia zwierząt;
- zdrowia publicznego;
- ochrony konsumentów;

- ochrony prywatności i danych osobowych;
- naruszeń prawa podatkowego;
- prawa o konkurencji UE.

Wykorzystanie sygnalistów w usługach finansowych obejmie – oprócz banków, firm inwestycyjnych i firm rynku kapitałowego – obszar ubezpieczeń, funduszy inwestycyjnych oraz funduszy emerytalnych. Będzie to więc regulacja o znacznie szerszym charakterze niż te, które istnieją obecnie.

Oczekuje się, że nowe regulacje będą także istotne dla planowanej nowej dyrektywy unijnej w sprawie pozwów zbiorowych, której projekt został opublikowany w kwietniu 2018 r.

Dyrektywa przewiduje, że stworzone będą trzy mechanizmy raportowania nieprawidłowości:

- raportowanie wewnątrz firm, które może być pominięte przez sygnalistów, jeśli uznają oni, że zagraża to ich postępowaniu;
- raportowanie zewnętrzne do kompetentnych instytucji narodowych, co może nastąpić, jeśli firma nie odpowie na doniesienie w ciągu trzech miesięcy lub jeśli ścieżka wewnętrzna nie będzie zastosowana;
- raportowanie medialne, co może mieć miejsce w przypadku braku reakcji ze strony firmy lub instytucji publicznej, lub jeśli naruszenie musi być ujawnione natychmiast.

Dyrektywa przyjmuje szeroką definicję sygnalisty, uwzględniając nie tylko zatrudnionych, ale także akcjonariuszy, stażystów, ochotników i samozatrudnionych. Regulacja ta przewiduje ochronę sygnalistów przed działaniami pracodawców, a także ochronę w przypadku postępowań sądowych. Nie mówi ona natomiast nic o możliwości stosowania nagród finansowych dla sygnalistów. Szacuje się, że koszt wdrożenia nowej regulacji wyniesie niecałe 1,5 mld EUR, zaś roczny koszt utrzymania wyniesie około 1 mld EUR.

⁴³⁰ European Commission, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law*, COM(2018)218 final, Brussels, 23 kwietnia 2018 r.

5. Uwagi końcowe

Instytucja sygnalistów w sektorze finansowym zakorzeniła się na dwóch głównych rynkach światowych: w Stanach Zjednoczonych oraz Unii Europejskiej. Sprzyja temu złożony charakter działań prowadzonych na rynkach finansowych oraz potrzeba posiadania wysokich kwalifikacji eksperckich w celu śledzenia wydarzeń mających miejsce na tych rynkach. Odpowiednie kwalifikacje posiadają w zdecydowanej mierze osoby zatrudnione w instytucjach komercyjnych działających na tych rynkach, a więc poza instytucjami publicznymi. Wykorzystanie ich potencjału umożliwia w praktyce pokonanie ograniczeń systemów nadzorczych i lepsze ich funkcjonowanie.

Modele regulacyjne przyjęte dla instytucji sygnalistów wykazują wiele podobieństw, choć występują też pewne różnice. W modelu amerykańskim zastosowany został bezkompromisowy wariant wynagradzania finansowego sygnalistów i określone zostały jego reguły. Wydaje się, że przynosi to dobre wyniki. W modelu europejskim tego elementu zasadniczo brak, choć rozporządzenie o nadużyciach na rynku finansowym taką możliwość dopuszcza. Z drugiej strony w obydwu modelowych rozwiązaniach silnej ochronie podlega sytuacja prawna sygnalisty. Ochrona ta w modelu europejskim jest bardziej kompletna. Dotyczy ona także osób, które są przedmiotem doniesienia nadzorczego, podczas gdy w modelu amerykańskim nie ma to miejsca.

Bibliografia

1. Banisar D., *Whistleblowing: International Standards and Developments*, [w:] Sandoval I. (ed.), *Corruption and Transparency: Debating The Frontiers Between State, Market and Society*, World Bank, Washington 2011.
2. Cichy Ł., *Whistleblowing w bankach*, KNF, Warszawa 2017.
3. European Commmission, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law*, Com(2018) 218, final, Brussels, 23 kwietnia 2018.
4. Makowski G., Waszczak M. (red.), *Sygnaliści w Polsce okiem pracodawców i związków zawodowych*, Fundacja Batorego, Warszawa, 2016.

5. Moberly R., *Sarbanes-Oxley's whistleblower provisions: ten years later*, „South Carolina Law Review” 2012, vol. 64, s. 2–55.
6. OECD, *G20 Anti-corruption plan. Protection of Whistleblowers, Study on Whistleblowers Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, OECD 2011.
7. SEC, *Whistleblower Program. 2018 Annual Report to Congress*, Securities and Exchange Commission, 2018.
8. Skinner C.P., *Whistleblowers and financial innovation*, „North Carolina Law Review” 2016, vol. 94, s. 879–924.
9. Wolfe S. et al., *Whistleblower protection laws in G20 countries, Final report*, Griffith University, Transparency International Australia, September 2014.

Trendy w ochronie konsumentów przed nadużyciami finansowymi

dr Damian Cyman, Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Finansowego

1. Systemowe znaczenie ochrony konsumenta

Choć początkowo ochrona konsumenta nie była jednym z priorytetów gospodarki wolnorynkowej, jej znaczenie stawało się z czasem coraz bardziej dostrzegalne⁴³¹. Podjęto szereg działań zmierzających do usunięcia największych barier w relacjach między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności mających na celu zniwelowanie skutków tzw. asymetrii informacji. Konsument wyposażony w odpowiednią wiedzę dokonywać miał świadomych i racjonalnych wyborów, utrwalając równowagę wysoce konkurencyjnego rynku finansowego⁴³². Organy nadzoru nad rynkiem finansowym pomijały nadzór nad przyjmowanym przez instytucje finansowe modelem biznesowym oraz nadzór nad świadczonymi usługami, o ile nie miały one bezpośredniego wpływu na stabilność nadzorowanych instytucji. Analiza przyczyn wcześniejszych kryzysów wskazywała, że ich źródłem są głównie słabość polityki makroostrożnościowej, wpływającej na wartość waluty, oraz zachwiania na rynku kapitałowym, wywołane ucieczką kapitału lub przewartościowaniem akcji. Były to więc obszary, na których koncentrowały się zarówno działania organów nadzorczych, jak i regulacje odnoszące się do rynków finansowych.

Kryzys, który symbolicznie rozpoczął się upadkiem banku Lehman Brothers we wrześniu 2008 r., wykazał, że ochrona konsumenta usług finansowych zmierza nie tylko do ochrony jego indywidualnych praw. Ma również znaczenie systemowe, a zaniedbania w tym zakresie dotyczą podmiotów indywidualnych (instytucje i ich klientów) oraz wpływają na stabilność całego rynku finansowego. Kryzys ujawnił, że stopień skomplikowania oferowanych usług finansowych oraz złożona struktura wzajemnych powiązań między instytucjami finansowymi doprowadziły do

⁴³¹ Por. J. Monkiewicz, M. Monkiewicz, *Tendencje rozwoju ochrony konsumentów na rynku ubezpieczeniowym. Nowe koncepcje i rozwiązania*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2015, nr 18, s. 1 i nast.

istotnych zaburzeń na rynku finansowym, które umknęły uwadze władz nadzorczych w okresie przedkryzysowym. Wyszło przy tym na jaw wcześniej nieanalizowane potencjalne źródło kryzysu finansowego, przed którym rynki finansowe nie były zabezpieczone. Kryzys podważył również wcześniejsze aksjomaty, na których opierały się dotychczasowe założenia ochrony przed kryzysami finansowymi. W szczególności było to założenie samoregulacji gospodarki wolnorynkowej⁴³³, w tym jej naturalnej tendencji do stabilności, oraz założenie racjonalności działań uczestników rynku finansowego, w tym konsumentów.

Kryzys sprawił, że głębokiej krytyce poddano sposób sprawowania nadzoru, w szczególności brak tego nadzoru w zakresie ładu korporacyjnego instytucji finansowych, prowadzący do powstania i urealnienia tzw. pokusy nadużycia (ang. *moral hazard*). Krytyka ta jednak nie tylko nie podważyła sensu istnienia nadzoru, ale wręcz wykazała konieczność rozszerzenia kompetencji instytucji nadzorczych. Podniosła rangę należytej ochrony konsumenta, stawiając jednak szereg istotnych pytań, dotyczących w szczególności: pojęcia konsumenta, sposobu jego ochrony z zachowaniem praw gospodarki wolnorynkowej, w tym swobody zawierania umów, oraz roli państwa i jego instytucji w ochronie konsumenta usług finansowych.

Potwierdzone zostały również wcześniejsze spostrzeżenia dotyczące tego, że kryzys finansowy jest wysoce zaraźliwy. Wynika to z wzajemnych powiązań między poszczególnymi rynkami i instytucjami na nim funkcjonującymi. Tym samym skuteczne zapobieganie kryzysom finansowym powinno polegać nie tylko na wprowadzaniu odpowiednich regulacji krajowych, ale również międzynarodowych⁴³⁴.

2. Redefinicja pojęcia konsumenta (klienta) rynku finansowego

W dogmatyce prawa nie wykształciła się jednolita definicja konsumenta. Pojęcie to wywodzi się z ekonomii, w której konsumentem jest podmiot, który końcowo nabywa dobra lub

⁴³² Tzw. ochrona przez informację, por. E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 16 i nast.

⁴³³ Tak zwany paradygmat regulacyjny (konsensus waszyngtoński), stwierdzający, że rynki są zasadniczo efektywne, choć skłonne do krótkotrwałych zawirowań; por. J. Monkiewicz, M. Monkiewicz, *W poszukiwaniu nowego paradygmatu ochrony konsumentów na rynkach finansowych*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 34.

usługi dla swych prywatnych potrzeb. Powszechnie przyjmowanymi kryteriami pozwalającymi na wyróżnienie konsumenta są jego cechy podmiotowe – w zdecydowanej większości definicji jest nim wyłącznie osoba fizyczna – oraz przedmiotowe – zawierana umowa nie może być bezpośrednio związana z prowadzoną przez niego działalnością handlową, gospodarczą lub zawodową. Szczególna ochrona przyznana zostaje niekiedy osobom niezamożnym, zagrożonym wykluczeniem społecznym, które pozbawione są często możliwości korzystania z systemu bankowego i usług finansowych⁴³⁵. Z drugiej strony podnosi się celowość rozszerzenia ochrony konsumenckiej na mikroprzedsiębiorców, którzy są nieprofesjonalnymi uczestnikami rynku finansowego⁴³⁶. Jest to grupa podmiotów, których dotyczy analogiczna asymetria informacji jak w przypadku konsumentów, a skutki niewłaściwej ochrony tej grupy mogą być równie dotkliwe dla systemu finansowego. W pełni podzielić należy pogląd, zgodnie z którym uzasadnieniem ochrony powinna być przede wszystkim niewystarczająca wiedza na temat rynku finansowego i świadczonych na nim usług⁴³⁷. Ochrona przysługująca osobom fizycznym jest częścią systemu ochrony praw człowieka⁴³⁸, lecz w analogicznym zakresie powinna ona przysługiwać także jednostkom organizacyjnym niebędącymi profesjonalistami na rynku finansowym.

Przedkryzysowa regulacja tego rynku opierała się na aksjomacie ekonomicznej racjonalności zachowań wszystkich jego uczestników. Założenie to okazało się błędne, zarówno jeśli chodzi o instytucje finansowe, jak i konsumentów. W pierwszym przypadku brak racjonalności wynikał głównie z urealnionej pokusy nadużycia. Osoby podejmujące decyzje i odpowiadające za sprzedaż usług finansowych działały często we własnym interesie, sprzecznym z dobrem instytucji finansowej, w której były zatrudnione. Badania ekonomii behawioralnej wykazały, że dokonując wyborów ekonomicznych, konsument działa często w sposób impulsywny i emocjonalny,

⁴³⁴ Na przykład ogólne zasady ochrony konsumentów usług finansowych grupy G20, przyjęte w listopadzie 2011 r. w Cannes.

⁴³⁵ Por. K. Ćwieląg, M. Maciejasz-Świątkiewicz, *Ochrona niezamożnych konsumentów na rynku usług finansowych*, „Finanse i Prawo Finansowe” 2016, nr 3(1), s. 54 i nast.

⁴³⁶ Dopuszcza to wiele dyrektyw prokonsumenckich w ramach tzw. opcji narodowych.

⁴³⁷ Por. A. Nadolska, *Konsument i klient na rynku usług finansowych. Problem zakresu podmiotowego ochrony na rynku finansowym*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 70.

⁴³⁸ Por. T. Nieborak, *Konsument a rynek finansowy w świetle koncepcji Business and Human Rights*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 73 i nast.

przedkładając doraźną gratyfikację w formie uzyskanych środków pieniężnych nad kalkulację ekonomiczną⁴³⁹. Ten sposób postępowania wpływa na przyjmowany zarówno przez ustawodawcę, jak i organy rozstrzygające spory model przeciętnego konsumenta⁴⁴⁰.

W prawie europejskim zauważalna staje się tendencja do rozszerzania ochrony właściwej konsumentom na inne podmioty, również niebędące osobami fizycznymi. Coraz częściej prawodawca nie posługuje się pojęciem konsumenta, lecz klienta będącego nieprofesjonalnym uczestnikiem rynku finansowego⁴⁴¹, względnie używa pojęć zamiennych, właściwych dla danej regulacji (np. deponent⁴⁴², beneficjent⁴⁴³, inwestor⁴⁴⁴).

3. Ochrona konsumenta w ramach nadzoru finansowego

Nadzór przedkryzysowy nie koncentrował się na ochronie konsumenta. Chronił jego prawa, jednak w sposób pośredni, poprzez dbałość o właściwą działalność nadzorowanych instytucji. Tworzenie nowej architektury nadzorczej zapobiegającej kryzysowi podniosło rangę przyjętego modelu nadzoru nad rynkiem finansowym również w sferze ochrony konsumenta. Sprawowany nadzór coraz bardziej ingeruje w działalność instytucji, obejmując nowe obszary. Badana jest jakość zarządzania bankiem, poprzez zwiększanie wymagań nakładanych na zarząd, oraz stosowane zasady wynagradzania, w szczególności pod kątem tego, czy nie generują one ryzyka związanego z tzw. pokusą nadużycia, zachęcając do nieodpowiednich praktyk marketingowych (lub je tolerując). Szeroko pojęty nadzór zaczyna wkraczać w świadczone usługi, badając je pod kątem ich adekwatności do potrzeb klientów oraz zgodności z prawem (w szczególności w zakresie

⁴³⁹ Znaczenie badań nad ekonomią behawioralną znalazło odzwierciedlenie w przyznaniu Nagrody Banku Szwecji im. Alfreda Nobla Richardowi Thalerowi.

⁴⁴⁰ D. Cyman, *Ochrona konsumenta na rynku finansowym Unii Europejskiej*, [w:] A. Drwiłło, A. Jurkowska-Zeidler (red.), *System prawnofinansowy Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 366 i nast.

⁴⁴¹ Por. 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. Urz. UE L 173/349 z dnia 12 czerwca 2014 r.).

⁴⁴² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/49/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów (Dz. Urz. UE L 173/149 z dnia 12 czerwca 2014 r.).

⁴⁴³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. Urz. UE L 335/1 z dnia 17 grudnia 2009 r.).

⁴⁴⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 462/2013 z dnia 21 maja 2013 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1060/2009 w sprawie agencji ratingowych (Dz. Urz. UE L 146/1 z dnia 31 maja 2013 r.).

klauzul niedozwolonych). Zmiany te są zbieżne z oczekiwaniami społeczeństwa, które często za nieprawidłowości na rynku finansowym obwinia państwo lub instytucje nadzorcze.

Wcześniej przyjmowane modele nadzoru obejmowały różne segmenty rynku finansowego, czy to w sposób sektorowy, czy też zintegrowany. Obecnie zauważyć można rosnące zainteresowanie nadzorem typu *twin peaks*. Model ten opiera się na dwóch filarach (szczytach) i dwóch organach nadzoru. Pierwszy z nich (zazwyczaj bank centralny) odpowiada za stabilność i nadzór ostrożnościowy nad instytucjami finansowymi. Drugi organ nadzoru jest odpowiedzialny za prawidłowe świadczenie usług finansowych i ochronę klientów. Nadzór zintegrowany pośrednio przyjmuje założenie, że istnieje synergia między nadzorem nad instytucjami finansowymi a sprawowaniem ochrony klienta. W modelu typu *twin peaks* bierze się pod uwagę to, że ochrona rynku finansowego przed destabilizacją oraz ochrona klienta mogą potencjalnie pozostawać w sprzeczności, w związku z czym nie powinny znajdować się w kompetencji jednego podmiotu. W wielu przypadkach państwa, nie przyjmując wprost modelu *twean peaks*, wprowadzają instytucje publiczne uprawnione do nadzoru nad usługami oferowanymi klientom na rynku finansowym. Celem ich działalności jest zapewnienie odpowiedniej ochrony konsumentom na rynku finansowym, jako stronie ekonomicznie słabszej oraz posiadającej mniejszą wiedzę co do funkcjonowania tego rynku i świadczonych na nim usług.

Ochrona konsumenta usług finansowych wspierana jest przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority – EBA*), Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (*European Insurance and Occupational Pensions Authority – EIOPA*) oraz Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (*European Securities and Markets Authority – ESMA*). W ich kompetencjach mieści się działalność analityczna w zakresie trendów konsumenckich, współdziałanie na rzecz lepszych standardów przejrzystości, koordynacja działań na rzecz edukacji finansowej konsumentów, inicjowanie ograniczeń w zakresie obrotu niektórymi produktami finansowymi i rozwiązywanie problemów międzysektorowych. Ochrona konsumentów przejawia się w szczególności poprzez stanowiące *soft law* wytyczne, zalecenia oraz ostrzeżenia, wyznaczające wzorce postępowania dla nadzorowanych instytucji oraz

cele ochrony konsumenta⁴⁴⁵. Zauważyć należy również unifikację przepisów chroniących konsumentów na rynku UE, a nawet zastępowanie krajowych przepisów i standardów regulacjami unijnymi.

4. Ochrona konsumenta w cyberprzestrzeni

Zjawiskiem, które w coraz szerszym zakresie wpływa na bezpieczeństwo konsumenta na rynku finansowym, jest przeniesienie jego aktywności finansowej do tzw. cyberprzestrzeni⁴⁴⁶. Dotychczasowe kanały dostępu do usług finansowych, polegające często na osobistym kontakcie z pracownikiem instytucji finansowej, tracą na znaczeniu. Cyberprzestrzeń zwiększa konkurencyjność oferowanych usług finansowych, pozwalając na jednoczesne porównanie ofert wielu instytucji i wybór najkorzystniejszej z nich. Wiąże się z nią również niebezpieczeństwa występujące na wielu płaszczyznach. Dostęp do środków zgromadzonych na rachunku z niemal każdego urządzenia połączonego z siecią internetową wymaga odpowiednich zabezpieczeń zarówno ze strony instytucji finansowych, jak i samych konsumentów. Możliwość transgranicznego oferowania usług utrudnia efektywny nadzór nad nimi. Pojawiające się nowe usługi lub produkty, funkcjonujące poza tradycyjnym rynkiem finansowym, rodzą nieznane wcześniej ryzyka. Przedstawienie odpowiednich regulacji dotyczących usług finansowych w cyberprzestrzeni jest jednym z największych wyzwań stojących przed regulatorami rynku finansowego. Problem ten dostrzeżony został przez członków tzw. grupy G7, którzy wskazali fundamentalne elementy bezpieczeństwa cybernetycznego dla sektora finansowego. Kluczowe jest opracowanie procedur i strategii ograniczających ryzyka, w tym dotyczących obowiązków personelu wdrażającego zarządzanie i nadzorowanie skuteczności strategii i ram bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Wprowadzony powinien być monitoring pozwalający na szybkie wykrywanie naruszeń w sferze usług finansowych oraz winien zostać opracowany skuteczny system reagowania na ujawniane

⁴⁴⁵ M. Fedorowicz, *Ochrona konsumenta w kontekście działań unijnych organów nadzoru nad rynkiem finansowym*, [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 144.

⁴⁴⁶ Cyberprzestrzeń może być definiowana jako „przestrzeń przetwarzania i wymiany informacji tworzona przez systemy teleinformatyczne, [...] wraz z powiązaniem między nimi oraz relacjami z użytkownikami” (art. 2 ust. 1b ustawy z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej – tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1932).

zagrożenia, w tym zmierzający do usunięcia ich negatywnych skutków. Istotne znaczenie ma również wymiana informacji oraz dzielenie się doświadczeniami.⁴⁴⁷

Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni jest istotnym elementem budowania polityki rozwoju rynku finansowego Unii Europejskiej. Podstawowymi problemami są: rozdrobnienie działań politycznych i różnice w podejściu do kwestii cyberbezpieczeństwa w różnych państwach członkowskich, rozproszenie zasobów i fragmentaryczność podejścia do kwestii cyberbezpieczeństwa w poszczególnych instytucjach, agencjach i organach UE oraz niewystarczający poziom świadomości i wiedzy u obywateli i w przedsiębiorstwach, w połączeniu z coraz częstszym pojawianiem się wielu krajowych i sektorowych systemów certyfikacji.

Dyrektywa w sprawie cyberbezpieczeństwa⁴⁴⁸ wprowadziła pierwsze mechanizmy zacieśniania strategicznej i operacyjnej współpracy państw członkowskich. Ustanowiła obowiązki dotyczące środków bezpieczeństwa i zgłaszania incydentów w podstawowych dla gospodarki i społeczeństwa sektorach, takich jak bankowość oraz infrastruktura rynku finansowego, jak też w odniesieniu do dostawców kluczowych usług cyfrowych (wyszukiwarek, usług przetwarzania w chmurze i internetowych platform handlowych). Równolegle w 2016 r. Komisja Europejska wydała komunikat *Wzmacnianie europejskiego systemu odporności cybernetycznej oraz wspieranie konkurencyjnego i innowacyjnego sektora bezpieczeństwa cybernetycznego*⁴⁴⁹, w którym zapowiedziano wprowadzenie dalszych środków mających na celu przyspieszenie współpracy, wymiany informacji i wiedzy oraz zwiększenie odporności i gotowości Unii Europejskiej, także z uwzględnieniem możliwości wystąpienia w przyszłości incydentów na dużą skalę i potencjalnego ogólnoeuropejskiego cyberkryzysu.

Istotne rozwiązania zmierzające do podniesienia poziomu bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni wprowadza tzw. akt o cyberbezpieczeństwie, który ustanowił system certyfikacji na poziomie unijnym oraz zmodernizowaną Agencję UE do spraw Cyberbezpieczeństwa, zastępującą dotychczasową Agencję Unii Europejskiej do spraw Bezpieczeństwa Sieci i Informacji

⁴⁴⁷ Por. ECB, *G-7 Fundamental Elements of Cybersecurity for the Financial Sector*,

https://www.ecb.europa.eu/paym/pol/shared/pdf/G7_Fundamental_Elements_Oct_2016.pdf.

⁴⁴⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (Dz. Urz. UE L194/1 z dnia 19 lipca 2016 r.).

(ENISA)⁴⁵⁰. Celem powyższych działań legislacyjnych jest zwiększenie zaufania konsumentów do jednolitego rynku cyfrowego Unii Europejskiej i świadczonych na nim usług oraz ograniczenie ryzyk związanych z funkcjonowaniem tego rynku. Istotne jest również zwiększenie świadomości konsumentów, poprzez regularne działania informacyjne i publiczne kampanie edukacyjne mające na celu propagowanie bezpiecznych zachowań w internecie i zwiększenie umiejętności cyfrowych, podnoszenie wiedzy o potencjalnych zagrożeniach, w tym o działalności przestępczej w internecie, takiej jak ataki phishingowe, botnety, oszustwa finansowe i bankowe oraz incydenty fałszerstwa danych.

Poprawa bezpieczeństwa konsumenta w cyberprzestrzeni jest też istotnym elementem tzw. nowego ładu dla konsumentów, opracowanego przez Komisję Europejską.⁴⁵¹ Zakłada on m.in. zwiększenie przejrzystości na rynkach funkcjonujących w cyberprzestrzeni oraz zwiększenie przejrzystości w zakresie wyników wyszukiwania na platformach internetowych.

5. Ochrona konsumenta przed missellingiem

Jednym z istotnych zjawisk naruszających interesy konsumenta usług finansowych jest tzw. misselling, polegający na oferowaniu usług finansowych nieodzwierciedlających rzeczywistych potrzeb konsumenta. Dotyczy on w szczególności usług, których stopień skomplikowania utrudnia ocenę ich odpowiedniości przez przeciętnego konsumenta. Przykładami tego typu usług są ubezpieczenia na życie i dożycie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, kredyty hipoteczne indeksowane kursem walut obcych, kredyty konsumenckie o krótkim terminie kredytowania, charakteryzujące się wysokimi kosztami kredytu (tzw. chwilówki). Obecne regulacje prawne sprzedaży i dystrybucji usług finansowych nie są jednolite, wciąż istnieją różne standardy regulacyjne w sektorach bankowości, zarządzania aktywami, ubezpieczeń i funduszy inwestycyjnych. Dotyczy to również w wielu przypadkach nadzoru instytucjonalnego nad poszczególnymi sektorami.

⁴⁴⁹ COM(2016) 410 final, Bruksela, 5 lipca 2016 r.

⁴⁵⁰ *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (Dz. Urz. UE L151/15 z dnia 7 czerwca 2019 r.).*

⁴⁵¹ Por. Komisja Europejska, *Nowy ład dla konsumentów*, COM(2018) 183 final, Bruksela, 11 kwietnia 2018 r.

Aktualnym wyzwaniem jest ujednoczenie wymogów dotyczących marketingu, sprzedaży i dystrybucji usług finansowych świadczonych klientom detalicznym we wszystkich segmentach rynku finansowego UE⁴⁵². Wymaga to rewizji obowiązujących przepisów dotyczących poszczególnych sektorów w celu przyjęcia bardziej zharmonizowanych standardów regulacyjnych i technicznych. Niezbędna jest również współpraca trzech europejskich organów nadzoru w zakresie wdrażania istniejących i nowych przepisów. Unijne reformy legislacyjne regulujące marketing i sprzedaż produktów finansowych koncentrują się obecnie na uproszczeniu ujawnianych informacji oraz określeniu ich katalogu⁴⁵³. Istotne jest również oparcie relacji instytucji finansowych z konsumentem na zasadach sprawiedliwego traktowania, zobowiązujących instytucję finansową do działania w sposób uczciwy, sprawiedliwy i profesjonalny, zgodnie z najlepszym interesem konsumentów⁴⁵⁴.

6. Ochrona zbiorowych praw konsumentów

Poza zwiększeniem roli i kompetencji instytucji odpowiedzialnych za ochronę praw konsumentów, istotnego znaczenia nabierają regulacje dotyczące tzw. sygnalistów oraz powództw przedstawicielskich. Znajdujące się obecnie na etapie propozycji dyrektyw regulacje mogą w istotny sposób zwiększyć ochronę konsumentów.

Kryzys finansowy ujawnił uchybienia w egzekwowaniu przepisów regulujących rynek finansowy, które mogłyby zostać ujawnione przez sygnalistów przy zapewnieniu im odpowiedniego poziomu ochrony⁴⁵⁵. Spowodowało to, że w niektórych aktach prawnych regulujących rynek finansowy wprowadzano środki zmierzające do ochrony praw tych osób⁴⁵⁶.

⁴⁵² Por. K. Alexander, *Marketing, Sale and Distribution. Mis-selling of Financial Products*, European Parliament, s. 31 i nast. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU\(2018\)618996_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU(2018)618996_EN.pdf).

⁴⁵³ Przykładem mogą być „Kluczowe informacje dla inwestorów” określone w dyrektywach 2009/65/EC i 2014/91/EU.

⁴⁵⁴ Zasada ta określona została np. w art. 24 dyrektywy 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych (tzw. MIFID II – Dz. Urz. UE L 173/349 z dnia 12 czerwca 2014 r.).

⁴⁵⁵ Komisja Europejska, *Wzmocnienie systemów sankcji w branży usług finansowych*, COM(2010) 716 final, Bruksela, 8 grudnia 2010 r.

⁴⁵⁶ W szczególności mechanizmy ochrony sygnalistów zawarto w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi (Dz. Urz. UE L 176/338 z dnia 27 czerwca 2013 r.), której zakres rozszerza się również na rozporządzenie (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (Dz. Urz. UE L 176/1 z dnia 27 czerwca 2013 r.).

Działalność sygnalistów, tj. osób zgłaszających lub ujawniających informacje o nadużyciach uzyskane w związku z wykonywaną pracą, przyczynia się do zapobiegania szkodom oraz wykrywania niebezpieczeństw i zagrożeń dla interesu publicznego, które w przeciwnym wypadku mogłyby pozostać niewykryte. Niejednolite regulacje, odnoszące się jedynie do niektórych segmentów rynku Unii Europejskiej, okazują się jednak niewystarczające. Niezbędne jest podjęcie działań legislacyjnych, które kompleksowo uregulowałyby istotną z punktu widzenia rynku funkcję, którą pełnią sygnaliści, oraz ujednoczyłyby zakres i środki ich ochrony. Służyć ma temu dyrektywa w sprawie ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia prawa Unii⁴⁵⁷. Wprowadza ona wspólne normy minimalne zarówno dotyczące zgłaszania nadużyć przez sygnalistów, jak i zapewniające im skuteczną ochronę, w szczególności przed odwetem.

Istotnym elementem tzw. nowego ładu dla konsumentów jest zapewnienie im narzędzi umożliwiających ochronę ich praw, w tym poprzez powództwa przedstawicielskie. Służyć temu ma projekt dyrektywy w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów⁴⁵⁸. Celem proponowanych zmian jest umożliwienie upoważnionym podmiotom reprezentującym zbiorowy interes konsumentów dochodzenia roszczeń w drodze powództw przedstawicielskich. Upoważnione podmioty uzyskają prawo do wnoszenia o zaprzestanie lub zakazanie naruszenia interesów konsumentów, a także o potwierdzenie, że do takiego naruszenia doszło. Uprawnione będą również do dochodzenia rekompensaty, takiej jak odszkodowanie, naprawa lub obniżenie ceny, zgodnie z prawem krajowym. Istotne jest to, że podmioty te będą musiały mieć charakter nienastawiony na zysk i mieć uzasadniony interes w zapewnieniu zgodności działania przedsiębiorców z odpowiednim prawem Unii. Pozwoli to na utrzymanie niezbędnej równowagi między dostępem do wymiaru sprawiedliwości a zapobieganiem ewentualnym nadużyciom, mogącym wynikać ze wszczynania postępowań sądowych przez kancelarie prawne lub inne podmioty nastawione na osiągnięcie zysku, a tym samym często traktujące ochronę konsumenta instrumentalnie.

7. Wzmacnianie mechanizmów pozasądowego rozwiązywania sporów

⁴⁵⁷ Projekt dyrektywy w sprawie ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia prawa Unii, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD).

⁴⁵⁸ Projekt dyrektywy w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów i uchylającej dyrektywę 2009/22/WE, COM(2018) 184 final, 2018/0089(COD).

Wyzwaniem dla dynamicznie rozwijającego się rynku usług finansowych jest zapewnienie instrumentów umożliwiających szybkie rozwiązywanie sporów między konsumentami i przedsiębiorcami. Stopień skomplikowania usług finansowych, ich często transgraniczny charakter, jak również kosztowność, długotrwałość i wysoki poziom sformalizowania procedur sądowych mogą powodować, że konsumenci odstępują od realizacji przysługujących im praw. Przyjęty w 2013 r. na poziomie unijnym pakiet regulacyjny – obejmujący dyrektywę w sprawie alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów konsumenckich⁴⁵⁹ oraz rozporządzenie w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich⁴⁶⁰ – zakłada stworzenie i zapewnienie dostępu do jednolitego systemu alternatywnego rozstrzygania sporów we wszystkich państwach członkowskich. Dzięki temu konsumenci powinni uzyskać dostęp do prostych, szybkich i uczciwych procedur rozwiązywania krajowych i transgranicznych sporów z przedsiębiorstwami handlowymi, bez konieczności prowadzenia postępowania przed sądem. System powinien objąć swym zakresem wszelkie zaistniałe na rynku wewnętrznym spory między konsumentem a przedsiębiorcą (dotyczące sprzedaży rzeczy i świadczenia usług), w tym wynikające z umów zawartych za pośrednictwem internetu oraz z umów transgranicznych. Ponadto powinien mieć charakter całościowy, zapewniać pełny zasięg horyzontalny i być wolny od luk.

8. Wnioski

Ochrona nieprofesjonalnego uczestnika rynku finansowego staje się coraz ważniejszym zadaniem państw i organizacji międzynarodowych odpowiedzialnych za kształtowanie tego rynku. Kryzys, który rozpoczął się w 2008 r., wykazał, że konsument usług finansowych jest podatny na nadużycia finansowe, a zaniechania w jego ochronie mogą zaburzyć stabilność finansową rynku finansowego, co rozszerzyć się może – poprzez efekt zarażenia – na inne rynki.

Wśród najważniejszych trendów w ochronie konsumentów wskazać można poszerzanie katalogu podmiotów chronionych o klientów nieprofesjonalnych, niebędących konsumentami, jak również zmianę modelu konsumenta stosownie do wyników badań ekonomii behawioralnej. Wzmocnieniu ulega

⁴⁵⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich – Dz. Urz. UE L 165/63 z 18 czerwca 2013 r.).

⁴⁶⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 524/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich – Dz. Urz. UE L 165/1 z 18 czerwca 2013 r.).

nadzór instytucjonalny nad rynkiem finansowym, co wiąże się ze zmianą modelu nadzoru z regulacyjnego na regulacyjno-nadzorczy i budowaniem wielopoziomowych systemów nadzorczych wraz z paneuropejskim systemem nadzoru. Poszerzeniu ulegają obszary nadzoru, m.in. o zasady ładu korporacyjnego przyjęte w instytucjach finansowych. Istotnego znaczenia nabierają instytucje wyposażone w silne kompetencje nadzorcze nad rynkiem usług finansowych, w szczególności nad oferowanymi na tym rynku usługami.

Dostrzegane są wyzwania związane z ochroną konsumenta w cyberprzestrzeni, ponieważ dynamiczny rozwój internetu oraz łatwość oferowania usług finansowych generują nieznane wcześniej ryzyka. Istotne są zwiększenie świadomości konsumentów oraz podnoszenie poziomu ich wiedzy o potencjalnych zagrożeniach, w tym o działalności przestępczej w cyberprzestrzeni.

Nowe regulacje zmierzają również do zapobiegania zjawisku missellingu usług finansowych. Instytucje finansowe obarczone zostają odpowiedzialnością za oferowane usługi również pod względem ich adekwatności do rzeczywistych potrzeb klientów. Zwiększeniu ochrony w tym zakresie sprzyja przyjmowanie wspólnych standardów, wcześniej odrębnych dla poszczególnych sektorów rynku finansowego, jak również ujednocianie ich na poziomie prawa europejskiego. Podkreśla się, że relacje instytucji finansowych z konsumentami winny być oparte na zasadach sprawiedliwego traktowania, zobowiązujących te instytucje do działania w sposób uczciwy, sprawiedliwy i profesjonalny, zgodnie z najlepszym interesem konsumentów.

Poza nadzorem instytucjonalnym duże znaczenie przypisano tzw. sygnalistom oraz podmiotom reprezentującym zbiorowy interes konsumentów. Proponowane dyrektywy zmierzają do ujednoczenia regulacji prawnych poszczególnych państw członkowskich oraz zwiększenia roli społecznej, którą odgrywają wspomniane wyżej podmioty.

Zauważyć można również ciągłe wzmacnianie roli mechanizmów umożliwiających pozasądowe rozwiązywanie sporów. Pozwala to na realną ochronę praw konsumenta, poprzez uproszczenie procedur postępowania mającego na celu rozwiązanie sporu oraz skrócenie czasu jego trwania, przeniesienie ciężaru dowodów na instytucje finansowe, obniżenie kosztów tego postępowania ponoszonych przez konsumenta oraz pełniejsze uwzględnienie specyfiki relacji pomiędzy profesjonalnym uczestnikiem rynku finansowego a konsumentem.

Sprzedaż produktów inwestycyjnych dla inwestorów detalicznych – analiza Komisji Europejskiej, postulaty *de lege ferenda*

mgr Piotr Gałązka, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Zakład Zarządzania Finansami; adwokat, członek Izby Adwokackiej w Warszawie

1. Wprowadzenie

Jednym z głównych założeń programu działań Komisji Europejskiej o nazwie Unia Rynków Kapitałowych (ang. *Capital Markets Union* – CMU) jest zapewnienie przedsiębiorcom większego wyboru źródeł finansowania na różnych etapach rozwoju ekonomicznego firm i uniezależnienie ich od kredytu bankowego stanowiącego obecnie główne źródło finansowania, a także zaoferowanie źródła finansowania przedsięwzięć gospodarczych, bogatego wyboru produktów i wyższej stopy zwrotu inwestorom detalicznym⁴⁶¹. Aby tego dokonać, potrzebne jest stworzenie zintegrowanego i silnego rynku kapitałowego w całej Unii Europejskiej, z czym wiązać się będzie lepsze wykorzystanie oszczędności Europejczyków, skuteczniejsze łączenie oszczędzających i pożyczkobiorców oraz polepszenie wyników ekonomicznych unijnej gospodarki⁴⁶².

W tym celu niezbędne jest podniesienie poziomu zaufania konsumentów jako inwestorów do rynku kapitałowego. Nie ulega zatem wątpliwości, że konieczne jest prowadzenie analiz stanu prawnego w odniesieniu do przepisów chroniących konsumenta jako inwestora detalicznego, dających mu możliwość swobodnego inwestowania, opartego na świadomości korzyści oraz ryzyk, jakie się z tym wiążą.

2. Raport *Distribution systems of retail investment products across the European Union*

Z powyższych względów Komisja Europejska już w 2015 r. – we wspomnianym wyżej planie działań na rzecz tworzenia Unii Rynków Kapitałowych – zapowiedziała przeprowadzenie

⁴⁶¹ Komisja Europejska, *Plan działania na rzecz tworzenia unii rynków kapitałowych*, COM(2015) 468 final, Bruksela, 30 września 2015 r., s. 4.

⁴⁶² *Ibidem*, s. 21.

kompleksowej oceny europejskich rynków detalicznych produktów inwestycyjnych, w tym kanałów dystrybucji i doradztwa inwestycyjnego, ze szczególnym uwzględnieniem sposobów ulepszenia regulacji w odniesieniu do kanałów pośrednictwa finansowego, włączywszy w to nowe fenomeny na rynku w postaci usług *on-line* i oferty sektora FinTech – tak aby umożliwić inwestorom detalicznym dostęp do odpowiednich produktów na opłacalnych i uczciwych warunkach⁴⁶³. Działanie to zostało zapowiedziane na rok 2018⁴⁶⁴.

Podstawowym problemem, jaki z założenia chciała analizować Komisja Europejska, była kwestia niskiego zaufania, co przekłada się na małe i spadające zaangażowanie oszczędności mieszkańców Unii Europejskiej w instrumenty na rynku kapitałowym⁴⁶⁵. Tytułem przykładu warto wskazać spadek z 28% w 1975 r. do 10–11% od 2007 r. odsetka udziałów w spółkach handlowych w Europie będących własnością europejskich gospodarstw domowych, co obrazuje wykres poniżej⁴⁶⁶:

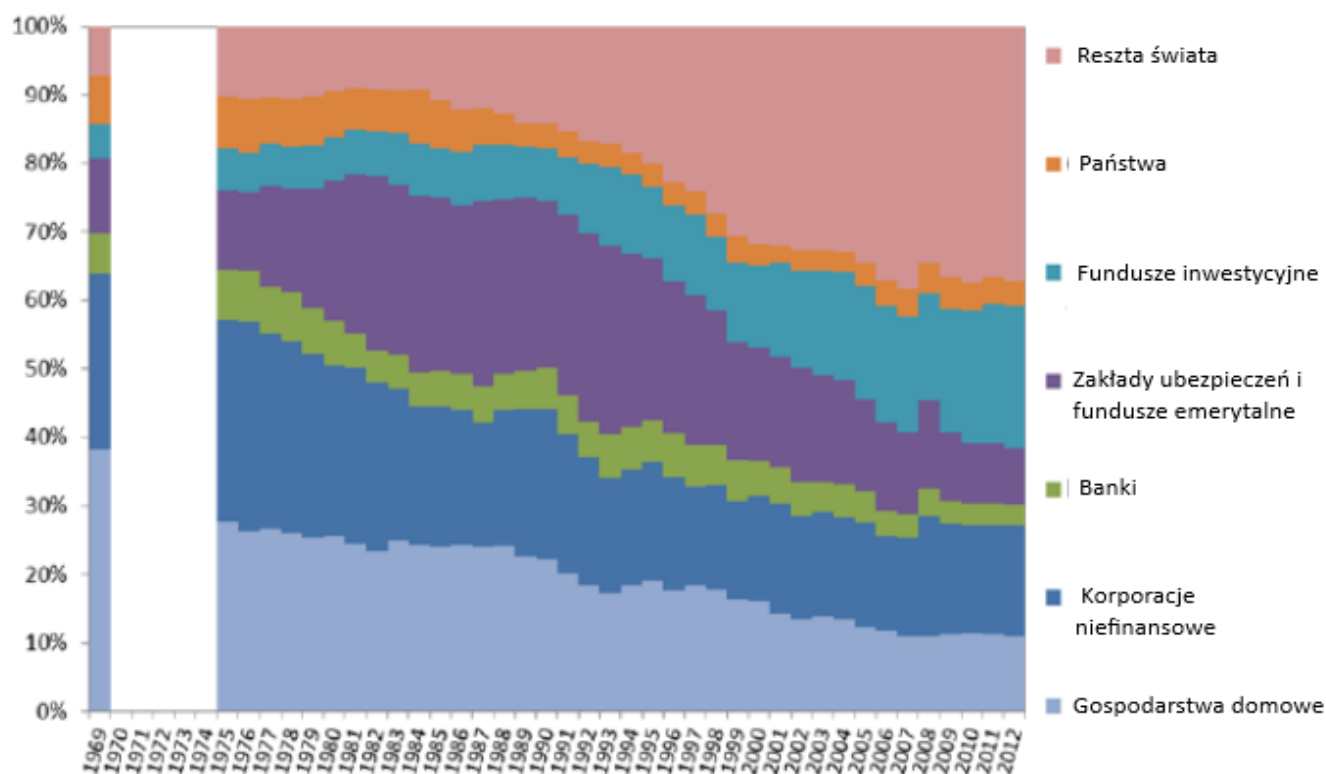
⁴⁶³ *Ibidem*, s. 22.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, s. 35.

⁴⁶⁵ Por. OEE, IODS, *Who owns the European economy? Evolution of the ownership of EU-listed companies between 1970 and 2012*, Paryż, sierpień 2013, s. 4.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

Struktura własności udziałów spółek w UE



Źródło: OEE, IODS, *Who owns the European economy? Evolution of the ownership of EU-listed companies between 1970 and 2012*, Paryż, sierpień 2013

Jest to szczególnie istotne w kontekście zmian demograficznych społeczeństw europejskich, które starzeją się⁴⁶⁷, co z kolei prowadzi do zwiększenia obciążenia systemów emerytalnych i w konsekwencji może powodować obniżenie stopy zastąpienia wynagrodzenia przez świadczenie emerytalne⁴⁶⁸.

Efektom prac Komisji Europejskiej było opublikowanie pod koniec kwietnia 2018 r. raportu w przedmiotowej sprawie pod tytułem *Distribution systems of retail investment products across*

⁴⁶⁷ Komisja Europejska, *Adekwatność i stabilność systemów emerytalnych. Europejski semestr – zestawienie informacji tematycznych*, Bruksela, listopad 2016 r., s. 2.

⁴⁶⁸ Pleśniak A., *Konsekwencje przemian demograficznych w świetle adekwatności i stabilności systemów emerytalnych*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2014, nr 167 *Polityka społeczna wobec przemian demograficznych*, s. 43.

*the European Union*⁴⁶⁹. Założeniem badań, które stanowiły podstawę tego dokumentu, było dokonanie analizy stanu obecnego w zakresie dostępu do detalicznych produktów inwestycyjnych poprzez różne kanały sprzedaży oraz do doradztwa inwestycyjnego dla inwestorów detalicznych. Badaniem objęto także ewentualny wpływ sprzedaży *on-line* na sytuację inwestora, w tym na jego ochronę jako konsumenta. Dodatkowo analizie została poddana kwestia ryzyk i korzyści związanych z nowymi modelami dystrybucji. Przystępując do badań, oczekiwano uzyskać całościową ocenę rynków inwestycyjnych produktów detalicznych, w tym informacje na temat kosztów produktów⁴⁷⁰.

3. Założenia i metodologia raportu

Podstawowym założeniem stanowiącym punkt wyjścia dla autorów raportu była próba jak najbardziej wiernego skopiowania zachowań mniej doświadczonych konsumentów usług finansowych poszukujących informacji i rad na temat produktów inwestycyjnych⁴⁷¹.

W ramach pierwszego etapu naśladowano zachowanie inwestora detalicznego, który szukał informacji na temat produktów inwestycyjnych oferowanych przez ich dystrybutorów, takich jak banki, firmy ubezpieczeniowe, supermarkety funduszy, robo-doradcy czy platformy internetowe. Prowadzący badanie analizowali strony internetowe pośredników i zbierali dane, w szczególności dotyczące kosztów i opłat, prezentowane dla każdego oferowanego produktu inwestycyjnego. Pozwoliło to na zrozumienie zakresu i rodzajów oferowanych produktów, a także dało możliwość porównania stosowanych opłat. Analizie poddano aktualną sytuację w 15 państwach członkowskich Unii Europejskiej, w tym w Polsce⁴⁷².

W ramach drugiego etapu naśladowano zachowanie inwestora detalicznego, który szukał porady albo pomocy w zakresie wyboru produktu bądź produktów odpowiadających jego potrzebom. Na tym etapie badanie było prowadzone w formule tzw. tajemniczego klienta (ang. *mystery shopper*). Tym zakresem działania objęto 10 państw członkowskich, w których

⁴⁶⁹ Komisja Europejska, *Distribution systems of retail investment products across the European Union – final report*, Bruksela, kwiecień 2018.

⁴⁷⁰ Komisja Europejska, *Distribution systems of retail investment products across the European Union - executive summary*, Bruksela, kwiecień 2018, s. 4.

⁴⁷¹ Komisja Europejska, *Distribution [...] – final report, op. cit.*, s. 17.

przeprowadzono ponad 500 kontaktów z pośrednikami oferującymi produkty inwestycyjne. Celem drugiego etapu było dokonanie analizy zgodności treści ofert prezentowanych konsumentom z deklarowanymi przez nich oczekiwaniami, celami i horyzontami inwestycyjnymi czy akceptowalnym poziomem ryzyka związanego z inwestycją⁴⁷³.

4. Wnioski dla detalicznego rynku inwestycyjnego

Oparty na tych badaniach raport wskazuje na trudności, z jakimi spotykają się konsumenci chcący inwestować środki na rynku kapitałowym. Wśród tych trudności warto wymienić kilka tych, które wydają się najistotniejsze i które powinny stanowić przedmiot dalszych analiz legislatora europejskiego.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na rozbieżności w jakości doradztwa i brak odpowiedniego traktowania konsumenta – potencjalnego inwestora. Pomimo wymogów formułowanych przez dyrektywę MiFID II⁴⁷⁴ w zakresie badania wiedzy i doświadczenia klienta, dotyczących podejmowanych decyzji inwestycyjnych oraz jego zdolności rozumienia ryzyk, a zwłaszcza możliwości poniesienia ewentualnych strat finansowych, w wielu przypadkach badanie wykazało, że obowiązki te były traktowane powierzchownie⁴⁷⁵. Choć oczekiwany horyzont inwestycji był brany pod uwagę przy doborze produktu inwestycyjnego, to konkretna sytuacja finansowa danego konsumenta czy też jego wcześniejsze doświadczenia związane z inwestowaniem bądź wiedza były już uwzględniane w znacznie mniejszym stopniu.

Informacja o ryzyku związanym z daną inwestycją prezentowana była najczęściej jako przedstawienie wyników historycznych, a w toku badania rzadko spotykano się z projekcją potencjalnych przyszłych wyników. Pozytywnie ocenione zostały przykłady tzw. robo-doradztwa, czyli np. udzielanego za pośrednictwem formularzy *on-line*. Co prawda pytania w nich zawarte były

⁴⁷² Badania prowadzone były w Belgii, Czechach, Danii, Estonii, Francji, Niemczech, Włoszech, Luksemburgu, Holandii, Polsce, Portugalii, Rumunii, Hiszpanii, Słowenii i Wielkiej Brytanii.

⁴⁷³ Pełen opis metodologii znajduje się w załączniku nr 1 do raportu, s. 151–162.

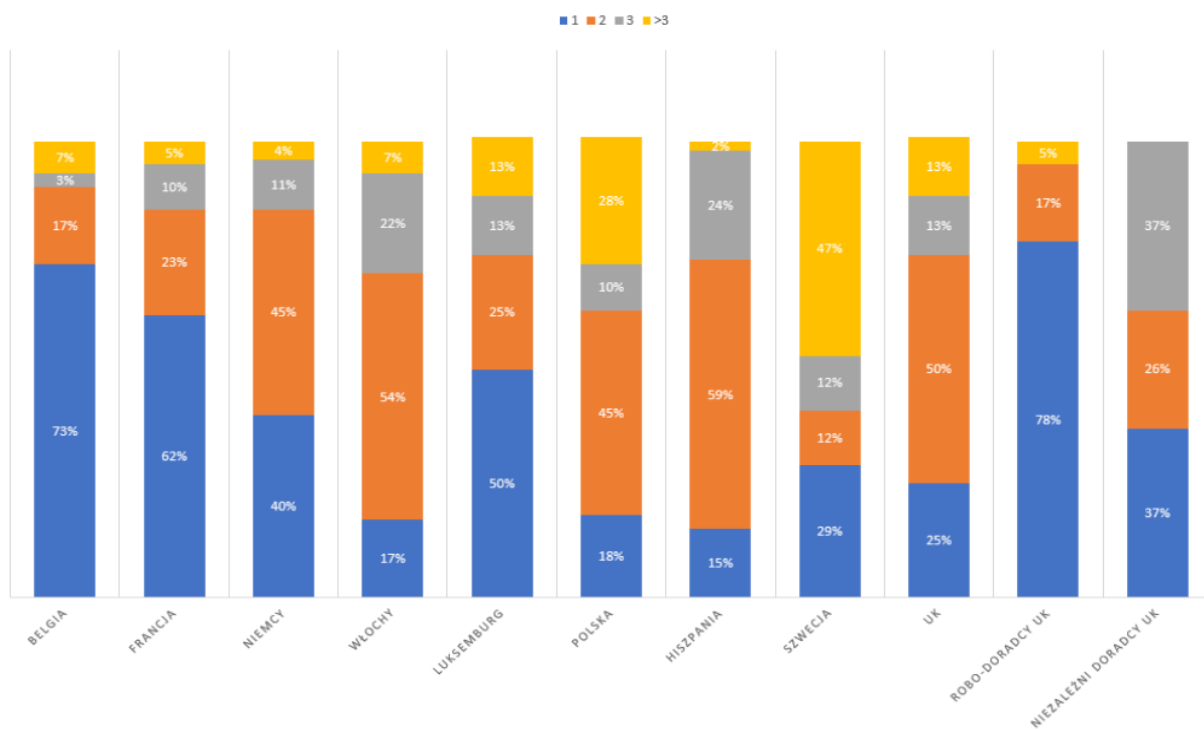
⁴⁷⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz. Urz. UE L 173/349 z dnia 12 czerwca 2014 r.).

⁴⁷⁵ Odnośnie do zbadania oczekiwanego horyzontu inwestycyjnego por. Komisja Europejska, *Distribution [...] – final report, op. cit.*, s. 84, wykres 23; odnośnie do przeprowadzenia profilu ryzyka por. Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 85, wykres 24; odnośnie do badania celu inwestycyjnego por. Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 86, wykres 25.

dość proste, lecz propozycje wysuwane na ich podstawie były prezentowane obiektywnie i w sposób nienakierowujący konsumenta na konkretny produkt⁴⁷⁶.

Ponadto badanie wykazało, że zarówno w przypadku niezależnych, jak i nieniezależnych doradców wpływ przebiegu dyskusji między pracownikiem instytucji finansowej a konsumentem – a dokładniej wpływ odpowiedzi na pytania zadawane w ramach testu odpowiedniości – na faktycznie proponowane produkty był dość ograniczony⁴⁷⁷. Bez względu na różne profile konsumenci otrzymywali bardzo podobną ofertę. Niekiedy taka sytuacja miała miejsce ze względu na fakt, że dana instytucja posiadała w ofercie bardzo niewiele produktów przeznaczonych dla inwestorów detalicznych. Ograniczało to w sposób zasadniczy możliwość wyboru spośród różnych inwestycji – w wielu państwach konsumentom proponowano jedynie jeden produkt, co zostało ukazane na poniższym wykresie⁴⁷⁸:

ILE PRODUKTÓW INWESTYCYJNYCH ZOSTAŁO CI ZAOFEROWANYCH?



Źródło: Komisja Europejska, *Distribution systems of retail investment products across the European Union – final report*, Bruksela, kwiecień 2018

⁴⁷⁶ Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 96.

⁴⁷⁷ Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 95–96.

⁴⁷⁸ Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 93, wykres 33.

Drugim istotnym zagadnieniem była kwestia dostępu inwestora detalicznego do dokumentacji związanej z poszczególnymi instrumentami inwestycyjnymi. Największym problemem zauważonym w toku badania był brak wystarczającej standaryzacji w zakresie formy dokumentacji pomiędzy poszczególnymi państwami, co znacząco utrudnia podejmowanie decyzji o inwestycjach transgranicznych. W konsekwencji może to stanowić barierę utrudniającą urzeczywistnienie jednolitego rynku w tym zakresie, bo konsumenci chcący inwestować w innym państwie niż kraj pochodzenia muszą się na nowo zapoznawać z formami dokumentacji. Wyjątek stanowi tutaj dokument KID, którego kształt zgodnie z postanowieniami rozporządzenia PRIIP⁴⁷⁹ jest bardzo precyzyjnie określony⁴⁸⁰. Dokumentacja innego rodzaju jest mało zrozumiała i brakuje jej transparentności. Z uwagi na spadający poziom wiedzy finansowej⁴⁸¹ prowadzi to do sytuacji, w której inwestorzy detaliczni są przytłoczeni mnogością informacji o dużym stopniu skomplikowania⁴⁸².

Bezpośrednio z tym problemem wiąże się także kwestia świadomości opłat czy szerzej kosztów związanych z daną inwestycją. W tym kontekście podkreślić należałoby, że średnia wysokość kosztów waha się między państwami członkowskimi, również mediana kosztów jest różnorodna w wielu państwach⁴⁸³. Jest to rzecz jasna argument za tym, aby wprowadzić przepisy, które w szerszy niż dotychczas sposób będą urzeczywistniały jednolity rynek w tym zakresie, lecz nie jest to największy problem w odniesieniu do opłat. Wydaje się, że dużo istotniejszy jest brak transparentności w tym zakresie, co przejawia się dużą różnorodnością rodzajów i kategorii opłat mających zastosowanie w danej inwestycji. Stawia to potencjalnego inwestora detalicznego w

⁴⁷⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1286/2014 z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie dokumentów zawierających kluczowe informacje, dotyczących detalicznych produktów zbiorowego inwestowania i ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych (PRIIP – Dz. Urz. UE L 352/1 z dnia 9 grudnia 2014 r.).

⁴⁸⁰ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/653 z dnia 8 marca 2017 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1286/2014 w sprawie dokumentów zawierających kluczowe informacje, dotyczących detalicznych produktów zbiorowego inwestowania i ubezpieczeniowych produktów inwestycyjnych (PRIIP) przez ustanowienie regulacyjnych standardów technicznych w zakresie prezentacji, treści, przeglądu i zmiany dokumentów zawierających kluczowe informacje oraz warunków spełnienia wymogu przekazania takich dokumentów (Dz. Urz. UE L 100/1 z 12 kwietnia 2017 r.).

⁴⁸¹ Lusardi A., Mitchell O.S., *Financial literacy around the world: an overview*, „Journal of Pension Economics and Finance” 2011, vol. 10, iss. 4, s. 497–508.

⁴⁸² Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 107.

⁴⁸³ Wykresy pokazujące minimalne, maksymalne i medianę kosztów w poszczególnych państwach: Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 48–71.

trudnej sytuacji, w której nie jest on w stanie ocenić całkowitego kosztu inwestycji, a także właściwie dokonać porównania pomiędzy różnymi ofertami⁴⁸⁴. Nie ulega wątpliwości, że taka sytuacja może skutecznie zniechęcać potencjalnie zainteresowanych konsumentów do podejmowania decyzji o inwestycji.

Trzecim zagadnieniem jest mała dostępność różnorodnych produktów inwestycyjnych dla inwestorów detalicznych. Podstawową formą oszczędzania pozostają depozyty bankowe oraz waluty obce, natomiast jeśli chodzi o najpowszechniej oferowane produkty o charakterze inwestycyjnym, to są to fundusze *private equity*, fundusze obligacji oraz fundusze mieszane; ich dostępność jest podobna we wszystkich państwach członkowskich⁴⁸⁵. Natomiast dostępność innych produktów, takich jak ETF⁴⁸⁶, produkty emerytalne czy ubezpieczenia na życie, jest bardzo zróżnicowana w poszczególnych państwach. Najczęściej oferowane są fundusze inwestycyjne. Jest tak we wszystkich państwach z wyjątkiem Francji, gdzie najczęściej oferowanym produktem inwestycyjnym jest ubezpieczenie na życie⁴⁸⁷.

Z dostępnością różnego typu produktów inwestycyjnych wiąże się zagadnienie niewystarczającej liczby niezależnych pośredników. Najczęściej klienci korzystają z usług banków i ubezpieczycieli jako pośredników i z tego powodu oferowane są im prawie zawsze produkty własne, co powoduje, że oferta pozostaje ograniczona. Wyjątki od tej reguły stanowią Holandia i Wielka Brytania. W tych państwach konsumenci zainteresowani inwestycjami byli kierowani przez banki odpowiednio na strony internetowe oferujące możliwość dopasowania produktu inwestycyjnego do oczekiwań i profilu danego inwestora bądź do niezależnych pośredników⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 78.

⁴⁸⁵ Komisja Europejska *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 32.

⁴⁸⁶ ETF (ang. *exchange-traded fund*) to otwarty fundusz inwestycyjny zaprojektowany po to, aby śledził ruch indeksów giełdowych, surowców czy koszyka innych aktywów, np. akcji lub obligacji. Odróżnia go to od tradycyjnych funduszy inwestycyjnych, których celem jest pobicie rynku i osiągnięcie lepszego wyniku niż główne indeksy giełdowe; por. Skopowska A., *Fundusze ETF w pigułce*, <https://www.sii.org.pl/8510/edukacja-i-analizy/akcjonariusz/fundusze-etf-w-pigulce.html> [dostęp: 30.04.2019].

⁴⁸⁷ Opis sytuacji w poszczególnych państwach członkowskich: Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 22–23.

⁴⁸⁸ Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 33.

5. Rozwiązania legislacyjne w zakresie detalicznego rynku kapitałowego wprowadzone w wybranych krajach UE

W kontekście oceny stanu detalicznego rynku kapitałowego warto zwrócić uwagę na pewne rozwiązania krajowe, stworzone na bazie implementacji przepisów europejskich. Co prawda rozwiązania te są uważane niekiedy za ograniczenia jednolitego rynku – jako zaburzające jego pełną harmonizację – lecz zostały one wprowadzone do krajowych systemów w celu zapewnienia prawidłowego działania rynku i ochrony konsumentów. Na szczególne zainteresowanie zasługuje kilka z nich.

Pierwszym ważnym rozwiązaniem, nad którego wprowadzeniem w innych państwach toczona są obecnie dyskusje, jest regulacja brytyjska – *Retail Distribution Review* (RDR) – wprowadzona przez FCA w 2012 r. Podstawowe jej założenie to zakaz tzw. bezpłatnego doradztwa, którego koszty były ukryte w innych opłatach ponoszonych przez konsumenta. Dzięki temu doprowadzono do sytuacji, w której niezależni doradcy są faktycznie niezależni i koncentrują się na oczekiwaniach potencjalnego inwestora, a on ma dzięki temu możliwość przedstawienia i spełnienia swoich potrzeb inwestycyjnych. Dodatkowo znikają tak potencjalne konflikty interesów po stronie pośredników, jak i ewentualna stronniczość przy proponowaniu poszczególnych produktów. Zauważyć też można, że kwalifikacje doradców wzrosły⁴⁸⁹. Ocena skuteczności wdrożonych przepisów nadzorczych prowadzona przez brytyjski nadzór finansowy wskazuje, że spełniają one swoje cele⁴⁹⁰, co potwierdzają również wyniki badań Komisji Europejskiej⁴⁹¹. Podobne rozwiązania zastosowała Holandia, gdzie w 2014 r. wprowadzono zakaz przekazywania zachęt pośrednikom z tytułu oferowania przez nich konkretnych produktów inwestycyjnych⁴⁹², natomiast Irlandia prowadzi obecnie analizy dotyczące ewentualnego wprowadzenia podobnych rozwiązań w przepisach prawa⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Financial Conduct Authority, *Post-implementation review of the Retail Distribution Review – Phase 1*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180425-retail-investment-products-distribution-systems_en.pdf, s. 6 [dostęp: 2.05.2019].

⁴⁹⁰ *Ibidem*, s. 3–4.

⁴⁹¹ Komisja Europejska, *Distributions [...] – final report, op. cit.*, s. 111.

⁴⁹² Autoriteit Financiële Markten, *MiFID II - Inducements*, <https://www.afm.nl/en/professionals/onderwerpen/mifid-2/beleggersbescherming-provisies> [dostęp: 5.05.2019].

⁴⁹³ Bank Centralny Irlandii prowadził w listopadzie 2017 r. konsultacje społeczne w przedmiocie zachęt dla pośredników produktów inwestycyjnych i zwiększenia poziomu ochrony inwestorów detalicznych; por. Central Bank Str. 292

Drugą inicjatywą regulacyjną godną uwagi jest rozwiązanie niemieckie. Zakłada ono obowiązek sporządzania i udostępnienia konsumentowi protokołu z przebiegu porady inwestycyjnej⁴⁹⁴. Za poradę inwestycyjną uważa się dostarczanie klientom rekomendacji dotyczących transakcji na niektórych instrumentach finansowych, przy czym zalecenie opiera się na ocenie osobistej sytuacji inwestora lub jest przedstawiane jako odpowiednie dla inwestora⁴⁹⁵. Co do zasady protokół z przebiegu porady musi zawierać co najmniej informacje o przyczynie doradztwa inwestycyjnego, czasie trwania sesji doradztwa inwestycyjnego, sytuacji osobistej klienta, jego zainteresowaniach co do inwestycji, a także zalecenia doradcy i ich uzasadnienie⁴⁹⁶.

Cenne jest też rozwiązanie zastosowane w Hiszpanii, gdzie wprowadzono limity wysokości opłat za zarządzanie oraz limity opłat wstępnych i końcowych. Przepisy hiszpańskie⁴⁹⁷ stanowią, że ani opłaty za subskrypcję i umorzenie, ani suma ich obu nie mogą przekroczyć 5% wartości aktywów netto jednostek.

6. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że aby faktycznie zachęcić konsumentów do inwestowania na rynku kapitałowym, **niezbędny jest odpowiedni poziom przejrzystości**, który powinien być osiągnany poprzez **zapewnienie konsumentowi odpowiedniego zestawu informacji na temat danej inwestycji kapitałowej**. Z jednej strony trzeba w tym miejscu podkreślić wagę edukacji finansowej, która powinna być prowadzona przez państwa członkowskie i wspierana przez Unię Europejską, z drugiej zaś – odnosząc się bezpośrednio do możliwych postulatów – słuszne wydaje się dbałość o standaryzację, jeśli chodzi o przedumowne obowiązki informacyjne. Pozwoli to na łatwiejsze porównywanie produktów inwestycyjnych bez ograniczenia swobody zawierania umów. Oprócz

of Ireland, *Intermediary Inducements – Enhanced Consumer Protection Measures, Consultation Paper CP 116*, <https://www.centralbank.ie/docs/default-source/publications/Consultation-Papers/cp116/cp116-intermediary-inducements---enhanced-consumer-protection-measures.pdf> [dostęp: 5.05.2019].

⁴⁹⁴ Marion M., Chan-Jae Y., *Investment advice minutes and the Employee and Complaints Register in supervisory practice*,

https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2013/fa_bj_2013_07_beratungprotokoll_aufsichtspraxis_en.html [dostęp: 5.05.2019].

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ *Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva*, «BOE» nr 173 z 20 lipca 2012 r.

zapewnienia dostępu do informacji i transparentności usługi doprowadzi to w konsekwencji do wzrostu dostępności produktów inwestycyjnych, zwłaszcza oferowanych transgranicznie, co przyniesie korzyści dla konsumentów z państw, gdzie rynek kapitałowy jest na niższym stopniu rozwoju.

Obecna sytuacja z uwagi na wejście w życie wielu nowych przepisów unijnych podnoszących poziom ochrony inwestora detalicznego, takich jak wspomniane wcześniej dyrektywy PRIIP czy UCITS⁴⁹⁸, powinna być oceniana pozytywnie. Nadal jednak konsument, który chce rozpocząć inwestowanie na rynku kapitałowym, jest w trudnej sytuacji: brak wystarczającej standaryzacji dokumentacji i opłat, a w konsekwencji trudności w porównywaniu poszczególnych produktów inwestycyjnych, stanowią realne utrudnienie w podjęciu decyzji o inwestowaniu. Ponadto brak jest niezależnych doradców inwestycyjnych, którzy potrafiliby bezstronnie i po przeprowadzeniu właściwej analizy sytuacji konsumenta zapewnić właściwy i obiektywny poziom doradztwa. Nadto nie należy zapominać, że usługa doradztwa inwestycyjnego ma swoją cenę, a wielu konsumentów nie jest gotowych za nią płacić, wręcz sądzi, że takie doradztwo jest nieodpłatne. Niemniej jednak nie ulega wątpliwości, że należy dążyć do takiego uregulowania, w którym inwestor detaliczny będzie miał wiedzę na temat tego, jak kształtują się prowizje danego pośrednika czy doradcy i w jaki sposób są wyliczane, nawet jeśli nie stanowią osobnej opłaty i nie są ponoszone bezpośrednio przez konsumenta. Pozwoli to wyeliminować sytuację konfliktu interesów, gdzie doradcy zachęcają do inwestowania w produkty, z tytułu których uzyskują wyższą prowizję. Dodatkowo należy dbać o to, aby przepisy jednoznacznie wymagały, by konsument był powiadamiany, czy dany pośrednik jest niezależny od poszczególnych instytucji oferujących produkty inwestycyjne.

W celu zapewnienia rzeczywistego jednolitego europejskiego rynku finansowego w zakresie rynku kapitałowego niezbędne są przemyślane propozycje regulacyjne na poziomie prawa unijnego, które pozwolą na ujednoczenie pewnych praktyk rynkowych, co umożliwi oferowanie inwestorom produktów inwestycyjnych z różnych państw członkowskich. Jednocześnie jednak

⁴⁹⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/91/UE z dnia 23 lipca 2014 r. zmieniająca dyrektywę 2009/65/WE w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) w zakresie funkcji depozytariusza, polityki wynagrodzeń oraz sankcji (Dz. Urz. UE L 257/186 z 28 sierpnia 2014 r.).

należy uważać, aby nie doprowadzić do bezrefleksyjnego zrównania zasad bez brania pod uwagę dotychczasowych specyfik poszczególnych państw, co może skutkować ograniczeniem rozwoju rynku w państwach bardziej zaawansowanych.

Rozważyć zatem należałoby pewne ujednoczenie kategorii opłat stosowanych w przypadku inwestorów detalicznych, jednak bez nakładania maksymalnych ich wysokości. Sam tylko zamknięty katalog rodzajów opłat dawałaby inwestorowi możliwość porównywania – w tym transgranicznie – różnych produktów inwestycyjnych. Wydaje się, że zapewnienie transparentności doprowadziłoby do obniżenia kosztów i nie byłoby potrzeby ingerowania w rynek poprzez regulację opłat.

Postulowanym rozwiązaniem powinno być także lepsze dokumentowanie faktu udzielenia porady inwestycyjnej, nie tylko poprzez podpisanie odpowiednich oświadczeń przez konsumenta, lecz – tak jak na przykład ma to miejsce w Niemczech – poprzez sporządzenie odpowiedniej dokumentacji zawierającej deklaracje konsumenta co do jego sytuacji finansowej i celów inwestycyjnych oraz zaprezentowanych produktów wraz z uzasadnieniem wyboru danej oferty. Pozwoliłoby na to uniknięcie wspomnianych wyżej przypadków, w których bez względu na profil konsumenta praktycznie wszystkim oferowane są bardzo podobne produkty.

Bibliografia

1. Autoriteit Financiële Markten, *MiFID II – Inducements*, <https://www.afm.nl/en/professionals/onderwerpen/mifid-2/beleggersbescherming-provisies> [dostęp: 5.05.2019].
2. Central Bank of Ireland, *Intermediary Inducements – Enhanced Consumer Protection Measures, Consultation Paper CP 116*, [https://www.centralbank.ie/docs/default-source/publications/Consultation-Papers/cp116/cp116-intermediary-inducements---enhanced-consumer-protection-measures.pdf](https://www.centralbank.ie/docs/default-source/publications/Consultation-Papers/cp116/cp116-intehttps://www.centralbank.ie/docs/default-source/publications/Consultation-Papers/cp116/cp116-intermediary-inducements---enhanced-consumer-protection-measures.pdf) [dostęp: 5.05.2019].

3. Financial Conduct Authority, *Post-implementation review of the Retail Distribution Review – Phase 1*, <https://www.fca.org.uk/publication/research/post-implementation-review-rdr-phase-1.pdf> [dostęp: 2.05.2019].
4. Komisja Europejska, *Adekwatność i stabilność systemów emerytalnych. Europejski semestr – zestawienie informacji tematycznych*, Bruksela, listopad 2016.
5. Komisja Europejska, *Distribution systems of retail investment products across the European Union – final report*, Bruksela, kwiecień 2018.
6. Komisja Europejska, *Distribution systems of retail investment products across the European Union – executive summary*, Bruksela, kwiecień 2018.
7. Komisja Europejska, *Plan działania na rzecz tworzenia unii rynków kapitałowych*, COM(2015) 468 final, Bruksela, 30 września 2015.
8. Lusardi A., Mitchell O.S., *Financial literacy around the world: an overview*, „Journal of Pension Economics and Finance” 2011, vol. 10, iss. 4.
9. Marion M., Chan-Jae Y., *Investment advice minutes and the Employee and Complaints Register in supervisory practice*, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2013/fa_bj_2013_07_beratungsprotokoll_aufsichtspraxis_en.html [dostęp: 5.05.2019].
10. OEE, IODS, *Who owns the European economy? Evolution of the ownership of EU-listed companies between 1970 and 2012*, Paryż, sierpień 2013.
11. Pleśniak A., *Konsekwencje przemian demograficznych w świetle adekwatności i stabilności systemów emerytalnych*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2014, nr 167 *Polityka społeczna wobec przemian demograficznych*.
12. Skopowska A., *Fundusze ETF w pigułce*, <https://www.sii.org.pl/8510/edukacja-i-analizy/akcjonariusz/fundusze-etf-w-pigulce.html> [dostęp: 30.04.2019].

Wnioski

dr hab. Anna Jurkowska-Zeidler, profesor Uniwersytetu Gdańskiego




prof. dr hab. Jan Monkiewicz, Politechnika Warszawska

1. Niniejszy Raport wskazuje, że różne formy nieprawidłowości na rynku finansowym są jego immanentną cechą. Podstawową siłą napędzającą te nieprawidłowości jest chciwość podmiotów występujących na rynku, której nie są w stanie powstrzymać instrumenty regulacyjne i nadzorcze oraz stosowane środki represji, nie przeciwdziałają jej także istniejące normy etyczne. Raport prezentuje wyniki badań potwierdzające fakt, że nadużycia na rynku finansowym są w ostatecznym rozrachunku procederem opłacalnym dla stosujących je podmiotów.
2. Raport ujawnił potrzebę holistycznego podejścia do kwestii wykrywania i zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowym. Pokazał, że poszczególne instytucje zaangażowane w zapewnienie bezpieczeństwa na tym rynku incydentalnie i wrywkowo zajmowały się w ramach swojej działalności zwalczaniem występujących nadużyć. Raport uwidoczniał też, że konieczne jest zapewnienie lepszej współpracy i sprawnej komunikacji pomiędzy instytucjami tworzącymi system ochrony konsumentów (klientów) na rynku finansowym. Takim rozwiązaniem mogłoby być utworzenie wspólnego zespołu zadaniowego do spraw zwalczania nadużyć na rynku finansowym z udziałem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Nadzoru Finansowego oraz Rzecznika Finansowego, a także Narodowego Banku Polskiego. Efektem prac zespołu byłyby przedkładane corocznie do wiadomości publicznej raporty na temat nadużyć na rynkach finansowych. Raporty te powinny przedstawiać dane nie tylko na temat liczby i rodzajów lub kierunków nadużyć wykrytych i ukaranych, lecz także informować o skali skutków owych naruszeń dla konsumentów oraz kosztach poniesionych z tego tytułu przez podmioty rynku finansowego, a także prezentować implikacje makroekonomiczne tych nieprawidłowości.
3. Istnieje potrzeba szerszego włączenia w system ochrony konsumenta organizacji i stowarzyszeń osób poszkodowanych przez instytucje finansowe, bo organizacje te często

Str. 297

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

 biuro@rf.gov.pl
 www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
 [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/RzecznikFinansowy)

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

dysponują istotnymi informacjami, które mogłyby zostać efektywnie wykorzystane przy wykrywaniu nieprawidłowości na rynku finansowym oraz budowaniu systemu pomocy prawnej i organizacyjnej dla poszkodowanych. Szeroka i specjalistyczna wiedza na temat danego sektora rynku finansowego, jego uwarunkowań organizacyjnych oraz mechanizmów funkcjonowania, umożliwiłaby stworzenie adekwatnych i efektywnych metod zapobiegania nieprawidłowościom na rynku finansowymi i rozwiązywania pojawiających się problemów. Kluczowa dla walki z nieprawidłowościami na rynku finansowym jest kwestia wczesnego wykrywania niepokojących praktyk, dlatego też instytucje finansowe wspólnie z instytucjami systemu ochrony konsumenta powinny opracować zestaw wskaźników systemu wczesnego ostrzegania. Do detekcji można wykorzystać potencjał sztucznej inteligencji oraz możliwości nowych technologii. W tej kwestii należy także nadać większe znaczenie nowym narzędziom nadzorczym służącym przeciwdziałaniu nieprawidłowościom na rynku finansowym, przykładowo systemowi sygnalistów (*whistleblowers*), który można rozbudować m.in. poprzez włączenie doń rzeczników konsumentów, organizacji branżowych itp.

4. Niewystarczająco skuteczne jest dotychczasowe wykorzystywanie przez Komisję Nadzoru Finansowego i Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów posiadanego instrumentarium prawnego w obszarze ochrony konsumentów. Prawo tworzone „incydentalnie” w odpowiedzi na konkretne, ujawnione publicznie naruszenie nie zawsze jest efektywne w systemowym aspekcie przeciwdziałania innym nadużyciom, gdyż rynek finansowy jest bardzo elastyczny, dynamiczny i otwarty na nowe możliwości. Co więcej, w toku analizy prezentowanych w Raporcie przypadków nadużyć okazało się, że w prawie istnieją odpowiednie przepisy, które zapobiegłyby nadużyciom albo chociaż ograniczyłyby ich skalę, ale z powodu niskiej świadomości prawnej lub braku odpowiednich instrumentów proceduralnych nie były one stosowane. Dlatego ważne jest zwiększenie skuteczności w egzekwowaniu prawa poprzez polepszenie komunikacji organów ochrony konsumentów i nadzoru KNF z organami ścigania. Ważne jest edukowanie przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości w zakresie funkcjonowania rynku i usług finansowych. Na etapie legislacyjnym kluczowa jest ocena skutków regulacji i ewaluacja przepisów przed dokonaniem zmian systemowych.

5. Dużą wagę autorzy Raportu przywiązują do kwestii etyki i zaufania na rynku finansowym, w tym przede wszystkim wskazują na konieczność przeciwdziałania zjawisku missellingu. Tu nie tylko ważne są przestrzeganie przepisów obowiązujących ustaw i sankcje nadzorcze, istotne jest także swoiste „wsparcie rynkowe” – tworzenie oraz wdrażanie przez same instytucje finansowe kodeksów dobrych praktyk i wprowadzenie wewnętrznych mechanizmów zapewniających ich przestrzeganie. W kontekście skuteczności tego rodzaju samoregulacji na rynku finansowym należy pamiętać, że zgodnie z ustawą z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁴⁹⁹ nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na wprowadzaniu w błąd. Jeżeli sądy, organy nadzoru, instytucje ochrony konsumenta będą brały pod uwagę dobre praktyki, to wtedy będą one wiążące i traktowane jak „twarde” prawo, a nie miękkie – *soft law*. Rozwiązania takie należy promować i włączać do praktyki stosowania prawa i nadzoru nad rynkiem finansowym, uznając je za immanentny element polityki konsumenckiej, charakteryzujący się większą elastycznością i szybkością odpowiedzi na problemy pojawiające się na rynku usług finansowych, który podlega nieustannym zmianom. W tym zakresie można także postulować wprowadzenie obowiązku posiadania przez wszystkie instytucje finansowe *anti-fraud and ethical policy*, które będą przedmiotem corocznego przeglądu przez władze nadzorcze. To właśnie odpowiedzialność całej branży finansowej musi być niezbywalnym elementem każdej reformy regulacyjnej sektora finansowego, przyznającej lub rozszerzającej zakres swobody w zakresie samoregulacji własnych działań.
6. Istnieje potrzeba ciągłego pogłębiania wiedzy i świadomości konsumentów – klientów instytucji finansowych – na temat przysługujących im środków prawnych oraz pomocy, jakiej mogą im udzielić powołane do tego instytucje. Dlatego należy docenić wszystkie inicjatywy podejmowane w tym zakresie przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Finansowego oraz Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Kluczowe jest zwiększenie świadomości

⁴⁹⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070.

finansowej społeczności oraz popularyzacja wiedzy w zakresie funkcjonowania rynku finansowego, zagrożeń na nim występujących oraz podmiotów na nim działających.

7. Nadzieje można wiązać także z utworzeniem Funduszu Edukacji Finansowej oraz Rady Edukacji Finansowej, co wynika z ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem nadzoru nad rynkiem finansowym oraz ochrony inwestorów na tym rynku⁵⁰⁰, która wprowadza zmiany do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym⁵⁰¹.
8. W Raporcie prezentowany jest pogląd, że szybsze działanie sądów i organów państwa tworzących system ochrony konsumentów oraz większa odpowiedzialność menedżerów to dwie główne drogi do skutecznego ograniczenia nadużyć ze strony instytucji finansowych. Wprowadzenie osobistej odpowiedzialności menedżerów za działania naruszające interesy klientów, co konsekwentnie od kilku lat realizuje nadzór amerykański, może być dobrym pomysłem. Menedżerowie powinni być w pełni odpowiedzialni za to, co się dzieje w kierowanych przez nich podmiotach rynku finansowego. W ramach zaostrzenia osobistej odpowiedzialności menedżerów należałoby też rozważyć zwiększenie ich odpowiedzialności finansowej. Nie ulega wątpliwości, że 1 mln zł kary dla spółki ma zupełnie inną wagę niż ta sama kwota zapłacona bezpośrednio z kieszeni prezesa. Ponadto kary to działanie *post factum*, a trzeba stworzyć system działający prewencyjnie. Dziś prezes może akceptować praktyki, które w dłuższym okresie niosą ryzyko sankcji dla spółki, bo takie postępowanie jest dla niego opłacalne. Dostanie kolejne premie za dobre wyniki, być może także jakiś gigantyczny bonus, jeśli „napompowaną” złymi produktami spółkę uda się korzystnie sprzedać.

⁵⁰⁰ Dz. U. z 2018 r. poz. 2243.




⁵⁰¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2038 z późn. zm.

Aneksy

Str. 301

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

 biuro@rf.gov.pl
 www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
 [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/RzecznikFinansowy)

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

Wykluczenie finansowe jako konsekwencja nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych

dr Bogumił Czerwiński, Politechnika Warszawska, Wydział Zarządzania, Katedra Systemów Zarządzania

Abstrakt

W niniejszym tekście ze względu na szczególne znaczenie usług finansowych w codziennym życiu konsumentów przedstawiono zjawisko wykluczenia finansowego. Jako jedną z pośrednich determinant tego zjawiska potraktowano nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych, a niekiedy nawet stosowane przez nie nieuczciwe praktyki. Celem tego artykułu jest więc przedstawienie wykluczenia finansowego jako jednej z konsekwencji nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych.

Dla realizacji założonego celu przedstawiono pojęcie wykluczenia finansowego oraz jego determinanty. Szczególną uwagę zwrócono na determinanty podażowe i popytowe, których występowanie może wynikać z nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych, a w konsekwencji skutkować ograniczeniem dostępu do usług finansowych. Zaprezentowane w dalszej części pracy podstawowe formy wykluczenia konsumentów (w bankowości transakcyjnej, kredytowej, oszczędnościowej i ubezpieczeniowej) zostały wzbogacone przez analizę danych statystycznych odnoszących się do rozmiarów wykluczenia. W artykule, na podstawie danych dotyczących powszechności korzystania z usług finansowych z uwzględnieniem zmiennych społeczno-demograficznych, zidentyfikowano grupy osób defaworyzowanych, narażonych w konsekwencji występowania nieprawidłowości na rynku finansowym na zjawisko wykluczenia finansowego.




1. Wstęp

Rynek usług finansowych stanowi bardzo ważny obszar gospodarki krajów rozwiniętych. Trudno więc wyobrazić sobie pełne uczestnictwo w życiu społecznym bez korzystania z usług

Str. 302

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

 biuro@rf.gov.pl
 www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
 [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/Rzecznik_Finansowy)

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

bankowych lub ubezpieczeniowych. Tymczasem okazuje się, że cały czas występują grupy społeczne niekorzystające z usług finansowych, czyli wykluczone finansowo.

Na rynku usług finansowych szczególną rolę, obok konsumentów usług finansowych, odgrywają instytucje finansowe. Pełnią one kluczową funkcję jako dostawcy usług finansowych, którzy ustalają warunki korzystania z nich. Doświadczenia globalnego rynku finansowego, zwłaszcza w kontekście ostatniego kryzysu finansowego z pierwszej dekady XXI w., wskazują, że nie zawsze podmioty te postępowały z należytą starannością, w wyniku czego oferowały produkty niedostosowane do oczekiwań ich nabywców. Wśród instytucji finansowych dochodziło również do działań nieetycznych, niekiedy związanych z nieprawidłowościami w ich funkcjonowaniu. W konsekwencji, sporadycznie, dochodziło również do czynów nielegalnych. Takie praktyki – mimo że nie były akceptowane przez zdecydowaną większość instytucji finansowych – wpłynęły na zaufanie do rynku finansowego (również w Polsce) i przyczyniły się do wykluczenia finansowego części potencjalnych nabywców usług finansowych.

Celem niniejszego opracowania jest więc przedstawienie zjawiska wykluczenia na rynku usług finansowych jako jednej z konsekwencji nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych. Wraz z uwzględnieniem tych nieprawidłowości zostaną również przedstawione determinanty oraz kluczowe obszary wykluczenia finansowego.

2. Pojęcie wykluczenia finansowego

Wykluczenie finansowe oznacza przynajmniej częściowe pozbawienie konsumentów dostępu do usług finansowych⁵⁰². Jednocześnie osoby wykluczone z rynku finansowego pośrednio stają się wykluczonymi ze współczesnego społeczeństwa. Wykluczenie finansowe skutkuje niedogodnościami związanymi z brakiem możliwości korzystania z tych usług. Tymczasem korzystanie z usług finansowych jest traktowane jako jeden z kluczowych elementów pełnego uczestnictwa w życiu społecznym.

⁵⁰² M. Marcinkowska, M. Ziemia, K. Świeszczak, *Wykluczenie finansowe osób 50+ w kontekście dostępnej oferty bankowej*, „Finanse: Czasopismo Komitetu Nauk o Finansach PAN” 2014, nr 1 (7), s. 147; L. Anderloni, M.D. Braga, E.M. Carluccio (eds.), *New Frontiers in Banking Services: emerging needs and tailored products for untapped markets*, Springer Science & Business Media 2007, s. 5–11.

Wykluczenie finansowe jest procesem złożonym, gdyż wpływają na nie czynniki o charakterze społecznym, ekonomicznym, prawnym i przestrzennym. W ramach wykluczenia finansowego identyfikuje się procesy służące ograniczaniu dostępu do systemu finansowego określonym grupom społecznym. Kluczowym czynnikiem ograniczającym dostęp do usług finansowych jest poziom dochodów. Różnice pomiędzy krajami w dostępie do usług finansowych w największym stopniu determinowane są właśnie przez tę zmienną. Dotyczy to również różnic pomiędzy grupami społecznymi wewnątrz poszczególnych krajów. W efekcie zarówno w krajach z dobrze rozwiniętym sektorem finansowym, jak i w tych, w których usługi finansowe nie odgrywają znaczącej roli, występują grupy osób niekorzystających z tych usług, czyli wykluczone finansowo.

W literaturze przedmiotu występuje dwojaki sposób do definiowania wykluczenia finansowego. Wykluczenie finansowe w wąskim ujęciu jest zjawiskiem braku lub utrudnienia dostępu do uniwersalnych produktów, które nie są kluczowe ze względu na budżet gospodarstwa domowego. Osoby niekorzystające z usług finansowych substytuują je ofertą podmiotów niepodlegających regulacjom rynku finansowego. Usługi te niekiedy charakteryzują się wyższymi kosztami ponoszonymi przez konsumentów. Substytucja, związana z „wypychaniem” nabywców usług finansowych w kierunku instytucji nieregulowanych bezpośrednio przez organy nadzoru nad rynkiem finansowym, może wynikać z nieprawidłowości w funkcjonowaniu podmiotów głównego rynku. W kontekście niedostosowania oferty usług finansowych do możliwości ich potencjalnych nabywców kluczowe jest ujęcie Komisji Europejskiej, która wskazuje wykluczenie finansowe jako: proces, w którym obywatele doświadczają trudności w dostępie do produktów finansowych na głównym rynku (i/lub w korzystaniu z nich), które są odpowiednie do ich potrzeb i umożliwiają im prowadzenie normalnego życia w społeczeństwie⁵⁰³. Z kolei w szerszym ujęciu wykluczenie finansowe wiąże się z trudnościami w korzystaniu lub niekiedy z niemożnością korzystania z usług, które są niezbędne dla funkcjonowania w społeczeństwie.

Istotne jest wyodrębnienie wykluczenia rzeczywistego i nieświadomionego. Wykluczenie rzeczywiste dotyczy osób pragnących skorzystać z usług finansowych, jednakże wykluczonych np. z powodu nieodpowiedniego wieku lub zbyt niskiego dochodu. Ten rodzaj wykluczenia może

⁵⁰³ European Commission, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*, European Commission, Brussels 2008, s. 9.

wynikać z polityki instytucji finansowych, które z oczywistych względów muszą zwracać uwagę na rentowność prowadzonej działalności. Jednocześnie nadmierne koncentrowanie działań podmiotów finansowych na tym aspekcie może prowadzić do nieprawidłowości w ich funkcjonowaniu, które mogą skutkować wykluczeniem konsumentów usług finansowych. Z kolei wykluczenie nieuświadomione, czyli samowykluczenie, dotyczy osób nieposiadających produktów finansowych z własnej woli⁵⁰⁴. Jest to więc generalnie przejaw woli potencjalnych nabywców produktów. Przyczyn takiego stanu rzeczy – oprócz kluczowej w tym przypadku postawy życiowej konsumentów – można również dopatrywać się w funkcjonowaniu instytucji, przykładowo w aspekcie negatywnych praktyk z przeszłości lub niedostosowania oferty do oczekiwań lub potrzeb klientów.

Możliwie jest ponadto wyodrębnić kilku odmian wykluczenia finansowego w zależności od jego źródła. Szczególnie istotny jest podział wykluczenia z uwagi na⁵⁰⁵:

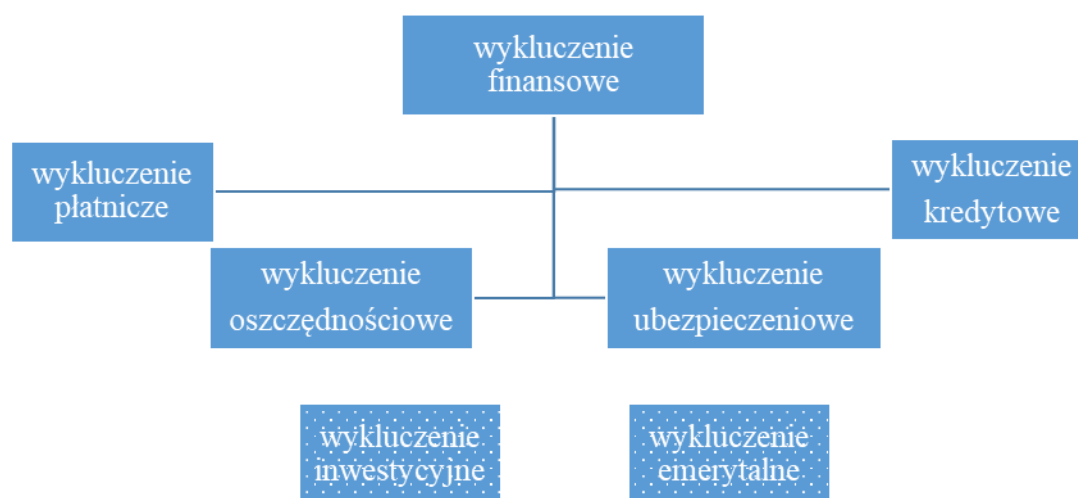
- dostępność (wynikającą z poziomu ryzyka akceptowanego przez instytucję);
- warunki (nieadekwatność oferty);
- cenę (jej zbyt wysoki poziom);
- marketing (kierowanie oferty wyłącznie do określonego segmentu klientów);
- dostępność geograficzną (brak placówek i bankomatów w określonych lokalizacjach);
- samowykluczenie (rezygnacja z kontaktów z instytucjami finansowymi).

Właściwie wszystkie wskazane odmiany wykluczenia w większym (np. warunki, marketing) lub mniejszym (samowykluczenie) stopniu wiążą się z postępowaniem instytucji finansowych. Mogą więc pojawiać się z różną intensywnością w zależności od konkretnych działań tych podmiotów. Istotnym czynnikiem warunkującym większy zakres tego zjawiska mogą być przykładowo potencjalne nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych.

Wykluczenie finansowe dotyczy przede wszystkim usług bankowych, w mniejszym stopniu zaś pozostałych usług finansowych. Według Komisji Europejskiej dotyczy ono: bankowości transakcyjnej, oszczędności, kredytowania i ubezpieczeń⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ M. Solarz, *Determinanty oraz sposoby ograniczania wykluczenia finansowego osób bezrobotnych*, „Optimum. Studia Ekonomiczne” 2014, nr 4 (70), s. 170.

Rysunek 1. Obszary wykluczenia finansowego



Źródło: Opracowanie własne na podstawie: M. Solarz, *Wybrane sposoby ograniczania zjawiska wykluczenia ubezpieczeniowego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2011, „Sectio H Oeconomia” nr 45 (2), s. 364.

Warto również podkreślić, że w niektórych opracowaniach można spotkać się z szerszym ujęciem zagadnienia wykluczenia finansowego, obejmującym poza wymienionymi podstawowymi obszarami jeszcze dwa rodzaje wykluczenia: emerytalne i inwestycyjne⁵⁰⁷. Z uwagi jednak na specyfikę produktów związanych z tymi obszarami oraz ze względu na powszechną w większości krajów europejskich (w tym i w Polsce) wypłatę świadczeń emerytalnych oraz bardzo bliski związek oszczędności z inwestycjami zazwyczaj badania wykluczenia finansowego skupiają się na wymienionych powyżej obszarach, tj. dotyczących bankowości i ubezpieczeń. Na potrzeby niniejszego opracowania również przyjęto najczęściej obowiązujące w literaturze przedmiotu

⁵⁰⁵ M. Marcinkowska, M. Ziemba, K. Świeszczyk, *op. cit.*, s. 147; E. Kempson, C. Whyley, *Kept out or opted out. Understanding and combating financial exclusion*, Policy Press, Bristol 1999, s. 14–21.

⁵⁰⁶ European Commission, *Financial Services...*, *op. cit.*, s. 11–14.

⁵⁰⁷ M. Solarz, *Wybrane sposoby ograniczania zjawiska wykluczenia ubezpieczeniowego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2011, „Sectio H. Oeconomia” nr 45 (2), s. 364.

ujęcie, koncentrujące się na głównych obszarach wykluczenia finansowego, a dotyczących bankowości i ubezpieczeń.

3. Determinanty wykluczenia finansowego

W zależności od konkretnego rodzaju wykluczenia we wskazanych obszarach możliwe jest zidentyfikowanie zróżnicowanych czynników wpływających na intensywność zjawiska. Warto wskazać trzy podstawowe grupy czynników wpływających na wykluczenie finansowe, czyli czynniki: podażowe, popytowe oraz społeczne⁵⁰⁸.

Czynniki podażowe związane są przede wszystkim ze zmianami w ofercie przedsiębiorstw finansowych oraz z modyfikacją działań marketingowych tych podmiotów. Najważniejsze z nich to:

- zarządzanie ryzykiem, ocena zdolności kredytowej;
- wykorzystywany marketing;
- dostęp geograficzny;
- struktura produktu;
- wykorzystywane kanały dystrybucji;
- złożoność (trudność) wyboru.

Wskazane czynniki, w zależności od prowadzonej przez instytucję finansową polityki, mogą przyczynić się do wykluczenia finansowego. Należy tutaj podkreślić, że czynniki te mogą być również związane z nieetycznymi zachowaniami instytucji finansowych, przykładowo w obszarze skomplikowania produktu lub podejmowanych działań marketingowych – oferta jest kierowana do określonej grupy konsumentów, jednocześnie ogranicza się dostęp do niej osobom, których profil, nie odpowiada oczekiwaniom przedsiębiorstwa. Instytucje finansowe, podobnie jak inne podmioty, mają oczywiście pewną swobodę w doborze klientów, których obsługują, jednakże skoncentrowanie się instytucji na określonych segmentach (np. aktywni zawodowo mieszkańcy miast) może prowadzić do ograniczenia innym osobom dostępu do oferty.

⁵⁰⁸ M. Iwanicz-Drozdowska *et al.*, *Produkty finansowe i edukacja finansowa w Polsce na tle wybranych krajów wysoko rozwiniętych. Raport z badań*, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa, 2009, s. 12–13.

Druga grupa uwarunkowań, czyli o charakterze popytowym, dotyczy w sposób pośredni lub bezpośredni preferencji i zachowań klientów odnoszących się do korzystania z usług finansowych. Najważniejsze z nich to:

- świadomość kosztów produktów finansowych;
- niska samoocena klientów;
- obawa przed utratą płynności finansowej;
- nieufność wobec dostawców usług finansowych;
- niechęć do korzystania z usług finansowych.

Generalnie wskazane powyżej determinanty popytowe w sposób bezpośredni lub pośredni przyczyniają się wykluczenia finansowego konsumentów, których dotyczą. W przypadku tych czynników można zaobserwować reaktywne postępowanie konsumentów, wyrażające się poprzez nieufność wobec dostawców usług finansowych oraz niechęć do korzystania z tych usług. W konsekwencji negatywnych doświadczeń konsumentów lub też informacji dystrybuowanych przez środki masowego przekazu u potencjalnych kupujących pojawiają się często uzasadnione obawy dotyczące rzetelności instytucji finansowych oraz ich dbałości o dobro konsumentów. W ostatnich latach tego typu doświadczenia stały się udziałem m.in. korzystających z ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych (UFK)⁵⁰⁹ lub kredytów walutowych⁵¹⁰. Nieprawidłowości występujące w przypadku tych i innych produktów finansowych były przedmiotem szczególnego zainteresowania Rzecznika Finansowego oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵¹¹. Jako bezpośredni efekt nieuczciwych zachowań podmiotów rynkowych należy wskazać generalne obniżenie poziomu zaufania do rynku finansowego wśród konsumentów.

Z kolei wśród czynników o charakterze społecznym szczególnie istotne są te, które dotyczą zmian dotyczących dużych grup ludności, a niekiedy całego społeczeństwa. Najważniejszymi spośród nich są:

- zmiany demograficzne;

⁵⁰⁹ Rzecznik Finansowy, *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym. Raport Rzecznika Finansowego. Część II*, Rzecznik Finansowy, Warszawa 2016, s. 3–47.

⁵¹⁰ Rzecznik Finansowy, *Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami. Raport Rzecznika Finansowego*, Rzecznik Finansowy, Warszawa 2016, s. 3–27.

- luka technologiczna;
- zmiany na rynku pracy,
- różnice w poziomach wynagrodzenia;
- niewystarczająca uwaga poświęcona marginalnym segmentom rynku.

W przypadku tych determinant należy wskazać na praktykę polegającą na poświęcaniu niewystarczającej uwagi marginalnym segmentom rynku, co może wiązać się z koncentrowaniem oferty bankowej lub ubezpieczeniowej na najbardziej dochodowych jego segmentach z jednoczesnym ryzykiem wzrostu poziomu wykluczenia finansowego w grupach społecznych, które nie są istotne dla instytucji. Mimo że czynniki społeczne nie są w bezpośredni sposób związane z nieprawidłowościami w funkcjonowaniu instytucji finansowych, należy pamiętać, że mogą one przyczyniać się do wykluczenia finansowego.

Oprócz wymienionych czynników popytowych, podaźowych i społecznych determinantami wykluczenia finansowego mogą stać się cechy społeczno-demograficzne charakteryzujące konsumentów. Możliwe jest więc wyodrębnienie grup osób szczególnie narażonych na wykluczenie. Osobami zagrożonymi wykluczeniem finansowym są m.in. osoby o niższych dochodach, ludzie starsi i młodzież, osoby gorzej wykształcone, mieszkańcy wsi, mniejszości etniczne, niepełnosprawni, bezrobotni i osoby samotne⁵¹². Wskazane czynniki często występują łącznie, a w odniesieniu do poszczególnych produktów oraz konkretnych konsumentów istotne są różne czynniki ograniczające korzystanie z usług finansowych i prowadzące do wykluczenia finansowego. Występują również zauważalne różnice pomiędzy poszczególnymi krajami, i tak przykładowo w Polsce najważniejszymi czynnikami wpływającymi na poziom wykluczenia finansowego są: osiągnięty dochód, wiek, poziom wykształcenia oraz miejsce zamieszkania.

⁵¹¹ <https://finanse.uokik.gov.pl/strona-glowna/fag/> [dostęp: 30.04.2019].

⁵¹² K.C. Chakrabarty, *Financial Inclusion. Concept, Issues and Roadmap*, Institute for Development and Research in Banking Technology, Reserve Bank of India 2006, s. 7; J. Prosiński, *Determinanty wykluczenia finansowego w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, nr 532, s. 304–311; N. Mylonidis, M. Chletsos, V. Barbagianni, *Financial exclusion in the USA: Looking beyond demographics*, „Journal of financial Stability” 2019, vol. 40, s. 144–158; B. Czerwiński, *Zjawisko wykluczenia na rynku usług finansowych*, [w:] L. Gąsiorkiewicz, J. Monkiewicz (red.), *Wyzwania współczesnych rynków finansowych*, Wydział Zarządzania Politechniki Warszawskiej, Warszawa 2019, s. 80; B. Fernandez-Olit, J.D. Paredes-Gazquez, M. de la Cuesta-Gonzalez, *Are Social and Financial Exclusion Two Sides of the Same Coin? An Analysis of the Financial Integration of Vulnerable People*, „Social Indicators Research” 2018, vol. 135, s. 245–268.

4. Obszary wykluczenia finansowego

Zgodnie z przedstawioną w poprzednim rozdziale typologią rodzajów wykluczenia finansowego rozważania w dalszej części opracowania będą koncentrować się na podstawowych rodzajach wykluczenia dotyczących bankowości i ubezpieczeń.

Najważniejszym obszarem wykluczenia finansowego jest wykluczenie w zakresie wykorzystywania bankowości transakcyjnej (płatnicze). Niekiedy można nawet spotkać się z upraszczającym identyfikowaniem wykluczenia w bankowości transakcyjnej jako generalnego wykluczenia finansowego. Związane jest to ze szczególnym znaczeniem dostępu do rachunku bankowego we współczesnych społeczeństwach. Niekorzystanie z rachunku bankowego przyczynia się w sposób bezpośredni do występowania szeregu negatywnych zjawisk, wśród których najważniejsze są⁵¹³:

- negatywne postrzeganie, stygmatyzujące osoby nieposiadające tej podstawowej usługi;
- niemożność uzyskania dostępu do innych usług finansowych (np. lokat lub kredytów);
- konieczność realizowania wszystkich transakcji gotówką;
- strata czasu poświęconego na realizację płatności gotówkowych, mogąca prowadzić do wzmocnienia poczucia wykluczenia ze społeczeństwa.

Na potrzeby badań dotyczących tej kategorii wykluczenia finansowego wyróżnia się trzy podstawowe poziomy aktywności w obszarze bankowości transakcyjnej⁵¹⁴. Można więc wyróżnić następujące grupy konsumentów z uwagi na poziom ich ubankowienia:

- nieubankowieni (wykluczeni) – osoby bez konta bankowego i karty płatniczej;
- niedobankowieni (częściowo wykluczeni) – posiadający konto bankowe bez karty płatniczej lub kartę bez konta bankowego;
- ubankowieni (włączeni) – posiadający konto bankowe wraz z aktywną kartą płatniczą.

Ze względu na przedstawioną klasyfikację w celu analizy porównawczej poziomu wykluczenia w zakresie bankowości transakcyjnej stosuje się zazwyczaj analizę ubankowienia ludności. Jako miarę ubankowienia w przypadku bankowości transakcyjnej wykorzystuje się

⁵¹³ S. Smyczek, *Nowe trendy w zachowaniach konsumentów na rynkach finansowych*, Placet, Warszawa 2012, s. 188.

⁵¹⁴ M. Polasik, A. Piotrowska, *Transakcyjne wykluczenie finansowe w Polsce w świetle badań empirycznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 330, s. 318–319.

wskaźnik prezentujący odsetek osób dorosłych korzystających z rachunku bankowego. Należy jednocześnie podkreślić, że pomiędzy ubankowaniem a wykluczeniem płatniczym zachodzi relacja odwrotna, czyli wzrost wskaźnika ubankowienia oznacza spadek poziomu wykluczenia finansowego (płatniczego). Dane statystyczne oraz wyniki badań społecznych wskazują jednoznacznie, że Polacy należą do najmniej „ubankowionych” narodów Unii Europejskiej⁵¹⁵. Wyniki badania realizowanego we wszystkich krajach Unii Europejskiej w ramach pracy badawczej *Special Eurobarometer 446. Financial Products and Services*, wskazują, że poziom ubankowienia Polaków jest niższy niż w większości krajów objętych badaniem i wynosi 68%, podczas gdy średnia dla krajów UE wynosi 76%⁵¹⁶. Najwyższy poziom ubankowienia odnotowano w krajach nordyckich i w krajach Beneluxu, gdzie ponad 80% osób pełnoletnich korzysta z rachunków bankowych. Wzrost poziomu ubankowienia, zwłaszcza w zakresie bankowości internetowej i mobilnej, jest korzystny zarówno dla konsumentów, ułatwiając im pełne funkcjonowanie we współczesnym świecie, jak i dla instytucji finansowych, pozwalając im na uzyskanie stabilności prowadzonej działalności⁵¹⁷. Niezbędne więc wydaje się podejmowanie działań upowszechniających korzystanie z usług bankowych.

Ze względu na szczególne znaczenie dostępu do rachunku bankowego oraz z uwagi na niekorzystanie z takich rachunków przez znaczną część populacji Unii Europejskiej wprowadzone zostały regulacje, które powinny zmniejszyć skalę wykluczenia płatniczego. Zakłada się bowiem, że niektóre banki podejmują niewystarczające działania ułatwiające (niekiedy nawet utrudniając) korzystanie z rachunków bankowych nieatrakcyjnym biznesowo (zazwyczaj wykluczonym) konsumentom. Na poziomie regulacji obowiązujących na terenie Unii Europejskiej wprowadzona została więc dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015

⁵¹⁵ T. Arun, R. Kamath, *Financial inclusion: Policies and practices*, „IIMB Management Review” 2015, vol. 27, s. 272; <https://globalfindex.worldbank.org/> [dostęp: 30.04.2019].

⁵¹⁶ European Commission, *Special Eurobarometer 446. Financial Products and Services*, European Commission, Brussels 2016, s. 73.

⁵¹⁷ M.M. Ahamed, S. Mallick, *Is financial inclusion good for bank stability? International evidence*, „Journal of Economic Behavior & Organization” 2019, vol. 157, s. 403–427; P.K. Ozili, *Impact of digital finance on financial inclusion and stability*, „Borsa Istanbul Review” 2018, vol. 18–4, s. 329–340.

r. wprowadzająca nową formę rachunku bankowego – podstawowy rachunek płatniczy⁵¹⁸. W Polsce implementacja dyrektywy została zrealizowana za pomocą nowelizacji ustawy o usługach płatniczych⁵¹⁹. Jednym z celów tych regulacji jest ograniczenie skali wykluczenia finansowego, tak aby osoby nieposiadające dotychczas konta w banku mogły skorzystać z bezpłatnego podstawowego rachunku płatniczego oferującego dostęp do minimalnego zakresu usług.

Podobnie jak w innych krajach w Polsce najwyższy stopień wykluczenia finansowego w zakresie bankowości transakcyjnej dotyczy osób najstarszych (powyżej 55. roku życia) oraz najmłodszych (do 24. roku życia), z wykształceniem podstawowym, osiągających najniższe dochody, bezrobotnych oraz mieszkańców wsi⁵²⁰. Działania inkluzywne w polskim sektorze bankowym powinny koncentrować się głównie na tych właśnie grupach społecznych.

Drugi obszar wykluczenia finansowego, czyli wykluczenie w zakresie oszczędności, nie wiąże się z tak poważnymi konsekwencjami dla osób nieposiadających produktów oszczędnościowych jak odnotowane w przypadku osób nieposiadających rachunku bankowego. Można natomiast zidentyfikować bezpośrednio przyczyny niekorzystania z usług dotyczących lokat i kont oszczędnościowych. Może to być konsekwencją niektórych problemów finansowych i społecznych. Najważniejsze z nich to⁵²¹:

- brak wolnych środków finansowych (jako efekt np. niskich dochodów);
- brak nawyku oszczędzania;
- negatywne doświadczenia z przeszłości lub uprzedzenia.

Należy tutaj podkreślić szczególne znaczenie negatywnych doświadczeń związanych z nierzetelnym wywiązywaniem się instytucji finansowych ze swoich zobowiązań. Istotne mogą być również w tym aspekcie doświadczenia wynikające ze współpracy z nieuczciwymi instytucjami parabankowymi, oferującymi np. bardzo wysokie oprocentowanie oszczędności.

⁵¹⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (Dz. Urz. UE L 337/35 z dnia 23 grudnia 2015 r.).

⁵¹⁹ Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1997).

⁵²⁰ D. Maison, *Postawy Polaków wobec obrotu bezgotówkowego. Raport z badania 2016 i analiza porównawcza z danymi z 2009 i 2013 roku*, Narodowy Bank Polski, Warszawa 2017, s. 15, 21.

⁵²¹ S. Smyczek, *op. cit.*, s. 182.

Tego typu praktyki podmiotów finansowych mogą być jedną z przyczyn stosunkowo ostrożnych postaw polskich konsumentów w zakresie oszczędzania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że Polacy w porównaniu z obywatelami innych krajów Unii Europejskiej korzystają z bezpieczniejszych form lokowania wolnych środków, najczęściej wybierając lokaty w złotych. Stosunkowo często ich oszczędności są gromadzone w formach, które pozwalają jedynie na realizację funkcji przechowywania, bez jakiegokolwiek wzrostu wartości oszczędności, czyli w postaci konta osobistego lub wprost w gotówce. Obywatele innych krajów UE oprócz powszechnie wykorzystywanych lokat bankowych znacznie częściej decydują się na bardziej ryzykowne (dające większe możliwości pomnożenia środków) lokowanie w funduszach inwestycyjnych lub bezpośrednio w akcjach i obligacjach⁵²².

Kolejny obszar wykluczenia finansowego, czyli wykluczenie kredytowe, podobnie jak wykluczenie oszczędnościowe należy traktować jako kategorię węższą od wykluczenia płatniczego. Zaciągnięcie kredytu w instytucji finansowej wymaga bowiem zazwyczaj posiadania rachunku bankowego. Niedostępność środków finansowych pochodzących z kredytu może prowadzić do następujących niekorzystnych dla konsumentów sytuacji⁵²³:

- izolacji w niektórych grupach społecznych;
- odczucia niższego poziomu dobrobytu i związanego z tym poczucia własnej wartości;
- trudności w regulowaniu innych zobowiązań finansowych.

Niedostępność właściwej oferty kredytowej dostosowanej do oczekiwań i możliwości finansowych kredytobiorców sprawia, że osoby wykluczone kredytowo stają się jednocześnie zagrożone nadmiernym zadłużeniem. Przyczyniają się do tego cechy tych osób predestynujące je do wykluczenia i nadmiernego zadłużenia, jak również determinanty mające związek z procesami społecznymi i ekonomicznymi zachodzącymi w otoczeniu.

Cechy osób potencjalnie wykluczonych kredytowo można ująć w dwóch kategoriach: społeczno-demograficzne oraz psychologiczne⁵²⁴. Ludźmi narażonymi na wykluczenie są: osoby starsze, z podstawowym lub średnim poziomem wykształcenia, o niższym poziomie dochodów, częściej mężczyźni. Wykluczeniu sprzyjają również: długotrwałe bezrobocie, przynależność do mniejszości narodowych i

⁵²² ING International Survey Savings 2017, ING 2017, s. 21–23.

⁵²³ S. Smyczek, *op. cit.*, s. 189

niepełnosprawność. Mniej oczywistymi, trudniejszymi do zidentyfikowania są cechy psychologiczne, przede wszystkim: brak skłonności do oszczędzania, nadmierna skłonność do podejmowania ryzyka oraz skłonność do nadmiernych zakupów. Wykluczenie kredytowe może się wiązać również z uzależnieniem od używek. Łączne występowanie wymienionych cech sprawia, że osoby, posiadające jedną lub więcej z wymienionych cech, są bardziej narażone na nierzetelne praktyki instytucji finansowych. Ponownie należy tutaj podkreślić, że praktyki te dotyczą również instytucji parabankowych, z oczywistym negatywnym oddziaływaniem na cały sektor instytucji finansowych.

Ostatni z badanych obszarów wykluczenia finansowego, czyli wykluczenie ubezpieczeniowe, zazwyczaj uznaje się jako mniej istotny niż wykluczenie w zakresie bankowości transakcyjnej czy wykluczenie kredytowe. Mniejsze znaczenie produktów ubezpieczeniowych oraz wykluczenia ubezpieczeniowego nie oznacza jednak, że ten obszar jest nieistotny z punktu widzenia konsumentów. W tym przypadku należy zwrócić szczególną uwagę na dwie grupy czynników ograniczających dostęp do produktów ubezpieczeniowych: podażowe i popytowe⁵²⁵. Czynniki podażowe związane są przede wszystkim z niedostosowaniem niektórych produktów do oczekiwań konsumentów. Związane jest to przykładowo ze zniechęcającą ceną lub zastosowaniem nieodpowiednich metod dystrybucji. W praktyce polskiego rynku ubezpieczeń szczególną rolę produktów niedostosowanych do oczekiwań konsumentów odgrywały produkty ubezpieczeniowo-inwestycyjne opierające się na ubezpieczeniowych funduszach kapitałowych, niekiedy mylnie nazywane polisolokatami. Z kolei czynniki popytowe związane są z niedostatecznym poziomem dochodów, niską świadomością ubezpieczeniową oraz brakiem zaufania do instytucji ubezpieczeniowych.

W przypadku wykluczenia ubezpieczeniowego przyjmuje się, że ważną funkcję w ograniczaniu tego zjawiska powinno pełnić państwo, realizując skoordynowane działania obejmujące m.in. przedsięwzięcia z zakresu edukacji finansowej oraz efektywny nadzór nad rynkiem, eliminujący nieetyczne, rażąco niesprawiedliwe praktyki ubezpieczycieli dotyczące UFK i innych produktów. Uzupełnieniem tych działań powinno być utrzymanie, a nawet rozszerzenie instytucji ubezpieczeń obowiązkowych w obszarach istotnych dla społeczeństwa.

⁵²⁴ I. Kuchciak, *Nadmierne zadłużanie się gospodarstw domowych – przyczyna i skutek wykluczenia finansowego*, „Bezpieczny Bank” 2013, nr 2–3 (51–52), s. 147–148.

⁵²⁵ M. Solarz, *Wybrane sposoby...*, *op. cit.*, s. 365.

5. Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu ze względu na szczególne znaczenie usług finansowych dla konsumentów przedstawiono zjawisko wykluczenia finansowego w kontekście nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych. W tym celu zdefiniowano pojęcie wykluczenia finansowego, jako negatywnego stanu oznaczającego przynajmniej częściowe pozbawienie konsumentów dostępu do usług finansowych. Zaprezentowano ponadto samo zjawisko wykluczenia finansowego, jego determinanty oraz podstawowe formy.

Jedną ze wskazanych w tekście przyczyn wykluczenia finansowego są nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji finansowych, choć należy mieć na uwadze, że samo zjawisko jest procesem złożonym, na który mają wpływ grupy czynników podażowych, popytowych i społecznych. Jednocześnie istotne jest zidentyfikowanie zmiennych społeczno-demograficznych, które w połączeniu z tymi czynnikami mogą sprzyjać wykluczeniu na rynku finansowym. W przypadku polskiego rynku można zaobserwować więc wyższy poziom wykluczenia finansowego wśród osób: niezamożnych, młodych dorosłych (do około 24. roku życia), dojrzałych i starszych (powyżej 54. roku życia), o niższym poziomie wykształcenia oraz mieszkańców małych miejscowości.

Negatywne procesy związane ze skoncentrowaniem aktywności instytucji finansowych na produktach najkorzystniejszych dla samych usługodawców stały się prawdopodobnie jedną z przyczyn ostatniego kryzysu finansowego. Nieetyczne działania dotyczyły zarówno rynków rozwiniętych, jak i rozwijających się, występowały więc również w Polsce. Niepokojące jest, że tego typu nieprawidłowości mają miejsce również w ostatnich latach, już po zakończeniu kryzysu finansowego, przyczyniając się do wykluczenia finansowego.

Ze względu na fakt, że zjawisko wykluczenia finansowego dotyczy przede wszystkim grup defaworyzowanych, analiza przedmiotowego zjawiska, a później przeciwdziałanie mu, staje się ważnym wyzwaniem społecznym. Niezbędny i pożądany wydaje się wzrost aktywności państwa w zakresie m.in. eliminowania nieprawidłowości ze strony podmiotów finansowych oraz odpowiednich działań edukacyjnych skierowanych bezpośrednio do konsumentów. Efektem tak zorganizowanych działań powinno stać się przywrócenie osób wykluczonych do systemu finansowego, czyli inkluzja finansowa.

Samoregulacja sektora pożyczek pozabankowych – idea i oczekiwania

Agnieszka Wachnicka, prezes Zarządu Fundacji Rozwoju Rynku Finansowego

1. Charakterystyka sektora pozabankowych pożyczek konsumenckich

Sektor pożyczek pozabankowych jest segmentem rynku finansowego, którego dynamiczny rozwój nastąpił w ciągu ostatniej dekady. Przez wiele lat sektor ten funkcjonował jako branża nieregulowana podmiotowo – przedsiębiorstwa udzielające pożyczek pozabankowych działały w oparciu o ogólne przepisy dotyczące prowadzenia działalności gospodarczej. Ich działalność pod względem przedmiotowym regulowana była natomiast najpierw ustawą z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim⁵²⁶, a następnie ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (dalej: u.k.k.)⁵²⁷, która obowiązuje aktualnie. Przez wiele lat podmioty udzielające konsumenckich pożyczek pozabankowych nie były w jakikolwiek sposób definiowane w polskim prawie i korzystały z ogólnej definicji kredytodawcy, zgodnie z którą kredytodawcą oznaczał przedsiębiorcę (a zatem zarówno osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, jak też spółki osobowe i osoby prawne), który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej udziela lub daje przyrzeczenie udzielenia konsumentowi kredytu. Prowadziło to do sytuacji, w której niezwykle trudno było zidentyfikować poszczególne podmioty, jak również trudno było prowadzić nadzór nad rynkiem pożyczek pozabankowych. W przestrzeni publicznej podmioty udzielające konsumenckich pożyczek pozabankowych określane były powszechnie mianem „parabanków”, choć określenie to nie było adekwatne do ich działalności – podmioty te nie wykonują bowiem czynności bankowych *sensu stricto*. Udzielanie pożyczek pieniężnych, które jest podstawą działalności firm pożyczkowych, zostało wskazane w katalogu czynności bankowych *sensu largo*, co z kolei oznacza, że czynności takie mogą być wykonywane przez podmioty niebędące bankami i nie mają wówczas przymiotu czynności bankowych. O działalności „parabankowej” możemy natomiast mówić w

⁵²⁶ Ustawa z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100 poz. 1081 z późn. zm.).

⁵²⁷ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1083).

sytuacji, w której podmiot niebędący bankiem wykonuje czynności bankowe ujęte w art. 5 ust. 1 prawa bankowego⁵²⁸, choć należy zaznaczyć, że poglądy doktryny nie są w tym zakresie jednolite.

Pojęciem „parabank” w celu określenia pozabankowych kredytodawców konsumenckich posługiwały się również organy administracji publicznej. W raporcie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 2012 r., zatytułowanym *Raport z kontroli przedsiębiorców udzielających kredytów konsumenckich w 2012 roku*⁵²⁹ czytamy: „Trzecią grupę kredytodawców w rozumieniu ustawy o kredycie konsumenckim stanowią inni pożyczkodawcy (tzw. parabanki), którzy nie podlegają nadzorowi podobnemu do sprawowanego nad bankami i SKOK-ami. Oferują łatwo dostępne kredyty z uwagi na stosowanie mniej rygorystycznych kryteriów oceny ryzyka kredytowego konsumenta. Ponieważ działalność tych instytucji przybiera różne formy prawne i nie jest w żaden sposób ewidencjonowana, trudno w tym przypadku posłużyć się danymi statystycznymi”. Z kolei w raporcie UOKiK z 2013 r. o tytule *Opłaty stosowane przez instytucje parabankowe*⁵³⁰ Urząd wskazuje, że: „Firmy udzielające pożyczek, a niebędące bankami albo SKOK-ami określane są często mianem parabanków. W przepisach prawa powszechnie obowiązującego nie istnieje definicja legalna tego terminu. Jedną ze wskazywanych istotnych cech odróżniających podmioty zaliczane do parabanków od innych instytucji działających w obszarze usług finansowych jest brak objęcia ich szczególnym nadzorem organów administracji publicznej, w tym przypadku Komisji Nadzoru Finansowego”.

Postrzeżenie sektora pożyczek pozabankowych przez pryzmat pojęcia „parabank”, które ma w Polsce silne nacechowanie pejoratywne, a w literaturze przedmiotu utożsamiane jest wręcz z działalnością o charakterze nielegalnym, a także posługiwanie się tym słowem w przestrzeni publicznej sprawiło, że podmioty udzielające pożyczek pozabankowych zaczęły być kojarzone z działalnością oszukańczą czy wręcz przestępczą, a więc tym sektorem, któremu przypisywano doniesienia o różnego rodzaju nadużyciach na rynku finansowym. Kiedy w 2012 r. wybuchła tzw. afera Amber Gold, podmioty udzielające pożyczek pozabankowych stały się adresatem zaleceń i rekomendacji sformułowanych przez Komitet Stabilności Finansowej. W raporcie tego organu

⁵²⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2187 z późn. zm.).

⁵²⁹ <https://www.uokik.gov.pl/raporty2.php>.

⁵³⁰ <https://www.uokik.gov.pl/raporty2.php>.

zatytułowanym *Analiza działań organów i instytucji państwowych w odniesieniu do Amber Gold sp. z o.o.* wskazano, że wstępna i późniejsza kontrola działalności tych podmiotów jest niezbędna w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony interesów konsumentów i zalecono wprowadzenie obowiązku uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej. Konsekwencją powyższego raportu było opracowanie przez Ministerstwo Finansów projektu ustawy, która została uchwalona w dniu 5 sierpnia 2015 r. jako ustawa o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym i niektórych innych ustaw⁵³¹. Ustawa ta nie wprowadziła ostatecznie obowiązku uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w celu prowadzenia działalności polegającej na udzielaniu pożyczek konsumenckich, jednak była pierwszym aktem prawnym, który zdefiniował tę działalność. Ustawa wprowadziła pojęcie „instytucja pożyczkowa” rozumiana jako kredytodawca inny niż:

- bank krajowy, bank zagraniczny, oddział banku zagranicznego, instytucja kredytowa lub oddział instytucji kredytowej w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe;
- spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa oraz Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa;
- podmiot, którego działalność polega na udzielaniu kredytów konsumenckich w postaci odroczenia zapłaty ceny lub wynagrodzenia na zakup oferowanych przez niego towarów i usług.

Wprowadzono również wymogi organizacyjne i finansowe, które należy spełnić, aby móc wykonywać działalność w charakterze instytucji pożyczkowej (forma prawna spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej, minimalny kapitał zakładowy na poziomie 200 tys. zł, pokryty wyłącznie wkładem pieniężnym i nie pochodzący z kredytu, pożyczki, emisji obligacji lub źródeł nieudokumentowanych, niekaralność członków organów spółki za określone kategorie przestępstw).

⁵³¹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1357).

Wreszcie ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami⁵³² wprowadzono obowiązek uzyskania przez instytucję pożyczkową wpisu do rejestru działalności regulowanej, prowadzonego przez Komisję Nadzoru Finansowego. Tym samym sektor pożyczek pozabankowych został uregulowany również pod względem podmiotowym.

Sektor instytucji pożyczkowych przeszedł w ciągu ostatnich lat głęboką rewolucję – od trudnych do zidentyfikowania podmiotów, działających często na szczeblu lokalnym i w niewielkiej skali, nieposiadających ani wykwalifikowanych kadr, ani profesjonalnych systemów zarządzania działalnością, do dużych organizacji, zatrudniających setki pracowników, w pełni profesjonalnie zarządzanych i wdrażających procedury *compliance*, tj. monitorowania zgodności z przepisami prawa. Około 12 największych instytucji pożyczkowych ma blisko 80% udziału w portfelu pożyczek pozabankowych, którego wartość szacowana jest na około 4–5 mld zł. Wciąż jednak zdarzają się w tym sektorze oraz na jego obrzeżach podmioty, które bądź opierają swoje modele biznesowe na budowaniu struktur i mechanizmów ukierunkowanych na obchodzenie przepisów prawa, bądź wręcz prowadzą działalność z naruszeniem tych przepisów. Takie postępowanie kładzie się cieniem na całej branży, w szczególności na tych podmiotach, które dokładają starań, aby swój biznes prowadzić nie tylko zgodnie z przepisami prawa, lecz także z poszanowaniem norm etycznych.

2. Idea oraz istota samoregulacji

W opracowanym przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dokumencie *Polityka konsumencka na lata 2014–2018* wskazano: „Organy administracji wchodzące w skład systemu ochrony konsumentów będą podejmowały działania wspierające rozwój instrumentów samoregulacyjnych. Należy wyraźnie wskazywać na pozytywny wpływ rozwoju samoregulacji tak z punktu widzenia ochrony konsumentów czy ujednoczenia standardów prowadzonej działalności gospodarczej oraz korzyści, jakie z tego tytułu mogą płynąć dla przedsiębiorców”⁵³³. Tym samym Rząd Rzeczypospolitej Polskiej uznał inicjatywy samoregulacyjne za immanentny element polityki konsumenckiej, dostrzegając pozytywny wpływ samoregulacji – zarówno w dziedzinie ochrony

⁵³² Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz. U. z 2017 r. poz. 819 z późn. zm.).

⁵³³ UOKiK, *Polityka konsumencka na lata 2014–2018*, UOKiK, Warszawa 2014, s. 42.

interesów konsumentów, jak i w roli pozytywnego bodźca dla zrównoważonego rozwoju działalności gospodarczej w określonej branży..

Z kolei w Raporcie Międzynarodowej Organizacji Komisji Papierów Wartościowych (*International Organization of Securities Commissions – IOSCO*) zatytułowanym *Model efektywnej samoregulacji* stwierdzono, że samoregulacja, która łączy w sobie prywatne interesy danej branży z nadzorem ze strony organów państwowych, stanowi efektywną i dostateczną formę regulacji złożonego, dynamicznego i podlegającego nieustannym zmianom sektora usług finansowych. Samoregulacja cechuje się bowiem większą elastycznością i pozwala szybciej reagować na pojawiające się na rynku problemy. IOSCO wskazuje przy tym cechy, które przyczyniają się do skuteczności samoregulacji, m.in. takie jak:

- głęboka, specjalistyczna wiedza na temat funkcjonowania danego rynku – organizacje opracowujące i wdrażające inicjatywy samoregulacyjne cechują się szeroką wiedzą w zakresie rynku, jego otoczenia oraz mechanizmów funkcjonowania, co umożliwia wdrożenie zasad dobrze zaadresowanych i ujmujących dany problem w sposób adekwatny, to zaś przekłada się na ich większą efektywność;
- motywacja branży – ideą samoregulacji jest wola przedstawicieli określonej branży do prowadzenia działalności z zachowaniem standardów etycznych zarówno w odniesieniu do swoich klientów, jak też konkurencji; dojrzałość branży w prowadzeniu biznesu przejawia się właśnie w skłonności do wdrażania określonych standardów działania oraz eliminowania tych obszarów, w których występują problemy lub nadużycia; ponadto samoregulacja poprawia reputację danej branży, co dodatkowo motywuje podmioty w niej działające do przestrzegania wypracowanych standardów;
- samoregulacja jest inicjatywą umowną – opiera się bowiem na swoistej umowie pomiędzy organizacją formułującą zasady dobrych praktyk a podmiotami, które zobowiązują się do ich przestrzegania; dzięki temu samoregulacja jest znacznie bardziej elastyczna i może być na bieżąco aktualizowana, podczas gdy zmiana zasad powszechnie obowiązującego prawa wymaga znacznie więcej czasu i jest bardziej skomplikowana;
- samoregulacja powinna być transparentna i odpowiedzialna – pod pojęciem transparentności należy rozumieć np. udostępnienie treści samoregulacji w internecie,

Str. 320

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

akcje informujące społeczeństwo o wdrożeniu samoregulacji czy szerokie konsultacje propozycji na etapie projektowania zbiorów dobrych praktyk; odpowiedzialność oznacza natomiast zapewnienie przestrzegania przyjętych standardów oraz wdrożenie mechanizmów zapewniających ocenę ich efektywności⁵³⁴.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że zgodnie z ustawą z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁵³⁵ nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk, stanowi nieuczciwą praktykę rynkową polegającą na wprowadzaniu w błąd. Stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej stanowi natomiast zgodnie z ustawą z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵³⁶ praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, która zagrożona jest sankcją w postaci kary w wysokości do 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

3. Samoregulacja sektora instytucji pożyczkowych – stan prac

Ewolucja sektora pozabankowych pożyczek konsumenckich, która dokonała się w ciągu ostatnich lat, sprawiła, że osiągnął on wysoki stopień dojrzałości. Znajduje to wyraz w inicjatywach podejmowanych przez działające na tym rynku podmioty, wspólnie z organizacjami je zrzeszającymi, mających na celu kształtowanie wysokich norm etycznych w działalności pożyczkowej w oparciu o działania samoregulacyjne.

W listopadzie 2018 r. Fundacja Rozwoju Rynku Finansowego (FRRF) wspólnie z Konferencją Przedsiębiorstw Finansowych w Polsce (KPF) zainicjowały działania zmierzające do wypracowania zasad dobrych praktyk wspólnych dla instytucji pożyczkowych reprezentowanych przez te organizacje. Inicjatywa ta ma charakter unikalny na rynku finansowym, ponieważ jej ideą nie jest wypracowanie tzw. dobrych praktyk organizacyjnych, lecz stworzenie zasad, które staną się benchmarkiem dla całej branży instytucji pożyczkowych. Podmioty zrzeszone w KPF i FRRF

⁵³⁴ Por. IOSCO, *Model for Effective Regulation*, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD110.pdf>.

⁵³⁵ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070).

⁵³⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369).

odpowiadają za ponad 60% rynku – według danych ze sprawozdania Rzecznika Finansowego za 2018 r. – oraz za ponad 70% przychodów rynku – według danych ze sprawozdań finansowych instytucji pożyczkowych wpisanych do rejestru instytucji pożyczkowych za 2017 r., dostępnych w Krajowym Rejestrze Sądowym. Wobec powyższego należy oczekiwać, że wdrożenie wspólnych zasad dobrych praktyk spowoduje, że większość rynku pozabankowych pożyczek konsumenckich zostanie poddana samoregulacji.

Intencją FRRF i KPF jest, aby opracowane zasady dobrych praktyk w sposób precyzyjny opisywały zasady postępowania w określonych obszarach. Często pojawiającymi się zarzutami wobec inicjatyw samoregulacyjnych są ich nadmierna ogólnikowość i brak konkretnych rozwiązań zidentyfikowanych problemów. Wołą FRRF i KPF jest, aby zasady dobrych praktyk dla instytucji pożyczkowych stanowiły quasi-regulację opisującą mechanizmy postępowania, sformułowaną w sposób możliwie jednoznaczny i niepozostawiający swobody interpretacyjnej.

Zdając sobie sprawę z faktu, że wypracowanie kompleksowych zasad dobrych praktyk dla instytucji pożyczkowych, obejmujących różne obszary ich działalności, będzie zadaniem czasochłonnym oraz że na rynku funkcjonują pewne praktyki, które budzą wątpliwości, podjęto decyzję o wypracowaniu, w pierwszej kolejności, zasad dobrych praktyk w pięciu obszarach – kluczowych z punktu widzenia bieżącego funkcjonowania rynku:

- 1) obchodzenie przepisów ustawy o kredycie konsumenckim ograniczających możliwość rolowania pożyczek;
- 2) kwestie oceny zdolności kredytowej i zapobieganie przekredytowaniu konsumentów;
- 3) opłaty pobierane od konsumentów przez pośredników kredytowych;
- 4) wyposażenie kapitałowe instytucji pożyczkowych;
- 5) adekwatność zabezpieczeń pożyczek.

3.1. Obchodzenie przepisów ustawy o kredycie konsumenckim ograniczających możliwość rolowania pożyczek

Intencją tej samoregulacji jest uszczelnienie zapisów zawartych w art. 36c u.k.k., tak aby uniemożliwić lub znacząco utrudnić tworzenie struktur organizacyjno-prawnych w celu obejścia tego przepisu. Obchodzenie przepisów art. 36c u.k.k. jest bowiem sprzeczne z intencją ustawodawcy i przede wszystkim wywołuje negatywne skutki dla klientów poprzez gwałtowne

Str. 322

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

zwiększenie kosztów kredytu. Intencją ustawodawcy, wyrażoną w uzasadnieniu do ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw było bowiem ograniczenie możliwości rolowania pożyczek. Jak wskazał ustawodawca: „Praktyki stosowane aktualnie przez niektórych przedsiębiorców polegają na udzielaniu konsumentom pożyczek na krótkie okresy (tzw. chwilówki), z wymaganą w krótkim okresie całkowitą jednorazową spłatą pożyczki wraz z jej kosztami. W konsekwencji konsument staje przed koniecznością przedłużenia, po upływie kilkunastu lub kilkudziesięciu dni, spłaty pożyczki na kolejny okres, aby podołać obsłudze obciążenia. Za możliwość przedłużenia spłaty pożyczki na kolejny okres konsument jest zobowiązany ponieść dodatkowy koszt. Proponuje się, aby w przypadku prolongaty spłaty kredytu na kolejne okresy spłaty w okresie 120 dni od dnia wypłaty kredytu całkowitą kwotę kredytu stanowiła kwota pierwszej wypłaty, natomiast do całkowitego kosztu kredytu z wyłączeniem odsetek wliczane będą wszystkie koszty, w tym również opłaty związane z wydłużeniem okresu kredytowania, które kredytobiorca jest zobowiązany ponieść w związku z obsługą umowy kredytu, naliczone w stosunku do całkowitej kwoty kredytu i pobrane w okresie 120 dni od dnia wypłaty kredytu. Dodatkowo przewiduje się, aby w przypadku udzielenia przez kredytodawcę danemu konsumentowi kolejnych kredytów w okresie 120 dni od dnia wypłaty pierwszego kredytu, jednakże wyłącznie w sytuacji, w której konsument nie dokonał pełnej spłaty pierwszego kredytu, całkowitą kwotę kredytu stanowiła całkowita kwota pierwszego kredytu, natomiast całkowity koszt kredytu z wyłączeniem odsetek będzie stanowił sumę całkowitych kosztów wszystkich kredytów udzielonych w tym okresie”⁵³⁷.

Ustawodawca nie przewidział jednakże w zaprojektowanych przepisach sytuacji, w której przedłużenie terminu spłaty pożyczki nie będzie realizowane przez ten sam podmiot, który pożyczki udzielił, lecz przez podmiot z nim powiązany, będący jednak z prawnego punktu widzenia innym kredytodawcą. Wobec powyższego rozwinął się inny model rolowania, zwany refinansowaniem, w którym jeden podmiot udziela pierwotnej pożyczki, a następnie podmiot powiązany ją refinansuje. Kredytobiorca nie spłaca kwoty kapitału, płaci jedynie opłatę z tytułu

⁵³⁷ *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw*, druk Sejmu VII kadencji nr 3460.

refinansowania. W przypadku chęci dalszego przedłużenia terminu spłaty pożyczka jest ponownie refinansowana przez podmiot, który udzielił jej na początku.

W ocenie FRRF i KPF można temu zjawisku przeciwdziałać poprzez doprecyzowanie, że przepis art. 36c u.k.k. ma zastosowanie również do podmiotów powiązanych. W celu zdefiniowania podmiotu powiązanego autorzy propozycji przyjęli za punkt wyjścia definicję podmiotów powiązanych zawartą w art. 11a ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych⁵³⁸. W analogiczny sposób zaadaptowano dla potrzeb niniejszego projektu definicję wywierania znaczącego wpływu oraz posiadania pośrednio prawa udziału lub prawa.

W ocenie KPF i FRRF tak skonstruowana definicja będzie spójna z terminologią stosowaną w przepisach powszechnie obowiązującego prawa oraz łatwa do interpretacji zarówno dla podmiotów, które będą stosować tę zasadę, jak też dla organów państwowych.

3.2. Kwestie oceny zdolności kredytowej i zapobieganie przekredytowaniu konsumentów

Obowiązek dokonania przez kredytodawcę kredytu konsumenckiego oceny zdolności kredytowej konsumenta przed udzieleniem kredytu wynika z przepisów art. 9 u.k.k. Ustawa nie przewiduje jednak szczegółowych zasad oceniania zdolności kredytowej. Zgodnie z ustawą kredytodawca powinien dokonać oceny zdolności kredytowej na podstawie wystarczających informacji przedstawionych przez konsumenta lub na podstawie informacji pozyskanych z wewnętrznych lub zewnętrznych baz danych. Ustawa pozostawia zatem w tym zakresie swobodę decyzyjną kredytodawcom.

W projekcie zasad dobrych praktyk zaproponowano, aby w ramach procesu oceny zdolności kredytowej kredytodawca zobowiązany był do pozyskania wiarygodnych, kompletnych i aktualnych danych na temat sytuacji finansowej i całkowitego zadłużenia klienta. Jeżeli kredytodawca jest w stanie informacje te pozyskać od klienta lub posiada je w wewnętrznej bazie danych (np. ma do czynienia ze stałym klientem), może dokonać oceny zdolności kredytowej bez przeprowadzenia weryfikacji klienta z wykorzystaniem zewnętrznych baz danych. Jeżeli natomiast na podstawie posiadanych informacji wewnętrznych instytucja pożyczkowa nie jest w stanie w

⁵³⁸ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 865).
Str. 324

sposób wiarygodny ocenić zdolności kredytowej konsumenta, powinna dokonać weryfikacji informacji o konsumencie, korzystając z przynajmniej jednej ze wskazanych w regulacji zewnętrznych baz danych.

W przypadku kredytów, których całkowita kwota przekracza 15 tys. zł, instytucja pożyczkowa każdorazowo powinna potwierdzić dochody konsumenta wskazane w jego oświadczeniu o dochodach, a także zweryfikować stan jego zadłużenia w jednej z zewnętrznych baz wymiany informacji.

Regulacja wskazuje ponadto, jakie elementy powinny być obligatoryjnie uwzględniane przez kredytodawcę przy dokonywaniu oceny zdolności kredytowej konsumenta oraz wymaga opracowania i wdrożenia w każdej instytucji pożyczkowej polityki kredytowej, która powinna określać zasady, jakimi instytucja pożyczkowa będzie się kierować przy akceptacji wniosków kredytowych, w tym m.in. ustanawiać wewnętrzne limity zapobiegające nadmiernemu zadłużaniu konsumentów, a także opisywać procedury restrukturyzacji zobowiązań w przypadku konsumentów mających problemy ze spłatą.

3.3. Opłaty pobierane od konsumentów przez pośredników kredytowych

Nieetyczne praktyki pośredników kredytowych, którzy obciążają konsumentów dodatkowymi opłatami – najczęściej tzw. opłatami za doradztwo – stanowią coraz istotniejszy problem na rynku kredytów i pożyczek konsumenckich i wpływają na pogorszenie wizerunku instytucji pożyczkowych, ponieważ przeciętny konsument na ogół nie odróżnia pożyczkodawcy od pośrednika kredytowego. Tymczasem instytucje pożyczkowe najczęściej nie posiadają informacji o tym, że konsument został przez pośrednika kredytowego obciążony dodatkowymi kosztami.

W projekcie regulacji zaproponowano zatem, aby instytucje pożyczkowe w umowach zawieranych z pośrednikami finansowymi zastrzegały albo zakaz obciążania konsumentów jakimikolwiek dodatkowymi opłatami, albo wymóg informowania kredytodawcy o fakcie pobrania i o wysokości takiej opłaty. W celu uniknięcia wątpliwości, czy regulacja obejmie tzw. opłaty za doradztwo, które wykraczają poza czynności pośrednictwa kredytowego i są aktualnie przez pośredników kredytowych przedstawiane jako czynności dodatkowe, niepozostające w związku z czynnościami pośrednictwa kredytowego, regulacja precyzuje, że pośrednik ma obowiązek przekazywania kredytodawcy również takich informacji.

Str. 325

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

3.4. Wyposażenie kapitałowe instytucji pożyczkowych

Ustawa o kredycie konsumenckim wymaga, aby minimalny kapitał zakładowy instytucji pożyczkowej wynosił 200 tys. zł. Praktyka funkcjonowania branży pożyczkowej pokazuje jednak, że aby podmiot mógł prowadzić działalność pożyczkową w sposób w pełni profesjonalny, powinien posiadać kapitał zakładowy na poziomie co najmniej 1 mln zł. Zdecydowano się zatem zobowiązać sygnatariuszy zasad dobrych praktyk do podwyższenia kapitału zakładowego docelowo do poziomu 1 mln zł. Mając jednak na uwadze, że część podmiotów mogłaby mieć trudności z natychmiastowym podwyższeniem kapitałów, zaproponowano stopniowe dochodzenie do postulowanej wysokości kwoty 1 mln zł. Intencją zwiększenia wymogów kapitałowych w stosunku do obecnego rozwiązania jest większa profesjonalizacja działania instytucji pożyczkowych.

3.5. Adekwatność zabezpieczeń pożyczek

Zgodnie z ustawą o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami instytucje pożyczkowe nie mogą udzielać kredytów zabezpieczonych hipoteką ani innym prawem ustanowionym na nieruchomości. Udzielanie tego rodzaju kredytów pomimo zakazu ustawowego zagrożone jest karą grzywny do 5 mln zł i karze pozbawienia wolności do lat 3.

Instytucje pożyczkowe mogą natomiast ustanawiać inne zabezpieczenia udzielanych kredytów. Wobec tego zaproponowano przyjęcie zasady, zgodnie z którą wartość zabezpieczenia kredytu nie powinna przekraczać dwukrotności całkowitej kwoty do zapłaty przez konsumenta, a sposób zabezpieczenia nie powinien być niezasadny względem całkowitej kwoty do zapłaty.

4. Zakończenie

W dniu 18 kwietnia 2019 r. Fundacja Rozwoju Rynku Finansowego oraz Konferencja Przedsiębiorstw Finansowych przekazały do najważniejszych interesariuszy rynku pozabankowych pożyczek konsumenckich projekt zasad dobrych praktyk regulujących wskazane obszary w celu zgłoszenia uwag i przekazania stanowisk. Intencją obu organizacji jest bowiem wypracowanie zasad, które będą uwzględniać nie tylko punkt widzenia przedstawicieli branży instytucji pożyczkowych, lecz także organów nadzorujących rynek, ustawodawcy, organów reprezentujących interesy konsumentów, organizacji pozarządowych itd.

Po uzyskaniu stanowisk interesariuszy obie organizacje dokonają ich przeglądu po czym odpowiednio dostosują treść zasad dobrych praktyk, tak by uwzględniły one w jak najszerszym stopniu postulowane wnioski i zgłoszone spostrzeżenia. Finalny projekt zostanie wdrożony do stosowania przez podmioty reprezentowane przez KPF i FRRF.

Zdając sobie sprawę z faktu, że samoregulacja nie oznacza wyłącznie opracowania i wdrożenia zbiorów dobrych praktyk, ale również stworzenie mechanizmów weryfikacji stosowania tych zasad w praktyce, a także sankcji w przypadku nieprzestrzegania przyjętych zasad, w kolejnym kroku KPF i FRRF zamierzają pracować nad wdrożeniem wspólnych mechanizmów monitorowania, pozwalających stwierdzić, czy podmioty przez nie reprezentowane stosują zasady dobrych praktyk. Organizacje te zamierzają ponadto rozpocząć prace nad opracowaniem kompleksowego zestawu zasad, obejmującego wszystkie etapy działalności instytucji pożyczkowych.

Intencją obu organizacji jest ujednoczenie praktyk działania instytucji pożyczkowych z zachowaniem najwyższych standardów etycznych oraz zachęcenie również tych podmiotów, które nie są członkami lub partnerami żadnej z organizacji, do wdrażania zasad dobrych praktyk.

Samoregulacja i kodeksy dobrych praktyk.

Doświadczenia i osiągnięcia

Katarzyna Dmowska, członek Zarządu Spółdzielni ANG

Doradca finansowy to zawód zaufania publicznego, osoby go wykonujące w szczególności służyć innym grupom społecznym. Pomiędzy klientem a doradcą finansowym musi istnieć specyficzna więź oparta na zaufaniu, a wykonujący zawód doradcy finansowego podlegają obowiązkowi przestrzegania tajemnicy zawodowej. Generalnie w zawodach zaufania publicznego oczekuje się od pracowników nienagannej postawy moralnej i etycznej, a także wysokiego poziomu jakości świadczonych usług⁵³⁹. Z uwagi na genezę i funkcję banków i towarzystw ubezpieczeniowych taki też powinien być zawód doradcy finansowego. Tymczasem, jak pokazuje badanie przeprowadzone przez butik badawczy Maison&Partners na zlecenie ANG Spółdzielni w 2016 r., zaufanie do banków zadeklarowało 49% badanych Polek i Polaków, do doradców finansowych – 26%, a do firm pożyczkowych – 10%. Tylko 44% badanych zgodziło się ze stwierdzeniem, że banki dbają o dobro swoich klientów. Jeszcze gorzej wypadły odpowiedzi na pytanie o to, jakie instytucje respondenci traktują jako instytucje zaufania publicznego. Tylko 12% badanych odpowiedziało, że do tej kategorii zaliczają się banki, a jedynie 5% wskazało na doradców finansowych. Badanie pokazało też, że prawie 40% respondentów oczekuje od liderów instytucji finansowych kompetencji moralnych, czyli po prostu spodziewa się, że przedstawiciele instytucji finansowych będą porządnymi ludźmi⁵⁴⁰.

Spółczeństwo nie ufa instytucjom finansowym, ale jednocześnie klienci tych instytucji nie mają wystarczającej wiedzy finansowej. Jak pokazało badanie wykonane przez tę samą firmę badawczą na zlecenie ANG Spółdzielni w 2017 r., 47% badanych nie rozumie lub raczej nie rozumie umów zawieranych z bankami i towarzystwami ubezpieczeniowymi. Jedynie 33% respondentów uważnie czyta całe umowy, podczas gdy 65% badanych nie ma świadomości, że w ogóle lub w

⁵³⁹ B. Bajcar *et al.*, *Satysfakcja z pracy w zawodach z misją społeczną*, GWP, Gdańsk 2011.

jakich sytuacjach towarzystwo ubezpieczeniowe może odmówić wypłaty odszkodowania. Jedna czwarta klientów stwierdziła, że zdarzyło się jej kupić produkt finansowy, do którego dołączony był płatny produkt, o którym nie wiedziała. Prawie jednej trzeciej badanych osób zdarzyło się kupić produkt oszczędnościowy lub inwestycyjny (lokatę, obligację, polisę), który zgodnie z ofertą miał być zyskowny, a przyniósł im straty. Aż 59% biorących udział w badaniu stwierdziło, że w momencie podejmowania decyzji o założeniu lokaty nie wiedziało, kiedy będzie możliwe wycofanie środków bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Z tych właśnie powodów branża finansowa winna być instytucją zaufania publicznego w pełnym tych słów znaczeniu. Powinna tworzyć produkty proste i łatwe do zrozumienia. Umowy oferowane klientom powinny być przejrzyste – bez tzw. gwiazdek i zdań zapisanych drobnym drukiem. Można powiedzieć nawet więcej: klient powinien móc bez obaw podpisać umowę bez czytania czy też nawet pełnego zrozumienia jej zapisów, mając jednocześnie przekonanie, że ten, kto mu ten produkt sprzedał, zadbał o to, aby ów produkt był dopasowany do potrzeb i możliwości nabywcy. Słowem, klient musi być przekonany, że nie ma do czynienia z missellingiem. ANG Spółdzielnia definiuje swoje cele w następujący sposób: „Dostarczać klientom usługi, których potrzebują, które rozumieją, na które ich stać i za godziwą cenę”. Złamanie jednej z tych reguł oznacza praktykę missellingu. Dlatego osoby zajmujące się zawodem doradcy finansowego powinny mieć poczucie misji, ukierunkowanej na niesienie pomocy, opiekę nad klientami i zaspokajanie ich potrzeb⁵⁴¹.

Branża finansowa ma szczególne znaczenie, ponieważ produkty przez nią oferowane bardzo silnie wpływają na życie ludzkie. Sprzedaż nieodpowiedniego produktu może doprowadzić do wielkich tragedii życiowych, np. do utraty środków potrzebnych na utrzymanie, a to może mieć daleko idące konsekwencje dla zdrowia i życia osoby, która nabyła nieodpowiedni produkt (może też wpłynąć negatywnie na los jej rodziny). Porównałabym siłę oddziaływania branży finansowej do wpływu, jaki na nasze życie mają lekarze i firmy farmaceutyczne. Tymczasem można niestety odnieść wrażenie, że obecnie produkty finansowe – które w swojej istocie powinny zapewniać bezpieczeństwo, dawać ochronę i przynosić zyski ich nabywcom – przynoszą jedynie lub przede wszystkim zyski instytucjom tworzącym te produkty i doradcom je oferującym.

⁵⁴⁰ <https://nienieodpowiedzialni.pl/prezentacja-wynikow-badan-o-zaufaniu/>.

⁵⁴¹ *ibidem*.

Część doradców finansowych pracuje, zapominając o misyjnym charakterze swojego zawodu. Mają oni tylko jeden cel, a jest nim zarobienie pieniędzy. Klient jest dla nich środkiem do osiągnięcia tego celu, a wybierając produkt dla klienta, kierują się tylko własnym zyskiem. Nie troszczą się o to, czy oferowany produkt spełni oczekiwania nabywcy i zapewni mu bezpieczeństwo finansowe. Nie analizują produktów pod kątem potrzeb czy też możliwości klientów. Część doradców być może nawet nie rozumie tych potrzeb i możliwości albo nie dba o ich zrozumienie. Ważna jest wysokość prowizji należnej z tytułu sprzedaży oraz realizacja planów sprzedażowych.

Każdy przypadek sprzedaży lub dodatkowej sprzedaży (zwanej slangowo *crossell*) klientom produktu niedopasowanego do ich potrzeb podpada pod zjawisko *missellingu*. Dobry doradca finansowy powinien uświadomić nabywcom, jakie wartości płyną z posiadania konkretnego produktu, ale również (a nawet przede wszystkim) powinnie naświetlić ryzyka z tym produktem związane. Znane są przypadki sprzedawania produktów regularnego oszczędzania z bardzo wysoką składką jako lokat. W takiej sytuacji klient wpłacał środki na konto, uznając, że ulokował oszczędności np. na rok, po czym po upływie tego czasu okazywało się, że *de facto* zadeklarował on wpłatę takiej kwoty co roku przez okres 5, a nawet 10 lat. Co gorsza, odstąpienie od umowy skutkowało utratą większości zainwestowanych w ten sposób środków. Innym przykładem może być sprzedawanie razem z kredytem hipotecznym zupełnie niepotrzebnych, niedopasowanych produktów, typu ubezpieczenie od utraty pracy dla emeryta. Kolejny przykład *missellingu* to sprzedaż kredytu konsolidacyjnego, którego istotą jest zebranie wszystkich zobowiązań klienta w jednym kredycie, co powinno skutkować jedną niższą ratą, przy jednoczesnym dołożeniu opłat okołokredytowych, które znacznie zwiększają zobowiązania klienta, a tym samym obciążenie jego miesięcznego budżetu. Takich przykładów można by przytoczyć wiele, jednak nie każda sprzedaż produktu dołączonego do produktu podstawowego stanowi *misselling*. Istnieją produkty, takie jak przykładowo długoterminowy kredyt hipoteczny, które wymagają zabezpieczenia interesów klientów poprzez np. ubezpieczenie kredytowanej nieruchomości lub też życia kredytodawców. To ubezpieczenie musi jednak zaspokajać potrzeby klientów, a nie tylko zabezpieczać interes instytucji kredytującej, a z takimi praktykami spotykamy się bardzo często.

Szczęśliwie nie cała branża finansowa jest skrajnie nieodpowiedzialna i zła. Na rynku jest bardzo wielu pracowników instytucji finansowych, doradców i ekspertów, którzy potrafią zadbać o interes swoich klientów i oferują im produkty, które spełniają ich oczekiwania oraz zabezpieczają ich interesy. Takie osoby cieszą się zaufaniem oraz mogą liczyć na rekomendacje. W ostatnim czasie obserwujemy wzrost poziomu zaufania do instytucji finansowych, co pokazują bieżące badania wizerunku i reputacji sektora bankowego przeprowadzone na zlecenie Związku Banków Polskich. Z badań tych wynika, że istotnej zmianie uległa proporcja pomiędzy krytykami i promotorami usług bankowych. Udział tych pierwszych zmalał z 25% do 14%, natomiast w przypadku promotorów – czyli osób wystawiających najwyższe oceny – zwiększył się z 31% do 39%. Co bardzo istotne, z badania wynika, że istnieje silna korelacja pomiędzy skłonnością do polecenia banku a oceną jego reputacji. Osoby określane jako promotorzy usług bankowych przeciętnie oceniały reputację na poziomie 62–66 punktów, podczas gdy oceny krytyków lokowały się w przedziale 14–35 punktów, przy średniej ocenie reputacji na poziomie 49 punktów. Ponadto wskaźnik zaufania do banków istotnie się poprawił. 72% Polaków, wśród których są zarówno korzystający (89%), jak i niekorzystający z usług bankowych (11%), deklaruje, że ma zaufanie do banków działających w Polsce⁵⁴².

Poprawa warunków, w jakich funkcjonuje branża finansowa, cieszy i jednocześnie zobowiązuje osoby w niej zatrudnione do bardziej wytężonej pracy nad sobą. Często przyczyną problemów firm finansowych jest apetyt jej przedstawicieli na wynagrodzenia. Czy oznacza to, że osoby, które postrzegają swoją pracę w kategoriach korzyści materialnych są z natury złe, a ich jedyne wartości, jaki się kierują, to zarabianie pieniędzy? Jestem przekonana, że nie. Wiele tych osób może być wrażliwymi ludźmi, dbającymi o dobro najbliższych, troszczącymi się o otoczenie czy środowisko naturalne. Jednak na co dzień w pracy osoby te obserwują zachowania kolegów i koleżanek. Skoro inni mogą postępować w określony sposób i całkiem dobrze im się wiedzie – myślą sobie – to dlaczego ja miałbym / miałabym działać inaczej? Ludzie podglądają zachowania innych, po czym postępują w podobny sposób. Uwydatnia się w tym miejscu bardzo silnie zasada

⁵⁴² <http://docplayer.pl/152525191-Wybrane-observacje-w-zakresie-oceny-reputacji-i-zaufania-do-bankow-w-polsce-w-2019-r-kantar-polska-dla-zwiazku-bankow-polskich-kwiecien-2019.html>.

wpływu społecznego. Mówi ona, że o tym, czy coś jest poprawne, czy też nie, decydujemy poprzez odwołanie się do tego, co na dany temat myślą inni ludzie. W szczególności zasada ta obowiązuje przy określaniu, jakie postępowanie jest właściwe. I tak, w danej sytuacji uważamy jakieś zachowanie za poprawne o tyle, o ile widzimy innych ludzi, którzy tak właśnie się zachowują. To jest bardzo wygodna postawa.

Zasada mówiąca o tym, że dane zachowanie jest poprawne, jeżeli inni również je przejawiają, zazwyczaj związana jest ze zdrowym rozsądkiem. Wychodzimy z założenia, że skoro wiele osób postępuje w określony sposób, to jest to zachowanie właściwe i rozsądne. Inaczej reguła ta nosi nazwę społecznego dowodu słuszności. Dzięki tej regule przy podejmowaniu decyzji o tym, jak należy postępować, możemy pójść wygodną drogą na skróty. Sprawia to jednak, że stajemy się podatni na manipulacje osób, które chcą tę regułę i nas samych wykorzystać⁵⁴³.

Często instytucje finansowe przekazują do sprzedaży swoim pracownikom produkty skomplikowane, trudne do zrozumienia i szkodliwe dla klientów, dla których nie są dopasowane. Konstruują swoje produkty, kierując się przede wszystkim własnym zyskiem, później zyskiem sprzedawcy, dopiero na końcu uwzględniając ewentualne korzyści klientów. Do tego dochodzą presje w postaci planów sprzedażowych i promowania sprzedaży produktów wysokomarżowych. Osoby pracujące z klientami, bezpośrednio oferujące im produkty, często nie analizują konstrukcji tych produktów lub jej nie rozumieją, ale wychodzą z założenia, że skoro instytucja finansowa przygotowała te produkty, to należy je oferować klientom. Mamy tu do czynienia z siłą i naciskiem autorytetu. Oddziaływanie tej siły najlepiej pokazują słynne badania amerykańskiego profesora psychologii Stanleya Milgrama.

Z reguły – jak wskazywał Milgram – uleganie dyktatowi autorytetów przynosi człowiekowi wiele praktycznych korzyści. Na początku naszego życia autorytety (rodzice, nauczyciele) wiedzą zwykle znacznie więcej niż my. Stosowanie się do ich życzeń jest więc korzystne – częściowo dlatego, że są to osoby mądrzejsze, częściowo zaś, że to pod ich kontrolą pozostają nagrody i kary. W dorosłym życiu obowiązują te same reguły, choć już kto inny stoi na pozycji autorytetu – pracodawcy, sędziowie, przywódcy polityczni. Ponieważ często wypowiadają się oni z perspektywy niedostępnej nam wiedzy, uleganie prawomocnym autorytetom jest całkiem sensowne. I to na

tyle, że ulegamy ich sile także wtedy, gdy żadnego sensu w tym nie ma⁵⁴⁴ lub gdy doprowadza nas to do zachowań niezgodnych z wyznawanymi wartościami czy własnymi przekonaniem.

Dodatkowo dochodzi aspekt stresu. Podstawową przyczyną stresu jest to, że wymagania stojące przed człowiekiem są na granicy jego możliwości albo nawet są niemożliwe do spełnienia. Innymi słowy, istotę stresu stanowi niezrównoważenie wymagań i możliwości⁵⁴⁵. Osoby wykonujące zawód doradcy finansowego stoją przed dylematem, czyje oczekiwania spełnić: klientów, którzy spodziewają się odpowiedzialnej sprzedaży, czy też instytucji finansowej, na rzecz której pracują i której produkty sprzedają.

W tym miejscu nasuwa się wniosek, iż odpowiedzialność za nieodpowiednie postawy pracowników branży finansowej spada przede wszystkim na autorytety, jako że przykład płynie z góry, do tego dochodzi komponent behawioralny. Pracownicy instytucji finansowych realizują swoje zadania często wbrew własnym przekonaniom i wyznawanym wartościom, tracąc się w dążeniach do zrealizowania planów sprzedażowych i motywuje ich strach przed utratą źródła przychodów. Misja społeczna zawodu zupełnie zanika.

Aby odzyskać zaufanie klientów, konieczna jest zmiana myślenia u osób zarządzających instytucjami finansowymi. Od tego branża powinna zacząć. Chodzi o to, aby pracownicy mogli czuć satysfakcję z pracy w pełnym tego słowa znaczeniu. Zgodność wartości jest kluczem do pojawienia się m.in. uczucia zadowolenia z wykonywanej pracy czy mocniejszego zaangażowania w pracę i organizację. Oznacza to związek wartości z dobrostanem pracownika⁵⁴⁶.

Aby zawód doradcy finansowego powrócił zatem do korzeni i stał się zawodem zaufania publicznego, przedstawicielki i przedstawiciele tego zawodu muszą mieć dobry przykład z góry oraz otrzymywać do dyspozycji proste i wartościowe produkty. Nadto winni mieć poczucie satysfakcji i sensu wykonywanej pracy, a przede wszystkim warunki do odgrywania swojej ważnej roli społecznej.

Instytucją, która obok swojej podstawowej działalności przyjęła za cel zmianę branży finansowej, jest ANG Spółdzielnia. Jest to organizacja powstała w 2010 r. jako ogólnopolski

⁵⁴³ R. Cialdini, *Wywieranie wpływu na innych. Teoria i praktyka*, GWP, Gdańsk 2016.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ I. Heszen, *Psychologia stresu*, PWN, Warszawa 2013.

⁵⁴⁶ A. Czerw, *Psychologiczny model dobrostanu w pracy. Wartość i sens pracy*, PWN, Warszawa 2017.

pośrednik finansowy, który ma zgromadzić doświadczonych doradców i stworzyć im komfortowe środowisko pracy, dostarczając wiedzę, wsparcie merytoryczne, narzędzia pracy, rzetelne i uczciwe rozliczenia oraz gwarantując poczucie przynależności do grupy. Jest to organizacja stworzona dla profesjonalistów branży finansowej, których celem jest oferowanie klientom tylko tych produktów, których ci potrzebują, na które ich stać i za godziwą cenę. „Dostarczać ludziom usługi finansowe, których potrzebują, które rozumieją, za godziwą cenę i na które ich stać” to misja ANG Spółdzielni. Spółdzielnia stworzyła procedury i wdrożyła wartości, które te warunki określają, i przyjmuje jako swoich członków tylko tych doradców, którzy te wartości akceptują i pragną stosować w życiu zawodowym.

Wśród tych procedur najważniejszymi dokumentami są *Ład Spółdzielni* oraz *Kodeks Etyczny*⁵⁴⁷. Jeden z 13 rozdziałów *Ładu* nosi tytuł *Standardy pracy ekspertów kredytowych*. Bardzo szczegółowo opisuje on proces oferowania produktów oraz obsługi klienta. Już pierwsze zdanie mówi o tym, że: „Ekspert ANG dokłada należytej staranności przy wykonywaniu swoich obowiązków oraz kieruje się uczciwością, zarówno w stosunku do klienta poprzez prezentowanie mu najkorzystniejszych i najbardziej optymalnych produktów finansowych, jak i w stosunku do instytucji finansowych poprzez rzetelne przygotowanie wniosku i dokumentacji, a także rzetelne przekazanie informacji pozyskanych podczas pracy z klientem”.

Zgodnie ze *Standardami Pracy w ANG* każdy ekspert ma obowiązek:

- zrozumiale przedstawić klientowi proponowane oferty z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych z uzyskaniem finansowania;
- wyszczególnić w ofercie wszystkie koszty związane z produktem oraz koszt ewentualnych dodatkowych produktów;
- przedstawić ofertę klientowi w sposób czytelny i zrozumiały, używając zrozumiałego słownictwa, ograniczając do minimum żargon bankowy i prawniczy;
- wytłumaczyć klientowi wszystkie pojęcia pojawiające się w ofercie;
- przedstawić, o ile jest to możliwe, co najmniej trzy oferty w sposób jednolity i porównywalny, argumentując swój wybór;

⁵⁴⁷ http://www.angkredyty.pl/upload/files/Kodeks%20etyczny%20ANG_final.pdf.

- pomóc klientowi podczas kompletowania dokumentacji dla instytucji finansowej.

W Ładzie Spółdzielniowym oprócz dokładnych instrukcji, jak rozmawiać z klientem, kluczowe jest stwierdzenie: „Ekspert ANG podchodzi indywidualnie do każdego klienta; każdy klient ma inną sytuację finansową oraz prawną i każdy potrzebuje innego rozwiązania”.

W Kodeksie Etycznym ANG Spółdzielni pierwszy punkt mówi o tym, że eksperci stosują zasady odpowiedzialnej sprzedaży. Doradcy współpracujący ze Spółdzielnią, pomimo że są wynagradzani tylko z tytułu prowizji, dbają o swoich klientów, ponieważ napływ klientów jest głównie efektem rekomendacji i poleceń. Dla doradców oczywiste jest, że źle potraktowany klient wcześniej czy później uświadomi sobie ten fakt i nie poleci doradcy swoim znajomym, a wręcz ich przestrzeże. Rozumieją, że trwałość ich biznesu jest zależna od relacji z klientami, partnerami biznesowymi i otoczeniem.

Ponieważ część banków umożliwia pośrednikom manewrowanie wysokością prowizji płaconej przez klientów, a prowizja pośrednika w tych sytuacjach jest zależna od prowizji pobranej od klientów, dodatkowo ANG Spółdzielnia wdrożyła regulacje oparte na rekomendacjach Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority – EBA*), ograniczające widełki prowizji pobieranej od klientów przez ekspertów ANG.

Oprócz tego ANG Spółdzielnia analizuje sprzedaż pod kątem „kaloryczności” produktów sprzedawanych przez ekspertów. Reaguje w sytuacji, gdy ekspert sprzedaje produkty ze zbyt wysokimi prowizjami, upomina, a nawet rozstaje się z ekspertami niestosującymi się do zasad przyjętych przez Spółdzielnię. ANG Spółdzielnia weryfikuje produkty udostępniane do sprzedaży swoim współpracownikom i eliminuje z oferty te najbardziej szkodliwe. ANG Spółdzielnia nie współpracuje ze wszystkimi, którzy przyjdą z ofertą współpracy. Potrafi odmówić pomimo bardzo intratnych wynagrodzeń, jeżeli uzna produkt na szkodliwy społecznie. W swojej historii ma także przypadek wypowiedzenia umowy jednemu z partnerów finansowych, a bilans tej decyzji przyniósł blisko 400 tys. zł straty.

W 2013 r. ANG Spółdzielnia powołała do życia projekt *Nienieodpowiedzialni*, którego celem jest właśnie dialog środowiskowy na temat zmiany postaw branży finansowej, a także dyskusja o tym, w jakim kierunku zmiany te powinny zmierzać, by ta część rynku stała się branżą zaufania publicznego. W ramach projektu prezentowane są przykłady tego, jaką krzywdę można wyrządzić ludziom poprzez nieodpowiedzialne zachowania finansowe, i jednocześnie przykłady biznesów zyskownych, a przy tym

odpowiedzialnych. Obecnie projekt skierowany jest już nie tylko do branży finansowej, ale także do innych obszarów biznesu. Do projektu zapraszani są ludzie biznesu, nauki, a nawet polityki, dzięki czemu możliwa jest dyskusja nad naszymi problemami z perspektywy różnych profesji. Projekt *Nienieodpowiedzialni* zwiększa zasięg i skłania coraz większą liczbę osób do myślenia o odpowiedzialnym prowadzeniu biznesu. Projekt ten jest próbą wpłynięcia na zachowania poprzez wykorzystanie zasady dowodu społecznego oraz siły autorytetów.

W ANG Spółdzielni działają też Rzecznik Etyki oraz Komisja Etyki, której skład jest wybierany co roku przez Walne Zgromadzenie Członków ANG Spółdzielni. Komisja monitoruje przestrzeganie przyjętych norm etycznych i analizuje zgłoszenia dotyczące ich łamania.

W roku 2017 r. ANG Spółdzielnia została po raz trzeci z rzędu wyróżniona w konkursie organizowanym przez dziennik „Puls Biznesu” i PwC, otrzymując tytuł SuperEtycznej Firmy. ANG Spółdzielnia od 2012 r. jest aktywnym członkiem Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych (KPF). Oprócz własnych regulacji przyjęliśmy także *Zasady Dobrych Praktyk KPF*⁵⁴⁸, w procesie tworzenia którego uczestniczyliśmy. Co roku ANG Spółdzielnia przechodzi z pozytywnym wynikiem audyt etyczny (od pierwszego badania w 2013 r.). Audyt sprawdza, czy Spółdzielnia jest firmą realizującą zobowiązania wynikające z *Zasad Dobrych Praktyk KPF*. Przedstawiciel Spółdzielni jest również członkiem Komisji Etyki KPF.

Oczywiście, my jako członkowie Spółdzielni pracujemy dla pieniędzy, bo bez nich nie da się żyć. Jesteśmy też odpowiedzialni finansowo za siebie, utrzymujemy rodziny. Chcemy także realizować swoje pasje, do czego potrzebne są zdrowe finanse, ale zarabiamy w sposób etyczny. Po prostu ANG Spółdzielnia jest przykładem tego, że można zarabiać, zachowując odpowiedzialność społeczną oraz właściwą postawę moralną.

Szczęśliwie nie cała branża finansowa jest skrajnie nieodpowiedzialna i zła. Jest też wielu doradców i ekspertów w prawdziwym tego słowa znaczeniu, którzy dbają o interes klientów. W ostatnich latach możemy zaobserwować tendencję do zmiany zachowań, coraz więcej mówi się o tym, że instytucje finansowe przykładają wagę do etyki i odpowiedzialności zarówno przy projektowaniu produktów finansowych, jak i podczas ich oferowania.

⁵⁴⁸ <https://kpf.pl/etyka/zasady-dobrych-praktyk/>.

Model samoregulacji branżowych w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych i efektywność jego oddziaływania na uczestników rynku

Andrzej Roter, prezes Zarządu Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych

dr Dominik Stanny, Rzecznik Etyki Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych; Akademia Leona Koźmińskiego, Katedra Przedsiębiorczości i Etyki w Biznesie

1. Wprowadzenie – kontekst

W 2010 r. Komitet Polityki Konsumenckiej (*Committee on Consumer Policy*) OECD opublikował dokument *Consumer Policy Toolkit*, w którym rekomenduje wykorzystanie samoregulacji branżowej jako jedną z odpowiedzi na problemy konsumentów związane z ich aktywnością w życiu gospodarczym. Na rynku finansowym w Polsce funkcjonuje szereg samoregulacji mających na celu ochronę konsumentów. Do jednej z najistotniejszych, nie tylko ze względu na fakt, że obejmuje wiele branż wrażliwych (w tym m.in. windykację i kredyt gotówkowy), ale przede wszystkim z uwagi na całościowość (kompletność) rozwiązań, należy program etyczny Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych (KPF). Program ten zawiera wszystkie elementy samoregulacji, a więc kodeks etyki wraz z instytucjami odpowiedzialnymi za monitorowanie i egzekwowanie jego stosowania oraz system zgłaszania naruszeń. Z tego powodu samoregulacja firm członkowskich KPF wydaje się być potencjalnie obiecującym rozwiązaniem, w kontekście którego warto postawić sobie pytanie, jaki jest jego praktyczny wpływ na praktyki biznesowe na rynku. Aby uzyskać odpowiedzi, w tekście zostanie przeprowadzona analiza dwóch zagadnień: 1) jak skonstruowany jest model samoregulacji branżowych funkcjonujący w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych oraz 2) jakie jest jego oddziaływanie na uczestników rynku (tj. firmy członkowskie oraz konsumentów).

2. Model samoregulacji branżowych w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych

Program etyczny KPF to wyjątkowe rozwiązanie na rynku polskim, ponieważ ta organizacja pracodawców skupia wiele podmiotów zajmujących się różnego rodzaju działalnością gospodarczą w szeroko pojętym sektorze finansowym. Należy tu wymienić przede wszystkim: udzielanie pożyczek, windykację i obrót wierzytelnościami, pośrednictwo finansowe, działalność bankową, działalność biur informacji gospodarczej, działalność ubezpieczeniową oraz odwróconej hipoteki w modelu sprzedażowym. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich tych form działalności jest szeroko rozumiany kredyt i produkty oraz usługi z nim związane. Mimo skupienia wielu sektorów rynku usług finansowych program etyczny KPF stanowi spójny, całościowy i efektywnie funkcjonujący mechanizm samoregulacyjny, opierający się na trzech głównych filarach: a) kodeksie etyki (*Zasady Dobrych Praktyk* KPF); b) Komisji Etyki i Rzeczniku Etyki, tj. niezależnych organach odpowiedzialnych zarówno za monitorowanie zgodności praktyk biznesowych z zasadami zawartymi w *Zasadami Dobrych Praktyk* KPF, jak i za egzekwowanie stosowania tych praktyk; c) procedurach zgłaszania naruszeń i monitorowania stosowania kodeksu. Zręby systemu etycznego Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych powstały w 2005 r. przy udziale i z inspiracji prof. dr hab. Wojciecha Gasparskiego, założyciela i pierwszego dyrektora Centrum Etyki Biznesu (CEBI) – wspólnego przedsięwzięcia Akademii Leona Koźmińskiego oraz Instytutu Filozofii i Socjologii PAN.

2.1. Kodeks etyczny

Zasady Dobrych Praktyk (ZDP) jako kodeks etyki Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych odgrywają dwie podstawowe role: po pierwsze, doprecyzowują i wskazują konkretne rozwiązania w ramach obowiązujących w Polsce przepisów prawnych, a po drugie, w znacznej mierze mają charakter rozszerzający w stosunku do legislacji, a więc obostrzają wymagania wobec firm członkowskich KPF. *Zasady Dobrych Praktyk* składają się z siedmiu ksiąg, z czego pierwsza obejmuje zasady ogólne dotyczące wszystkich członków KPF, a pozostałe sześć prezentuje szczegółowe reguły prowadzenia poszczególnych rodzajów działalności (tj. sprzedaży produktów kredytu konsumenckiego, windykacji, biur informacji gospodarczej, funduszy hipotecznych oraz

pośrednictwa finansowego, internetowych giełd wiarytelności)⁵⁴⁹. Księga pierwsza opisuje podstawowe ideały i wartości etyczne istotne dla wszystkich przedsiębiorstw skupionych w KPF i stanowi niejako bardzo rozbudowaną preambułę całego dokumentu. Jeśli chodzi o podstawowe ideały i wartości, to należy podkreślić, że twórcy *Zasad Dobrych Praktyk* KPF jako naczelną przyjmują perspektywę ochrony konsumenta / klienta, co *explicite* znajduje wyraz przede wszystkim w treści paragrafu 3: „Przedsiębiorstwa finansowe deklarują, kierując się poszanowaniem interesów klienta i jego praw do ochrony, iż wszelka ich działalność gospodarcza, w szczególności związana z rynkiem finansów konsumenckich, zgodna jest z obowiązującymi przepisami prawa oraz przepisami wewnętrznymi KPF i dobrymi obyczajami kupieckimi”. W preambule ta prokonsumencka perspektywa jest przełożona na język kompetencji / predykatów, określających działania firm, np. uczciwość, ochrona informacji o klientach itp. Niemniej jednak należy zauważyć, że dominująca w *Zasadach Dobrych Praktyk* KPF perspektywa ochrony konsumenta jest uzupełniona o nieliczne zapisy dotyczące relacji wewnętrznych w firmie, uczciwej konkurencji czy relacji z kontrahentami. Księga pierwsza, obok charakterystyki tych ogólnych zasad, co niezwykle istotne z punktu widzenia zobowiązaniowego charakteru tego dokumentu, opisuje również zasady i procedury służące zapewnieniu stosowania kodeksu przez członków KPF. Procedury te są przedstawione ogólnie i skrótowo, szerzej opisywane są w wewnętrznych dokumentach KPF, przede wszystkim w *Regulaminie Komisji Etyki i Rzecznika Etyki*.

Księgi dotyczące pozostałych rodzajów działalności, w których zawarto szczegółowe regulacje branżowych kwestii, mają jednak pewien powtarzalny schemat, obejmujący przede wszystkim warunki komunikacji i informowania klienta, procedury reklamacji czy listę praktyk niedozwolonych i zakazanych. Na tle innych samoregulacji funkcjonujących na rynku finansowym w Polsce *Zasady Dobrych Praktyk* KPF wyróżniają się konkretnym, szczegółowym charakterem oraz długą listą praktyk niedozwolonych.

Warto podkreślić komplementarność obu tych perspektyw, to jest perspektywy ogólnej, wprost odwołującej się do takich zasad, jak uczciwość czy rzetelność, oraz perspektywy szczegółowej, określającej precyzyjnie pewne nakazane bądź zakazane praktyki. To powoduje, że w praktyce działania organów KPF odpowiedzialnych za egzekwowanie i monitorowanie

⁵⁴⁹ Stan na dzień 11 września 2019 r.

stosowania zasad zawartych w *ZDP* zdarzają się również orzeczenia wskazujące na naruszenie szeroko pojętej uczciwości i dobrych obyczajów, a nie tylko naruszenia szczegółowych zapisów *ZDP*. Warto dodać, że ta intuicja kierowania się właśnie wyczuciem etycznym i osądem moralnym, a nie wyłącznie literalnie odczytywanymi zasadami, jest istotna w pracy Komisji Etyki. Nie oznacza to jednak uznaniowości, nieliczącej się z realiami prowadzenia biznesu, ponieważ członkami Komisji Etyki są praktycy biznesu, reprezentujący większość sektorów rynku usług finansowych, skupionych w KPF, o czym będzie jeszcze mowa.

Dopełnieniem charakterystyki kodeksu etycznego, czyli *Zasad Dobrych Praktyk*, musi być opis sposobu, w jaki dokument ten powstaje. Tak jak w każdej samoregulacji, również w przypadku *Zasad Dobrych Praktyk* KPF za ustalenie treści kodeksu etycznego w pierwszej fazie jego tworzenia odpowiadają firmy członkowskie. Dokument podlega również procesowi aktualizacji, będącej odpowiedzią na bieżącą sytuację na rynku. Jej zmiana generuje nowe zjawiska i relacje, wymagające opisanie, by zachować wymóg kompletności i aktualności *ZDP*. Inicjatywę w sprawie aktualizacji *Zasad Dobrych Praktyk* posiadają zarówno Zarząd KPF, jak i poszczególne firmy członkowskie, spośród których powoływane są zespoły robocze ds. aktualizacji *ZDP*. Zespoły te mają charakter branżowy i pracują nad kształtem poszczególnych ksiąg. Efekty prac zespołów kierowane są do konsultacji wewnętrznych i zewnętrznych (m.in. do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Nadzoru Finansowego, Krajowej Rady Rzeczników Konsumentów, Ministerstwa Finansów, Ministerstwa Sprawiedliwości, Rzecznika Finansowego), by następnie – po przepracowaniu pierwotnej treści z uwzględnieniem uwag i rekomendacji interesariuszy wewnętrznych i zewnętrznych – podlegać przyjęciu podczas walnego zgromadzenia wszystkich członków KPF. Zatem samoregulacja KPF nosi cechę koregulacji, ponieważ treści zawarte w *Zasadach Dobrych Praktyk* są co do zasady konsultowane z instytucjami państwowymi, do których KPF kieruje każdorazowo zaproszenie do analizy i zaopiniowania przedłożonych propozycji.

2.2. Komisja Etyki i Rzecznik Etyki

Komisja Etyki i Rzecznik Etyki to organy statutowe niezależne od władz KPF (Zarządu i Rady Konferencji). Komisja Etyki to organ kadencyjny. Członkowie Komisji Etyki wybierani są przez Walne Zgromadzenie na 2 lata. Obecnie w skład tego organu wchodzi 11 osób, reprezentujących różne branże zrzeszone w KPF. Członkami Komisji najczęściej są osoby z wyższej kadry

Str. 340

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

menedżerskiej firm skupionych w KPF. W zakres kompetencji Komisji wchodzi przede wszystkim cztery zadania: 1) monitorowanie treści *Zasad Dobrych Praktyk*, tak by odpowiadały one na aktualne problemy rynkowe; 2) przeprowadzanie audytu etycznego u członków KPF, polegającego na ocenie zgodności procedur obowiązujących w przedsiębiorstwach (np. procedur komunikacji z klientem lub reklamacji) z regulacjami zawartymi w *Zasadami Dobrych Praktyk*; 3) rozpatrywanie skarg interesariuszy (w tym najczęściej konsumentów i rzeczników konsumentów) na firmy członkowskie i nakładanie na nie stosownych sankcji; wreszcie 4) aktywny udział w procesie uwrażliwiania interesariuszy na przypadki naruszeń zasad zawartych w *ZDP*.

W Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych za nadzór nad stosowaniem samoregulacji odpowiedzialna jest ostatecznie Komisja Etyki. Ale sam nadzór odbywa się w ciągłej interakcji, której stronami są nie tylko Komisja Etyki i Rzecznik Etyki oraz członkowie KPF, ale również – a może nawet przede wszystkim – klienci firm zrzeszonych. To najczęściej na podstawie wniosków klientów (lub wniosków przygotowywanych w imieniu konsumentów przez rzeczników konsumentów czy organizacje konsumenckie) Rzecznik Etyki wszczyna postępowania mające na celu merytoryczne wyjaśnienie sytuacji, a w dalszej kolejności – jeśli ta analiza wskazuje na naruszenie zasad ujętych w *Zasadach Dobrych Praktyk* – nałożenie stosownych sankcji. Rola klientów firm zrzeszonych w KPF w procesie nadzoru nad stosowaniem samoregulacji jest zatem nie do przecenienia. Są oni głównym źródłem informacji o nieprawidłowościach i naruszeniach. Komunikacja z klientami i uruchamianie nowych kanałów informowania o możliwościach zgłaszania naruszeń do Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych – co opisywane jest w KPF jako proces uwrażliwiania interesariuszy na przypadki naruszeń – stanowią jedno z najbardziej istotnych obszarów działalności Komisji Etyki i Rzecznika Etyki. Członkowie Komisji podejmują systematycznie działania w celu regularnego komunikowania się z tymi podmiotami, których działalność statutowa nakierowana jest na ochronę praw konsumentów, informując je m.in. o możliwościach zgłaszania skarg do KPF.

Mimo że członkowie Komisji Etyki wybierani są spośród osób rekomendowanych przez firmy członkowskie, kierują się oni w swojej pracy zasadami szeroko pojętego obiektywizmu i bezstronności. Jest to zapewnione m.in. poprzez wyłączenie z orzekania tego członka Komisji, którego firmy dotyczy dana skarga. Należy również podkreślić, iż osoby pełniące funkcje członków

Komisji Etyki – powołane do jej składu przez najwyższą władzę KPF, czyli Walne Zebranie, i przed nią odpowiadające w trakcie kadencji – realizują swoje zadania w tym organie osobiście, to jest nie reprezentują pracodawców, którzy zgłaszali ich kandydatury do tego organu.

W KPF od 2018 r. o przestrzeganie zasad zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk* dba również Rzecznik Etyki. Rzecznik odgrywa rolę prejudycjalną w stosunku do Komisji Etyki. Dokonuje oceny ewentualnego naruszenia zasad ujętych w *ZDP* i przedstawia swoją analizę Komisji, która podejmuje ostateczną decyzję. Rzecznik jest też odpowiedzialny za kontakt zarówno z klientami, jak i z poszczególnymi przedsiębiorcami. Ta komunikacja jest niezbędna w celu zgromadzenia kompletnego materiału pozwalającego na obiektywną ocenę ewentualnego naruszenia. Rzecznik prowadzi również działania mające na celu edukację uczestników rynku w zakresie programu etycznego KPF, a w szczególności możliwości zgłaszania wniosków o zbadanie zgodności praktyk biznesowych firm zrzeszonych w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych z *ZDP*.

2.3. Procedury monitorowania stosowania zapisów zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk*

Monitorowanie stosowania zasad zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk* przez Komisję Etyki i Rzecznika Etyki jest dwutorowe. Z jednej strony obejmuje procedurę dorocznego audytu etycznego, potwierdzającego zgodność działań danego członka KPF z zapisami *ZDP*. Audyt etyczny jest realizowany w formie ankietowej, niektóre informacje podawane przez firmy członkowskie podlegają szczegółowej weryfikacji. Efektem audytu etycznego jest certyfikat audytu etycznego (który zachowuje ważność przez ściśle określony czas, podany w tym dokumencie), potwierdzający stosowanie dobrych praktyk przez firmę członkowską, przy czym ten certyfikat dotyczy oczywiście poziomu proceduralnego, a nie indywidualnych przypadków naruszeń. Drugim, równoległym działaniem jest monitorowanie reaktywne, oparte na skargach zgłaszanych przez konsumentów lub inne podmioty. Monitorowanie reaktywne jest możliwe dzięki mechanizmowi zgłaszania naruszeń, opartemu na inicjowanej i utrzymywanej przez KPF współpracy z interesariuszami zewnętrznymi, przede wszystkim z konsumentami i rzecznikami konsumentów. Wnioski o podejrzenie naruszenia dobrych obyczajów lub regulacji zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk* na mocy regulaminu Komisji Etyki i Rzecznika Etyki mogą składać konsumenci i przedsiębiorcy, ich przedstawiciele (np. rzecznicy konsumentów), a także Rada Konferencji. Postępowanie może być

Str. 342

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

również wszczęte z inicjatywy Komisji Etyki lub Rzecznika Etyki (np. na podstawie doniesień medialnych lub informacji uzyskanych inną drogą).

Po otrzymaniu stosownego wniosku Rzecznik Etyki – po wstępnym rozpoznaniu sprawy – w uzasadnionych przypadkach występuje do członka KPF, będącego stroną postępowania, z wnioskiem o złożenie wyjaśnień. Efektem pracy Rzecznika jest zebranie materiału w sprawie oraz jego analiza i rekomendacja co do ewentualnego stwierdzenia naruszenia zasad zawartych w *ZDP* oraz względem wysokości kary. Analiza i merytoryczna rekomendacja trafiają do Komisji Etyki, która pełni funkcję organu sędziowskiego, mającego jednak również uprawnienia w zakresie uzyskiwania dalszych informacji i wyjaśnień w sprawie od stron postępowania. Komisja jako organ kolegialny na podstawie zgromadzonych materiałów i analizy Rzecznika wydaje orzeczenie w sprawie.

Przedmiotem orzeczenia są: ewentualne stwierdzenie naruszenia zasad zawartych w *ZDP*, wysokość kary oraz wskazanie działań naprawczych. Zobowiązanie członka KPF przez Komisję Etyki do usunięcia przyczyn naruszeń (np. eliminacja pewnej procedury, która jest niekorzystna dla klientów, lub usprawnienie procedury istniejącej), stanowi bardzo istotny element działalności Komisji Etyki w zakresie monitorowania stosowania regulacji zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk*.

Do narzędzi nadzorczych stosowanych przez Komisję Etyki należą instrumenty o charakterze tak negatywnym – kary (sankcje), jak i pozytywnym – certyfikowanie etyczne, związane z przyznawaniem prawa do posługiwania się logo KPF, będące efektem corocznej procedury audytu etycznego. Instrumentem o pierwszoplanowej roli w przypadku skarg konsumentów jest jednak przede wszystkim sankcjonowanie zachowań negatywnych. Instrumentarium sankcji stosowanych przez Komisję Etyki jest szerokie, obejmuje ono również rekomendację dla Walnego Zgromadzenia lub Rady Konferencji co do wykluczenia przedsiębiorcy z KPF. Zgodnie z *Regulaminem Komisji Etyki i Rzecznika Etyki* do kar nakładanych przez organy za naruszenie zasad zawartych w *ZDP* należą: upomnienie, nagana, nagana z podaniem do wiadomości członków KPF informacji o nałożeniu tej sankcji, zawieszenie na okres do sześciu miesięcy prawa do używania wspólnego znaku towarowego KPF przez członka KPF oraz jakichkolwiek informacji odnoszących się do członkostwa w KPF w materiałach promocyjnych czy

informacyjnych. W przypadkach szczególnie rażącego uchybienia lub niezrealizowania zaleceń usunięcia naruszeń Komisja Etyki może wystąpić do Walnego Zebrania członków KPF o podjęcie uchwały o wykluczeniu przedsiębiorstwa z grona członków KPF.

Komisja Etyki może również zalecić przedsiębiorstwu członkowskiemu polubowne rozstrzygnięcie sporu pomiędzy nim a wnioskodawcą. Program etyczny KPF nie oferuje możliwości polubownego rozwiązywania sporów, skupiony jest wyłącznie na eliminowaniu nierzetelnych praktyk poprzez monitorowanie zgodności działań biznesowych z regulacjami zawartym w *Zasadach Dobrych Praktyk* i egzekwowanie ich stosowania. Innymi słowy, Komisja Etyki nie rozstrzyga sporów pomiędzy członkami KPF i ich klientami, a w uzasadnionych przypadkach kieruje wnioskodawcę do stosownych instytucji lub organizacji albo zaleca członkowi KPF podjęcie działań polubownych.

Postępowania prowadzone przez Komisję Etyki, oprócz wspomnianej wcześniej bezstronności, są objęte poufnością. Informacja o wszczęciu postępowania jest kierowana wyłącznie do członka KPF, którego postępowanie dotyczy. Co do zasady, ani Zarząd ani inne organy statutowe nie są informowane o konkretnych postępowaniach, ponieważ mogłoby to rodzić konflikt interesów. O wynikach postępowania informowane są strony tego postępowania, tj. zarówno członek KPF, jak i sam wnioskodawca. Informowanie wnioskodawcy zostało wprowadzone do systemu etycznego we wrześniu 2018 r. Informowanie wnioskodawcy o wyniku postępowania pozwala na budowanie wiarygodności i zaufania wśród konsumentów oraz na uzyskanie przejrzystości prowadzonych postępowań.

3. Efektywność oddziaływania programu etycznego Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych na uczestników rynku

Problematyka pomiaru wpływu samoregulacji na uczestników rynku jest złożona i wieloaspektowa. W 2010 r. Komitet Polityki Konsumenckiej (*Committee on Consumer Policy*) OECD opublikował dokument *Consumer Policy Toolkit*, w którym rekomenduje wykorzystanie samoregulacji branżowych jako jedną z odpowiedzi na problemy rynkowe konsumentów. W niniejszym opracowaniu dokonano analizy jakościowej, obejmującej funkcjonowanie programu etycznego KPF, przedstawiając wybrane aspekty jego oddziaływania na uczestników rynku. Poniżej omówiono wybrane obszary oddziaływania programu etycznego KPF na dwie główne grupy

Str. 344

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

interesariuszy: firmy członkowskie oraz konsumentów. Analiza wskazuje na istotny wpływ programu etycznego na funkcjonowanie firm członkowskich.

3.1. Wpływ na praktyki biznesowe firm członkowskich Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych

Fundamentalnym celem kodeksu etyki jest kształtowanie postaw jego adresatów. Pojawia się zatem pytanie, na ile pod wpływem programu etycznego KPF następuje realne dopasowanie działań biznesowych firm członkowskich do regulacji zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk*. Oczywiście jest, że zastosowanie się do kodeksu pociąga za sobą koszty. Również praktyka KPF jako organizacji branżowej dostarcza szeregu przykładów potwierdzających tę prawidłowość. Na forum KPF dyskutowana jest kwestia kosztów wprowadzenia zmian w *ZDP* oraz ich wdrożenia do praktyki samorządowej. Większość zmian w treści zasad mających konkretny charakter – ich uzupełnienie lub rozszerzenie – jest związana czy to z koniecznością poniesienia nowych, dodatkowych kosztów, niewynikających z obowiązków twardego prawa (a związanych choćby z dostosowaniem systemów informatycznych do koniecznych zmian w procedurach operacyjnych), czy z koniecznością dokonania zmian organizacyjnych. Zmiany w *ZDP* mogą powodować również *ceteris paribus* obniżenie efektywności operacyjnej, jak choćby w przypadkach – ostatnio dyskutowanych na forum sektora zarządzania wierzytelnościami – wymogu przedstawiania się pracownika przedsiębiorstwa windykacyjnego nazwą firmy przy pierwszym kontakcie telefonicznym z dłużnikiem czy też zasad windykacji należności przedawnionych lub pochodzących z tzw. missellingu. W efekcie wdrożenia do praktyki samorządowej i do *ZDP* tych zmian – jak wynika z informacji uzyskiwanych od dużych przedsiębiorstw windykacyjnych z tej branży – dochodzi do spadku wskaźników tzw. odzysku, a jednocześnie przekłada się to na konieczność zaangażowania znacznych środków związanych z wprowadzaniem zmian.

Pozostawiając tę kwestię do głębszych analiz, należy zauważyć, że dostosowanie członków KPF do regulacji zawartych w *ZDP* faktycznie następuje, choć wiąże się to z koniecznością niekiedy nawet bardzo kosztowych działań adaptacyjnych. Istnieje szereg przykładów potwierdzających tezę o pozytywnym wpływie samoregulacji zawartych w *ZDP* na działania firm członkowskich KPF (poprawa procesu reklamacji w przedsiębiorstwach windykacyjnych w przypadku podniesienia

przez konsumenta zarzutu przedawnienia to jeden z ostatnich, procedowanych właśnie przypadków aktualizacji ZDP). Niemniej jednak proces dostosowania nie zawsze i nie w przypadku wszystkich firm członkowskich przebiega bez problemów, na co wskazują m.in. wykluczenia firm z KPF z tytułu niestosowania zasad zawartych w ZDP czy dobrowolne rezygnacje firm z członkostwa w KPF, których powodem bywają również trudności związane ze stosowaniem ZDP i trwającą procedurą weryfikacji przed Komisją Etyki.

Potwierdzeniem wpływu programu etycznego na praktyki biznesowe przedsiębiorstw skupionych w Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych jest również liczba spraw prowadzonych przez Komisję Etyki i orzekany w wielu sprawach obowiązek usunięcia przyczyn naruszeń szczegółowych zapisów ZDP przez członka KPF. Liczba spraw o naruszenie prowadzonych w Komisji Etyki w ostatnich latach wyniosła: 2016 r. – 21 spraw, 2017 r. – 28 spraw, 2018 r. – 43 sprawy, z czego w nieco ponad połowie przypadków orzeczono naruszenie zasad zawartych w ZDP. Jeśli jednak wziąć pod uwagę wyłącznie te sprawy, w których uzyskano kompletny materiał od skarżącego i sprawa została zakończona wydaniem orzeczenia⁵⁵⁰, odsetek spraw zakończonych stwierdzeniem naruszenia zasad zawartych w ZDP rośnie do ponad 70% (53 sprawy na 75).

W przeważającej części przypadków Komisja Etyki nałożyła również w orzeczeniu obowiązek usunięcia przez członka KPF przyczyn stwierdzonych naruszeń. Co do zasady, działalność Komisji ukierunkowana jest bowiem przede wszystkim na kształtowanie właściwych praktyk biznesowych wśród przedsiębiorstw członkowskich. Zgłoszenie podejrzenia naruszeń zasad zawartych w *Zasadach Dobrych Praktyk* czy szeroko pojętych dobrych obyczajów stanowi zatem dla Komisji Etyki jedynie punkt wyjścia do wszczęcia sprawy, a w dalszej kolejności przede wszystkim do weryfikacji i korekty praktyk biznesowych członka KPF. Ta filozofia działania programu etycznego KPF znajduje wyraz w orzeczeniach Komisji Etyki, która nie tylko – po stwierdzeniu naruszeń – nakłada kary, ale przede wszystkim zobowiązuje członków KPF do usunięcia przyczyn naruszeń. W okresie 2016–2018 wśród spraw, w których stwierdzono

⁵⁵⁰ Dane własne KPF, stan na dzień 11 września 2019 r. W latach 2016–2018 w 14 sprawach nie uzyskano od skarżącego materiałów wystarczających do obiektywnego rozpatrzenia skargi, a tym samym sprawy te zostały zakończone bez możliwości wydania orzeczenia. Poza tym wśród wspomnianych 92 spraw w okresie 2016–2018 brakiem orzeczenia zakończone zostały kolejne 3 sprawy: 2 – w związku z rezygnacją przedsiębiorcy z członkostwa w KPF, a 1 – w związku z zaprzestaniem działalności.

naruszenie zasad zawartych w *ZDP*, w zdecydowanej większości przypadków (w ponad dwóch trzecich) Komisja Etyki nałożyła na firmę obowiązek usunięcia przyczyn stwierdzonych naruszeń i poinformowanie Komisji o wynikach podjętych działań naprawczych. W pozostałej części przypadków już samo wszczęcie sprawy przez Komisję Etyki skutkowało podjęciem działań naprawczych przez przedsiębiorcę – jeszcze przed wydaniem ostatecznego orzeczenia Komisji. W takich sytuacjach orzeczenie Komisji nie zawierało obowiązku usunięcia przyczyn stwierdzonych naruszeń. Jednocześnie fakt usunięcia naruszeń przed wydaniem orzeczenia stanowi w praktyce dla Komisji Etyki okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na wymiar kary.

Zobowiązania do usunięcia przyczyn stwierdzonych naruszeń nie miały miejsca jedynie w jednostkowych przypadkach, np. w związku z rekomendacją Komisji Etyki do usunięcia firmy członkowskiej z KPF. Przedstawione powyżej informacje wskazują zarówno na faktyczne wykorzystywanie mechanizmu zgłaszania naruszeń w KPF, jak i na skuteczne działanie Komisji Etyki w stosunku do firm członkowskich, w skrajnych przypadkach kończące się przymusowym wykluczeniem członka lub jego samodzielną rezygnacją.

Takie działanie kodeksu etycznego nie jest bynajmniej oczywistością na polskim rynku. Jak wskazują badania M. Kulik, nawet wśród firm należących do Respect Index na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie fakt posiadania kodeksu etyki nie implikuje istnienia mechanizmów zgłaszania naruszeń i osób odpowiedzialnych za ich funkcjonowanie, a tym bardziej nie implikuje wykorzystywania tych mechanizmów w praktyce. I tak, z niepublikowanych badań Moniki Kulik⁵⁵¹, wynika iż wśród przebadanych 20 spółek z Respect Index w ciągu 4 lat (od edycji VII do edycji X indeksu) co prawda w każdym roku 100% badanych spółek posiadało kodeks etyki, ale procedury zgłaszania naruszeń funkcjonowały w nieco powyżej 80% spółek, a były wykorzystywane jedynie w 65% spośród 20 badanych spółek. Należy przy tym pamiętać, że wspomniany indeks co do zasady skupia najbardziej odpowiedzialne spółki publiczne w Polsce, zatem fakt, że jedynie 2/3 spółek posiada faktycznie działający mechanizm zgłaszania naruszeń, tym bardziej wskazuje na efektywność rozwiązania wypracowanego w KPF, które generuje kilkadziesiąt spraw rocznie.

Elementem dopełniającym analizę oddziaływania samoregulacji zawartych w *ZDP* na praktykę firm członkowskich KPF może być próba oceny wpływu *ZDP* na cały rynek. Podręcznikowo

patrząc, efektywność samoregulacji branżowej jest uwarunkowana m.in. wielkością udziału w rynku przedsiębiorstw objętych tą samoregulacją. W przypadku niektórych branż udział firm członkowskich skupionych w KPF przekracza 50% (branża windykacyjna, pośrednictwa finansowego w segmencie kredytów gotówkowych), a w niektórych przypadkach obejmuje całość rynku (biura informacji gospodarczej)⁵⁵². Powoduje to, że przedsiębiorstwa skupione w KPF stanowią ważny punkt odniesienia dla całego rynku, a regulacje zawarte w *ZDP* w niektórych sprawach dotyczących danych branż mogą oddziaływać również na te firmy, które nie są członkami KPF.

3.2. Wpływ na postawy konsumentów

Głównym celem systemu etycznego KPF jest kształtowanie właściwych, pożądanych społecznie praktyk biznesowych członków KPF w zgodzie z powszechnie przyjętymi dobrymi obyczajami. Jednak monitorowanie i egzekwowanie *ZDP* przez Komisję Etyki byłoby niemożliwe bez współpracy z konsumentami i rzecznikami konsumentów, którzy stanowią jedno z głównych źródeł informacji w zakresie naruszeń. Miarą efektywności programu etycznego KPF w tym zakresie jest rosnąca jego rozpoznawalność wśród konsumentów oraz rzeczników konsumentów, na co wskazuje m.in. wzrost liczby skarg wpływających do Komisji Etyki KPF. Wzrost liczby skarg od konsumentów lub rzeczników konsumentów w ostatnich kilku latach był bardzo istotny i stanowi największe wyzwanie stojące przed organami statutowymi KPF. I tak, do KPF wpłynęło od konsumentów i rzeczników konsumentów w 2016 r. – 7, w 2017 r. – 16, a w 2018 r. już 21 skarg⁵⁵³. Widoczny jest zatem wzrost rozpoznawalności *ZDP* wśród konsumentów i rzeczników, czego rezultatem jest opisywany powyżej trend. Osoby odpowiedzialne za realizację programu etycznego KPF – a jednocześnie prowadzące szeroko zakrojony program uwrażliwiania interesariuszy na przypadki naruszeń zasad zawartych w *ZDP* – mają świadomość, że istotny wzrost liczby skarg stanowi podstawę efektywnego monitoringu działalności biznesowej członków KPF. Choć mówimy o tzw. miękkim prawie, jest to konieczne, by było ono uznane za skuteczne i egzekwowalne. To zadanie stanowi jedno z wyzwań programu etycznego KPF, bowiem dotychczasowe doświadczenia

⁵⁵¹ Doktorantka w Katedrze Przedsiębiorczości i Etyki w Biznesie Akademii Leona Koźmińskiego.

⁵⁵² Informacje własne KPF.

⁵⁵³ Materiały Rzecznika Etyki KPF.

w realizacji procesu uwrażliwienia interesariuszy instytucjonalnych wskazują na potrzebę zapewnienia również po ich stronie części zasobów na nową i konkretną współpracę z Rzecznikiem Etyki i Komisją Etyki KPF.

Innym obszarem oddziaływania *ZDP* jest wymiar edukacyjny tego dokumentu. *ZDP* nie służą wyłącznie jako instrument ochrony konsumentów, ale również jako narzędzie edukacji konsumentów i rzeczników konsumentów w zakresie rozumienia praw konsumentów w odniesieniu do ich aktywności jako klientów wielu sektorów rynku usług finansowych. Jakkolwiek aspekt edukacyjny *ZDP* nie jest kluczowy (dokument nie jest przewodnikiem dla konsumentów po ich prawach, ale powstaje jako instrukcja dla firm członkowskich zawierająca standardy działania), to nie można go pominąć w analizie oddziaływania na uczestników rynku, w tym konsumentów i wspierających ich rzeczników.

Należy również podkreślić funkcjonowanie *Zasad Dobrych Praktyk* jako swoistej wykładni prawa stanowionego, tj. konkretnego wyznacznika, wzorca dobrych obyczajów i rzetelności kupieckiej. *ZDP* w praktyce stanowi pomoc zarówno dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak i dla sędziów orzekających w konkretnych sprawach gospodarczych dotyczących rynku finansowego. Przykładem takiego wykorzystania *ZDP* jako wykładni dobrych obyczajów jest decyzja Prezesa UOKiK między innymi w sprawie Vex⁵⁵⁴ z dnia 12 lipca 2018 r. Przedsiębiorstwo to działa w branży windykacji należności, która jest prawnie regulowana poprzez wiele przepisów różnych ustaw, a tym samym istotnego znaczenia nabiera kategoria „poszanowania dobrych obyczajów”, z definicji samej jednak niedoprecyzowana. O doniosłości i znaczeniu *ZDP* świadczy fakt, że Prezes UOKiK w decyzji nakładającej karę na tę spółkę i uznającej stosowane przez nią pewne praktyki za naruszające zbiorowe interesy konsumentów celem wsparcia argumentacji wykorzystał konkretne zapisy kodeksu etyki KPF (tj. *Zasad Dobrych Praktyk*), dotyczące działalności windykacyjnej. Co więcej, warte podkreślenia jest również i to, że Vex Sp. z o.o. – nie będąc członkiem KPF, a tym samym nie będąc zobowiązana do stosowania *ZDP* – została ukarana decyzją UOKiK m.in. w oparciu o konkretne zapisy zawarte w *Zasadach Dobrych*

⁵⁵⁴ Sygnatura akt RGD-610-504/16-18/MW, decyzja RGD-2/2018.

Praktyk KPF⁵⁵⁵. Innym przykładem, jeszcze bardziej aktualnym, wykorzystania ZDP do oceny praktyk spółek niebędących członkami KPF, jest decyzja Prezesa UOKiK dotycząca One Debt Partners S.A. z lipca 2019r.⁵⁵⁶

4. Podsumowanie

Program etyczny KPF stanowi unikatowe rozwiązanie samoregulacyjne o cechach koregulacji, funkcjonujące na polskim rynku usług finansowych. Konferencja Przedsiębiorstw Finansowych w Polsce skupia przedsiębiorców z różnych sektorów rynku finansowego, co stanowi niemałe wyzwanie dla twórców programu etycznego funkcjonującego w tej organizacji. Program ten zawiera wszystkie elementy samoregulacji, a więc kodeks etyki wraz z instytucjami odpowiedzialnymi za monitorowanie i egzekwowanie jego stosowania oraz system zgłaszania naruszeń.

System zgłaszania naruszeń jest efektywnie wykorzystywany, na co wskazuje rosnąca liczba spraw zgłaszanych do Komisji Etyki. Komisja w ponad 70% rozpatrzonych spraw orzekła naruszenie zasad zawartych w ZDP, w większości przypadków wzywając firmy do usunięcia przyczyn stwierdzonych naruszeń. Monitorowanie stosowania zapisów zawartych w ZDP nie byłoby możliwe bez zaangażowania interesariuszy zewnętrznych, przede wszystkim konsumentów i rzeczników konsumentów. Rosnąca liczba skarg składanych przez tych interesariuszy wskazuje na wzrost rozpoznawalności programu etycznego KPF na rynku oraz jego istotną i wciąż rosnącą pozycję. O tej ostatniej świadczy również wykorzystywanie ZDP przez organy państwowe w ich ustawowych zadaniach, w tym m.in. powoływanie się na treści zawarte w ZDP przez Prezesa UOKiK.

⁵⁵⁵ Należy jednak wskazać, że spółka w korespondencji z UOKiK powoływała się na ZDP, wskazując, że jednostronnie próbuje stosować zawarte tam zasady i traktuje je jako wyznacznik dobrych obyczajów.

⁵⁵⁶ Sygnatura akt RWR.610.9.2018.ZK, decyzja RWR 2/2019.

Przykładowe problemy klientów firm pożyczkowych

Izabela Dąbrowska-Antoniak, dyrektor Wydziału Klienta Rynku Bankowo-Kapitałowego w Biurze Rzecznika Finansowego

1. Wstęp

Rzecznik Finansowy w ramach przyznanych mu kompetencji obserwuje i analizuje rynek pożyczkowy. Podstawą analizy są przede wszystkim wpływające do Rzecznika wnioski klientów podmiotów rynku finansowego o podjęcie przez Rzecznika działań w ich indywidualnej sprawie, zapytania mailowe i telefoniczne klientów kierowane do Rzecznika, a także analiza wzorców umownych oraz działania podejmowane przez Rzecznika z urzędu w sytuacji dostrzeżenia nieprawidłowości na rynku kredytów konsumenckich.

W ostatnich latach polski ustawodawca wprowadził szereg przepisów, które miały na celu ochronę interesów konsumentów korzystających z kredytów konsumenckich. Dotyczyły one zarówno kosztów tego typu kredytów, jak i uregulowania statusu instytucji pozabankowych udzielających kredytów konsumenckich.

W tym zakresie ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw wprowadziła do ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (dalej: u.k.k.)⁵⁵⁷, regulującej zasady udzielania pożyczek krótkoterminowych, m.in.:

- definicję pozaodsetkowych kosztów kredytu i limity tych kosztów (także w przypadku przedłużania terminu spłaty pożyczki czy tzw. rolowania pożyczki) oraz
- definicję instytucji pożyczkowej, ustanawiając jednocześnie określone wymogi, jakie dany podmiot powinien spełniać, aby prowadzić działalność jako instytucja pożyczkowa.

Natomiast od dnia 22 lipca 2017 r. na mocy ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami⁵⁵⁸ instytucje pożyczkowe mogą podejmować działalność tylko po wpisie do rejestru prowadzonego przez

⁵⁵⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1083.

⁵⁵⁸ Dz. U. z 2017 r. poz. 819 z późn. zm.

Komisję Nadzoru Finansowego. Ta ostatnia regulacja dodatkowo wprowadziła definicję pośrednika kredytu konsumenckiego, jak również odpowiedni rejestr takich podmiotów, oraz zmieniła definicję całkowitego kosztu kredytu, tak aby usunąć wątpliwości, które koszty należy kwalifikować jako należące do tej kategorii.

W opinii Rzecznika Finansowego wyżej wspomniane regulacje przyczyniły się do poprawy poziomu ochrony klientów usług finansowych. Nie oznacza to jednak, że wszystkie problemy zostały rozwiązane, a klienci nie zgłaszają zastrzeżeń wobec umów kredytu konsumenckiego lub sposobu ich wykonywania.

Po wejściu w życie regulacji wprowadzającej do ustawy o kredycie konsumenckim limit pozaodsetkowych kosztów kredytu część kredytodawców zrezygnowała z dotychczas powszechnie stosowanej metody odraczania (przedłużania) terminu spłaty kredytu czy udzielania kolejnego kredytu z przeznaczeniem na spłatę poprzedniego kredytu przed terminem jego płatności. Obie opcje wiązały się zazwyczaj dla konsumenta z koniecznością wniesienia przed odroczeniem płatności lub refinansowaniem pożyczki wysokiej opłaty. W konsekwencji wprowadzenia limitu maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu (dalej: MPKK), a także maksymalnych odsetek ustawowych⁵⁵⁹ i maksymalnych odsetek za opóźnienie⁵⁶⁰ na rynku pożyczek, w szczególności krótkoterminowych, pojawiły się inne praktyki mogące naruszać prawa lub interesy kredytobiorców (konsumentów), które mogą zmierzać do obejścia obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy o kredycie konsumenckim oraz innych wprowadzonych ograniczeń.

W grudniu 2018 r. Rzecznik Finansowy opublikował raport *Kredyty konsumenckie. Bieżące problemy* (dalej: Raport)⁵⁶¹, w którym opisał szereg nieprawidłowości i praktyk na rynku kredytów konsumenckich. Potrzeba stworzenia takiego Raportu wynikała z rosnącej liczby wniosków o interwencję związanych z kredytem konsumenckim. W 2018 r. było to około 1730 wniosków do Rzecznika Finansowego o podjęcie działań związanych z kredytem konsumenckim, wobec 1506 wniosków rok wcześniej. Łącznie w ciągu nieco ponad 3 lat swojej działalności w tym obszarze

⁵⁵⁹ Art. 359 § 2¹–2³ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm.).

⁵⁶⁰ Art. 481 § 2¹–2³ k.c.

⁵⁶¹ Rzecznik Finansowy, *Kredyty konsumenckie. Bieżące problemy*, https://rf.gov.pl/pdf/Raport_Kredyty_konsumenckie_final.pdf, s. 5 [dostęp: 30.04.2019].

Rzecznik zarejestrował ponad 4,5 tys. wniosków o interwencję. Poniżej opisane zostaną nieco szerzej wybrane z Raportu praktyki kredytodawców, zarówno instytucji pożyczkowych, jak i banków, które w ocenie Rzecznika Finansowego zasługują na szczególną uwagę.

2. Refinansowanie kredytu udzielonego konsumentowi przez różne podmioty powiązane kapitałowo bądź osobowo

Jednym z problemów, który miał zostać ograniczony poprzez wprowadzenie do ustawy o kredycie konsumenckim definicji pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego oraz ich limitu, było naliczanie wysokich kosztów związanych z refinansowaniem kredytu lub przedłużeniem terminu jego spłaty, czyli tzw. rolowanie pożyczki. Wprowadzony do ustawy o kredycie konsumenckim przepis art. 36c u.k.k. miał wyeliminować opłacalność kosztownego refinansowania kredytu klientowi kolejnym kredytem. Natomiast przepis art. 36b u.k.k. miał niwelować problem naliczania wysokich opłat za odroczenie lub zmianę terminu spłaty kredytu. W obu przypadkach ustawodawca zdecydował się nałożyć ograniczenie na pozaodsetkowe koszty kredytu, do których z pewnością należy zaliczyć opłaty związane z refinansowaniem czy przedłużeniem terminu spłaty kredytu, poprzez doliczenie lub zsumowanie pozaodsetkowych kosztów kredytu związanych z udzieleniem nowego kredytu (czy też przedłużeniem spłaty pierwotnego kredytu) oraz odniesienie tych kosztów do kwoty pierwszej udzielonej pożyczki w okresie 120 dni.

Opisywana przez Rzecznika Finansowego w Raporcie praktyka omijania wskazanych przepisów polega na wykorzystaniu modelu współpracy kilku podmiotów – w tym pośrednika kredytowego oraz kredytodawców, zazwyczaj powiązanych kapitałowo bądź osobowo – które w sytuacji, gdy klient chce skorzystać z refinansowania czy przedłużenia terminu spłaty, „przekazują” go – najczęściej poprzez pośrednika kredytowego – do kredytodawcy innego niż kredytodawca pierwotny w celu uzyskania kredytu refinansującego. Zasadniczo współpracujący ze sobą w ten sposób kredytodawcy wykorzystują literalne brzemienne przepisu art. 36c u.k.k., który posługuje się pojęciem „kredytodawca” i w związku z tym znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy kolejne kredyty zostały udzielone konsumentowi przez tego samego kredytodawcę, od którego konsument

otrzymał pierwotny kredyt⁵⁶². Tworząc sieć podmiotów powiązanych, kredytodawcy mogą w ten sposób zawierać z kredytobiorcą nieskończoną liczbę umów, obciążając go ich kosztami, a jedynym ograniczeniem jest, by ten sam kredytodawca nie udzielił temu samemu kredytobiorcy kolejnego kredytu, nim minie 120 dni od ostatnio udzielanego mu kredytu. W takich przypadkach ograniczenie wynikające z art. 36c u.k.k. nie ma zastosowania.

Z uwagi na funkcjonującą na rynku praktykę w przedstawionym przez Ministerstwo Sprawiedliwości projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie⁵⁶³ znalazła się propozycja zdefiniowania powiązania podmiotów poprzez odwołanie do definicji podmiotu powiązanego w rozumieniu przepisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3 listopada 2008 r., przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady⁵⁶⁴. Rozwiązanie to wydaje się przeciwdziałać omawianemu schematowi działania, jednakże warto podkreślić, że w zasadzie dla konsumenta stwierdzenie powiązania w rozumieniu rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 będzie niemożliwe albo bardzo utrudnione. Myślę, że będzie również wymagało mocnego zaangażowania organów nadzoru, np. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w zakresie kontroli tych powiązań pod względem przestrzegania ograniczeń pozaodsetkowych kosztów kredytu wynikających z ustawy o kredycie konsumenckim. Należy pamiętać, że UOKiK zajmuje się kontrolą całego rynku konsumenckiego, nie tylko związanego z udzielaniem kredytów konsumenckich, a działania tej instytucji w większości przypadków inicjowane są w wyniku złożonych do Urzędu zawiadomień o nieprawidłowościach. Innymi słowy, skuteczność projektowanej regulacji w kontekście eliminacji omawianego modelu obejścia przepisów art. 36b i art. 36c u.k.k. będzie w dużej mierze uzależniona od świadomości konsumentów lub wiedzy instytucji ich wspomagających, np. powiatowych lub miejskich rzeczników konsumentów, organizacji konsumenckich, a także Rzecznika Finansowego, oraz od ich faktycznych możliwości stwierdzenia, czy podmioty zaangażowane w udzielanie pożyczek konsumentowi są wzajemnie powiązane w rozumieniu wskazanego rozporządzenia.

⁵⁶² T. Czech, *Art. 36(c) Kredyt konsumencki. Komentarz*, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587746424/543864> [dostęp: 02.05.2019].

⁵⁶³ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12292908/12397488/12397489/dokument381260.pdf> [dostęp: 30.04.2019].

⁵⁶⁴ Dz. Urz. UE L 320/1 z dnia 29 listopada 2008 r.

3. Wydłużenie okresu kredytowania

Rzecznik Finansowy opisał w Raporcie także praktykę dotyczącą sztucznego wydłużania okresu kredytowania. Praktyka ta polega na oferowaniu kredytobiorcy umowy kredytu konsumenckiego, w której zobowiązuje się on do zwrotu udzielonego kredytu (pożyczki) kredytodawcy w ustalonych w umowie ratach tygodniowych oraz kwartalnych. Przy czym wątpliwości może budzić znaczna dysproporcja pomiędzy ustalaną w umowach pożyczek wysokością rat tygodniowych a wysokością rat kwartalnych. W analizowanych przez Rzecznika Finansowego sprawach wysokość rat kwartalnych wahała się od 0,70 zł do 7,00 zł przy ratach tygodniowych w wysokości od 91,00 zł do 352,00 zł. W tak przyjętym schemacie produktowym kredytodawca otrzymuje zasadniczo zwrot pożyczonego kapitału wraz z większością należnych mu odsetek i kosztów (opłaty wstępnej, opłaty za obsługę pożyczki w miejscu zamieszkania) po zakończeniu spłaty rat tygodniowych (około 3 miesiące – 13 rat tygodniowych). Pozostała niewielka kwota zobowiązania regulowana jest przez kredytobiorcę w ratach kwartalnych (około 6 rat kwartalnych), co skutkuje wydłużeniem okresu spłaty kredytu nawet o 18 miesięcy.

Warto zwrócić uwagę, że określony w art. 36a ust. 1 u.k.k. wzór pozwalający na wyliczenie MPKK, jako jedną ze zmiennych mających wpływ na wysokość limitu MPKK wskazuje okres spłaty kredytu wyrażony w dniach. Wydłużenie zatem okresu spłaty pożyczki ma bezpośredni wpływ na wysokość maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu. Im zatem dłuższy okres spłaty pożyczki, tym wyższy limit pozaodsetkowych kosztów kredytu, które mogą być naliczone kredytobiorcy.

Z punktu widzenia kredytobiorcy wydłużenie okresu kredytowania nie ma żadnego ekonomicznego uzasadnienia. Zastosowanie takiej konstrukcji nie powoduje bowiem bardziej równomiernego obciążenia finansowego rozłożonego w dłuższym czasie, co mogłoby przynieść wymierną korzyść dla klienta w postaci niższych rat, gdyż większość kapitału i kosztów kredytu i tak spłacana jest w wyższych ratach tygodniowych. Skutkuje to natomiast dłuższym związaniem umową kredytową, a co za tym idzie, ma wpływ na ocenę zdolności kredytowej dokonywanej przez kolejnych kredytodawców.

W ocenie Rzecznika Finansowego działanie takie może zostać ocenione jako celowe obejście art. 36a ust. 3 u.k.k., co w konsekwencji może stanowić w oparciu o art. 58 § 1 k.c. o

nieważności całości lub części czynności prawnej. Niewątpliwie działanie to jest również niegodne z zasadami współżycia społecznego, niemniej jednak z uwagi na pogląd wyrażony zarówno w doktrynie prawa⁵⁶⁵, jak i w orzecznictwie⁵⁶⁶, gdy dana czynność prawna jest sprzeczna z ustawą lub ma na celu obejście ustawy, nie ma potrzeby dodatkowego badania jej niezgodności z zasadami współżycia społecznego.

4. Stosowanie wygórowanej opłaty za poręczenie spłaty kredytu

Kolejnym bardzo niebezpiecznym mechanizmem opisanym w Raporcie, prowadzącym do zwiększenia obciążenia finansowego po stronie kredytobiorcy, jest praktyka polegająca na pobieraniu od kredytobiorców opłat (prowizji) z tytułu poręczenia spłaty kredytu. Istotą umowy poręczenia jest zobowiązanie się poręczyciela względem wierzyciela do wykonania zobowiązania, na wypadek gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Innymi słowy, poręczyciel gwarantuje wierzycielowi (kredytodawcy) – swoim majątkiem – wypłacalność dłużnika (kredytobiorcy). W zasadzie nie ma przeszkód, aby umowa poręczenia miała charakter odpłatny, choć jest to praktyka niezmiernie rzadka. Do niedawna większość poręczeń stosowanych przy umowach kredytu miała charakter poręczenia osobistego za dług osoby trzeciej (kredytobiorcy) i nie miała charakteru odpłatnego. Po wprowadzeniu przez ustawodawcę limitu MPKK stosowanie odpłatnego poręczenia zaczęło być bardziej widoczne, co więcej, coraz częściej poręczycielem jest wyspecjalizowany podmiot gospodarczy (np. instytucja pożyczkowa lub pośrednik kredytowy). Nie bez znaczenia w tej sytuacji pozostaje fakt istnienia powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy poręczycielem a kredytodawcą, co może świadczyć o współpracy tych podmiotów.

W analizowanych przez Rzecznika Finansowego przypadkach kredytobiorca z jednej strony zawiera umowę kredytu z kredytodawcą, z drugiej zaś strony zawierana jest umowa o udzielenie poręczenia z podmiotem trzecim – poręczycielem. Przy czym stronami umowy poręczenia są poręczyciel i instytucja pożyczkowa. Kredytobiorca nie jest stroną przedmiotowego stosunku prawnego, ale w praktyce to on ponosić będzie z tego tytułu koszty.

⁵⁶⁵ Por. J. Andrzej, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1 Część ogólna, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587244847/128096> [dostęp: 02.05.2019].

⁵⁶⁶ Por. wyrok SN z dnia 22 września 1987 r. (III CRN 265/87, OSNC 1989, nr 5, poz. 80), postanowienie SN z dnia 28 listopada 2000 r. (IV CKN 170/00, Lex nr 52502), wyrok SN z dnia 10 stycznia 1997 r. (II CKN 62/96, Lex nr 28683).

Należy zaznaczyć, że z perspektywy kredytobiorcy, w przypadku gdyby nie spłacił on kredytu, sama konstrukcja poręczenia prowadzić może jedynie do formalnej zmiany wierzyciela, zgodnie z art. 518 § 1 pkt 1 k.c., przy dodatkowym obciążeniu kredytobiorcy kosztami opłaty (prowizji) za udzielone poręczenie. Finalnie to bowiem kredytobiorca – tak czy inaczej – zobowiązany będzie do spełnienia zobowiązania wynikającego z umowy o kredyt, z tym że wobec poręczyciela. Natomiast koszty związane z uzyskaniem kredytu są większe, gdyż powiększone o kwotę opłaty (prowizji) za poręczenie. Warto dodać, że w niektórych przypadkach wysokość takich opłat wynosi nawet 40% całkowitej kwoty kredytu.

Występują również przypadki, gdy umowę formalnie nazwaną umową poręczenia zawiera dłużnik z poręczycielem za zgodą kredytodawcy. Z prawnego punktu widzenia umowa ta nie może być traktowana jako umowa poręczenia (art. 876 i nast. k.c.), gdyż bliżej jej do modelu przejęcia długu za zgodą wierzyciela, o którym mowa w art. 519 § 1 pkt 2 k.c.

W obu modelach udzielenie poręczenia w opisany powyżej sposób stanowiło faktyczny warunek zawarcia umowy kredytu oraz zabezpieczenie spłaty kredytu, choć nie zawsze wynikało to wprost z treści umowy kredytu. Niekiedy koszt umowy poręczenia stanowił po prostu „inny cel kredytobiorcy”, finansowany środkami z kredytu, co mogłoby sugerować brak związku z umową kredytu *sensu stricto*. Samo zaś poręczenie ustanawiane było w osobnym dokumencie. Kwestia, czy koszt poręczenia był ponoszony przez konsumenta w związku z umową kredytu konsumenckiego, czy nawet może on zostać uznany za koszt usługi dodatkowej, którego poniesienie było niezbędne do uzyskania kredytu, ma niebagatelne znaczenie dla oceny sytuacji prawnej konsumenta z punktu widzenia ustawy o kredycie konsumenckim i wynikających z niej obowiązków informacyjnych oraz limitów kosztów. W większości bowiem analizowanych przypadków koszt poręczenia nie był wliczany ani do całkowitego kosztu kredytu, ani do pozaodsetkowych kosztów kredytu.

W ocenie Rzecznika Finansowego koszt wynikający z udzielenia poręczenia – jeżeli faktycznie było ono niezbędne do otrzymania kredytu – powinien być uwzględniany w całkowitym koszcie kredytu, mimo iż niekiedy uiszczany mógł być bezpośrednio na rzecz poręczyciela, a więc formalnie rzecz biorąc – na rzecz podmiotu odrębnego od kredytodawcy. Podobnie do całkowitego

kosztu kredytu wliczana jest składka ubezpieczeniowa, choć ponoszona jest na rzecz zewnętrznego podmiotu, jako usługa dodatkowa.

Całkowity koszt kredytu obejmuje wszelkie koszty, które konsument jest zobowiązany ponieść w związku z umową o kredyt, w tym m.in. koszty usług dodatkowych, ale tylko w przypadku, gdy ich poniesienie jest niezbędne do uzyskania kredytu lub do uzyskania go na oferowanych warunkach. Zdaniem Rzecznika Finansowego koszt usługi poręczenia pozostaje w związku z umową kredytu konsumenckiego i powinien być wliczany do pozaodsetkowych kosztów kredytu. Użycie przez ustawodawcę w art. 5 pkt 6a u.k.k., zawierającym definicję pozaodsetkowych kosztów kredytu, sformułowania „wszystkie koszty” wskazuje, że pojęcie to obejmuje maksymalnie szeroki krąg desygnatów. Dodatkowo, aby dany koszt stanowił pozaodsetkowe koszty kredytu, nie są istotne jego nazwa, konstrukcja lub sposób wyliczania (prowizja, opłata, składka itp.), znaczenie ma tylko okoliczność, że tworzy on obciążenie finansowe po stronie konsumenta⁵⁶⁷. Należy także pamiętać, że w sytuacji, gdy z tytułu poniesionego przez konsumenta kosztu poręczenia, dojdzie do przekroczenia MPKK, to na mocy art. 36a ust. 3 u.k.k. pozaodsetkowe koszty nie należą się w części przekraczającej ustawowy limit.

Nieco trudniejszą sytuację prawną mają ci konsumenci, którzy opłacili koszty poręczenia, jednakże w umowie nie wskazano tego kosztu jako kosztu poręczenia, ale jako inny cel udzielenia kredytu konsumenckiego. W wielu przypadkach analizowanych przez Rzecznika kredytobiorca nie dysponował także umową poręczenia. Ze względu jednak na dość często istniejące powiązania pomiędzy instytucją pożyczkową i poręczycielem (ściśle relacje kapitałowe lub personalne) wydaje się, że wykazanie związku kosztu poręczenia ponieszonego przez kredytobiorcę z umową kredytu konsumenckiego, czego wymaga ustawa o kredycie konsumenckim w zakresie pozaodsetkowych kosztów kredytu, jest możliwe. Warto także zwrócić uwagę, że umowa poręczenia wymaga dla swojej ważności formy pisemnej (*ad solemnitatem*), zatem brak takiej umowy skutkuje nieważnością czynności prawnej poręczenia.

Rzecznik Finansowy zdaje sobie sprawę, że w analizowanych przypadkach wykreowany koszt poręczenia naliczany jest kredytobiorcy dopiero w sytuacji, gdy nie spłaci on kredytu, co

⁵⁶⁷ T. Czech, *Limit pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego*, „Monitor Prawa Bankowego” 2016, nr 2, s. 52–75.

może utrudniać zakwalifikowanie tego rodzaju kosztów do całkowitego kosztu kredytu czy też do pozaodsetkowych kosztów kredytu. Jednakże w ocenie Rzecznika Finansowego przyjęty model działania kredytodawcy i współdziałającego z nim poręczyciela, wskazuje na celowe wykorzystanie opisanych mechanizmów zabezpieczenia, by jego koszt nie był ujmowany w całkowitym koszcie kredytu oraz pozaodsetkowym koszcie kredytu. W szczególności ma to znaczenie w kontekście ścisłych powiązań kapitałowych lub osobowych pożyczkodawcy i poręczyciela. Warto także zadać pytanie, czy w sytuacji, gdy poręczyciel zobowiązuje się względem pożyczkodawcy zapłacić dług pożyczkobiorcy wynikający z umowy pożyczki – czyli niejako przejmuje na siebie ryzyko niespłacenia pożyczki przez pożyczkobiorcę – ale odbywa się to w ramach tej samej grupy kapitałowej, w rzeczywistości udzielone poręczenie nie służy jedynie fikcyjnej ochronie kredytodawcy. Ryzyko braku spłaty nadal pozostaje bowiem w ramach jednej grupy kapitałowej, a co gorsza, w przypadku zapłaty przez poręczyciela zobowiązania pożyczkobiorcy, tak naprawdę jeden z członków grupy kapitałowej (pożyczkodawca) odzyska swój kapitał, natomiast drugi członek grupy kapitałowej (poręczyciel) kapitału się wyzbędzie, nabywając jedynie roszczenie o jego zwrot od pożyczkobiorcy.

Można też rozważyć tezę, że opisywana konstrukcja poręczenia, w szczególności w modelu, gdzie dochodzi do przejęcia długu na mocy umowy poręczyciela z dłużnikiem, jest zabezpieczeniem w swoim charakterze zbliżonym do gwarancyjnego charakteru umowy ubezpieczenia. Umowa ubezpieczenia, której przedmiotem było zabezpieczenie spłaty kredytobiorcy, była w ostatnich latach dość popularnym produktem łączonym z umowami kredytu konsumenckiego jako rodzaj zabezpieczenia spłaty kredytu. Jedyną różnicą w tym zakresie jest moment poniesienia kosztu tego produktu. W przypadku ubezpieczenia składka ubezpieczonego płacona jest z chwilą zawarcia umowy ubezpieczenia, natomiast w przypadku poręczenia opłata wnoszona jest w momencie wystąpienia opóźnienia kredytobiorcy w spłacie kredytu. Nie ma wątpliwości, że koszt składki ubezpieczeniowej związanej z ubezpieczeniem spłaty kredytu jest wliczany do całkowitego kosztu kredytu. Nie jest to takie oczywiste w przypadku kosztu poręczenia. Jednakże z uwagi na to, że koszt ten ponoszony jest w bezpośrednim związku z umową o kredyt konsumencki, jest z góry określony i znany kredytodawcy oraz niezbędny do uzyskania

kredytu, powinien być on kwalifikowany w całkowitym koszcie kredytu, nawet gdy ponoszony jest dopiero z chwilą opóźnienia w spłacie dłużnika.

Zasadniczo można by rozważyć również, czy koszt poręczenia – jako związany z opóźnieniem w spłacie kredytu – nie powinien być objęty ograniczeniem wynikającym z art. 33a u.k.k. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy łączna wysokość opłat z tytułu zaległości w spłacie kredytu, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 11 u.k.k., oraz odsetek za opóźnienie naliczonych konsumentowi przekracza kwotę odpowiadającą kwocie odsetek maksymalnych za opóźnienie, o których mowa w art. 481 § 2¹ k.c., obliczonych od kwoty zaległości w spłacie kredytu, należnych na dzień pobrania tych opłat lub odsetek, należy się tylko kwota opłat i odsetek odpowiadająca kwocie tych odsetek maksymalnych za opóźnienie. Zasadniczo przepis ten – który nie ma swojej podstawy w przepisach dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylającej dyrektywę Rady 87/102/EWG⁵⁶⁸ – powinien być interpretowany zgodnie z przejętym przez polskiego ustawodawcę założeniem, jakim jest ochrona kredytobiorcy mającego opóźnienie w spłacie przed nadmiernymi kosztami windykacji długu. Przy tak rozumianym celu tego przepisu omawiany koszt poręczenia mógłby być kwalifikowany jako opłata związana z opóźnieniem w spłacie kredytobiorcy, a w konsekwencji podlegałaby ograniczeniu do wysokości kwoty odsetek za opóźnienie, jakie naliczone by były konsumentowi za czas opóźnienia. Jednakże doktryna wyraźnie utożsamia opłaty, o których mowa w art. 33a u.k.k., z opłatami naliczanymi kredytobiorcy w związku z opóźnieniem w spłacie, które nalicza się na rzecz kredytodawcy na podstawie umowy o kredyt. W większości analizowanych przypadków koszty poręczenia wynikały z odrębnej umowy i uiszczane były na rzecz poręczyciela.

Niewątpliwie problem z zakwalifikowaniem kosztów poręczenia do całkowitych kosztów kredytu oraz pozaodsetkowych kosztów kredytu czy opłat, o których mowa w art. 33a u.k.k., powoduje, że konsument obciążany bardzo wysoką opłatą za poręczenie pozbawiany jest realnej ochrony, jakiej chciał udzielić mu ustawodawca, tworząc ograniczenia i limity ustawowe.

⁵⁶⁸ Dz. Urz. UE L 133/66 z dnia 22 maja 2008 r.

5. Nieprawidłowe wskazywanie całkowitej kwoty kredytu

Kolejna kwestionowana przez Rzecznika Finansowego w Raporcie praktyka polega na dodawaniu kwoty kredytowanych kosztów kredytu do całkowitej kwoty kredytu, mimo że kwota ta nigdy nie była udostępniona (wypłacona) konsumentowi. Z treści przeanalizowanych spraw wynika, iż część instytucji pożyczkowych przyjmuje, że kredytowane koszty – takie jak prowizja, opłata przygotowawcza czy opłata administracyjna – mieszczą się w definicji całkowitej kwoty kredytu, a w konsekwencji mogą stanowić część tej kwoty. Przez kredytowane koszty kredytu należy rozumieć te koszty, które konsument pokrywa od razu po zawarciu umowy pożyczki, a kredytodawca udziela na nie konsumentowi kredytu. Niektóre z zapisów umownych były bardziej wyrafinowane i informowały, że całkowita kwota kredytu stanowi kwotę udzielonego konsumentowi kredytu oraz kwotę potrąconą przez pożyczkodawcę „zgodnie z dyspozycją pożyczkobiorcy”, zazwyczaj na opłaty związane z umową kredytową.

Tymczasem zgodnie z art. 5 pkt 7 u.k.k. informacja o wysokości całkowitej kwoty kredytu powinna obejmować jedynie te środki, jakie konsument otrzyma do swojej dyspozycji poprzez wypłatę gotówki do ręki lub wpłatę na rachunek bankowy. Kwota wynikająca z kredytowanych kosztów kredytu nie może być doliczana do całkowitej kwoty kredytu, ponieważ nie jest udostępniana konsumentowi – zazwyczaj od razu przekazywana jest na zapłatę kredytowanych kosztów i opłat. Niewątpliwie prezentowanie całkowitej kwoty kredytu obejmującej również kredytowane koszty kredytu zaburza proporcję pomiędzy wysokością całkowitej kwoty kredytu a całkowitą kwotą kosztów kredytu, co może wprowadzać w błąd kredytobiorcę co do podstawowych parametrów umowy, a tym samym stanowi naruszenie art. 30 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 5 pkt 7 u.k.k. oraz art. 30 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 5 pkt 8 u.k.k.

Wydaje się, że pogląd na temat nieprawidłowości takiego prezentowania całkowitej kwoty kredytu został już ugruntowany zarówno w doktrynie⁵⁶⁹, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych⁵⁷⁰ oraz orzecznictwie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵⁷¹. Podobne stanowisko w niniejszej kwestii zajęła Komisja Europejska w wytycznych w sprawie stosowania przepisów dyrektywy o

⁵⁶⁹ Por. K. Osajda, *Kredyt konsumencki*, C.H. Beck, Warszawa 2017, komentarz do art. 5.

⁵⁷⁰ Por. przykładowo wyrok SA w Warszawie z dnia 15 lutego 2017 r. (VI ACa 560/16, Lex nr 2279527).

⁵⁷¹ Por. decyzje Prezesa UOKiK z dnia 21 listopada 2016 r. (RKR-9/2016) oraz z dnia 5 grudnia 2016 r. (RKT-7/2016).

kredycie konsumenckim dotyczących rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania⁵⁷². Zgodnie z powyższym dokumentem całkowita kwota kredytu (ang. *total amount of credit*) nie obejmuje kwot, które stanowią koszt udzielonego kredytu, gdyż są one zamieszczone w całkowitym koszcie kredytu. Jako przykład Komisja podaje sytuację, w której wierzyciel udziela konsumentowi kredytu na kwotę 5000 euro, przy czym koszt udzielenia kredytu w wysokości 100 euro jest wliczony w pulę udostępnianą konsumentowi i następnie potrącany w momencie wypłaty środków. Faktycznie więc konsument może rozporządzać jedynie 4900 euro i to właśnie ta kwota – w ocenie Komisji Europejskiej – powinna stanowić całkowitą kwotę kredytu (całkowitą kwotę pożyczki).

Rzecznik Finansowy zwrócił uwagę na jeszcze inny aspekt omawianej praktyki. Doliczenie kredytowanych kosztów kredytu do całkowitej kwoty kredytu przekłada się wprost na możliwość naliczenia wyższych pozaodsetkowych kosztów kredytu. Zasadniczo ustawa o kredycie konsumenckim narzuca kredytodawcom w art. 36a u.k.k. limit MPKK, który nie może wynieść więcej niż 25% całkowitej kwoty kredytu, powiększonej o 30% całkowitej kwoty kredytu w stosunku rocznym. Im dłuższy jest zatem okres kredytowania oraz im wyższa całkowita kwota kredytu, tym większe koszty może naliczyć kredytodawca, jednakże zgodnie z art. 36a ust. 2 u.k.k. pozaodsetkowe koszty kredytu w całym okresie kredytowania nie mogą być wyższe od całkowitej kwoty kredytu. Zwiększenie całkowitej kwoty kredytu o kredytowane koszty kredytu powoduje możliwość naliczenia wyższych opłat pozaodsetkowych z uwagi na wyliczenie wyższego limitu MPKK.

Nieprawidłowe wskazanie całkowitej kwoty kredytu powoduje zatem naruszenia art. 5 pkt 7 u.k.k., co prowadzi do nieprawidłowego zastosowania art. 36 ust. 1 i 2 u.k.k. W przypadku wystąpienia takiej sytuacji wydaje się całkowicie zasadne zastosowanie mechanizmu ograniczającego wynikającego z art. 36a ust. 3 u.k.k., to jest ograniczenia przez kredytobiorcę kosztów w zawyżonej części, przekraczającej maksymalne pozaodsetkowe koszty kredytu, obliczone w oparciu o prawidłowo wyliczoną całkowitą kwotę kredytu (kwotę kredytu udostępnioną kredytobiorcy z pominięciem kredytowanych kosztów kredytu).

⁵⁷² European Commission, *Commission staff working document. Guidelines on the application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in relation to costs and the Annual Percentage Rate of charge*, SWD(2012) 128 final, Bruksela, 8 maja 2012, s. 11.

6. Wnioski

Przedstawione powyżej praktyki niewątpliwie świadczą o przyjętych przez kredytodawców i współdziałające z nimi podmioty mechanizmach i modelach biznesowych, które wykorzystują obecne w prawie luki oraz możliwości interpretacyjne istniejących przepisów. Prowadzi to do sytuacji, w której prawa lub interesy kredytobiorców (konsumentów) mogą być lub zostają naruszone. Z tego też względu ustawodawca podejmuje kolejne próby regulacji rynku mające na celu zwiększenie ochrony uczestników rynku kredytów konsumenckich. Wyrazem tego są trwające prace legislacyjne nad projektem ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie, w którym proponuje się dalej idące obostrzenia przepisów nie tylko w zakresie kredytu konsumenckiego udzielonego przez banki i instytucje pożyczkowe (zmiany w ustawie o kredycie konsumenckim) oraz przepisów karnych dotyczących udzielania i zabezpieczania udzielanej pożyczki, ale również zmianę rozdziału I działu IV tytułu XI księgi trzeciej kodeksu cywilnego dotyczącego umowy pożyczki. W ocenie Rzecznika Finansowego przedstawione rozwiązania – z uwagi na ich charakter – wymagają jeszcze szerokiej dyskusji i rozważenia wpływu regulacji na realny wzrost ochrony klienta oraz na rynek pożyczkowy. Zasadniczo w przypadku każdej regulacji powodującej ograniczanie możliwości obciążania klientów kosztami w określonej wysokości obserwuje się na rynku wysyp nowych negatywnych zachowań i modeli biznesowych (tak jak to miało miejsce po wprowadzeniu limitu pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego), które zmierzają do obchodzenia wprowadzanych obostrzeń. Dlatego też przygotowywane rozwiązania powinny być w tym zakresie przemyślane. Może w ogóle warto rozważyć uproszczenie systemu prawnego związanego z udzielaniem kredytu konsumenckiego do absolutnego minimum na wzór rozwiązań niemieckich, gdzie zasadniczo kredytodawca nalicza kredytobiorcy jedynie odsetki od udzielonego kapitału. Na tym rynku nie występują tak zróżnicowane opłaty, prowizje i marże jak na polskim rynku.

Niewątpliwie ogromną rolę w zakresie powstrzymywania niekorzystnych praktyk na rynku pożyczkowym powinny odgrywać organy nadzoru i kontroli, a także samoregulacje wprowadzane przez samą branżę. Zmiana prawa bowiem powinna być ostatecznością, podejmowaną jedynie w sytuacji, gdy inne prawne narzędzia ochrony okazują się niewystarczające.

Kredytowanie składki z tytułu pakietowych umów ubezpieczenia przy kredytach waloryzowanych kursem waluty obcej a „koszt kredytu” i „rzeczywisty koszt ochrony ubezpieczeniowej”

mgr Dawid Rogoziński, Uniwersytet Gdański, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Cywilnego

1. Wprowadzenie

Rosnąca liczba sporów sądowych dotyczących kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej⁵⁷³ stawia przedstawicieli praktyki prawa przed wyzwaniem w postaci oceny normatywnej konstrukcji umownych wymykających się klasycznym rozwiązaniom, z myślą o których projektowane były regulacje prawa bankowego i na kanwie których kształtowały się dotychczasowe wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Tymczasem okres popularności kredytów denominowanych do waluty obcej zbiegł się z dynamicznym rozwojem na polskim rynku sektora *bancassurance*. Dystrybucja ubezpieczeń przy okazji zawierania umów bankowych, w tym umów kredytów indeksowanych lub denominowanych do waluty obcej, była powszechną praktyką⁵⁷⁴. O ile jednak w dotychczasowym orzecznictwie w coraz szerszym zakresie analizie podlegają mechanizmy indeksacji lub denominacji samego kredytu (a więc skutki ich stosowania w kontekście samej czynności bankowej)⁵⁷⁵, o tyle nie uwzględnia się w ogóle wpływu tych mechanizmów na relacje (ekonomiczne) pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w stosunku

⁵⁷³ Według danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczących roszczeń z umów bankowych w I kwartale 2019 r. do sądów rejonowych i okręgowych wpłynęło łącznie 2006 nowych spraw zawisłych na kanwie kredytów denominowanych do waluty obcej. Prawie 10 000 takich spraw (z uwzględnieniem pozwów, które wpłynęły w latach ubiegłych) czeka wciąż na rozstrzygnięcie; por. dane statystyczne Wydziału Statystycznej Informacji Zarządczej w Departamencie Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości (według stanu na dzień 26 kwietnia 2019 r.).

⁵⁷⁴ Por. Rzecznik Ubezpieczonych, *Podstawowe problemy bancassurance w Polsce – raport Rzecznika Ubezpieczonych*, Warszawa 2007, https://rf.gov.pl/files/108_40_Raport_bancassurance.pdf.

ubezpieczenia, nawiązanym w związku z udzieleniem kredytu. Celem niniejszej części Raportu będzie próba kwalifikacji i oceny normatywnej mechanizmów zastrzeżonych w umowach kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej, w ramach których dochodziło do rozliczenia kosztów ochrony ubezpieczeniowej między bankiem a kredytobiorcą.

2. Ubezpieczenie jako instrument zabezpieczenia spłaty kredytu

Ubezpieczenia stanowią dla banków atrakcyjną formę zabezpieczenia spłaty kredytu. Pozwalają na transfer ryzyk dotychczas tradycyjnie ponoszonych przez same instytucje kredytowe, a związanych z wydarzeniami losowymi, które nastąpić mogą już w czasie wykonywania umowy⁵⁷⁶. Zdarzenia, takie jak śmierć głównego kredytobiorcy, utrata przez niego możliwości zarobkowych lub źródła dochodu czy unicestwienie przedmiotu hipoteki, w oczywisty sposób zagrażają powodzeniu akcji kredytowej. Ochrona ubezpieczeniowa pozwala na minimalizację potencjalnych skutków tych zdarzeń – to (co do zasady wypłacalny) ubezpieczyciel staje się wówczas *de facto* głównym adresatem roszczenia pieniężnego banku, a realizacja przez niego świadczenia z umowy ubezpieczenia zastępować ma obowiązek dalszego wykonywania umowy przez dotkniętego wszelkimi negatywnymi skutkami wskazywanych wyżej zdarzeń (w ich konsekwencji często już niewypłacalnego) kredytobiorcę lub jego następców prawnych.

Przed wejściem w życie art. 18 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁵⁷⁷ motorem rozwoju dystrybucji ubezpieczeń w sektorze bankowym była jednak przede wszystkim możliwość dodatkowego zarobkowania przez banki na oferowaniu ochrony ubezpieczeniowej swoim klientom⁵⁷⁸. Z tej właśnie przyczyny w sektorze *bancassurance* prym wiodły ubezpieczenia grupowe oparte o konstrukcję z art. 808 k.c., w których bank występował w roli ubezpieczającego, kredytobiorca

⁵⁷⁵ Por. wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2019 r. (III CSK 159/17); wyrok SN z dnia 24 października 2018 r. (II CSK 632/17) oraz zasługujące na uwagę z powodu bogatej argumentacji uzasadnienie wyroku SO w Warszawie z dnia 1 marca 2019 r. w sprawach połączonych XXV C 2179/17, XXV C 2374/17 i XXV C 2235/17.

⁵⁷⁶ M. Więcko, *Umowa ubezpieczenia jako zabezpieczenie wiarytelności banku – analiza podstaw prawnych, teorii i praktyki*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2009, nr 2 (7), s. 24–33.

⁵⁷⁷ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 381). Art. 18 tej ustawy wszedł w życie w dniu 1 kwietnia 2016 r. (art. 504 pkt 3) i ustanowił zakaz pobierania przez ubezpieczającego wynagrodzenia lub innych korzyści w związku z oferowaniem produktów ubezpieczeniowych. Przepis ten znalazł zastosowanie również do umów zawartych przed datą jego wejścia w życie, w zakresie jednak zdarzeń występujących po dniu 31 marca 2016 r. (art. 482 ust. 1 pkt 2).

⁵⁷⁸ Por. M. Orlicki, *Założenia reformy regulacji prawnej ubezpieczeń na cudzy rachunek i ubezpieczeń służących zabezpieczeniu wiarytelności*, „Prawo Asekuracyjne” 2013, nr 1, s. 4–15.

zaś – ubezpieczonego⁵⁷⁹. Objęcie interesu kredytobiorcy ochroną ubezpieczeniową następowało zazwyczaj przez akt przystąpienia do ubezpieczenia grupowego. Podmiotem bezpośrednio odpowiedzialnym za zapłatę składki wobec zakładu ubezpieczeń pozostawał ubezpieczający – jednak na mocy stosowanych postanowień umowy kredytu bank przenosił ten koszt na kredytobiorcę w formie dodatkowych opłat z tytułu ustanowienia zabezpieczenia spłaty kredytu.

Art. 69 ust. 2 pkt 6 odczytywany łącznie z art. 91 prawa bankowego⁵⁸⁰ przesądza o otwartym katalogu instrumentów służących zabezpieczeniu wierzytelności kredytodawcy z tytułu udostępnionych klientowi środków⁵⁸¹. Chociaż więc tradycyjnie z zabezpieczeniem wierzytelności kojarzą się instytucje zaprojektowane z myślą o pełnieniu takiej funkcji – jak hipoteka, zastaw czy poręczenie – nic nie stoi na przeszkodzie, by wykorzystywać ubezpieczenia jako instrument zabezpieczenia spłaty kredytów⁵⁸². Ustawodawca dostrzegł zresztą popularność ubezpieczeń wśród tych instrumentów, szczególnie w obszarze obrotu z udziałem konsumentów – bowiem już w ustawie o kredycie konsumenckim z 2001 r.⁵⁸³ umiejscowił ubezpieczenia obok innych form zabezpieczeń spłaty kredytu konsumenckiego. W rozszerzonej formule zostało to podtrzymane w obowiązującej aktualnie ustawie o kredycie konsumenckim z 2011 r.⁵⁸⁴ Już wcześniejsza regulacja z 2001 r. nakazywała zaliczać pewne rodzaje ubezpieczeń spłaty kredytu (na wypadek śmierci, inwalidztwa, choroby lub bezrobocia konsumenta-kredytobiorcy) do całkowitych kosztów kredytu (art. 7). W związku z tym, iż apogeum popularności umów kredytów denominowanych do waluty obcej przypadło na lata 2006–2009, to właśnie ten stan prawny będzie relewantny dla dalszych rozważań. Nadmienić jednak należy, iż od 2011 r. koszty ponoszone w związku z zawarciem lub przystąpieniem do wszystkich rodzajów umów ubezpieczenia zaliczane być muszą do całkowitych kosztów kredytu, o ile tylko ich poniesienie jest niezbędne do uzyskania kredytu lub do uzyskania go na oferowanych warunkach (art. 5 pkt 6 lit. b ustawy o kredycie konsumenckim).

⁵⁷⁹ M. Orlicki, *Pozycja prawna banku w ubezpieczeniach bancassurance*, „Prawo Asekuracyjne” 2008, nr 2, s. 66–73.

⁵⁸⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2187 z późn. zm.).

⁵⁸¹ Por. m.in. wyrok SN z dnia 19 czerwca 2013 r. (I CSK 571/12, Legalis 673760); M. Bączyk, *Problem regulacji prawnej zabezpieczeń w prawie polskim*, „Bank i Kredyt” 1991, nr 1, s. 2–3.

⁵⁸² M. Frasz, *Komentarz do art. 808*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5 *Zobowiązania. Część szczególna (art. 765–921(16))*, LEX/el, Warszawa 2018, pkt 24.

⁵⁸³ Ustawa o kredycie konsumenckim z dnia 20 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 100, poz. 1081).

⁵⁸⁴ Ustawa o kredycie konsumenckim z dnia 12 maja 2011 r. (Dz. U. Nr 126, poz. 715).

3. Sposoby finansowania kosztów ochrony ubezpieczeniowej

Dalszej analizie podlegać będą sytuacje, w których bank rozliczał koszty poniesionej w imieniu lub na rzecz kredytobiorcy ochrony ubezpieczeniowej w ramach umowy kredytu. Stosowane mechanizmy rozliczenia tych kosztów nie różniły się zasadniczo, niezależnie od tego, czy bank występował w stosunku ubezpieczenia jako ubezpieczający (ubezpieczenia grupowe)⁵⁸⁵, czy też jedynie jako uprawniony do świadczenia (na podstawie cesji lub uposażenia) z indywidualnej umowy ubezpieczenia (zawieranej jednak w ramach oferty banku), ani od tego, czy ubezpieczenie dotyczyło interesu majątkowego samego kredytobiorcy, czy też wyłącznie banku. Wykorzystywano przy tym jednak wiele wariantów samego rozliczenia kosztów ochrony ubezpieczeniowej – przyjmowanych we wzorcach umów kredytowych – które pogrupować można w oparciu o wspólne, a kluczowe dla analizowanej problematyki cechy, determinujące prawną i przede wszystkim ekonomiczną sytuację kredytobiorcy.

Tak też refinansowanie przez kredytobiorcę kosztów ubezpieczenia następować mogło w drodze jednorazowego świadczenia ze środków własnych kredytobiorcy. W takiej sytuacji kredytobiorca zobowiązany był obok raty kapitałowo-odsetkowej albo jeszcze przed uruchomieniem kredytu pozostawić do dyspozycji banku wskazaną w umowie kredytu kwotę tytułem pokrycia kosztów ochrony ubezpieczeniowej.

Zdecydowanie częściej jednak banki stosowały mechanizm jednorazowego kredytowania kosztów ubezpieczenia poprzez doliczanie do kwoty kredytu – najczęściej w chwili jego uruchomienia – wartości niepozostawionej *de facto* do dyspozycji kredytobiorcy, ale wskazanej w umowie jako koszt ustanowienia zabezpieczenia albo stanowiącej część kredytu przeznaczoną na zapłatę lub refinansowanie składki ubezpieczeniowej.

⁵⁸⁵ Była to praktyka najpowszechniejsza, jednak występowanie banku w roli ubezpieczającego nie stanowiło warunku *sine qua non* zastrzeżenia w umowie kredytu mechanizmu kredytowania składki ubezpieczeniowej. W sytuacji, w której to sam kredytobiorca był stroną umowy ubezpieczenia (jako ubezpieczający), wysokość składki ubezpieczeniowej odpowiadała co do zasady nominalnej kwocie kredytowanej przez bank (nie była więc już „wyjściowo” obciążona dodatkową prowizją naliczaną przez ubezpieczającego-bank). Poza tym jednym aspektem dalsze rozważania pozostają jednak w pełni aktualne również w odniesieniu do takich postanowień umów kredytowych, na mocy których bank kredytuje koszty ochrony ubezpieczeniowej ponoszone na podstawie indywidualnej umowy ubezpieczenia.

Niezwykle popularne były również postanowienia umów kredytowych przewidujące automatyczne odnawianie ochrony ubezpieczeniowej w zamian za „składkę”, stanowiącą równowartość określonej procentowo kwoty kapitału pozostałego do spłaty, a doliczaną do salda zadłużenia z datą każdorazowego odnowienia ochrony (np. co roku, co trzy lata). Dochodziło więc do periodycznego kredytowania kosztów ubezpieczenia w drodze automatycznego podwyższania salda zadłużenia.

Zwrócić należy uwagę na fakt, iż w żadnym z wymienionych przypadków kredytobiorca nie spełnia *stricte* świadczenia tytułem składki ubezpieczeniowej, a więc nie realizuje obowiązku znajdującego swoje źródło w umowie ubezpieczenia, tylko w umowie kredytu. W przypadku refinansowania kosztów ubezpieczeń grupowych pierwotnie zresztą bank realizował świadczenie jako formalnie swoje własne zobowiązanie. Konstrukcja z art. 808 k.c. nie przewiduje bowiem modyfikacji zasad odpowiedzialności za zapłatę składki ubezpieczeniowej – nadal pozostaje ona świadczeniem ubezpieczającego, a nie ubezpieczonego. W doktrynie przyjmuje się dopuszczalność rozwiązania przewidującego zwrotne obciążenie ubezpieczonego – na podstawie odrębnego od umowy ubezpieczenia kontraktu – kosztami świadczonej ochrony ubezpieczeniowej zapewnianej przez ubezpieczającego⁵⁸⁶.

4. Ubezpieczenia spłaty kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej – analiza empiryczna

Należy jednak dokonać oceny normatywnej sytuacji, w której kwoty pobierane przez bank od kredytobiorców nie odpowiadają rzeczywistej wysokości uiszczanych składek. Wynikać może to z doliczania przez banki prowizji i obciążania nią samych kredytobiorców. Kwota oczekiwana od kredytobiorcy tytułem refinansowania kosztów ubezpieczenia jest więc większa nominalnie niż kwota, którą bank rzeczywiście świadczy we własnym imieniu tytułem składki ubezpieczeniowej. Działanie takie trudno pogodzić z konstrukcją umowy ubezpieczenia na cudzy rachunek (której wariantem jest umowa ubezpieczenia grupowego), a tym bardziej z powszechnie akceptowanymi w doktrynie i orzecznictwie dyrektywami postępowania banku w sposób lojalny, w poszanowaniu

⁵⁸⁶ M. Fras, *Umowa ubezpieczenia grupowego. Aspekty prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015 (LEX/ el.); M. Krajewski, *Komentarz do art. 808*, [w:] M. Krajewski, *Umowa ubezpieczenia. Art. 805–834 k.c. Komentarz*, Warszawa 2016 (Legalis/el, nb. III.2.).

słusznym interesów klienta⁵⁸⁷. Problem ten – znany zresztą nie tylko z polskiej rzeczywistości gospodarczej⁵⁸⁸ – został już omówiony w literaturze⁵⁸⁹. Nadto dotyczy on w tym samym stopniu klasycznych umów kredytowych (wyrażonych w walucie krajowej, rozliczeniowej). Może on być jednak punktem odniesienia dla piętrzących się – w świetle dalej poczynionych spostrzeżeń – konsekwencji ekonomicznych (obciążeń), jakie dla kredytobiorcy wiązały się ze stosowaniem omawianych mechanizmów w interesujących nas umowach kredytów denominowanych do waluty obcej.

Umowy te występowały na rynku w dwóch wariantach – jako umowy kredytu indeksowanego bądź denominowanego do waluty obcej⁵⁹⁰. W obu przypadkach do dyspozycji kredytobiorcy pozostawiana była kwota kredytu w złotych, w tej też walucie zobowiązany był on do spłaty kredytu⁵⁹¹. Świadczenie w złotych było jednak niesamoistne w tym znaczeniu, że stanowić miało jedynie odpowiednik określonej wartości dewiz (waluty przyjętej jako „waluta kredytu”).

Umowy kredytu indeksowanego do waluty obcej charakteryzowały się tym, iż kwota kredytu w treści samej umowy wyrażona była w złotych. Kredytobiorca zawsze otrzymywał więc kwotę taką, jaka wynikała z treści umowy, ale z chwilą wypłaty dochodziło do jej przeliczenia (według kursu sprzedaży) na walutę indeksacyjną (najczęściej były to franki szwajcarskie, dolary lub euro). W oparciu o tak ustalone saldo kredytu sporządzany był – już w walucie indeksacji –

⁵⁸⁷ Por. wyrok SN z dnia 9 stycznia 2019 r. (I CSK 736/17, Legalis nr 1874418); wyrok SA w Warszawie z dnia 7 maja 2015 r. (I ACa 1262/14, Legalis nr 1398352).

⁵⁸⁸ Por. Financial Ombudsman UK, *Annual Review of consumer complaints about 2009/2010*, <https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ar10/ar10.pdf> [dostęp: 28.04.2019]; wyrok brytyjskiego Sądu Najwyższego (*Supreme Court*) w sprawie *Plevin (Respondent) v Paragon Personal Finance Limited (Appellant)* z dnia 29 marca 2017 r., <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0037a-judgment.pdf> [dostęp: 28.04.2019].

⁵⁸⁹ Por. D. Maśniak, *Specyfika ubezpieczeń grupowych w świetle ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej i kodeksu cywilnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 26, s. 284–285; M. Orlicki, *Kilka uwag o przepisach dotyczących ubezpieczeń na cudzy rachunek w nowej ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, „Prawo Asekuracyjne” 2016, nr 1, s. 17; J. Pokrzywniak, *Geneza zakazu otrzymywania wynagrodzenia przez ubezpieczającego*, [w:] J. Pokrzywniak (red.), *Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2018 (LEX/el).

⁵⁹⁰ Por. D. Rogoziński, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawie kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej a prawidłowa implementacja jurysdykcyjna dyrektywy 93/13/EWG*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2018, nr 4 (30); E. Kowalewska, *Spłata kredytów denominowanych lub indeksowanych w walucie innej niż waluta polska*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 5 (89), cz. 1, s. 490–493.

⁵⁹¹ Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r. Nr 165, poz. 984).

harmonogram jego spłaty. Raty kapitałowo-odsetkowe wyrażone były więc w walucie obcej, jednak – zgodnie z postanowieniami umowy kredytu – do ich spłaty dochodzić mogło tylko w złotych, w „równowartości” określonej z zastosowaniem kursu kupna obowiązującego w banku w chwili spłaty.

W umowach kredytu denominowanego do waluty obcej kwota kredytu wyrażona była w tejże walucie. Z chwilą wypłaty zaś – zgodnie z postanowieniami umowy – bank pozostawiał do dyspozycji kredytobiorcy nie wartości wyrażone w dewizach, ale ich „równowartość” (według kursu kupna obowiązującego w banku) w złotych. Rata kredytu, podobnie jak w przypadku mechanizmu indeksacji, wyrażona była w dewizach, ale spłata następować miała – ponownie – według „równowartości” określonej z zastosowaniem kursu kupna waluty wobec złotego obowiązującego w banku w chwili spłaty.

W ten sposób bank pobierał od kredytobiorcy dodatkowe wynagrodzenie związane ze stosowaniem różnych kursów dla rozliczeń transferu środków – tzw. spread walutowy. Kursy wskazane w tabeli banku *per se* odbiegały bowiem od kursów pozyskania waluty na rynku międzybankowym (projektowane były wszakże z myślą o zarabkowaniu banków na obrocie dewizami). Poza tym ta ukryta prowizja wynikała także ze różnicowania rodzajów stosowanych kursów w zależności od kierunku transferu środków (w sposób korzystny dla banku).

5. Konsekwencje prawne i ekonomiczne wynikające z kredytowania kosztów ochrony ubezpieczeniowej

Odnosząc ten mechanizm do ponoszonych przez kredytobiorcę kosztów ochrony ubezpieczeniowej, należy zwrócić uwagę na stosowanie opisanych mechanizmów (*ergo* ich przełożenie na rzeczywiste obciążenie ekonomiczne kredytobiorcy) nie tylko w celu rozliczeń dotyczących przedmiotu głównego świadczenia z umowy kredytu (udostępnienie kapitału, a następnie jego zwrot wraz z odsetkami), ale także do rozliczeń świadczeń dodatkowych, w tym właśnie z tytułu ubezpieczeń dystrybuowanych w „pakiecie” umów usług finansowych.

Zwrócić należy uwagę, że jeśli składka ubezpieczeniowa doliczana była do salda zadłużenia (jednorazowe kredytowanie kosztów ubezpieczenia), rzeczywisty koszt świadczenia ochrony ubezpieczeniowej ponoszony przez kredytobiorcę obejmował nie tylko wartość nominalną samej składki, ale również odsetki od tej części kapitału powiększające każdą kolejną ratę kredytu. Dalej,

Str. 370

choć składka wyrażona była i świadczona na rzecz ubezpieczyciela w złotych, w związku z mechanizmem indeksacji lub denominacji na poczet doliczenia do salda zadłużenia ona również podlegała przewalutowaniu – z zastosowaniem kursów bankowych, a więc z uwzględnieniem spreadu walutowego stosowanego przez bank. Nie dosyć więc, że ten ostatni czerpał korzyści z refinansowania kosztów ochrony ubezpieczeniowej (realizującej wszakże także i jego interesy) w postaci odsetek, to jeszcze naliczał je nie od rzeczywistej ich wartości, ale wyrażonej w dewizach, a więc zawyżonej o zastosowaną marżę kursową (spread). Jeśli dodać do tego poczynioną wcześniej obserwację, iż powszechnym zjawiskiem było powiększanie wyjściowej wartości kosztów ochrony ubezpieczeniowej o prowizję banku, na całokształt dodatkowych obciążeń kredytobiorcy składały się:

- 1) rzeczona prowizja „wyjściowa”;
- 2) spread walutowy – pobrany zarówno od równowartości składki rzeczywistej, jak i od prowizji „wyjściowej” (*sic!*);
- 3) odsetki obliczane od równowartości rzeczywistej składki;
- 4) odsetki obliczane od równowartości prowizji „wyjściowej”;
- 5) odsetki obliczane od tej części kapitału, który został wygenerowany na skutek zastosowania spreadu walutowego.

Zwrócić należy uwagę na punkty 2 i 5 powyższego wyliczenia – ujawniające kaskadowe narastanie rzeczywistych kosztów ochrony ubezpieczeniowej i kosztów kredytu. W zakresie bowiem, w jakim dochodziło do przewalutowania po kursie banku tej części wskazanych w umowie kosztów ubezpieczenia, która przewyższała rzeczywistą wartość składki – dochodziło *de facto* do naliczania prowizji od prowizji (pkt 2). Bank więc obciążył dodatkową opłatą za przewalutowanie wartość stanowiącą opłatę zastrzeżoną na rzecz samego siebie. Następnie, w toku spłaty każdej kolejnej raty, od wartości tej (obciążonej już podwójną prowizją) pobierał odsetki (pkt 5).

Wątpliwości co do dopuszczalności pobierania prowizji od prowizji budzą już przepisy ogólne prawa bankowego i prawa cywilnego w ogólności. Choć bowiem bank dysponuje

swobodą kształtowania katalogu i wysokości prowizji i opłat bankowych⁵⁹², podlegają one jednak ocenie z punktu widzenia elementarnej zgodności z naturą stosunku zobowiązaniowego, którego dotyczą (art. 353¹ k.c.) oraz zasad współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.)⁵⁹³. W świetle tych przepisów konstruowanie we wzorcu umownym mechanizmów prowadzących do kaskadowego narastania opłat stanowiących czysty zysk instytucji kredytowej nie może zyskać aprobaty. Istotny jest również charakter relacji zachodzących między bankiem a klientem (kredytobiorcą), których wyznacznikami powinny być uczciwość i rzetelność (będące podstawami lojalności, na jakiej opiera się w założeniu obrót na rynku finansowym).

Nie może umknąć uwadze fakt, że niezależnie od rodzaju zawartej umowy ubezpieczenia spłaty kredytu (grupowa czy indywidualna) realizuje ona również interes samej instytucji kredytowej. Ochrona ubezpieczeniowa korzystnie oddziałuje na bezpieczeństwo transakcji. Skoro więc bank jest faktycznym beneficjentem ubezpieczenia, a jednocześnie nie ponosi jego kosztów, bo te w całości obciążają kredytobiorcę, trudno w jakikolwiek sposób usprawiedliwić możliwość jeszcze dodatkowego osiągnięcia dochodów z tego tytułu⁵⁹⁴. Tymczasem art. 110 prawa bankowego, z którego wywodzi się ogólną dopuszczalność pobierania opłat i prowizji zastrzeżonych w umowie, jasno wskazuje, że stanowią one ekwiwalent za wykonywanie czynności bankowych lub innych czynności. Nie mogą to być przy tym czynności pozorne, niewymagające jakiegokolwiek aktywności od banku, oparte jedynie o stosowany przezeń na mocy zaproponowanego kredytobiorcy wzorca umownego mechanizm rozliczania kosztów ochrony ubezpieczeniowej czy ogólny mechanizm księgowania kwoty udzielonego kredytu. Nie tylko więc pobieranie prowizji „wyjściowej” w ramach kredytowanej składki ubezpieczeniowej stanowi nadużycie pozycji kontraktowej banku, ale także pobieranie dalszych prowizji w postaci spreadu nie znajduje żadnego uzasadnienia. Jeśli wszelkie rozliczenia z zakładem ubezpieczeń obciążające kredytobiorcę dokonywane być miały w walucie polskiej – nie sposób nie przyjąć, że dokonywanie jakichkolwiek operacji walutowych było jedynie pozorne (księgowe). Nawet zresztą gdyby uznać inaczej,

⁵⁹² T. Czech, *Adekwatność wysokości opłat i prowizji bankowych w stosunku do poniesionych kosztów*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 10, s. 79–92.

⁵⁹³ Wyrok SN z dnia 18 maja 2017 r. (I CSK 540/16, OSNC 2018, nr 3, poz. 32, s. 52).

⁵⁹⁴ Por. wyroki SA w Warszawie: z dnia 18 czerwca 2010 r. (VI ACa 1431/09) oraz z dnia 13 września 2012 r. (VI ACa 405/12).

działanie polegające na narażaniu kredytobiorcy na dodatkowe koszty wymiany walutowej w sytuacji, w której rodzaj i charakter celu finansowania *ex definitione* w ogóle nie wymagały zaangażowania dewizowego, kwalifikować należy w kontekście naruszenia dobrych obyczajów i interesów konsumenta (art. 385¹ k.c.). Szczególnie jeżeli świadczenie na rzecz ubezpieczyciela realizowane było przez sam ubezpieczający bank w wykonaniu *de iure* własnego obowiązku z umowy ubezpieczenia.

Co się zaś tyczy świadczenia odsetkowego, w orzecznictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie wskazuje się, iż odsetki stanowią wynagrodzenie za korzystanie z kapitału, a więc uzależnione są od wysokości sumy pieniężnej, którą dysponuje dłużnik⁵⁹⁵. Pozostawienie tej sumy do dyspozycji dłużnika nie musi oczywiście oznaczać umożliwienia mu wejścia w posiadanie odpowiadających jej znaków pieniężnych i przyjąć może formę bezpośredniego rozliczenia z wierzycielem kredytobiorcy. Nadal jednak punktem wyjścia do naliczania odsetek powinna pozostawać wartość ekonomiczna odpowiadająca realnemu przysporzeniu w majątku kredytobiorcy. Trudne do pogodzenia z takim założeniem jest pobieranie odsetek od kosztów kredytu wynikających z prawnego zabezpieczenia jego spłaty; a w szczególności odsetek od kosztów *a priori* nie będących częścią kapitału, tylko już doliczoną do niego prowizją (w tym prowizją za przewalutowanie – spread).

Przyglądając się trzeciej konstrukcji wykorzystywanej w praktyce – to jest periodycznemu kredytowaniu kosztów ubezpieczenia w drodze automatycznego podwyższania salda zadłużenia – trzeba powtórzyć wszystkie wyżej wymienione obserwacje. Równocześnie jednak nie można na tym poprzestać. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż omawiany mechanizm oparty jest na założeniu, że składka stanowi procentową wartość aktualnego salda kredytu (wyznaczającego jednocześnie wysokość sumy ubezpieczenia – stąd proporcjonalność wysokości składki do aktualnej wysokości zadłużenia). Tymczasem już w chwili uruchomienia kredytu punktem wyjścia do określenia poziomu minimalnej sumy zabezpieczenia jest nie tylko kwota rzeczywiście udzielonego kredytu, ale także doliczony do niej spread (inkorporowany w kursie kupna / sprzedaży, po którym doszło do wyliczenia salda zadłużenia albo wypłaty środków w zależności od

⁵⁹⁵ Uchwała SN z dnia 5 kwietnia 1991 r. (III CZP 21/91, OSNC 1991, nr 10–12, poz. 121); por. również wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r. (I CSK 46/11).

wariantu kredytu). Jednakże już z chwilą każdej kolejnej aktualizacji ochrony – następującej w toku spłaty kredytu – suma ta obliczana jest nie od wartości niespłaconego kapitału „zasadniczego”, przez który rozumieć należy kapitał przeznaczony na główny cel kredytowania, lecz także od tej jego części, która poprzednio została doń doliczona tytułem składki właśnie (*sic!*). Szczególnie w początkowych latach spłaty kredytu – jeśli przyjęto (jak w większości przypadków) metodę spłaty w ramach tzw. rat równych – zdarzać się mogło, że mimo upływu kilkunastu, a nawet kilkudziesięciu miesięcy spłaty salda zadłużenia nadal pozostawało na takim samym poziomie jak początkowo. Wartość bowiem doliczana do salda zadłużenia tytułem odnowienia ochrony ubezpieczeniowej (odpowiedni procent salda zadłużenia) mogła oscylować wokół sumy wartości dotychczas spłaconej części kapitału. Skoro bowiem w pierwszym okresie spłaty przytłaczająca część każdej raty kapitałowo-odsetkowej zaliczana jest na poczet odsetek, w niewielkim tylko stopniu na poczet kapitału właśnie – to nawet *prima facie* niepozorna wartość (1 czy 2% salda zadłużenia) doliczana tytułem odnowienia ubezpieczenia, mogła doprowadzić do powrotu do wartości wyjściowej (z chwili uruchomienia linii kredytowej).

Mechanizm taki powszechnie był wykorzystywany przy ubezpieczeniu niskiego wkładu własnego, stanowiącym co do zasady ubezpieczenie własne banku (kredytobiorca pozostawał więc poza stosunkiem ubezpieczenia i poza orbitą jego korzystnego oddziaływania⁵⁹⁶). Kredytobiorca – na podstawie postanowień umowy kredytu – ponosił koszty tego ubezpieczenia do czasu, aż wartość niespłaconego kapitału spadnie poniżej określonego progu wartości nieruchomości (LtV⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Już sama dopuszczalność obciążania kredytobiorcy kosztami ubezpieczeń ryzyk własnych banku, niezależnie od przyjętego mechanizmu rozliczenia tych kosztów, kwestionowana jest w doktrynie i orzecznictwie; por. M. Olszak, T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, *Prawna i ekonomiczna analiza klauzuli ubezpieczenia niskiego wkładu własnego w umowach o kredyt hipoteczny*, CARS, Warszawa 2014, s. 4–6; D. Rogoziński, *Dopuszczalność transferu ciężaru składki ubezpieczeniowej na kredytobiorców w ubezpieczeniach ryzyk kredytowych*, [w:] M. Balcerowski, D.R. Bożek (red.), *Aktualne problemy i wyzwania ubezpieczeń*, Ius Vitae, Warszawa 2018, s. 44–56; wyroki SOKiK: z dnia 24 sierpnia 2012 r. (XVII AmC 2600/11 – wpis do Rejestru klauzul niedozwolonych nr 6068) oraz z dnia 6 sierpnia 2009 r. (XVII AmC 624/09 – wpis do Rejestru klauzul niedozwolonych nr 1797); wyroki SO w Warszawie: z dnia 7 października 2016 r. (XXVII Ca 3088/16), z dnia 11 października 2016 r. (XXVII Ca 2342/16), z dnia 14 października 2016 r. (XXVII Ca 2922/16), z dnia 31 marca 2017 r. (V Ca 4418/15) oraz wyrok TS UE z dnia 26 lutego 2015 r. w sprawie C-143/13, *Matej przeciwko SC Volksbank România SA* (ECLI:EU:C:2015:127). Niezależnie od tego istotne wątpliwości budzić może również mechanizm działania tych ubezpieczeń – co podlegać będzie dalszej analizie w niniejszym artykule.

⁵⁹⁷ LtV (ang. *Loan to value*) – współczynnik określający stosunek kwoty udzielanego / wnioskowanego kredytu do wartości zabezpieczenia (wartości nieruchomości obciążonej hipoteką). Używany zarówno przez banki przy ocenie

– najczęściej próg ten wynosił 80%). Obie te wartości wyrażone miały być jednak w złotych – wartość niespłaconego kapitału po przeliczeniu według kursu banku na dzień, w którym weryfikowany był obowiązek dalszego utrzymywania zabezpieczenia kredytu tego rodzaju; wartość nieruchomości zaś według wartości zakupu (wyceny w toku analizy zdolności kredytowej) lub też wartości wyceny dokonanej przez bankowego rzeczoznawcę w toku spłaty kredytu (o ile możliwość taką dopuszczała umowa). W przypadku tych ubezpieczeń materializacja ryzyk związanych z waloryzacją kredytu do kursu waluty obcej⁵⁹⁸ doprowadziła do radykalnych skutków – w tym czasami do kilkukrotnego przewyższenia kosztów zaciągnięcia kredytu bez wymaganego wkładu własnego wobec potencjalnej wartości tego wkładu. Jeśli bowiem na skutek deprecjacji złotego względem waluty obcej doszło do realnego zwiększenia wysokości zadłużenia w złotych o kilkadziesiąt procent (w przypadku franka szwajcarskiego było to około 40%), to mimo terminowej spłaty kredytu wskaźnik LtV długo nie odpowiadał zakładanemu minimum. Z uwagi na fakt, iż koszty takiego ubezpieczenia ponoszone przez kredytobiorcę były stosunkowo znaczne (często około 2–3% aktualnego salda kredytu, doliczane co kilka lat), a spłata samego kredytu następowała w ratach równych, aktualizacja ochrony ubezpieczeniowej prowadziła w wielu przypadkach do przewyższenia wyjściowej wysokości salda zadłużenia, tym samym oddalając kredytobiorcę od minimalnego oczekiwanego progu spłaty kredytu, który skutkowałby ustaniem obowiązku odnawiania ochrony. Tak ukształtowany mechanizm prowadził do powstania zjawiska błędnego koła w rozliczeniu kredytu – regularna spłata kapitału „korygowana” była o jego zwiększenie w drodze podwyższenia salda zadłużenia w związku z odnowieniem ochrony ubezpieczeniowej – po czym dalsza regularna spłata prowadziła do powrotu mniej więcej do tego samego punktu (a więc znów nie był osiągnięty oczekiwany wskaźnik LtV).

Przy normatywnej ocenie opisywanych mechanizmów kluczową pozostaje asymetria informacyjna pomiędzy ubezpieczonym-kredytobiorcą a tymczasowo finansującym koszty ochrony

ryzyka kredytowego na etapie oceny zdolności kredytowej wnioskodawcy, jak i do oceny stabilności finansowej oraz jakości portfela kredytowego banku przez agencje ratingowe i organy nadzoru (KNF).

⁵⁹⁸ Por. A. Jurkowska-Zeidler, *Asymetria ryzyka a zasada sprawiedliwości społecznej na tle problemu kredytów we frankach szwajcarskich*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. 35, s. 132; S.J. Adamczyk, J. Czabański, *Optymalność kredytu powiązanego z kursem CHF w świetle teorii ekonomicznych i danych historycznych*, [w:] J. Ostaszewski, M. Wrzesiński (red.), *Etyka, sprawiedliwość i racjonalność w dorobku nauki o finansach w latach 1918–2018*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2018, s. 32–33.

ubezpieczeniowej bankiem. Trudno nie ulec wrażeniu celowego wykorzystywania tego zjawiska przybierającego znamiona *missellingu*. Nie sposób bowiem uznać za intuicyjne czy łatwe do uchwycenia – nawet dla stosunkowo uważnego i rozważnie podchodzącego do swoich spraw kredytobiorcy (szczególnie konsumenta) – rzeczywiste konsekwencje płynące z zastrzeżenia w umowie mechanizmu kredytowania kosztów ubezpieczenia spłaty kredytu. Konsument, działający w usprawiedliwionym elementarnym zaufaniu do banku (pozostającym wszakże instytucją opierającą istotę swojej działalności na tymże zaufaniu), mógł pozostawać w błędnym przeświadczeniu co do rzeczywistych kosztów ochrony ubezpieczeniowej i faktycznej atrakcyjności zaproponowanych mu warunków. Nominalna wysokość składki wskazana w umowie kredytu sprawiać mogła wrażenie korzystnej, podczas gdy już informacja o globalnych kosztach z nią związanych, na które składały się dodatkowe prowizje, opłaty i odsetki, potencjalnie całkowicie zmieniłaby tę ocenę.

Wątpliwości budzi ujmowanie kosztów świadczenia ochrony ubezpieczeniowej – zbiorczo – w ramach kosztów kredytu. Nie można tracić z pola widzenia autonomii instytucji umowy ubezpieczenia, która – niezależnie od funkcji pełnionych w obrocie – pozostaje odrębnym, autonomicznym kontraktem. Zaliczanie kosztów ochrony ubezpieczenia do kosztów kredytu prowadzi do instrumentalizacji tej – silnie przecież ugruntowanej w świadomości społecznej i korzystającej z dorobku tradycji – instytucji prawa cywilnego i sprowadza jej znaczenie w kontekście zawieranej umowy bankowej do „dodatкового kosztu”, podobnego do odsetek, opłat czy prowizji.

W kontekście kredytowania kosztów ubezpieczenia, stanowiącego równoległe prawne zabezpieczenie spłaty wierzytelności, zwrócić należy uwagę na fakt, iż umowa kredytu definiowana jest także przez cel finansowania (przeznaczenie środków – zob. art. 69 ust. 1 prawa bankowego). Jeśli więc kredytobiorca nie obejmował wnioskiem kredytowym dodatkowego celu w postaci finansowania kosztów potencjalnej ochrony ubezpieczeniowej, a było to następstwem wskazania przez bank dopiero w treści decyzji kredytowej konkretnego ubezpieczenia jako warunku uruchomienia kredytu, samo zaś kredytowanie składki wynikało ze stosowanego przez bank wzorca umowy, trudno ujmować te koszty w ramach „kwoty udzielonego kredytu” (kapitału). Szczególne wątpliwości budzić może sytuacja, w której kredytowaniu podlegała składka z tytułu

ubezpieczenia grupowego, do której uiszczenia na mocy art. 808 § 3 k.c. zobowiązany był jedynie sam bank. Trudno bowiem ująć w kategoriach potrzeb kredytobiorcy (cel finansowania) zobowiązanie, które *de iure* obciąża kredytodawcę.

Rozważyć można również, czy nie dochodziło do zawarcia *de facto* dwóch zobowiązań kredytowych. Skoro ustawodawca umieścił cel finansowania wśród *essentialia negotii* umowy kredytu, to wykładnia przeprowadzona z uwzględnieniem funkcji ochronnej zarówno przepisów prawa bankowego, jak i konsumenckiego mogłaby prowadzić w konsekwencji do przyjęcia, iż kredytowi „głównemu” zaciągniętemu na cel, którego sfinansowania *de facto* poszukiwał kredytobiorca, towarzyszył kredyt „dodatkowy”, służący sfinansowaniu kosztów ochrony ubezpieczeniowej. Taka normatywna dyferencjacja pociąga za sobą skutki dla realizacji drugiego z tych kredytów, bowiem w sytuacji, w której kwota finansowanej składki ubezpieczeniowej nie przekraczałyby 80 000 zł (do 2011 r., po 2011 r. – 255 550 zł), podlegałyby on w całości rygorom ustawy o kredycie konsumenckim, a więc i regulacji art. 15 (sankcja darmowego kredytu na wypadek niedochowania przez bank obowiązków informacyjnych wynikających z ustawy)⁵⁹⁹. Wszakże gdyby inicjatywa sfinansowania kosztów ubezpieczenia wyszła od samego kredytobiorcy – i w tym zakresie poszukiwałby on kredytu gotówkowego – zyskałby ochronę wynikającą z tejże ustawy. Trudno znaleźć więc aksjologiczne uzasadnienie pozbawienia kredytobiorcy tej ochrony w sytuacji, w której to ze strony banku wyszła inicjatywa kredytowania kosztów ochrony ubezpieczeniowej, zaś rolą konsumenta było tylko dokonać wyboru, czy przystąpić do umowy w takim kształcie, czy też poszukiwać kredytu gdzie indziej.

6. Podsumowanie

Skoro za punkt wyjścia przyjmuje się ponoszenie kosztów zabezpieczenia przez kredytobiorcę w jego własnym zakresie; skoro też sama umowa kredytu definiowana jest przez cel finansowania – to wszelkie argumenty normatywne i aksjologiczne przemawiają za tym, by zastosowaniu mechanizmów umownych, które podlegały omówieniu w niniejszej części Raportu, towarzyszyło dochowanie przez bank odpowiedniej procedury, w tym dopełnienie obowiązków

⁵⁹⁹ Oczywiście sankcja ta obejmowałaby jedynie kredyt nazwany tu roboczo „kredytem dodatkowym”. W kontekście ekonomicznym dotyczyłaby więc jedynie tej części ogólnej sumy zobowiązań kredytobiorcy, która odpowiadałaby wysokości skredytowanej składki.

informacyjnych w sposób zapewniający należyłą ochronę konsumentowi i respektujący jego prawo do rzetelnej informacji o wszelkich kosztach świadczonych usług finansowych. Wobec skomplikowania mechanizmów, jakimi rządzą się operacje na kredycie w toku jego spłaty (wykraczające poza zdolności analityczne przeciętnego konsumenta), jedynie przedstawienie symulacji kosztów kredytu i – z osobna – kosztów kredytowania składki ubezpieczeniowej daje takie gwarancje. W oparciu o doświadczenia płynące głównie z okresu popularności kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej należy dokonać rewizji dotychczasowych poglądów doktryny i orzecznictwa, zwracając uwagę na rosnącą potrzebę wykorzystywania instrumentów analizy ekonomicznej w celu normatywnej kwalifikacji zjawisk zachodzących na rynku finansowym, w tym w obrocie konsumenckim.

Skuteczność dochodzenia swoich praw przez konsumentów kredytobiorców kredytów indeksowanych / denominowanych do walut obcych

dr hab. Tomasz Nowak, frankowicz

Marek Rzewuski, wiceprezes Stowarzyszenia Stop Bankowemu Bezprawiu

1. Uwagi wstępne

Ruch społeczny Stop Bankowemu Bezprawiu (SBB) jest odpowiedzią klientów sektora finansowego, w szczególności bankowego, na nieprawidłowości na polskim rynku usług finansowych. Choć Stowarzyszenie powstało w reakcji na dysfunkcję systemu, w wyniku której banki wprowadziły do obiegu gospodarczego prawie milion nieuczciwych umów kredytowych powiązanych z kursem walut obcych, to zakres działalności Stowarzyszenia znacznie wybiega poza ramy określone przez problem tzw. kredytów frankowych. Od kilku lat SBB nie tylko szczegółowo monitoruje działalność sektora finansowego oraz organów nadzorczych, lecz także organizuje akcje informacyjne oraz inicjuje działania mające na celu systemową poprawę ochrony konsumenta. Stowarzyszenie podejmuje inicjatywy ustawodawcze, zgłasza zauważone błędy w krajowej implementacji dyrektyw wspólnotowych oraz wskazuje wyroki sądowe łamiące unijne prawo, kieruje petycje do prezesów sądów oraz wnioski o informację publiczną do urzędów nadzoru, prowadzi akcje informacyjne kierowane do parlamentarzystów oraz mediów. W swojej działalności Stowarzyszenie stara się również wspierać poszkodowanych klientów sektora bankowego w postępowaniach sądowych. Na bazie tych doświadczeń możliwe staje się wskazanie kilku obszarów, które sprawiają, że ochrona konsumenta przed nieprawidłowościami w sektorze bankowym jest utrudniona, a postępowania sądowe (jeśli już do takich dojdzie) są długotrwałe, kosztowne i obciążone zbyt dużą dozą losowości.

Pisząc najogólniej, sytuacja, w której w sektorze instytucji zaufania publicznego – a więc w sektorze szczególnie nadzorowanym przez państwo⁶⁰⁰ – zaistniało prawie milion nieuczciwych umów⁶⁰¹ może być wyrazem: (1) słabego lub niejasnego prawa, (2) nieskuteczności organów nadzoru oraz (3) wyraźnego niedomagania krajowego systemu sądownictwa (zwłaszcza w zakresie prawa ochrony konsumenta, które dopiero w ciągu ostatnich kwartałów jest faktycznie wdrażane do dorobku judykatury, oraz w zakresie prawa bankowego, wciąż czekającego na gruntowną analizę). Z uwagi na fakt, iż obecnie istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo systemowej naprawy sytuacji, przykładowo poprzez przyjęcie przez Sejm odpowiednich regulacji ustawowych lub poprzez wzrost skuteczności działań organów nadzoru, jedyną efektywną reakcją osób poszkodowanych przez sektor finansowy jest wystąpienie na drogę sądową. Niniejszy artykuł wskazuje niektóre problemy, z którymi zmagają się osoby zmuszone do sądowej walki o prawa konsumenta na rynku finansowym.

2. Otoczenie prawne

W polskim systemie prawnym istnieje kilka aktów, które regulują działalność sektora bankowego. Są to w szczególności: prawo bankowe, ustawa o Narodowym Banku Polskim, prawo dewizowe oraz akty prawne dotyczące szeroko pojętego nadzoru (ustawa o nadzorze nad rynkiem finansowym, ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, a także wspólnotowe przepisy o naprawie oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków, tzw. dyrektywa BRRD). Całość regulacji prawnych obejmujących sektor bankowy jest materią bardzo skomplikowaną, na której swoje piętno odciskają zarówno złożone zagadnienia ekonomiczne (np. kreacja pieniądza kredytowego, regulacje dotyczące rezerw obowiązkowych i kapitałów własnych), nietatwe zagadnienia prawne (np. pojęcie środków pieniężnych, instytucja depozytu nieprawidłowego, środki na rachunku bankowym jako wierzycielność klienta), a także regulacje wynikające ze zmieniającego się statusu Polski jako członka międzynarodowego rynku finansowego (stopniowa

⁶⁰⁰ Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 15 marca 2011 r. (P 7/09) stwierdził: „Charakter instytucji zaufania publicznego wynika nie z zaufania do grupy zawodowej bankowców, ale z postrzegania banków jako instytucji pozostających pod specjalnym nadzorem państwa”.

⁶⁰¹ NIK, *Informacja o wynikach kontroli. Ochrona praw konsumentów korzystających z kredytów objętych ryzykiem walutowym*, P/17/111/KBF, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/kredyty-frankowe-panstwo-pozwolilo-bankom-na-zbyt-wiele.html>.

wymienialność złotówki, wstąpienie do Unii Europejskiej, zmiany w prawie dewizowym, implementacje dyrektyw wspólnotowych, regulacje pokryzysowe związane z kontrolowaną upadłością banków itd.). Na złożoność systemu prawnego wpływa także lobbystyczna działalność samych banków, które poprzez swój związek inicjują korzystne dla siebie zapisy lub doraźne – a często wątpliwe prawnie – interwencje ustawodawcy, który stara się chronić sektor bankowy przed skutkami działania samego sektora (patrz np. tzw. ustawa antyspreadowa⁶⁰² czy *lex* PKO BP⁶⁰³). W rezultacie dla przeciętnego użytkownika polskiego systemu prawa nie są przykładowo czytelne różnice pomiędzy:

- pieniądzem (znaki pieniężne, gotówka, prawny środek płatniczy) a środkami pieniężnymi (stan rachunku bankowego będący zobowiązaniem banku do wypłaty gotówki, umowny środek płatniczy);
- walutą (obce znaki pieniężne, zagraniczna gotówka) a dewizami (zapisy bankowe i dokumenty pełniące funkcję środka płatniczego),
- kredytem (pojęcie ekonomiczne, opisujące mechanizm bankowej kreacji pieniądza bezgotówkowego istniejącego w oderwaniu od gotówki – jako zapis na rachunku bankowym) a umową kredytową (pojęcie prawne, opisujące umowę czasowego i odpłatnego oddania do dyspozycji środków pieniężnych powstałych w kredycie);
- umową kredytową (operującą na środkach pieniężnych) a pożyczką pieniężną (przekazanie na własność znaków pieniężnych, z zastrzeżeniem zwrotu) itd.

Co więcej, sami przedstawiciele banków mają kłopot z prawidłowym odczytaniem obowiązującego prawa, czego jawnym świadectwem było stwierdzenie dotyczące rzekomej

⁶⁰² Ustawa z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 165, poz. 984), która choć wprowadziła termin „umowa o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska”, nie określiła, czym taki kredyt indeksowany lub denominowany winien się charakteryzować - czyli jak powinien wyglądać prawidłowy mechanizm indeksacji lub denominacji. Taka regulacja prawna jest tym bardziej zaskakująca w sytuacji, w której polskie ustawodawstwo w ogóle nie używa terminu „umowa o kredyt dewizowy”, tzw. Walutowy. Choć akurat ten rodzaj kredytu ma jasne oparcie w przepisach prawa dewizowego (i na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 18, wiadomo czym taki kredyt winien się charakteryzować).

⁶⁰³ Ustawa z dnia 17 stycznia 2019 r. o zmianie ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 326), która zmienia art. 95 ust. 5 prawa bankowego w ten sposób, by bank PKO BP mógł uprawomocnić błędne wpisy w księgach wieczystych powstałe na skutek nieprawidłowości w procedurze przejęcia Nordea Bank.

fikcyjności zasady walutowości, autorstwa prezesa Związku Banków Polskich⁶⁰⁴, lub opinia T. Czecha, redaktora naczelnego „Monitora Prawa Bankowego”, który wbrew stanowisku Rady Prawa Bankowego przy ZBP twierdzi, że kredyt denominowany jest kredytem walutowym⁶⁰⁵. Podobnie instytucje państwa polskiego, w tym Sąd Najwyższy, mają niekiedy kłopot z prawidłowym odczytaniem waluty w kredytach złotych uzależnionych od kursu waluty obcej lub w ogóle z odróżnieniem umowy pożyczki od umowy kredytowej⁶⁰⁶. Stwierdzić zatem należy, że w tak niejednoznacznym otoczeniu prawnym ochrona konsumenta rynku finansowego jest bardzo utrudniona.

Niewątpliwie do zdecydowanej poprawy sytuacji przyczyniłyby się gruntowana rewizja obecnego prawa związanego z sektorem bankowym, upowszechnienie prawidłowego rozumienia niejasnych pojęć i terminów, a jeśli to konieczne – także wprowadzenie jednoznacznych definicji. Dużą rolę w tym zakresie powinno odgrywać środowisko akademickie, pełniąc rolę krytycznego recenzenta obecnych regulacji prawnych, tworząc doktrynę prawną lub inicjując zmiany. Do działań mających na celu jednoznaczność i jednakową wykładnię stosowanego prawa należałoby także – a może przede wszystkim – zaliczyć możliwe działania Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Warto jednak przypomnieć, że podjęta w tym zakresie inicjatywa Prezes Sądu Okręgowego w Warszawie⁶⁰⁷, nie doczekała się jak dotąd reakcji Sądu Najwyższego.

W nawiązaniu do powyższego Stowarzyszenie Stop Bankowemu Bezprawiu przedstawia poniżej kilka przykładowych zagadnień prawa bankowego, które wymagają jasnej interpretacji, tak by w pełni urzeczywistnić przesłanie art. 3. Konstytucji głoszącego, że Rzeczpospolita Polska jest

⁶⁰⁴ M. Piasecka-Sobkiewicz, *Zapłata w walucie obcej będzie możliwa*, „Gazeta Prawna” z 16.04.2008: „Zerwanie z zasadą walutowości usuwa pewną fikcję istniejącą obecnie na przykład przy udzielaniu i wypłacie kredytów walutowych – ocenia Jerzy Bańka ze Związku Banku Polskich”, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/13930,zaplata-w-walucie-obcej-bedzie-mozliwa.html>.

⁶⁰⁵ T. Czech, *Splata kredytu udzielonego w walucie obcej lub indeksowanego do waluty obcej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 11.

⁶⁰⁶ Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 marca 2017 r. (IV CSK 285/16): „W literaturze i orzecznictwie nie zostały wypracowane jednolite i wyraźne kryteria pozwalające na odróżnienie umowy o kredyt bankowy od umowy pożyczki pieniężnej”.

⁶⁰⁷ Wystąpienie Prezesa SO w Warszawie SSO Joanny Bitner do prof. Małgorzaty Gersdorf – Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2018 r. w sprawie Wiz. 40-38/17, <http://bip.warszawa.so.gov.pl/attachments/download/6176>.

państwem jednolitym, co odnosi się w szczególności do jednolitej interpretacji obowiązującego prawa.

2.1. Instytucja waloryzacji a mechanizm zamiany (obniżenia) oprocentowania kredytu złotowego

Jednolitej interpretacji wymaga zagadnienie, czy mechanizm, w którym bank zamienia (obniża) oprocentowanie w kredycie złotowym w zamian za przyjęcie ryzyka kursowego, odpowiada instytucji waloryzacji (dopuszczoną art. 358¹ § 2 k.c.). Innymi słowy, czy mechanizm ekonomiczny, którego celem nie jest zwrot „kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami” (ani utrzymanie siły nabywczej udostępnionego kapitału) jest dopuszczalnym, na podstawie zasady swobody umów, wariantem umowy kredytowej? Do tej pory orzecznictwo nie wypracowało na ten temat jednolitego poglądu, a sądy powszechne wyrokiem całkowicie rozbieżnie. Dla jednych składów orzekających mechanizm obniżenia oprocentowania w zamian za przyjęcie ryzyka kursowego ma charakter waloryzacyjny i mieści się w definicji umowy kredytowej, natomiast dla innych – jest powodem do zakwestionowania całego kontraktu, jako niezgodnego z art. 69 prawa bankowego (z uwagi na brak możliwości zwrotu „wykorzystanego kredytu”).

2.2. Prawidłowy mechanizm waloryzacji kredytu kursem waluty obcej

Ustawodawca, nowelizując w 2011 r. prawo bankowe poprzez wskazanie elementów umowy koniecznych do zawarcia kontraktu o kredyt indeksowany lub denominowany, nie przybliżył, jak powinien wyglądać prawidłowy, a więc zgodny z art. 69 prawa bankowego, mechanizm indeksacji (denominacji). Wobec powyższego sądy najczęściej (choć chyba zbyt optymistycznie) przyjmują, iż każdy kredyt zawarty na podstawie umowy o kredyt indeksowany / denominowany musi być zgodny z prawem. Analogią do tej sytuacji jest przyjęcie, iż samochód nabyty na podstawie ważnej umowy kupna-sprzedaży spełnia wszystkie wymagania techniczne i jest sprawny. Natomiast zarówno ze względów ekonomicznych, jak i prawnych nie wydaje się, by mechanizm indeksacji / denominacji stosowany przez większość banków (to jest mający na celu obniżenie oprocentowania w kredycie złotowym, a nie zachowanie siły nabywczej udostępnionych środków pieniężnych) był prawidłowy. Zdefiniowanie poprawnego pod względem ekonomicznym i prawnym mechanizmu waloryzacji kredytu z wykorzystaniem kursu waluty obcej jest zagadnieniem złożonym i wykracza znacznie poza ramy tego opracowania, ale warto przypomnieć,

Str. 383

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

iż sam mechanizm waloryzacji kursem waluty miał zastosowanie w czasach, gdy system bankowy był oparty na parytecie złota⁶⁰⁸ oraz nie stosowano oprocentowania zmiennego, powiązanego z miernikiem inflacji. Natomiast kurs walutowy był regulowany przez państwo (złoty polski nie był walutą wymienną). W tych warunkach kurs waluty mógł faktycznie służyć jako miernik siły nabywczej złotówki. Niestety, doktryna i judykatura w przeważającej mierze nie odnotowały skutków końca systemu z Bretton Woods ani konsekwencji wprowadzenia zmiennego oprocentowania powiązanego z miernikiem inflacji⁶⁰⁹. Nie doczekaliśmy się także reakcji systemu prawa na fakt, że przynajmniej od 2000 r. (od kiedy uwolniono kurs złotego) kurs najważniejszych walut obcych jest odwrotnie proporcjonalny do inflacji w Polsce, a więc z definicji nie może służyć jako prawidłowy waloryzator; ani na fakt, że obecnie 95% obrotu dewizowego ma charakter spekulacyjny, a jedynie w 5% przypadków dochodzi do faktycznego nabycia walut na potrzeby gospodarki realnej. Jako chlubny wyjątek głosu judykatury w tym temacie należy wskazać uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1992 r.⁶¹⁰, w treści której Sąd wymienił następujące cechy prawidłowej umowy kredytu waloryzowanego: (1) negocjacje stron, (2) kurs waluty jako czynnik definiujący i zmieniający oprocentowanie (czytaj: zmiana kursu waluty stanowi oprocentowanie zmienne samo w sobie, co wyklucza stosowanie dodatkowego czynnika zmieniającego oprocentowanie, np. LIBOR), jak również (3) zwyczajowe powiązanie miernika waloryzacyjnego ze sposobem zarabkowania kredytobiorcy („rolnikowi – zbożem, przedsiębiorcy – walutą”). W podobnym tonie wypowiedział się prof. Andrzej Stelmachowski⁶¹¹, który proponował, by waloryzację kursem waluty łączyć ze stałym oprocentowaniem. Warto także przywołać

⁶⁰⁸ Jeszcze do 1982 r. złoty posiadał jasno zdefiniowany parytet w złocie i walutach obcych. Na przykład według art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zmianie systemu pieniężnego (Dz. U. z 1950 r. Nr 50 poz. 459) 1 złoty miał wartość 0,222168 g czystego złota, co stanowiło równowartość 1 rubla oraz ¼ dolara.

⁶⁰⁹ Ustawa z dnia 28 grudnia 1989 r. o uporządkowaniu stosunków kredytowych (Dz. U. z 1989 r. Nr 74 poz. 440) przymusowo zmieniała warunki zawartych wcześniej umów kredytowych o stałym oprocentowaniu na oprocentowanie zmienne oraz wiązała stopę oprocentowania ze stopą inflacji.

⁶¹⁰ III CZP 141/91: „W wyniku negocjacji prowadzonych przez strony mogą być też zróżnicowane kryteria zmiany oprocentowania; np. w odniesieniu do kredytów udzielanych rolnictwu może być przyjęta tzw. klauzula waloryzacyjna zbożowa, a w odniesieniu do kredytów udzielanych przedsiębiorstwom tzw. klauzula walutowa”. UWAGA: Wszystkie podkreślenia w tekście pochodzą od autorów artykułu.

⁶¹¹ Uchwała Senatu z dnia 26 kwietnia 1990 r. w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy o usprawnieniu realizacji zobowiązań pieniężnych: „Art. 2: Banki mogą udzielać kredytów o stałej stopie oprocentowania przy uzależnieniu wysokości kapitału od innego niż pieniądź miernika wartości (klauzula zbożowa, klauzula złota, klauzula walutowa i inne)”, http://ksi.home.pl/archiwaprzelomu/obrazy/AP-6-1-1-23_47.PDF.

pojedyncze głosy doktryny o konieczności ograniczenia mechanizmu waloryzacji kursem waluty poprzez parametr powiązany z poziomem inflacji lub przepisami o odsetkach maksymalnych albo poprzez ustalony limit maksymalnego wzrostu waloryzatora (np. do 50%), tudzież poprzez mechanizm tzw. „korytarza walutowego”⁶¹².

Z uwagi na fakt, że mechanizm indeksacji / denominacji stosowany przez banki jest całkowicie odmienny od wspomnianych rozwiązań, a jednocześnie judykatura nie wypracowała odpowiedniego wzorca – i takiego modelowego mechanizmu indeksacji / denominacji nie ma także w przepisach prawa – nie wydaje się możliwe, by sądy powszechne miały solidną podstawę do orzekania o zgodności z prawem konkretnej umowy o kredyt indeksowany / denominowany. Stąd też konieczność podjęcia interwencji przez Sąd Najwyższy wydaje się oczywista.

2.3. Definicja terminu „określić” (w odniesieniu do kwoty i waluty kredytu, art. 69 prawa bankowego)

Wciąż brakuje jednolitego, zgodnego stanowiska judykatury na termin „określić”, występujący w art. 69 prawa bankowego, w odniesieniu do konieczności określenia w umowie kredytu zarówno kwoty, jak i waluty. W praktyce ścierają się dwa podejścia. Pierwszy pogląd wskazuje, iż określenie kwoty w umowie kredytowej powinno nastąpić bezpośrednio i musi być wyrażone w liczbach. Natomiast drugi pogląd dopuszcza określenie kwoty kredytu z wykorzystaniem innego dobra referencyjnego⁶¹³ (np. jako równowartość ceny w złotych określonej liczby kwintali żyta albo złotowa równowartość określonej w umowie ilości waluty obcej). Co ciekawe, zwolennicy pierwszego poglądu nie prezentują już tak ortodoksyjnego spojrzenia w przypadku określenia waluty kredytu (mimo że zarówno literalnie art. 69 prawa bankowego, jak i doktryna tego wymagają). Dopuszczają oni możliwość pominięcia w umowie zapisu: „Walutą kredytu jest XXX” lub równoważnego: „Kredyt został udzielony w XXX”, przyjmując, że jednostka monetarna kwoty kredytu musi być tożsama z jednostką monetarną waluty kredytu (choć od wielu

⁶¹² <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/4472>.

⁶¹³ Por. W. Pyziół, *Umowa o kredyt bankowy*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1986, s. 95: „W każdym przypadku bank oddaje do dyspozycji kredytobiorcy określoną ilość środków pieniężnych. Nie oznacza to jednak, iż strony w umowie muszą określić sumę kredytu w sposób cyfrowy. Wystarczy w tym względzie określenie podstawy do wyznaczenia wysokości kredytu w przyszłości”.

lat art. 69 prawa bankowego nie stawia takiego wymogu⁶¹⁴). Wydaje się, że spór rozstrzygnął jednoznacznie ustawodawca w 2011 r., gdy do konieczności określenia kwoty i waluty kredytu dodał wymóg, stosowany w przypadku kredytów indeksowanych (denominowanych), by szczegółowo określić także zasady ustalania kursu wymiany walut na potrzeby m.in. „wyliczenia kwoty kredytu”. Skoro zatem zasady wyznaczania kursu są potrzebne do wyliczenia kwoty kredytu, to znaczy, że kwota kredytu nie musi zostać bezpośrednio (liczbowo) podana w umowie, a jej określenie może nastąpić poprzez zastosowanie dobra referencyjnego (np. ilości waluty obcej) oraz jego ceny jednostkowej (np. kursu waluty). Istnieje natomiast wymóg, by takie przeliczenie było jednoznaczne, a jego zasady szczegółowo zdefiniowane w umowie i niezależne od stron. A ponieważ definicja terminu „określić” nie zmieniła się wraz z publikacją noweli prawa bankowego, można zatem przyjąć, że termin „określić” nie wymagał podania bezpośrednio (liczbowo) kwoty kredytu także przed 2011 r., dopuszczając jej wyliczenie z zastosowaniem ceny dobra referencyjnego.

Choć takie rozumienie zagadnienia zostało potwierdzone przez oficjalne stanowisko państwa⁶¹⁵, to wciąż pojawiają się orzeczenia, które identyfikują jednostkę monetarną równowartości kwoty kredytu z jego walutą („skoro kwota w walucie, to kredyt musi być walutowy”). Bez wątplenia sytuacja taka winna zmotywować Sąd Najwyższy do jednoznacznej reakcji.

2.4. Waluta w kredycie denominowanym

Judykatura nie poradziła sobie również z jednoznacznym określaniem waluty w kredycie denominowanym. Jest to spowodowane dwoma czynnikami: zakorzenionym oczekiwaniem, że kwota kredytu jest bezpośrednio (liczbowo) podana w treści umowy, oraz faktem, że w niektórych przypadkach banki celowo pomijały w umowie jasne określenie waluty kredytu (np. w umowach *Własny Kąt*, oferowanych przez PKO BP, nie ma zapisów: „walutą kredytu jest XXX” lub „kredyt

⁶¹⁴ Do czasu obowiązywania ustawy z dnia 31 stycznia 1989 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 1989 r. Nr 4 poz. 21) w umowie kredytu wystarczyło określić kwotę, której jednostka monetarna definiowała jednocześnie walutę zobowiązania (art. 27).

⁶¹⁵ Stanowisko RP w sprawie TSUE C-126/17 – Czakó, pkt 22: „Sąd nie może stwierdzić, że przedmiotem umowy kredytu jest kwota inna, niż ta która została wskazana w umowie wprost lub w sposób opisowy (którą można wyinterpretować z umowy zgodnie z regułami wykładni obowiązującej w krajowym porządku prawnym)”.
Str. 386

został udzielony w XXX”). Abstrahując od retorycznego pytania, czy kredyt bez czytelnego określenia jego waluty jest ważny (skoro nie definiuje *essentialia negotii*), warto przypomnieć, że na etapie noweli prawa bankowego w 2011 r. żadna z instytucji zaangażowanych w opiniowanie nowych przepisów (bank centralny, Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, Związek Banków Polskich) nie miała wątpliwości, iż kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska musi z definicji być kredytem w złotych (waluta kredytu = PLN), bo tylko wówczas mechanizm indeksacji (denominacji) ma sens^{616, 617, 618, 619}. Niestety, za część obecnego bałaganu interpretacyjnego odpowiada sam Sąd Najwyższy, który w niektórych orzeczeniach sugeruje, iż kredyt denominowany jest kredytem dewizowym (walutowym). Nie wspiera się przy tym przepisami prawa (np. definicją obrotu wartościami dewizowymi w kraju), ale innym swym orzeczeniem – najczęściej z dnia 25 marca 2011 r.⁶²⁰ Pomijając fakt, że wspomniane orzeczenie nie jest dobrą referencją ogólną z uwagi na nierozpoznanie abuzywności klauzul przeliczeniowych (umowa dotyczyła przedsiębiorcy), to Sąd słusznie zauważył, iż dopuszczalne jest ułożenie stosunku prawnego w ten sposób, że strony mogą wskazać inną walutę zobowiązania i inną walutę wykonania tego zobowiązania. Tyle tylko że w przypadku wskazanego orzeczenia stronami były dwie instytucje finansowe, które faktycznie dokonały odpowiednich ustaleń i dopuściły taką możliwość umową. Natomiast gdy stroną umowy jest konsument, w praktyce nie ma on wpływu na rzeczywistą treść kontraktu. Zwłaszcza na włączenie do umowy możliwości, dodatkowej opcji, pozwalającej na obsługę zobowiązania w innej walucie. Zatem w przeważającej większości

⁶¹⁶ Stanowisko Prezesa NBP do druku Sejmu VI kadencji nr 4350, z dnia 4 lipca 2011 r.: „Należy podkreślić, że kredyt w walucie polskiej »denominowany lub indeksowany« w innej walucie niż polska jest kredytem w złotych. Przyjęcie klauzuli indeksowej w postaci innej waluty (tak samo, gdyby indeksem była cena złota, zboża, czy innego dobra majątkowego) nie przekreśla faktu, że zobowiązanie zostało wyrażone w złotych”, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/74B40D99361DC6CAC12578C60042584B?OpenDocument>.

⁶¹⁷ Stanowisko Prezesa NBP do druku Sejmu VI kadencji nr 4381 z dnia 4 lipca 2011 r.: „Kredyt udzielony w walucie polskiej (choćby indeksowany, czy denominowany w innej walucie, co wpływa tylko na jego wysokość), powinien być spłacany w walucie polskiej”, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/A430E654664F68C3C12578CB002B2ECF?OpenDocument>.

⁶¹⁸ Stanowisko Biura Studiów i Analiz SN do druków Sejmu VI kadencji nr 4381 i 4413 z dnia 18 lipca 2011 r.: „[...] kredyt denominowany lub indeksowany do waluty obcej nie jest na pewno w niej udzielony”, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/2EC20C135A0B96F6C12578D4004464C0?OpenDocument>.

⁶¹⁹ Rada Prawa Bankowego przy ZBP: „Jednocześnie należy podkreślić, że ustawa nie znajduje zastosowania w odniesieniu do kredytów walutowych tj. kredytów, w których kredyt jest uruchamiany przez banki i spłacany bezpośrednio w walucie obcej”, www.zbp.pl/public/repozytorium/dla_bankow/prawo/rada_prawa_bankowego/cele/img_Y16153913.pdf.

konsumenckich umów o kredyt denominowany wypłata i spłata w złotych nie była dopuszczalną opcją, a koniecznością, przymusem, jedyną możliwością. Takie spostrzeżenie, w nawiązaniu do definicji obrotu dewizowego w kraju (art. 2 prawa dewizowego), czyni referencję do orzeczenia z dnia 25 marca 2011 r. irrelevantną. Wydaje się zatem, że jasny sygnał Sądu Najwyższego w kwestii waluty kredytu denominowanego jest niezbędny.

Mimo że zarówno inicjatywa Prezes Sądu Okręgowego w Warszawie, jak i powyższe kwestie podniesione przez Stowarzyszenie SBB wskazują Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jako adresata zadań związanych z ujednoczeniem interpretacji obowiązującego prawa, to niebagatelną rolę inicjującą odgrywa także Rzecznik Praw Obywatelskich, który dość wstrzemięźliwie korzysta ze swoich ustawowych możliwości w tym zakresie.

3. Nadzór na rynkiem

Analizując organizację nadzoru nad rynkiem finansowym, a zwłaszcza nad sektorem bankowym, należy podkreślić, że ma on strukturę rozproszoną. Z jednej strony dotyczy zagadnień czysto ekonomicznych (płynności, wymogów kapitałowych i rezerw obowiązkowych, raportowania finansowego itd.), z drugiej – ochrony praw konsumenta i zasad uczciwej konkurencji. Podział zadań nadzorczych pomiędzy różne instytucje (Narodowy Bank Polski, Komisję Nadzoru Finansowego, Komitet Stabilności Finansowej, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Rzecznika Finansowego), choć podyktowany specyfiką kontrolowanych obszarów, nie przyczynia się do zapewnienia pełniejszej ochrony uczestników rynku. Wydaje się, że jest wręcz odwrotnie – działania poszczególnych organów nadzoru skupiają się na ochronie wybranych aspektów rynku, co powoduje osłabienie nadzoru traktowanego jako całość. Dla przykładu Komisja Nadzoru Finansowego stawia sobie za cel zapewnienie bezpieczeństwa środków pieniężnych zapisanych na rachunkach bankowych (art. 133 ust. 1 pkt 1 prawa bankowego) poprzez zachowania stabilności finansowej poszczególnych uczestników rynku. W praktyce chroni pojedyncze banki komercyjne przed upadkiem, nawet gdy dany bank dopuścił się działań nieuczciwych wobec klientów i konkurencji (art. 133 ust.1 pkt 2 prawa bankowego). Dzieje się tak nawet wówczas, gdy bank jest ekonomicznie niewydolny i zgodnie z dyrektywami unijnymi powinien być aktywnie zachęcany do

⁶²⁰ IV CSK 377/10.

opuszczenia rynku. Podobnie Komitet Stabilności Finansowej przedkłada zachowanie stabilności ekonomicznej komercyjnych uczestników rynku ponad stabilność prawną, a więc chroni poszczególne banki przed konsekwencjami związanymi z łamaniem reguł prawa, co w rezultacie destabilizuje cały system bankowy, gdyż w dłuższej perspektywie zachęca banki do podejmowania ryzyka prawnego.

Znamiennym przykładem jest działalność biznesowa spółek należących do holdingu Getin S.A., które choć od dekady działają z naruszeniem zasad prawa, nie doczekały się szybkiej i zdecydowanej reakcji organów nadzoru. Przyzwolenie na sprzedaż kredytów „frankowych” z naruszeniem rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego i wymogów kapitałowych poskutkowało pogorszeniem sytuacji finansowej banku oraz chęcią pozbycia się przez holding Getin kłopotliwych kredytów, a w konsekwencji aferą GetBack (sprokurowaną przez chęć uwolnienia się banku od złych kredytów i przerzucenia kosztów na nieświadomych obligatariuszy spółki GetBack – klientów Noble Bank). W rezultacie brak skutecznej reakcji ze strony organów nadzoru w fazie udzielania kredytów przyczynił się do sytuacji kryzysowej całego sektora, obciążonego możliwą koniecznością dokonania zwiększonych wpłat na Bankowy Fundusz Gwarancyjny.

Nie można zaaprobować faktu, że w zdecydowanej większości umów kredytowych stosowanych przez banki mamy do czynienia z nieuczciwymi zapisami. Z drugiej strony – jak wynika z metodyki Badania i Oceny Nadzorczej Banków (BION) – Komisja Nadzoru Finansowego nakazuje bankom utworzenie rezerw na ryzyko prawne tylko w takim procencie naruszeń, w jakim banki przegrywają sprawy sądowe. Jeżeli zatem banki przegrywają połowę z 5% umów, w których klienci zdecydowali się na spór sądowy, to według KNF problem dotyczy tylko 2,5% umów, a nie wszystkich wadliwych prawnie kontraktów. Takie podejście jest jawną zachętą do nierespektowania prawa i niweczy prokonsumenckie i prorynkowe działania podejmowane przez Rzecznika Finansowego i Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Skoro banki, jako instytucje zaufania publicznego, podlegają szczególnemu nadzorowi państwa, to organy nadzoru muszą mieć realne narzędzia, aby zwalczyć patologię w dziedzinie umów. Nie można w tym zakresie liczyć na samoregulację ze strony banków (znajdującą wyraz w działalności statutowej ZBP, *Kodeksie Etyki Bankowej*, arbitrażu bankowym czy zwykłej uczciwości kupieckiej), bo taki mechanizm nie działa,

jeśli nie jest podparty czynnikiem ekonomicznym. Skuteczne zatem będą tylko te narzędzia, które sprawią, iż bankom nie będzie się opłacało oszukiwać.

W opinii Stowarzyszenia Stop Bankowemu Bezprawiu dobrym rozwiązaniem wydaje się regulacja nakazująca bankom utworzenie rezerw w wysokości 100% na ryzyko prawne od wszystkich umów, w których znalazły się zapisy zakwestionowane przez UOKiK. Wówczas to w ekonomicznym interesie banków byłoby zaproponowanie klientom nowych, pozbawionych wad umów.

4. Praktyka wymiaru sprawiedliwości

Stowarzyszenie Stop Bankowemu Bezprawiu zauważa rosnącą od kilku lat świadomość sądów powszechnych w zakresie regulacji prawnych dotyczących sektora bankowego, a także odnoszących się do kwestii ochrony praw konsumentów. Niewątpliwie do obecnego stanu rzeczy przyczyniają się pozytywne działania podejmowane przez Rzecznika Finansowego oraz Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (opinie prawne, poglądy, szkolenia itd.). Niemniej jednak trzeba zauważyć, że rozstrzygnięcia tożsamyh spraw na sali sądowej obarczone są dużą dozą niepewności. Na trudności związane z prawidłową interpretacją zagadnień prawnych (o których już częściowo wspomniano), nakładają się znajomość i chęć stosowania przez sądy powszechne dyrektyw unijnych oraz rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W tym zakresie bardzo powoli, ale jednak dokonuje się w polskim orzecznictwie „przewrót kopernikański”, który pozwala prawidłowo osadzić w judykaturze ochronę praw konsumentów, jako słabszej i gorzej poinformowanej strony umowy z profesjonalnym przedsiębiorcą.

Dodatkowo na rozstrzygnięcia składów orzekających znaczny wpływ wywierają bezrefleksyjne postrzeganie banków jako instytucji zaufania publicznego oraz znajomość (a w zasadzie jej brak⁶²¹) podstawowych zagadnień związanych z ekonomią. Dlatego w ocenie Stowarzyszenia tak łatwo przekonać sędziów do nieprawdziwych tez podnoszonych przez pełnomocników banków. Dla przykładu poniżej podano kilka typowych mitów, w które większość sędziów chce wciąż wierzyć.

⁶²¹ Przykład typowego orzeczenia, w którym brak znajomości podstaw ekonomii zbyt wyraźnie wpływa na treść wyroku: [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/154505000001203_IV_C_001040_2017_Uz_2018-06-11_001](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000001203_IV_C_001040_2017_Uz_2018-06-11_001).

4.1. Kredyt denominowany (lub indeksowany) jest walutowym, bo naraża kredytobiorcę na ryzyko walutowe

W umowie prawdziwego kredytu dewizowego (zwanego walutowym), w którym dochodzi do wypłaty i spłaty waluty, nie ma w ogóle ryzyka walutowego. W umowie takiej nie ma żadnych przeliczeń (kursów) pomiędzy walutami, zatem kredytobiorca zawsze wie, ile wynosi jego rata i nie ponosi ryzyka kursowego. Jeśli klient zdecydował się na kredyt dewizowy pomimo zarobkowania w złotychkach, to takie ryzyko ekonomiczne jest całkowicie poza umową – więc nie obciąża prawnie banku. Inaczej ma się sprawa w przypadku kredytów denominowanych (indeksowanych), gdzie ryzyko kursowe jest bezpośrednio wpisane w przygotowaną przez bank umowę kredytową.

4.2. Oprocentowanie LIBOR jest nierozdzielnie związane z kredytami walutowymi

Cytując wypowiedź niezależnego członka Komitetu Sterującego EURIBOR w Brukseli⁶²²: „LIBOR na franka szwajcarskiego był na świecie używany na profesjonalnym rynku instrumentów pochodnych. Zastosowanie go w kredytach konsumenckich było w skali światowej praktyką niszową. Poza Polską, Austrią, Węgrami, Chorwacją nie ma przykładów wykorzystania LIBOR-u na CHF w kredytach dla konsumentów”.

Innymi słowy, LIBOR jest stawką oprocentowania używaną na rynku międzybankowym i jego zastosowanie w konsumenckich umowach kredytowych było aberracją. Austria, Węgry i Chorwacja już podjęły skuteczne działania zaradcze, a kredyty konsumenckie w Szwajcarii nigdy nie były tą stawką oprocentowane. Jedynym krajem, który na szeroką skalę posługuje się stawką LIBOR w kredytach konsumenckich, jest Polska.

4.3. Bank kredytobiorcy musiał pobrać spread wypłaty, by sprzedać walutę i przekazać złotówki na konto zbywcy mieszkania

Bank realizuje dyspozycję przelewu na konto zbywcy mieszkania, korzystając z jego numeru rachunku, opisanego 28-znakowym kodem IBAN. Standard IBAN nie definiuje waluty rachunku. To oznacza, że bank kredytobiorcy może zasilić kwotą we frankach złotowe konto zbywcy mieszkania.

⁶²² <https://alebank.pl/kredyty-frankowe-beda-mialy-stale-oprocentowanie>.

Odpowiednich przeliczeń dokona w tym przypadku bank przyjmujący przelew (usługa taka może też być tańsza dla kredytobiorcy).

4.4. Stawki LIBOR nie można łączyć z kredytem złotowym, gdyż jest to ekonomicznie niemożliwe

Bank zarabia m.in. na różnicy oprocentowania pomiędzy kredytami a depozytami. Zgodnie ze statystyką prowadzoną przez NBP obecnie około 70% bazy depozytowej stanowią nieoprocentowane rachunki osobiste, a jedynie 30% to lokaty terminowe (oprocentowane najczęściej poniżej 1 p.p.). Zatem ekonomicznie opłacalne dla banku jest już takie oprocentowanie kredytu, gdzie marża wraz z LIBOREM stanowi zaledwie 30% oprocentowania lokat terminowych. Ten warunek jest spełniony – bank zarabia, oprocentowując kredyty złotowe stawką LIBOR.

4.5. Bank przechowuje moje pieniądze, więc jeśli poniesie koszty na rzecz frankowiczów, to ja stracę

Część sędziów, wydając orzeczenia, obawia się skutków finansowych dla sektora bankowego, co mogłoby rzekomo wyrządzić szkodę pozostałym klientom lub być wobec nich niesprawiedliwe. Na salach sądowych zdarza się słyszeć komentarze składu orzekającego o braku chęci „płacenia za frankowiczów”. Takie rozumowanie jest całkowicie pozbawione podstaw. Wyjaśniając w telegraficznym skrócie: bank nie przechowuje pieniędzy, zwłaszcza moich, bowiem bank operuje na środkach pieniężnych, które jako zapis na rachunku bankowym, stanowią wyłącznie zobowiązania banku do wypłaty gotówki (ew. przelewu). Zatem moje środki, powierzone bankowi „pod tytułem zwrotnym”, nie są moje. Zgodnie z prawnym charakterem umowy rachunku bankowego środki zdeponowane na rachunku (w formie lokaty terminowej bądź depozytu na żądanie) są własnością banku. Co więcej, zapis na rachunku bankowym nie jest potwierdzeniem, że bank posiada oraz zwróci mi gotówkę albo że ją w moim imieniu komuś pożyczył. Zapis na rachunku bankowym jest wyłącznie potwierdzeniem faktu, że bank ma wobec mnie dług, który będzie starał się obsłużyć (art. 50 ust. 2 prawa bankowego). Na mocy art. 39 ustawy o Narodowym Banku Polskim – zapis ten nie ma pokrycia (bank działa w systemie rezerwy częściowej – nie ma wystarczających pieniędzy, by obsłużyć jednocześnie wszystkich

wierzycieli)⁶²³. Ale dopóki nie zgłosimy się masowo po nasze pieniądze (tzw. run na bank), bank będzie działał – podobnie jak wypożyczalnia rowerów, która sprzedała dziesięć razy więcej abonamentów miesięcznych, niż posiada fizycznie jednośladów.

Do zabezpieczenia ryzyka operacyjnego działalności bankowej (np. pokrycia kosztów nieobsługiwanych kredytów, kosztów związanych z nieważnymi umowami, nietrafionych inwestycji itd.) służy w pierwszej kolejności kapitał własny banku, a więc środki wypracowane przez bank oraz uzyskane bezpośrednio od właścicieli (udziałowców). Jak w każdym biznesie, tak i w bankowym, zyski i straty przedsiębiorstwa obciążają właścicieli. Jeśli nie jestem właścicielem banku (akcjonariuszem), a tylko jego deponentem, nie mogę stracić finansowo na respektowaniu przez bank prawa.

Choć analiza powyższych zagadnień jest stosunkowo prosta, to Stowarzyszenie pragnie zwrócić uwagę na rosnącą złożoność problemów występujących w obszarze prawa regulującego segment finansowy. Jest to niewątpliwie dziedzina wymagająca specjalistycznej wiedzy, zarówno prawnej (w zakresie prawa cywilnego i bankowego), jak i ekonomicznej (znajomość form pieniądza, mechanizmów jego kreacji, stosowanych instrumentów finansowych, specyfiki rynku kapitałowego czy segmentu ubezpieczeń). Z uwagi na wciąż rosnący stopień skomplikowania dzisiejszego rynku finansowego (pieniądz elektroniczny, nowe usługi finansowe oparte wyłącznie o technologie cyfrowe, nowe formy finansowania) wydaje się celowe, aby w krótszej perspektywie w jakiejś formie dokształcać sędziów w zakresie specyfiki rynku finansowego, a w dłuższej – by ten zakres orzecznictwa oddać pod opiekę wyspecjalizowanych sądów.

Analizując obecną praktykę wymiaru sprawiedliwości, nie można niestety pominąć powiązań niektórych stróżów prawa z sektorem bankowym, co niewątpliwie ma wpływ na wydawane wyroki. Nie rozwijając zbytnio tematu, sytuacja, w której sędzia Sądu Najwyższego orzeka w sprawach sektora bankowego, a jednocześnie pracował wcześniej dla Związku Banków

⁶²³ Zgodnie ze statystyką prowadzoną przez bank centralny obecnie w obiegu gospodarczym jest 221 mld zł pieniądza gotówkowego (włącznie z kasami banków), natomiast na rachunkach bankowych znajduje się 7 razy więcej pieniędzy (1442 mld zł pieniądza M2, z depozytami do 2 lat). Zatem ponad 1200 mld zostało wygenerowanych przez banki w formie bezgotówkowego pieniądza bankowego, kreowanego w kredytach, bez pokrycia w gotówce. Banki

Polskich, nie jest komfortowa dla osób poszkodowanych przez banki. Nie jest także dobra dla samej instytucji Sądu Najwyższego z uwagi na niezgodność orzeczeń owego sędziego z obowiązującym porządkiem prawnym (jego orzeczenia doczekały się wyłącznie glos krytycznych oraz zostały zgłoszone do Komisji Europejskiej jako łamiące prawo unijne). I choć z części kontrowersyjnych twierdzeń Sąd Najwyższy – w innym już składzie – musiał się wycofać, to szkody wyrządzone kredytobiorcom przez wymiar sprawiedliwości pozostały. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w jednym z wydziałów Sądu Okręgowego w Warszawie. Tu również poszkodowani przez sektor bankowy nie mogą liczyć na elementarne poszanowanie prawa. Zdecydowanej poprawy sytuacji należy jednak upatrywać w jasnym stanowisku sądownictwa unijnego, w tym Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, którego orzeczenia będą musiały być respektowane, choćby przez najbardziej probankowo nastawionych sędziów w Polsce.

5. Wnioski

Podsumowując, sytuacja, w której państwo polskie zezwoliło instytucjom zaufania publicznego na wprowadzenie do obiegu gospodarczego prawie miliona nieuczciwych umów kredytowych, jest bez precedensu. Świadczy to o zupełnej dysfunkcji organów państwa. Niestety, jeszcze większą przegraną państwa jest niemożność systemowego rozwiązania problemu – ani na drodze ustawowej (realizując funkcję ustawodawczą), ani na drodze efektywnych działań organów nadzoru (realizując funkcję wykonawczą). Zmusiło to najbardziej zdeterminowaną część poszkodowanych kredytobiorców do realizacji swoich praw przy wykorzystaniu mechanizmów wymiaru sprawiedliwości. Jednak i w tym obszarze dają o sobie znać niedomagania naszego państwa. Niewdrożony i nieprzystający do standardów wspólnotowych system ochrony praw konsumenta, niejasne prawo regulujące sektor bankowy, pisane *ad hoc* i niechlujne nowele przepisów, niezajomość podstaw rynku finansowego wśród sędziów, wpływ lobby bankowego na regulacje prawne, doktrynę i judykaturę – to wszystko sprawia, że w obecnym systemie nie istnieje praktycznie możliwość rzetelnej i wszechstronnej oceny w świetle prawa bankowego wszystkich zapisów umowy kredytu indeksowanego / denominowanego do waluty obcej. Liczba zagadnień do

zarabiają na odsetkach od kwoty 1200 mld zł, która istnieje wyłącznie jako zapis bankowy „kreowany z powietrza”, http://www.nbp.pl/home.aspx?f=/statystyka/pieniezna_i_bankowa/m3.html.

Str. 394

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik_Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

rozstrzygnięcia oraz ich zakres merytoryczny są tak ogromne, iż nie dają przeciętnemu składowi orzekającemu szans na sukces. Skoro przykładowo podstawowa kwestia, która winna być całkowicie bezdyskusyjna – waluta kredytu denominowanego, wywołuje kontrowersje, nie można oczekiwać, by dużo bardziej złożone problemy mogły być prawidłowo rozpoznane przez sądy powszechne. Tym bardziej, że wsparcie zarówno doktryny, jak i Sądu Najwyższego jest w tym zakresie zdecydowanie niewystarczające. Dlatego wydaje się, że zagadnienia związane z rozumieniem i oceną umów na bazie prawa bankowego pozostaną jeszcze przez długi jeszcze czas nierozwiązane, a skuteczne dochodzenia praw kredytobiorców będzie realizowane wyłącznie w oparciu o przepisy ochrony konsumenta. Trzeba mieć tylko nadzieję, że kręta ścieżka dochodzenia sprawiedliwości dzięki orzecznictwu TSUE zmieni się w wielopasmową autostradę, a jasna wykładnia prawa wspólnotowego pozwoli zamykać sprawy sądowe na jednej rozprawie.

Zjawisko missellingu na przykładzie ubezpieczeń z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym

Krystyna Krawczyk, Dyrektor Wydziału Klienta Rynku Ubezpieczeniowo-Emerytalnego w biurze Rzecznika Finansowego

Cezary Orłowski, aplikant radcowski, Biuro Rzecznika Finansowego

*Avidis, avidis natura parum est*⁶²⁴

Raport Rzecznika Ubezpieczonych z dnia 7 grudnia 2012 r. *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*⁶²⁵ uwidocznili szereg poważnych nieprawidłowości związanych z funkcjonowaniem ubezpieczeń na życie z UFK. Raport ten był w tamtym czasie jedynym opracowaniem stanowiącym kompendium ówczesnej wiedzy o nieprawidłowym funkcjonowaniu ubezpieczeń inwestycyjnych. Rzecznik dokonał wówczas analizy ubezpieczeń na życie z UFK z uwagi na: rosnącą ofertę tego rodzaju ubezpieczeń i coraz większą liczbę skarg z nimi związanych, a także znacznie większe skomplikowanie tego rodzaju ubezpieczeń niż klasycznych ubezpieczeń na życie. Stąd też poprzednik Rzecznika Finansowego – Rzecznik Ubezpieczonych – postanowił szczegółowo przeanalizować pojawiające się na rynku negatywne praktyki i opisać je w jednym obszernym raporcie.

Warto nadmienić, że sytuacja naświetlona w raporcie doprowadziła do szeregu zmian w prawie i wydania odpowiednich rekomendacji przez organ nadzoru. Najistotniejsze zmiany zostały wprowadzone ustawą z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁶²⁶ oraz ustawą z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń⁶²⁷.

Warto zwrócić uwagę przede wszystkim na regulację zawartą w art. 21 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Dotyczy on obowiązku przeprowadzania oceny

⁶²⁴ Z łac.: *Dla chciwych mało i całego świata*, Seneka.

⁶²⁵ https://rf.gov.pl/pdf/Raport_UFK.pdf.

⁶²⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 381 z późn. zm.

⁶²⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2210 z późn. zm.

adekwatności umowy ubezpieczenia do potrzeb osoby, która ją zawiera lub która ma być objęta ochroną ubezpieczeniową.

Kwestia analizy potrzeb klienta stała się również przedmiotem zainteresowania organu nadzoru – jakim jest Komisja Nadzoru Finansowego – który wydał w dniu 22 marca 2016 r. *Rekomendacje dla zakładów ubezpieczeń dotyczących badania adekwatności produktu i systemu zarządzania produktem*⁶²⁸. Odnoszą się one do umów ubezpieczenia na życie, jeżeli są związane z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym, umów ubezpieczenia na życie, w których świadczenie zakładu ubezpieczeń jest ustalane w oparciu o określone indeksy lub inne wartości bazowe, a także do innych umów ubezpieczenia z działu I załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, mających zapewnić wartość w dniu zapadalności lub wartość wykupu, w przypadku gdy wartość ta w dniu zapadalności lub wartość wykupu są całkowicie lub częściowo narażone, bezpośrednio lub pośrednio, na wahania rynków.

W Rekomendacjach... Komisja zdefiniowała szczegółowo zakres informacji, które powinny uzyskać zakłady ubezpieczeń w ramach dokonywanej analizy potrzeb klienta. Ponadto określiła konsekwencje dokonania analizy potrzeb konkretnego klienta oraz procedurę postępowania podczas oferowania adekwatnego produktu. Należy wskazać, że zakres informacji, jakie powinien uzyskać ubezpieczyciel na temat potrzeb klienta, został zdefiniowany w sposób o wiele bardziej szczegółowy niż w art. 21 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. *Rekomendacje...* Komisji zawierają również zalecenia dotyczące polecania adekwatnego produktu klientowi, już po dokonaniu analizy potrzeb.

Kolejnym ważnym przepisem jest art. 26 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Zawiera on regulację przewidującą odstąpienie od umowy ubezpieczenia z elementem inwestycyjnym, tj. umowy ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (tzw. ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym), umowy ubezpieczenia na życie, w której wysokość świadczenia jest ustalana w oparciu o określone indeksy lub inne wartości bazowe (tzw. produkty strukturyzowane), oraz umowy ubezpieczenia na życie lub dożycie, w której świadczenie zakładu ubezpieczeń z tytułu dożycia jest równe składce ubezpieczeniowej powiększonej o określony w umowie ubezpieczenia wskaźnik.

Prawo odstąpienia od umowy przysługuje ubezpieczającemu. Uprawnienie to ma charakter jednorazowy i może być zrealizowane tylko w określonym terminie – 60 dni od dnia otrzymania po raz pierwszy rocznej informacji, o której mowa w art. 20 ust. 3 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (zakład ubezpieczeń pisemnie informuje ubezpieczającego, nie rzadziej niż raz w roku, o wysokości świadczeń przysługujących z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia, w tym o wartości wykupu, jeżeli wysokość świadczeń ulega zmianie w trakcie obowiązywania umowy ubezpieczenia).

Istotne regulacje, które również mają na celu zapobieganie missellingowi znalazły się w ustawie o dystrybucji ubezpieczeń. Warto wskazać tutaj przede wszystkim na art. 7 tej ustawy, nakazujący, aby dystrybutor ubezpieczeń, wykonując dystrybucję ubezpieczeń, postępował uczciwie, rzetelnie i profesjonalnie, zgodnie z najlepiej pojętym interesem klientów. Ustawa nakazuje również ujawnienie wynagrodzeń dystrybutorów i kształtowanie ich w sposób uczciwy. Sposób wynagradzania dystrybutora ubezpieczeń oraz osób, przy pomocy których wykonywane są czynności agencyjne lub czynności brokerskie w zakresie ubezpieczeń, oraz osób, przez które wykonywane są czynności dystrybucyjne zakładu ubezpieczeń, nie może być sprzeczny z obowiązkiem działania zgodnie z najlepiej pojętym interesem klientów, w szczególności dystrybutor ubezpieczeń nie może dokonywać ustaleń dotyczących wynagrodzeń, celów sprzedaży lub innych ustaleń, które mogłyby stanowić zachętę do proponowania klientowi określonej umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy dystrybutor ubezpieczeń mógłby zaproponować inną umowę, która lepiej odpowiadałaby indywidualnym potrzebom klienta.

Ustawa nakazuje również, aby wszystkie informacje, w tym te o charakterze reklamowym i marketingowym, kierowane przez dystrybutora ubezpieczeń do klienta były jasne, rzetelne i niewprowadzające w błąd.

Regulacje wskazane wyżej były potrzebne i być może po części przyczyniły się do zmniejszenia liczby wniosków o tej tematyce w ostatnich latach, co pokazano w tabeli 1.

⁶²⁸ https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacje_adekw_prod_22-03-2016_46358.pdf.

Tabela 1. Liczba spraw dotyczących ubezpieczeń na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym wpływających do Rzecznika w latach 2012–2018

Rok	Liczba spraw (ogółem)	Liczba spraw dotyczących ubezpieczeń na życie z UFK	Procent liczby spraw dotyczących ubezpieczeń na życie z UFK
2012	15 273	516	3,4
2013	16 516	1216	7,4
2014	15 429	1422	9,2
2015	14 273	1073	7,5
2016	13 021	1053	8,1
2017	14 356	758	5,3
2018	14 043	653	4,6

Źródło: Opracowanie w własne na podstawie sprawozdań rocznych Rzecznika Ubezpieczonych (2012–2014) i Rzecznika Finansowego (2015–2018).

W dyskusji publicznej będącej efektem opublikowania wskazanego raportu dominował argument – często podnoszony przez ubezpieczycieli – iż zasadniczą przyczyną nieprawidłowości w funkcjonowaniu ubezpieczeń na życie z UFK był niewystarczający zakres informacji przekazywanych konsumentom lub też błędne informowanie o cechach ubezpieczeń inwestycyjnych. Stąd też odpowiedziami Polskiej Izby Ubezpieczeń i Związku Banków Polskich były rekomendacje branżowe ustanawiające wymogi informacyjne, których celem było ograniczenie bądź wyeliminowanie niekorzystnych dla konsumentów usług ubezpieczeniowych sytuacji związanych z nieprawidłową dystrybucją ubezpieczeń inwestycyjnych. Ubezpieczyciele jako źródło wszelkich nieprawidłowości wskazywali niedoinformowanie klientów o ryzyku inwestycyjnym,

dlatego szczególnie nacisk położono na rzetelność i przystępność informacji o korzyściach i ryzykach związanych z tego rodzaju produktami.

Rzecznik Ubezpieczonych – nie tylko w Raporcie, ale również po jego publikacji –zwracał uwagę, iż źródłem nieprawidłowości były nie tyle dystrybucja i ograniczony zakres informacji dotyczących ubezpieczenia inwestycyjnego oraz ryzyka z nim związanego, co przede wszystkim zagrożenia ukryte w treściach samych umów. Poniższe opracowanie jest próbą przybliżenia tej trudnej, aczkolwiek bardzo istotnej kwestii.

Trudno znaleźć w aktualnych opracowaniach informacje o planowaniu kształtu i podstawowych założeń umowy ubezpieczenia z UFK oraz dalszym wpływie tego procesu na zawarcie i funkcjonowanie umowy. Tym bardziej trudne, a w zasadzie niemożliwe w polskich realiach, jest korzystanie z dorobku orzecznictwa sądowego w tej kwestii, gdyż takowe po prostu nie istnieje. Próżno szukać w orzecznictwie sądów powszechnych aspektów umów ubezpieczeń z UFK związanych z ich planem technicznym, nazywanym również w języku branżowym planem aktuarialnym. Tym niemniej poniżej zostanie podjęta próba przybliżenia informacji związanych z tego typu dokumentem.

W praktyce funkcjonowania Biura Rzecznika Finansowego w kilku przypadkach udało się pozyskać wyciągi planów technicznych, czyli niepełnych planów aktuarialnych. Mimo że dane, którymi dysponuje Rzecznik Finansowy, są w zasadzie fragmentaryczne, to na ich podstawie można wysnuć ciekawe wnioski. W praktyce interwencji Rzecznika Finansowego (gdź to właśnie ten proces jest przede wszystkim źródłem pozyskiwania niezbędnych do analizy informacji oraz dokumentacji) dokument w postaci planu technicznego może mieć doniosłe znaczenie dla poznania istoty umowy ubezpieczenia z UFK i określenia, czym tak naprawdę jest dany produkt.

Niniejsze opracowanie poświęcone zostało zatem tylko wycinkowi zagadnienia ubezpieczeń na życie z UFK, mianowicie planom technicznym i missellingowi. Dlaczego analizując problem missellingu należy poruszyć najpierw aspekt planu aktuarialnego? Otóż w dużym skrócie i uproszczeniu – jednakże najlepiej oddającym rzeczywistość – plan techniczny to DNA umowy ubezpieczenia. W jego treści znajdziemy podstawowe założenia określające: dla kogo przewidziany jest dany produkt (czyli warunki progowe, jakie muszą zostać spełnione, aby można było ubezpieczyć daną osobę), koszty zawarcia umowy, w tym koszty akwizycji, koszty administrowania

umową i jej rozwiązania, a także sposób naliczania składki ubezpieczeniowej oraz innych opłat. Skupimy się tu na kosztach akwizycji. Z oczywistych przyczyn dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa dane ubezpieczycieli oraz oznaczenia planów zostały usunięte, użyte zaś przykładowe sformułowania – zmodyfikowane w taki sposób, aby nie utraciły pierwotnego sensu.

Zdaniem Rzecznika Finansowego źródłem nieetycznej sprzedaży jest system wynagradzania dystrybutorów. Gdzie zatem szukać przyczyny tego zjawiska? Co wpływa na wysokość często niebotycznych prowizji dystrybutorów? Czy wysokie prowizje determinują treść umów? Czy też na odwrót, to konstrukcja umów wpływa na ich wysokość? Zrozumienie powyższych zależności na pewno nie jest proste, stąd też widoczny w mediach i najłatwiej przyswajalny dla przeciętnego odbiorcy jest model missellingu, w którym winą obarcza się osoby pośredniczące w zawieraniu umów ubezpieczenia inwestycyjnego. W prasie najczęściej słyszymy o przypadkach celowego pomijania przez sprzedawców informacji związanych z produktem o charakterze inwestycyjnym, sugerowania, iż ubezpieczenie z UFK jest lokatą, programem zabezpieczenia emerytalnego, programem długoletniego oszczędzania itp. Jednak zbyt wysokie prowizje i sprzedaż za wszelką cenę w celu uzyskania najwyższego wyniku biznesowego to tylko wierzchołek góry lodowej. Przyczyna tego stanu rzeczy tkwi bowiem w samej umowie, czyli w planie aktuarialnym.

Inaczej mówiąc, podstawowe założenia umowy ubezpieczenia poczynione w planie technicznym determinują charakter przyszłej umowy ubezpieczenia i wpływają zasadniczo na jej kształt. Interesujący jest zwłaszcza w tym kontekście aspekt matematyczno-ekonomiczny planu, ukazujący zbilansowanie kosztów produktu z wysokością uzyskiwanej składki.

Na potrzeby niniejszego artykułu wykorzystany został plan techniczny opracowany dla czterech bliźniaczych umów z UFK, których dystrybucja przebiegała w latach 2011–2012. Plan zakładał między innymi „opakowanie” tylko jednego UFK w ubezpieczenie na życie w formie ubezpieczenia grupowego oraz cykliczność opłacania składki w postaci składki regularnej. Plan jednoznacznie określał, iż w funduszu nie występują gwarancje inwestycyjne. Składka regularna opłacana była przez okres 15 lat, od niej pobierano opłatę administracyjną zawierającą także opłatę za ryzyko. Na kształt umowy zasadniczy wpływ miały jednak koszty akwizycji, gdyż w przypadku wynagrodzenia jednorazowego sięgały one równowartości 90% składki wpłaconej w pierwszym roku inwestowania. W przypadku wynagrodzenia kombinowanego – składającego się z

premii jednorazowej oraz odnowieniowej – wartość tej pierwszej wynosiła 85% składki pierwszorocznej, premia odnowieniowa zaś była liczona według specjalnego wzoru. W obu przypadkach to wysokość premii jednorazowej determinowała kształt produktu. Tak wysokie koszty akwizycji wpływały bowiem na długi czas trwania umowy (15 lat), wartość wykupu oraz okres referencyjny, to jest okres pozwalający na zbilansowanie kosztów akwizycyjnych rozłożonych w czasie. W przypadku premii jednorazowej okres ten wynosił 15 lat, zaś dla premii odnowieniowej – do 10 lat. Oznacza to, że aby ubezpieczyciel mógł zbilansować koszty, musiał zatrzymać klienta przez wskazany okres referencyjny. Odpowiednią „zachętę” miały stanowić wysokie opłaty likwidacyjne, zniechęcające klienta do rozwiązania umowy przed końcem jej obowiązywania. W planie aktuarialnym ujęto wprost, iż koszty wynagrodzenia akwizycyjnego są rozłożone na okres 15 lat, odpowiadający wymagalności składki lub stosowania opłat likwidacyjnych.

Powyższą zależność słusznie spostrzegł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 grudnia 2018 r.⁶²⁹, wskazując, że: „możliwość wypowiedzenia umowy ubezpieczenia jest prawem podmiotowym, z którego ubezpieczający może skorzystać bez względu na umowny czas trwania takiego stosunku ubezpieczenia osobowego, a zatem zarówno w umowach zawartych na czas nieokreślony, jak i na czas oznaczony. Zdaniem Sądu pozwany w ogólnych warunkach ubezpieczenia zapewnił w sposób jedynie formalny możliwość skorzystania z omawianego uprawnienia. Jest ono iluzoryczne, a to z uwagi na to, że w razie rozwiązania umowy pozwany dokonuje wypłaty wartości rachunku (całkowity wykup) z potrąceniem wysokiej opłaty likwidacyjnej, **stanowiącej istotną barierę psychiczną dla konsumenta** przed skorzystaniem z tegoż uprawnienia.

Mimo że pozwany miał prawo zagwarantować sobie zabezpieczenia na wypadek odstąpienia od umowy przez powoda, to nie może zyskać akceptacji fakt, że uczynił to w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Pozwany jako profesjonalista powinien bowiem skonstruować warunki umowy w taki sposób, aby jak najbardziej jasno i przejrzysto wskazywały one konsumentowi, jakie będą realne koszty związane z funkcjonowaniem umowy, a także jakie będą realne koszty związane z wcześniejszym jej rozwiązaniem. Sąd nie odmawia pozwanemu prawa do

rozliczenia kosztów akwizycji i innych poniesionych w związku z przedterminowym rozwiązaniem umowy, wskazując jedynie na konieczność ich konkretyzacji i rzetelnego poinformowania klienta **przed zawarciem umowy**, czego pozwany w realiach niniejszej sprawy nie dopełnił”.

Jak można się przekonać po bliższej analizie planu technicznego, jego założenia mogły przyczynić się do zwiększonej presji na sprzedaż określonego produktu ubezpieczeniowego. Działanie to wiąże się z powyżej opisanym zagadnieniem wynagrodzenia prowizyjnego dla dystrybutora. Wynagrodzenie to poprzez jego wartość w odniesieniu do wysokości składki pozwala na ocenę efektywności produktu i jego jakości oraz może przyczynić się do zjawiska missellingu.

Przy powyższej konfiguracji produktu ubezpieczeniowego można założyć, iż przy wyczerpującym poinformowaniu konsumenta o jego strukturze nie doszłoby do zawarcia umowy czy też przystąpienia do ubezpieczenia grupowego z UFK, gdyż elementarna wiedza matematyczna lub ekonomiczna pozwalała w takim przypadku na negatywną ocenę umowy jako niekorzystnej dla ubezpieczonego. Niewątpliwie umowa w takim kształcie gwarantowała zysk ubezpieczycielowi i jego dystrybutorom przy przerzuceniu całego ryzyka inwestycyjnego na ubezpieczonych.

Zatem w celu uzyskania odpowiedniego efektu sprzedażowego niezbędna była odpowiednia zachęta. Tę zaś uzyskiwano poprzez wysoką prowizję, co łamało kręgosłup moralny dystrybutorów i napędzało sprzedaż produktów, które z dzisiejszej perspektywy śmiało nazwać toksycznymi.

Powyżej opisany kształt umowy potwierdza często podnoszona w trakcie procesów sądowych argumentacja: „Pozwany (tu: ubezpieczyciel) twierdził, że dopiero długi okres utrzymywania środków mógł sprawić, że zostanie wypracowany zysk pozwalający ubezpieczycielowi na skompensowanie kosztów zawarcia umowy. Sąd nie zgodził się z tym poglądem. Do wypracowania tego zysku wcale nie musiało dojść. Kompensacja tych kosztów wyłącznie z kapitału wpłaconego przez ubezpieczonego sprawiała, że to w istocie on płacił m.in. za zawarcie umowy za pośrednictwem agenta, czy też za wyszukanie klienta przez agenta

ubezpieceniowego. Z tego też względu Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego aktuarusza⁶³⁰.

W przebiegu sprzedaży ubezpieczeń z UFK udzielenie konsumentom informacji o opłacie likwidacyjnej i jej wysokości w poszczególnych latach umowy, braku gwarancji zwrotu kapitału oraz kosztach akwizycji, mogło spowodować, że ci podjęliby decyzję o niezawarciu umowy. Dlatego też prezentowane były przede wszystkim zalety umowy ubezpieczenia z UFK, w gruncie rzeczy w ujęciu czysto marketingowym, co polegało na eksponowaniu braku opodatkowania tego rodzaju inwestycji aż do jej zakończenia (tzw. podatek Belki – jeśli taka informacja w ogóle się pojawiła – płacony był tylko w przypadku zysków kapitałowych po rozwiązaniu umowy), wyłączenia świadczeń z masy spadkowej, dogodnej formy zabezpieczenia czy też możliwości spłacenia kredytu hipotecznego.

Rzecznik Finansowy jako kontynuator dorobku Rzecznika Ubezpieczonych w dalszym ciągu zwraca uwagę, że to nie sam misselling w ubezpieczeniach na życie z UFK jest przyczyną nieprawidłowości na rynku ubezpieczeniowym, ponieważ problem związany z nieuczciwą sprzedażą zostały po części wygenerowane przez samych ubezpieczycieli, stosujących złe, nieuczciwe konstrukcje produktów ubezpieczeniowych, które następnie wpływają na szereg nieprawidłowości, w tym również te związane z zawieraniem umów ubezpieczeń.

Zasygnalizowane powyżej zagadnienie być może stanie się przyczynkiem do szerszego omówienia istoty planu technicznego i jego wpływu na dystrybucję ubezpieczeń oraz, co ważniejsze, na treść samych umów. W chwili obecnej z uwagi na nieliczne pozyskane plany omówienie tej materii w szerszym zakresie nie jest możliwe. Względem zaś doświadczeń ostatnich lat w kontekście missellingu pozostaje wyrazić nadzieję, że ubezpieczyciele odejdą od błędnych założeń i konstruując plany, będą w większym stopniu brać pod uwagę ochronę interesu klienta, a w mniejszym stopniu czynniki czysto finansowe, nie dzieląc skóry na niedźwiedziu.

Podsumowując, należy zauważyć, że jeżeli chodzi o otoczenie prawne, mamy obecnie szereg regulacji chroniących klienta przed praktykami opisanymi we wspomnianym na wstępie

⁶³⁰ Por. uzasadnienie wyroku SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2018 r. (XXV C 187/17 – orzeczenie nieprawomocne), podobnie wyroki SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie: z dnia 11 stycznia 2018 r. (I C 2833/17) oraz z dnia 26 września 2017 r. (I C 12/17 – oba wyroki nieprawomocne).

Raporcie. Obecnie większość problemów występujących w związku z funkcjonowaniem umów ubezpieczeń z elementem inwestycyjnym ma swoje źródło w umowach, które były zawierane jeszcze przed zmianą przepisów. Nie można jednak powiedzieć, że w przypadku nowych umów wszystko działa bez zarzutu. Rzeczywiście wydaje się, iż o missellingu trudno obecnie mówić. Spory natomiast dotyczą treści samych umów i ich konstrukcji.

Nieprawidłowości w procesie sprzedaży ubezpieczeń kredytowych

dr Anna Popiołek-Sudak, Uczelnia Łazarskiego

1. Wprowadzenie

Mimo kolejnych regulacji ustawowych nakładających na banki i towarzystwa ubezpieczeniowe nowe obowiązki wciąż brak przepisów hamujących niekorzystne dla klientów konsekwencje rozwoju rynku *bancassurance*. Prawo nie jest dostosowane do praktyk instytucji finansowych i nie uwzględnia specyfiki modelu sprzedaży ubezpieczeń na życie w bankach. Kredytobiorcy zyskali co prawda dodatkowe prawa – mają wgląd w ogólne warunki ubezpieczenia, dzięki czemu wiedzą, w jakich przypadkach ubezpieczenie ich chroni, czy też mogą odwoływać się od odmownej decyzji o wypłacie odszkodowania – jednak nadal większość z nich jest zmuszana do zakupu polisy w zamian za niższe koszty kredytu. W takim przypadku ubezpieczenie na życie staje się dodatkową prowizją za udzielenie kredytu, a jego ochronny charakter schodzi na dalszy plan. Najczęściej bowiem konstrukcja takich polis mocno ogranicza sytuację, w których klient banku w razie choroby czy nieszczęśliwego wypadku może liczyć na wypłatę rekompensaty przez towarzystwo ubezpieczeniowe. Dzieje się tak z uwagi na liczne wykluczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela w konkretnych jednostkach chorobowych.

Badania rynku pokazują, że przepisy zmuszające banki i towarzystwa ubezpieczeniowe do rezygnacji ze sprzedaży polis w modelu grupowym na rzecz modelu indywidualnego zmieniły jedynie rozkład zysków pomiędzy instytucjami finansowymi. Banki przyjęły rolę agentów, którzy pobierają prowizje za sprzedaż ubezpieczeń, a stroną umowy zawieranej z ubezpieczycielem stał się kredytobiorca. Dzięki temu sam proces sprzedaży stał się dla klienta bardziej transparentny, ma on większą wiedzę o nabywanym produkcie, dostaje więcej informacji, które powinny uświadomić mu, jak dokładnie wygląda zakres ubezpieczenia oraz jaki jest jego koszt.

Jednak mimo kolejnych regulacji, które zwiększają prawa i świadomość kredytobiorców, wciąż są oni niejako zmuszani do zakupu drogich i niepotrzebnych im ubezpieczeń na życie przy okazji zaciągania kredytów gotówkowych. To dlatego, że banki – przedstawiając koszty różnych wariantów kredytu – prezentują oferty z dodatkowymi ubezpieczeniami jako bardziej korzystne dla

Str. 406

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

klientów. Próbuje przekonywać, że w zamian za płatną ochronę życia czy zdrowia klienta zostaną obniżone inne koszty kredytowania, takie jak prowizja czy oprocentowanie, które w odróżnieniu od polisy mają nie przynosić kredytobiorcom dodatkowych korzyści. Z tego powodu klienci chętniej wybierają ubezpieczenia, mimo że ich koszt jest dużo wyższy, a zalety – determinowane przez długą listę wyłączeń odpowiedzialności ubezpieczyciela – znikome.

2. Konstrukcja umowy *bancassurance*

Dynamiczny rozwój rynku *bancassurance* w Polsce był zdeterminowany sprzyjającym otoczeniem prawnym. Jeszcze do niedawna umowy ubezpieczenia dołączane do produktów kredytowych były umowami zawieranymi pomiędzy bankiem a towarzystwem ubezpieczeniowym i na rzecz banku, a do zapłaty składki ubezpieczeniowej zobowiązany był klient banku. Nie wiadomo więc było, czy bank współpracuje z ubezpieczycielem przy obsłudze klientów, czy też razem z klientami jest partnerem ubezpieczyciela⁶³¹.

Wykorzystywany wariant konstrukcji sprawiał, że można było uznać, iż jest to dodatkowy koszt kredytu, a nie ochrona ubezpieczeniowa. Klient nie otrzymywał szczegółowych informacji na temat zakresu ubezpieczenia, nie miał prawa odwołać się od odmownej decyzji o wypłacie odszkodowania, bo to nie on, tylko bank, był stroną umowy.

Według analiz przeprowadzonych przez Komisję Nadzoru Finansowego w latach wcześniejszych wynagrodzenia banków za czynności związane z „obsługą” umów ubezpieczenia dochodziły niekiedy do 90% wartości składki opłacanej przez klienta⁶³². Część banków pobierała wynagrodzenie w formie udziału w zysku technicznym zakładu ubezpieczeń, na co pośredni wpływ miał wskaźnik wypłat odszkodowań. To oznaczało, że choć bank był stroną umowy ubezpieczenia i powinno zależeć mu na wypłacie odszkodowania, to *de facto* zarabiał na prowizji tym więcej, im częściej nie dochodziło do faktycznej wypłaty roszczenia. Taką tezę potwierdziły sprawozdania Komisji Nadzoru Finansowego, z których wynikało, że prowizje mogły zależeć od szkodowości ubezpieczenia lub liczby ubezpieczonych. Banki były zainteresowane sprzedażą ubezpieczonym jak

⁶³¹ M. Orlicki, *Rekomendacja U, wytyczne dystrybucyjne, projekt ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – szansa na zmianę praktyki zawierania i wykonywania ubezpieczeń grupowych*, „Prawo Asekuracyjne” 2015, nr 1.

⁶³² A. Popiołek, *Rok bez naciągania na polisy w bankach*, „Gazeta Wyborcza” z 31 marca 2016.

największej liczby produktów, które nie zawsze zabezpieczały podejmowane przez bank ryzyko (*misselling*). Konstrukcja taka sprawiała również, że istniała pokusa dla banków ograniczenia wypłat dokonywanych z ubezpieczenia, bo te mogły zmniejszać wynagrodzenie banku.

Konieczne było więc wprowadzenie przepisów ograniczających wpływ konfliktów interesów na dobro klientów. Chodziło przede wszystkim o to, aby bank nie pełnił dwóch sprzecznych funkcji (jak dotychczas w Polsce) – pośrednika i ubezpieczającego. Istotne zmiany w stosunku do dotychczasowych zasad pośrednictwa banków w sprzedaży usług ubezpieczeniowych jako pierwsza wprowadziła *Rekomendacja U* Komisji Nadzoru Finansowego, opublikowana 24 czerwca 2014 r. Nowe przepisy weszły w życie od drugiego kwartału 2015 r. Najważniejszy zapis w *Rekomendacji U* brzmiał: „Bank będący ubezpieczającym może otrzymywać od klienta wyłącznie zwrot kosztów związanych z zawarciem i obsługą umowy ubezpieczenia”. To oznacza, że aby bank mógł zarabiać na sprzedaży polis, musi zdecydować się na indywidualną formę ubezpieczenia, a nie grupową. Co więcej, również wynagrodzenie banku z tytułu ubezpieczeń indywidualnych powinno być ustalane przy uwzględnieniu kosztów ponoszonych przez bank⁶³³.

Kolejne udogodnienia dla klientów wprowadziła nowelizacja ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w której znalazły się przepisy dotyczące uprawnienia klienta do uzyskiwania wszelkich informacji o postępowaniu likwidacyjnym na równi z bankiem. Usunięto w ten sposób nierównowagę, która polegała na tym, że klient nie wiedział, co się dzieje w postępowaniu likwidacyjnym w jego sprawie, i nie mógł samodzielnie podjąć działań w razie negatywnej decyzji. Na taki proceder zwracał uwagę Rzecznik Finansowy i ta zmiana ustawowa to pochodna jego działań. Przepisy ustawy wprowadzają również określone obowiązki informacyjne. Nie ma tam jednak zapisanego obowiązku cesji uprawnienia ubezpieczającego na ubezpieczonego.

W tym przypadku – czyli w ubezpieczeniu grupowym, gdzie stroną umowy jest bank, a nie kredytobiorca – działa wspomniana *Rekomendacja U*. Dzięki niej klient banku lub jego spadkobiercy powinni mieć zapewnioną możliwość bezpośredniego dochodzenia roszczeń w sytuacji, kiedy bank jest podmiotem uprawnionym do dochodzenia wypłaty świadczenia od zakładu ubezpieczeń, ale podejmie decyzję o nieskorzystaniu z tego uprawnienia. Bank w takiej sytuacji powinien umożliwić klientowi samodzielne dochodzenie roszczenia. Zatem w pierwszej

kolejności klient powinien zwrócić się do banku o pomoc w tej sprawie albo o cesję wierzytelności praw przysługujących bankowi z tytułu umowy ubezpieczenia na rzecz spadkobiercy.

Gdy klient ma status ubezpieczonego, a bank jest ubezpieczającym, to bank powinien podejmować działania w interesie klienta lub jego spadkobierców. Zatem bank powinien monitorować wykonywanie umowy ubezpieczenia przez zakład ubezpieczeń, a w razie stwierdzenia jej realizacji niezgodnie z postanowieniami umowy podejmować stosowne działania. W przypadku wystąpienia nieprawidłowości dotyczących przykładowo trybu, terminowości czy rzetelności załatwiania skarg, reklamacji i wypłaty świadczeń, bank powinien podejmować działania w celu usunięcia tych nieprawidłowości. Do Rzecznika Finansowego trafiają reklamacje przygotowane przez banki, więc przynajmniej część rynku stosuje *Rekomendację U* bez problemów⁶³⁴.

Nie zmienia to jednak faktu, że w literaturze przedmiotu wskazywano, że umowy ubezpieczenia kredytu, w których stronami są bank i ubezpieczyciel, a klient jedynie ponosi koszt zawarcia umowy, nie powinny być stosowane, bo prowadzą do zamiany roli towarzystwa ubezpieczeniowego i banku. Jest tak, ponieważ towarzystwo bierze na siebie ciężar niespłacenia kredytu przez klienta lub występuje wręcz jako firma windykująca dług od klienta banku. Bank zatem poprzez ubezpieczenie pozbywa się całego ryzyka związanego z niespłaceniem kredytu, chociaż takie ryzyko powinien oceniać i przejmować na siebie, dokonując jednocześnie weryfikacji osób chcących zaciągnąć kredyt. Bank nie powinien w swojej działalności ograniczać się wyłącznie do zgłaszania do ubezpieczenia osób, które chcą wziąć kredyt, ale winien skupiać się na prawidłowej ocenie ryzyka kredytowego. Jeśli bank przerzuca ryzyko kredytowe na zakład ubezpieczeń, to powinien sam ponosić koszt pozbycia się tego ryzyka, a nie przerzucać go na kredytobiorcę. Czyli to bank powinien w takim przypadku płacić składkę ubezpieczeniową, bo to on w przypadku zajścia zdarzenia ubezpieczeniowego otrzymuje świadczenie od towarzystwa ubezpieczeniowego.

⁶³³ *Ibidem.*

⁶³⁴ R. Skibińska, *Ubezpieczyciele muszą nadążyć za regulacjami*, „Obserwator Finansowy” z 6 kwietnia 2016.

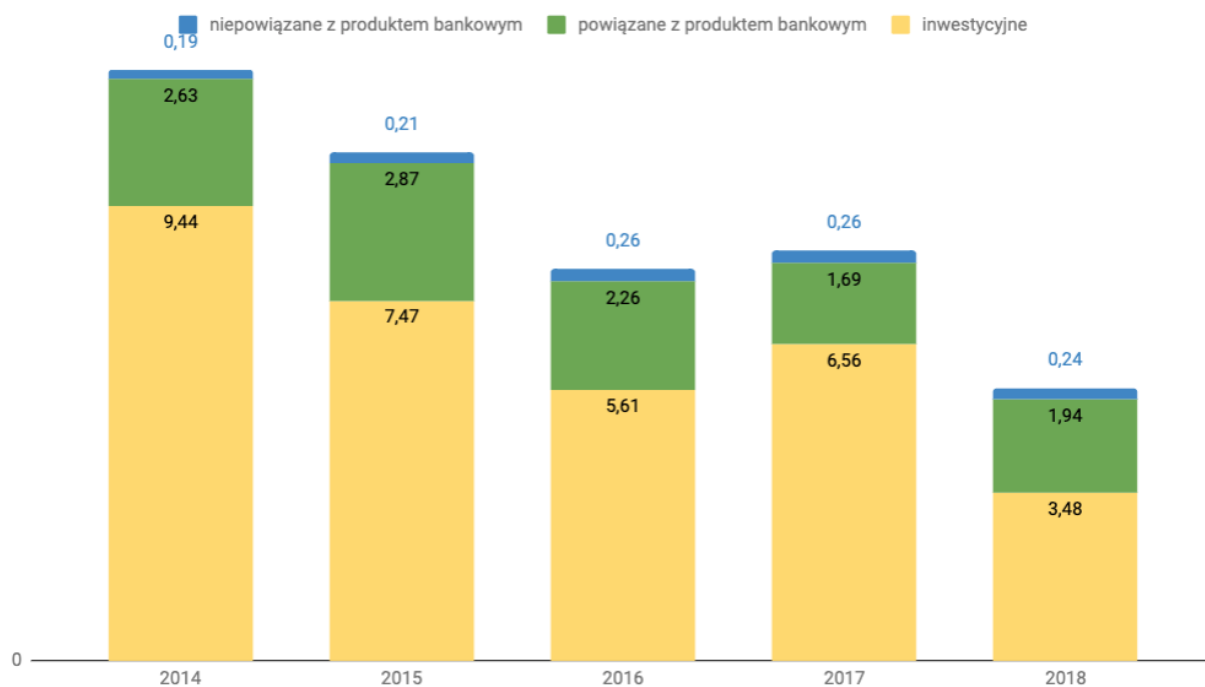
3. Rynek ubezpieczeń kredytowych

Zmiany otoczenia prawnego negatywnie wpłynęły na wartość i wolumen sprzedaży ubezpieczeń na życie za pośrednictwem banków. Od momentu wejścia w życie *Rekomendacji U* dużo popularniejsze stały się indywidualne umowy ubezpieczenia, w których stroną umowy jest kredytobiorca, a bank jest jedynie agentem, klient zaś nie potrzebuje „pozwolenia” na walkę w sądzie z towarzystwem ubezpieczeniowym. To wygodniejsza opcja dla klienta, bo skraca ścieżkę odszkodowawczą, wyłączając z niej bank. Z kolei dla banku taka konstrukcja oznacza, że nie jest stroną umowy i z tego względu może pobierać prowizję za sprzedaż polis.

Z najnowszego raportu Polskiej Izby Ubezpieczeń wynika, że w 2018 r. w bankach sprzedano ubezpieczenia za 7,6 mld zł, co stanowiło zaledwie 12,2% wszystkich sprzedanych polis. Udział sprzedaży wyłącznie ubezpieczeń na życie w kanale *bancassurance* na tle ogólnej sprzedaży był nieco większy i wyniósł 26,1% (składka pozyskana wyniosła 5,7 mld zł z 21,7 mld zł ogólnej sprzedaży ubezpieczeń na życie). Dla porównania jeszcze w 2012 r. kanałem bankowym towarzystwa ubezpieczeniowe sprzedały polisy na życie za 19,2 mld zł. Kanał *bancassurance* odpowiadał wtedy za 53% całkowitej sprzedaży ubezpieczeń życiowych. Dwa lata później, w 2014 r., czyli tuż przed wejściem w życie *Rekomendacji U*, sprzedaż polis życiowych w bankach spadła do 12,3 mld zł, czyli 42,8% ogólnej sprzedaży ubezpieczeń działu I.

Największy udział w składce pozyskanej w kanale *bancassurance* przez zakłady ubezpieczeń na życie objęte raportem PIU miały produkty inwestycyjne (3,48 mld zł wobec 6,56 mld zł rok wcześniej), produkty powiązane z produktem bankowym (1,94 mld zł wobec 1,69 mld zł rok wcześniej), a niepowiązane z produktem bankowym stanowiły 0,24 mld zł wobec 0,26 mld zł rok wcześniej.

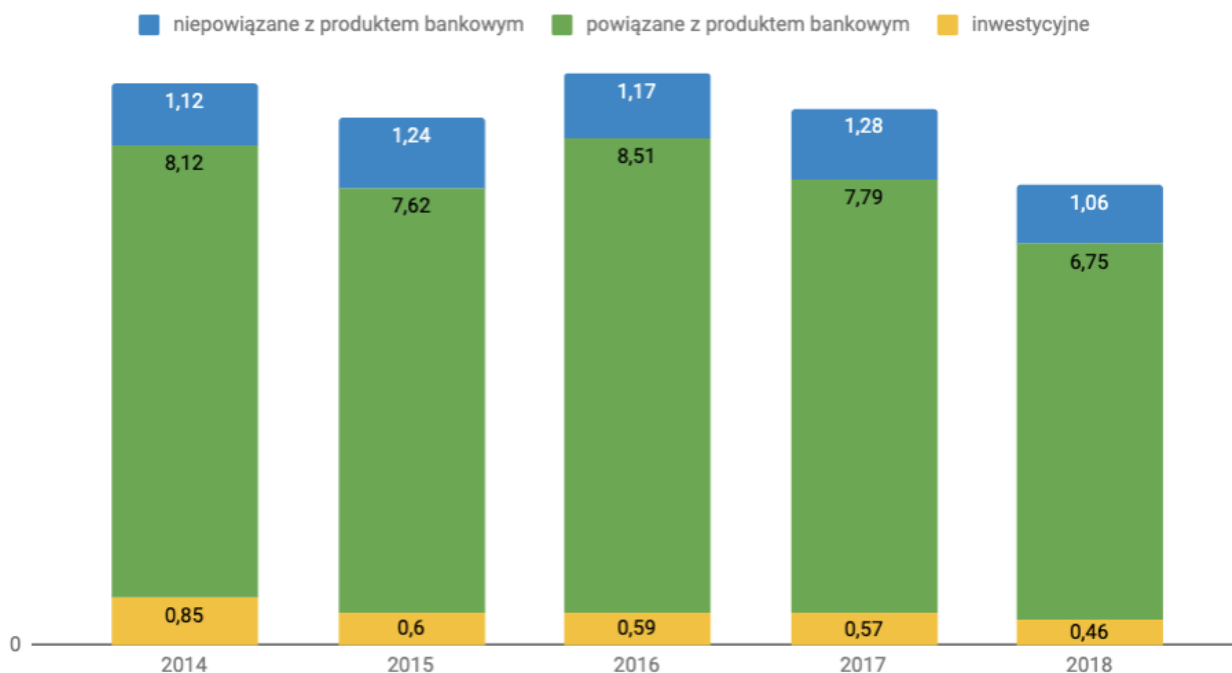
Wykres 1. Udział poszczególnych grup produktów w składce przypisanej brutto w kanale bancassurance (dane w mld zł)



Źródło: PIU, *Polski Rynek Bancassurance IV kwartał 2018 r.*, Polska Izba Ubezpieczeń 2019.

Choć za spadki wartości sprzedaży najmocniej odpowiadało zmniejszenie się zainteresowania produktami inwestycyjnymi, czyli tzw. ubezpieczeniami z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi (UFK), to kurczyła się jednocześnie wartość sprzedaży ubezpieczeń na życie dołączanych do produktów kredytowych. O ile jeszcze w 2014 r. wynosiła ona 2,63 mld zł, to w 2018 r. tym kanałem sprzedano polisy do kredytów za 1,94 mld zł. Jednocześnie spadł wolumen sprzedanych ubezpieczeń powiązanych z produktem bankowym – z 8,12 w 2014 r. do 6,75 mln sztuk na koniec 2018 r. (wykres 2).

Wykres 2. Liczba ubezpieczeń pozyskanych w kanale *bancassurance* w podziale na poszczególne grupy produktów (dane w mln sztuk)



Źródło: PIU, *Polski Rynek Bancassurance IV kwartał 2018 r.*, Polska Izba Ubezpieczeń 2019.

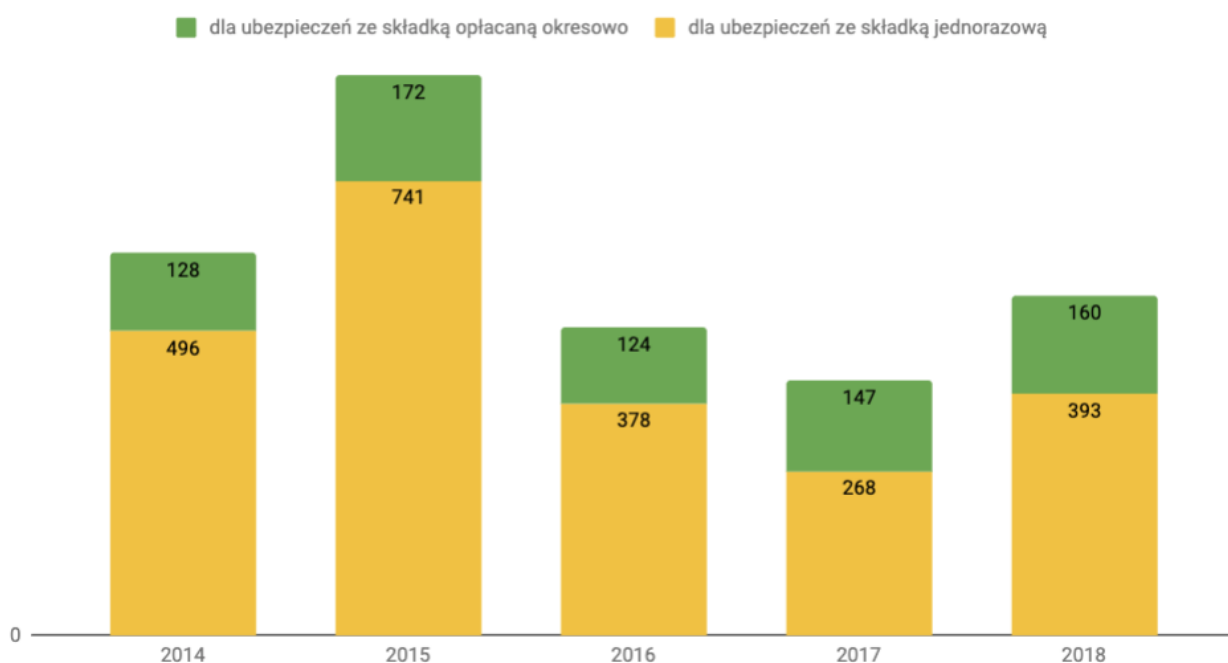
O ile w 2018 r. wartość sprzedaży polis indywidualnych opłacanych jednorazowo wynosiła 1,383 mld zł, to w 2015 r. było to 1,843 mld zł. Rok wcześniej – w 2014 r., czyli zaraz przed wejściem w życie *Rekomendacji U* – towarzystwa ubezpieczeniowe jako zabezpieczenie kredytu sprzedawały wyłącznie ubezpieczenia grupowe. Wartość sprzedaży polis grupowych opłacanych jednorazowo w 2014 r. wyniosła 2,182 mld zł.

Z raportu PIU wynika również, że od 2015 r. spadała jednocześnie sprzedaż grupowych ubezpieczeń będących zabezpieczeniem kredytu. O ile w 2014 r. było to 446 mln zł (dla polis płaconych okresowo), w 2016 r. – 341 mln zł, a na koniec 2018 r. już tylko 238 mln zł. Jednocześnie sprzedaż polis indywidualnych płaconych okresowo wynosiła zaledwie 249 mln zł. W ubiegłych latach banki nie sprzedawały takich ubezpieczeń w formie indywidualnej.

W ostatnich latach spadały też ceny ubezpieczeń na życie dołączanych do produktów kredytowych. O ile w 2014 r. średnia uroczniona składka dla ubezpieczeń ze składką jednorazową

wynosiła 496 zł, to na koniec 2018 r. było to 393 zł (po jednorazowym wzroście do 741 zł w 2015 r., czyli w momencie wejścia w życie *Rekomendacji U*). Nieco więcej kosztują obecnie ubezpieczenia będące zabezpieczeniem kredytu ze składką opłacaną okresowo. O ile w 2014 r. średnia uroczniona składka wynosiła 128 zł, to w następnych latach było kolejno: 172 zł, 124 zł, 147 zł, a na koniec 2018 r. – 160 zł.

Wykres 3. Średnia uroczniona składka przypisana (dane w zł) w ubezpieczeniach powiązanych z produktem bankowym (zabezpieczenie spłaty zadłużenia)



Źródło: PIU, *Polski Rynek Bancassurance IV kwartał 2018 r.*, Polska Izba Ubezpieczeń 2019.

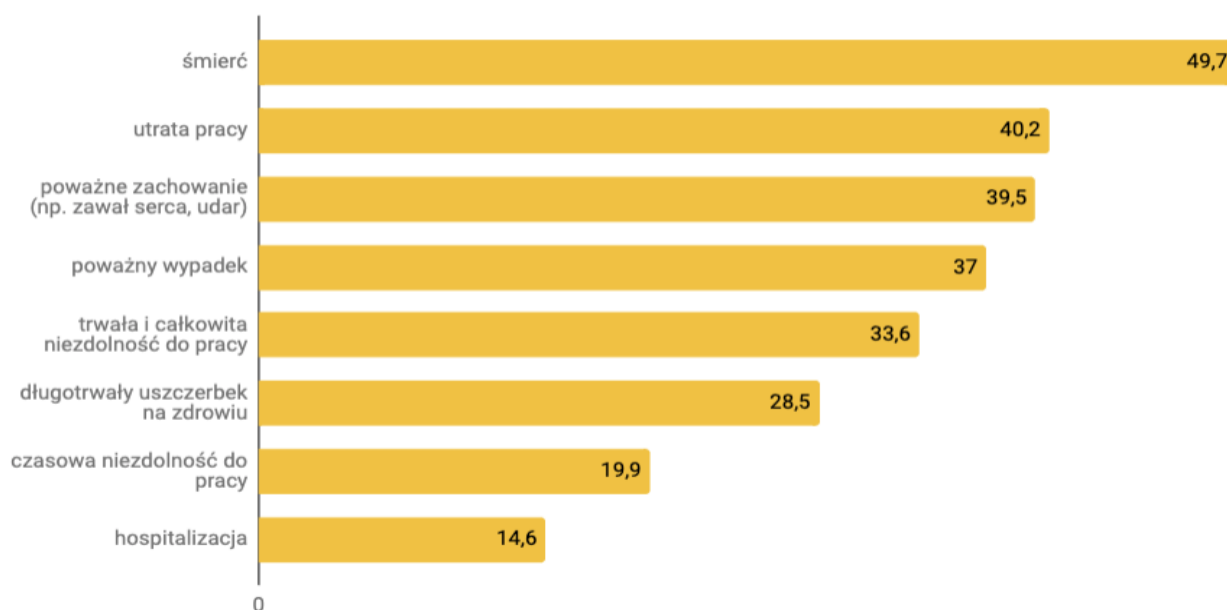
Te statystyki pokazują, że kolejne przepisy ograniczające swobodę działania banków i towarzystw ubezpieczeniowych w obszarze *bancassurance* nie tylko wymusiły zmianę formy umów z grupowych na indywidualne, ale jednocześnie obniżyły ceny ubezpieczeń. Z uwagi na fakt, że w tym czasie składki na ubezpieczenie na życie nie taniały, można przypuszczać, iż za ten spadek cen odpowiadają niższe prowizje pobierane przez banki za pośrednictwo w sprzedaży.

4. Świadomość klientów instytucji finansowych

Mimo ograniczenia popularności ubezpieczeń na życie sprzedawanych kanałem bankowym przepisy zwiększające uprawnienia ubezpieczonych nie wyeliminowały wszystkich problemów poszkodowanych i ich spadkobierców. Ubezpieczenia dołączane do kredytów wciąż dają klientom złudne poczucie ochrony przed nieprzewidywanymi zdarzeniami.

Jak wynika z najnowszego badania przeprowadzonego na zlecenie towarzystwa ubezpieczeniowego AXA Partners we współpracy z agencją badania rynku SW Research, więcej niż połowa Polaków jest gotowa na zakup ubezpieczenia spłaty kredytu, a co czwarty mieszkaniec naszego kraju (25,8%) nie wyklucza takiej możliwości. Zaledwie 19,7% ankietowanych jest nastawionych sceptycznie wobec ubezpieczeń spłaty zobowiązań finansowych.

Wykres 4. Wyniki ankiety z pytaniem o to, na wypadek jakich sytuacji losowych uniemożliwiających spłatę kredytu ankietowany rozważyłby zakup ubezpieczenia (dane w ujęciu procentowym)



Źródło: AXA Partners, SW Research Agencja Badań Rynku i Opinii, *Kredytowy święty spokój*, <https://www.axa-assistance.pl/o-nas/informacje/kredytowy-swiety-spokoj-co-drugi-polak-gotowy-na-u/>.

Główną sytuacją losową, na wypadek której Polacy chcieliby się ubezpieczyć, aby nie narażać siebie lub bliskich na długi, jest śmierć (49,7% wskazań). W drugiej kolejności ankietowani wskazywali poważne zachorowania oraz utratę pracy (odpowiednio 39,5% oraz 40,2%). Najmniej chętnie Polacy ubezpieczyliby swój kredyt od czasowej niezdolności do pracy (19,9%) oraz z powodu hospitalizacji (14,6%). Osoby, które nie są zainteresowane zakupem ubezpieczenia spłaty zobowiązania finansowego, jako główne powody wskazują: brak takiej potrzeby (32%), brak odpowiednich środków finansowych (18,3%) oraz ograniczone zaufanie do ubezpieczeń (16,8%). Ankietowani najchętniej zakupiliby ubezpieczenie zobowiązania finansowego w instytucji, która udzieliła im kredytu, czyli w banku (62,4%). Gotowość do nabycia ubezpieczenia bezpośrednio od towarzystwa ubezpieczeniowego deklaruje co czwarty respondent (24,8%). Na kolejnych miejscach w zestawieniu znalazły się porównywarki ubezpieczeń (8,2%) oraz pośrednicy ubezpieczeniowi (4,5%).

Mimo to, jak wynika z badań, klienci banków nie interesują się warunkami ubezpieczeń. Większość z nich nie orientuje się, komu i na jakich zasadach służą ubezpieczenia. Z badania zrealizowanego przez firmę Ogólnopolski Panel Badawczy Ariadna wynika, że klienci banków nie interesują się warunkami ubezpieczeń kredytów, m.in. od utraty pracy czy następstw nieszczęśliwych wypadków. Niechętnie także czytają umowy – okazuje się, że rzadziej niż co piąty badany zapoznał się z warunkami polisy. Nic więc dziwnego, że czterech na dziesięciu ankietowanych nie wie, że stroną umowy jest bank, który dostanie pieniądze z polisy w razie wypadku czy śmierci kredytobiorcy. Nie wiedzą, czy polisa zapewnia jakiegokolwiek bezpieczeństwo im samym lub ich rodzinie⁶³⁵.

Stosunek kredytobiorców do ubezpieczenia kredytu jest dość ambiwalentny. Wyniki wskazują, że kredytobiorcy nie bardzo wiedzą, komu i na jakich zasadach służą ubezpieczenia. Nie przejawiają zbytniego zainteresowania warunkami tych ubezpieczeń. Z tego powodu najczęściej nie zdają sobie sprawy, że polisy dołączone do kredytów mają bardzo ograniczony zakres ochrony i długą listę wyłączeń odpowiedzialności towarzystwa ubezpieczeniowego.

Najlepszym barometrem są skargi klientów na obsługę odszkodowawczą, bo dopiero wtedy klient ma realny kontakt z drugą stroną umowy i widzi, jak zakład ubezpieczeń wywiązuje się z

umowy. Dopiero wtedy może ocenić, czy rzeczywiście jest zadowolony z ubezpieczenia⁶³⁶. Dlatego rzeczywiste, a nie ofertowe warunki ubezpieczenia, najtrafniej będzie opisać na przykładzie skarg składanych po zajściu zdarzenia ubezpieczeniowego.

Z badań przeprowadzonych w Wielkiej Brytanii wynika jednak, że liczba skarg nie oddaje wagi problemu. Okazuje się bowiem, że tylko 10% klientów niezadowolonych z zakupionego produktu lub usługi składa reklamację lub skargę do firmy. Reszta, czyli 90% niezadowolonych klientów, zamiast składać skargi, opowie o nieprzyjemnej sytuacji z udziałem danej firmy swoim znajomym, rodzinie i przyjaciołom, tym samym przekazując dalej złą opinię na temat przedsiębiorcy i zniechęcając kolejnych klientów⁶³⁷.

5. Analiza skarg klientów na ubezpieczenia dołączane do kredytów

Statystyki skarg niezadowolonych klientów zbiera cyklicznie Rzecznik Finansowy. Tylko w 2018 r. wpłynęły 14 043 wnioski, w tym 4835 wniosków dotyczyło ubezpieczeń na życie. Wnioski napływały zarówno bezpośrednio od wnioskodawców – 11 088 (79,0%), jak też za pośrednictwem pełnomocników i innych podmiotów – 2955 wniosków (21,0%). Sprawy dotyczące nieprawidłowości w ubezpieczeniach na życie dotyczyły 34,4% zgłoszeń (4835 skarg).

Z analizy skarg z lat 2013–2018 wynika, że banki i towarzystwa ubezpieczeniowe dopuszczały się nadużyć na każdym z poszczególnych etapów trwania umowy ubezpieczenia kredytu. Przy zawieraniu umowy ubezpieczenia pracownicy banków często nie informowali klientów o cenie i warunkach ubezpieczenia, w tym nie podawali szczegółów dotyczących wyłączeń zakresu odpowiedzialności towarzystwa ubezpieczeniowego. W trakcie trwania ubezpieczenia nierzadko nie podawano klientom informacji o zaległych składkach, bez zgody klienta przedłużano umowy na kolejne lata, zamieniano cenę lub zakres polisy. Część kredytobiorców nie miała prawa zmienić towarzystwa ubezpieczeniowego, w którym miała wykupione ubezpieczenie, bo skutkowałoby to rozwiązaniem umowy kredytowej. Z kolei przy wypłacie odszkodowania z polisy kredytowej instytucje finansowe przekraczały ustawowy termin, a w przypadku polis grupowych odmawiały uznawania reklamacji lub skierowania sprawy do sądu.

⁶³⁵ A. Popiołek, *Płacimy za polisy, które chronią banki*, „Gazeta Wyborcza” z 10 kwietnia 2015.

⁶³⁶ M. Więcko-Tułowicka, *Ochrona konsumentów w umowach ubezpieczenia*, LexisNexis, Warszawa 2014.

⁶³⁷ N. Ceeney, *Learning from complaints*, Ombudsman News, London 2010.

Zdarzało się również, że banki wzywały do spłaty zadłużenia rodzinę ubezpieczonego w przypadku jego śmierci jeszcze przed przeprowadzeniem postępowania spadkowego.

Tabela 1. Nadużycia banków i towarzystw ubezpieczeniowych

Etap trwania umowy ubezpieczeniowej	Nadużycia banków i towarzystw ubezpieczeniowych
Podpisanie umowy kredytowej	ubezpieczenie jako obowiązkowa część umowy kredytowej, brak możliwości innego zabezpieczenia kredytu, m.in. przez poręczyciela czy żyranta
	uzależnienie kosztów kredytu od zakupu ubezpieczenia, niższa prowizja/oprocentowanie pod warunkiem zakupu konkretnego ubezpieczenia w konkretnym towarzystwie ubezpieczeniowym
Podpisanie umowy ubezpieczeniowej	brak informacji o zakresie ubezpieczenia
	brak informacji o cenie ubezpieczenia
	brak ankiety medycznej; przy zawieraniu umowy ubezpieczeniowej pracownik banku nie pyta o stan zdrowia kredytobiorcy
	niedostateczne informowanie klientów o warunkach zawieranych ubezpieczeń, w tym w szczególności o zakresie wyłączeń odpowiedzialności towarzystwa ubezpieczeniowego
	brak bezpośredniego kontaktu z przedstawicielem towarzystwa ubezpieczeniowego
Okres ubezpieczenia	stosowanie systemu opt-out - posiadacze ubezpieczenia zostają odgórnie objęci ubezpieczeniem z możliwością pisemnej rezygnacji
	brak informacji o zaległych składkach
	przedłużanie polisy na kolejny okres
	zmiana ceny lub warunków ubezpieczenia
Wypłata odszkodowania	brak możliwości zmiany ubezpieczenia w trakcie umowy kredytowej; rozwiązanie umowy ubezpieczenia skutkowało rozwiązaniem umowy kredytowej
	brak informacji ze strony banku o wygaśnięciu ochrony ubezpieczeniowej
	przekroczenie ustawowego terminu na wypłatę świadczenia
	nieuzasadniona odmowa wypłaty odszkodowania
	odmowa skierowania przez bank reklamacji do towarzystwa ubezpieczeniowego lub uniemożliwienie klientowi skierowania reklamacji do towarzystwa ubezpieczeniowego
	odmowa lub uniemożliwienie skierowania sprawy do sądu
	wezwanie rodziny zmarłego kredytobiorcy do spłaty kredytu przed przeprowadzeniem postępowania spadkowego

Źródło: Opracowanie własne na podstawie analizy skarg klientów kierowanych do Rzecznika Finansowego.

Najczęściej podnoszone zarzuty pod adresem ubezpieczycieli dotyczyły jednak odmowy uznania roszczenia z uzasadnieniem, że zdarzenie nie mieści się w granicach ochrony gwarantowanej umową albo ubezpieczony zataił lub podał niepełne informacje o stanie zdrowia przed zawarciem umowy ubezpieczenia. To jednocześnie największa przeszkoda w uzyskaniu należnych odszkodowań z ubezpieczeń na życie dołączanych do produktów kredytowych. Spory takie dotyczą głównie kwestii medycznych, czyli wykazania, że klient nie zmarł na skutek choroby, która istniała u niego przed przystąpieniem do ubezpieczenia. Ubezpieczyciele zastrzegają bowiem, że klient nie dostanie ani złotówki, gdy zgon nastąpi bezpośrednio w wyniku następstw i konsekwencji chorób, które przed dniem rozpoczęcia odpowiedzialności ubezpieczyciela zostały zdiagnozowane przez lekarza, były leczone lub których objawy występowały przed tym dniem. To często tylko pretekst do odmowy wypłaty

odszkodowania. Towarzystwa ubezpieczeniowe stosują bowiem szeroką interpretację dotyczącą ukrytej choroby i jej powiązań z kolejnymi schorzeniami; niekiedy wiążą śmierć z chorobami występującymi w przeszłości nawet wtedy, kiedy nie określono przyczyny zgonu.

Dyskusyjna pozostaje również kwestia, czy jeżeli ubezpieczyciel nie pytał przy zawieraniu umowy ubezpieczenia na życie o stan zdrowia ubezpieczonego, np. nie wymagał wypełnienia ankiety medycznej, to czy w tej sytuacji może odmówić wypłaty odszkodowania, jeśli klient zmarł w związku ze schorzeniem, na które cierpiał przed zawarciem umowy. Zadawanie pytań zdrowotnych jest o tyle istotne, że pozwala konsumentowi na zrozumienie, czy ubezpieczenie, na które się decyduje, w ogóle ma sens. Ubezpieczony, o ile zda sobie wówczas sprawę z tego, że prawdopodobnie nie skorzysta z ochrony ubezpieczeniowej, o tyle być może nie przystąpiłby do umowy. W niektórych przypadkach stan zdrowia kredytobiorcy (np. nadciśnienie tętnicze, przebyty zawał serca, otyłość, cukrzyca, udar mózgu, choroba nowotworowa, padaczka, alkoholizm) automatycznie powinien wykluczyć go z grona osób, które mogą się w ogóle ubezpieczyć na wypadek śmierci w wyniku choroby. W wielu sytuacjach wstępna rozmowa z potencjalnym kredytobiorcą pozwoliłaby wyłączyć go z grona osób, dla których proponowana umowa ubezpieczenia jest adekwatna do ich stanu zdrowia⁶³⁸.

Bez takiego ukierunkowania, dotyczącego zarówno daty diagnozy, jak i rodzaju schorzeń podlegających wyłączeniu spod ochrony ubezpieczeniowej, konsument może nie mieć świadomości co do wpływu, jaki przebyte choroby będą miały na odpowiedzialność ubezpieczyciela. Ubezpieczyciel powinien zgodnie z obyczajem tak kształtować stosunki umowne, aby wyłączenia odpowiedzialności ubezpieczyciela były maksymalnie precyzyjne. Obowiązkiem ubezpieczyciela jest też oszacowanie ryzyka ubezpieczeniowego przed zawarciem umowy. To od tego ryzyka powinna zależeć wysokość składki ubezpieczeniowej. Brak takiej oceny ze strony ubezpieczyciela zaprzecza idei umowy ubezpieczenia i czyni z niej umowę podobną do zakładu czy loterii.

Taka opinia ma swoje podstawy w orzecznictwie sądowym. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie ze stycznia 2015 r.⁶³⁹ Sąd stwierdził, że skoro ubezpieczyciel nie żąda od klienta informacji o stanie zdrowia, a zastrzega sobie w umowie badanie stanu zdrowia po wystąpieniu wypadku ubezpieczeniowego, to w istocie przerzuca całe ryzyko na ubezpieczonego, a jest to sprzeczne z dobrymi

⁶³⁸ R. Skibińska, *Sprzedż polis po nowemu*, „Obserwator Finansowy” z 26 października 2015.

⁶³⁹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2015 r. (I ACa 762/14).

obyczajami. Ubezpieczyciel nie ponosił bowiem ryzyka wypłaty odszkodowania, bo przy tak szeroko zakrojonym wyłączeniu odpowiedzialności każdy problem zdrowotny mógł mieć wpływ na przyczynę śmierci. Sąd doszedł do wniosku, że jeżeli ubezpieczyciel nie zapytał o takie okoliczności, jak np. przebyte i obecne choroby, to znaczy, że były one dla niego nieistotne. Więc nawet jeżeli wpłyną one na zajście tzw. wypadku ubezpieczeniowego (tu: na śmierć), to ubezpieczyciel powinien ponosić za nie odpowiedzialność.

Sąd orzekł, że umowa ubezpieczenia, zgodnie z którą ubezpieczyciel nie poniesie odpowiedzialności w przypadku śmierci ubezpieczonego na choroby „wniesione”, jest umową pustą. Ubezpieczony mimo opłacania składek nie jest tak naprawdę objęty ochroną. Ubezpieczyciel natomiast otrzymuje składki, nie ponosząc niemal żadnego ryzyka, bo z uwagi na niezwykle szeroki zakres wyłączenia niemal każda dolegliwość zdrowotna może mieć wpływ na przyczynę śmierci. Nie zadając pytań zdrowotnych, ubezpieczyciel potwierdza niejako, że obejmuje klienta ochroną niezależnie od tego, czy realizacja świadczenia będzie w jego przypadku w ogóle możliwa.

Jak dowodzą prawnicy z Biura Rzecznika Finansowego, w indywidualnym sporze można też wnosić do sądu o uznanie postanowienia za tzw. klauzulę abuzywną i wykreślenie zapisu mówiącego o wyłączeniu odpowiedzialności za skutki chorób istniejących przed zawarciem umowy. Będą do tego podstawy, jeśli sąd uzna, że poprzez niejednoznaczne sformułowania zapis ten kształtuje prawa i obowiązki klienta w sposób w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i rażąco narusza jego interesy. Dlatego zakłady ubezpieczeń powinny zmienić swoją praktykę zawierania umów ubezpieczeń grupowych i wprowadzić tzw. ankietę medyczną. Pozwoli to na zasygnalizowanie klientom wyłączenia odpowiedzialności w tego typu przypadkach. Ubezpieczony w momencie zawierania umowy powinien mieć możliwość oceny, jakie schorzenie może stać się dla ubezpieczyciela podstawą do odmowy wypłaty świadczenia. Dzięki temu podejmie świadomą decyzję, czy chce nabyć takie ubezpieczenie. Nie będzie też przypadków, w których ubezpieczeni będą płacili składkę za tzw. puste ubezpieczenie, czyli takie, które nie da im żadnej ochrony lub zapewni im ją jedynie w iluzorycznym zakresie.

6. Ubezpieczenie na życie sposobem na ukrycie prowizji od kredytu

Kolejny problem to zmuszanie klientów do zakupu ubezpieczenia pod pozorem obniżenia pozostałych kosztów kredytu. Jak wynika z przeprowadzonych przez autorkę badań, banki tak określają warunki udzielenia kredytu, by klient miał wrażenie, że bardziej opłaca mu się kupić ubezpieczenie, nawet jeśli przez to zapłaci dużo wyższą ratę. Kiedyś prowizja za udzielenie kredytu nie mogła przekraczać 5% pożyczanej kwoty. W grudniu 2011 r. ograniczenia dotyczące wysokości prowizji zostały zniesione. Według nadzoru finansowego górny limit prowizji został zniesiony dlatego, bo banki go omijały, dorzucając do kredytów gotówkowych drogie ubezpieczenia. Po zniesieniu limitu prowizji miało się to zmienić⁶⁴⁰.

Obecnie prowizje od kredytów i pożyczek gotówkowych udzielanych przez banki są z roku na rok coraz wyższe. Prowizja dochodzi do kilkunastu, a w skrajnych przypadkach nawet do 25%. To oznacza, że za pożyczone 1000 zł bank pobiera 250 zł prowizji. Często zdarza się jednak, że bank zamiast kilkunastoprocentowej prowizji proponuje klientowi dodatkowe ubezpieczenie na życie. Wtedy kredytobiorca nie płaci bankowi tak wysokiej prowizji, tylko dodatkową składkę ubezpieczeniową. Ubezpieczenia dołączane do kredytów są powszechne, ponieważ są sprzedawane przez banki od razu przy okazji udzielania kredytów⁶⁴¹. Dotyczy to nie tylko kredytów hipotecznych, lecz również kredytów gotówkowych czy nawet ratalnych, także tych na niewielkie kwoty⁶⁴².

Jest to możliwe z uwagi na fakt, że obecnie banki ukrywają pobierane opłaty. Klient nie wie, ile zapłaci prowizji, czy musi kupić ubezpieczenie i ile będzie wynosić oprocentowanie kredytu. To oznacza, że klient, który chce porównać oferty kilku banków i wybrać jego zdaniem najlepszą, nie jest w stanie tego zrobić. Na stronach internetowych najczęściej znajdują się informacje o minimalnych pobieranych opłatach – z zastrzeżeniem, że zależą one od indywidualnej oceny banku w przypadku konkretnego kredytobiorcy. Podobnie konstruowane są reprezentatywne przykłady kosztów kredytu, przy których znajduje się zastrzeżenie, że wyliczona prowizja jest najniższą możliwą, a ostateczne koszty zależą od zdolności kredytowej klienta. Również w tabelach opłat i prowizji zamieszczonych na stronach internetowych banki nie zamieszczają takich informacji.

⁶⁴⁰ A. Popiołek, *Banki ukrywają koszty*, „Gazeta Wyborcza” z 2 listopada 2017.

⁶⁴¹ R. Holly (red.), *Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*, Poltext, Warszawa 2003.

⁶⁴² P. Karpuś, J. Węclawski, *Rynek finansowy. Inspiracje z integracji europejskiej*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2008.

Tabela 2. Porównanie kosztów kredytów gotówkowych

	koszt kredytu bez ubezpieczenia		koszt kredytu z ubezpieczeniem		
	prowizja	oprocentowanie	prowizja	oprocentowanie	ubezpieczenie
PKO BP	b.d.; (RRSO: 3,44-27,23)	b.d.; (RRSO: 3,44-27,23)	b.d.; (RRSO: 3,44-27,23)	b.d.; (RRSO: 3,44-27,23)	b.d.; (RRSO: 3,44-27,23)
Santander Bank Polska	5,99-9,99	4,99-9,79	5,99-9,99	4,99-9,79	b.d.
Bank Pekao	6,99-9,99	8,99	6,99-9,99	8,99	b.d.
mBank	5,99 - 19,99	7,99 - 9,99	4,99 - 18,99	7,99 - 9,99	2,616
ING	0-7,99	4,99-8,99	0-7,99	4,99-8,99	3,36
Bank Millennium	0-14,99	7,49-9,99	0-11,99	7,99	3,6
Alior Bank	b.d.	b.d.	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 0	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 7	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 12
Citi Handlowy	b.d.; (RRSO: 9,91)	b.d.; (RRSO: 9,91)	b.d.; (RRSO: 9,91)	b.d.; (RRSO: 9,91)	b.d.; (RRSO: 9,91)
BNP Paribas	0-19,99	4,4-9,99	0-19,99	4,4-9,99	b.d.
Eurobank	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 17	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 10	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 12,4	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 10	b.d.; z przykładu reprezentatywnego 13,6
Credit Agricole	do 25	do 10	do 25	do 10	6,3
Santander Consumer Bank	6,99-12,99	3,99-9,99	6,99-12,99	3,99-9,99	b.d.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie informacji pochodzących ze stron internetowych i infolinii banków.

Z przeprowadzanych analiz wynika, że taką strategię stosuje większość banków działających w Polsce, w tabelach opłat i prowizji prezentuje minimalne i maksymalne wartości prowizji i oprocentowania, które mogą zostać zaoferowane klientom. Takie informacje przedstawiają np. Santander Bank Polska (dawniej BZ WBK), kontrolowany przez Skarb Państwa Bank Pekao, mBank, Bank Millennium, BNP Paribas, Credit Agricole. Jednak niektóre banki, np. największy PKO BP, kontrolowany przez Skarb Państwa Alior Bank, Citi Handlowy oraz Eurobank, nie podają nawet wartości orientacyjnych. W przypadku tych banków klient może zorientować się w potencjalnych kosztach kredytów tylko poprzez analizę zamieszczonych na stronach internetowych przykładów reprezentatywnych (np. Alior Bank) lub poprzez analizę tzw. suwaków kredytowych zamieszczonych na stronach internetowych, które po wyborze kwoty kredytu i okresu kredytowania, wyświetlają wysokość miesięcznej raty i RRSO (rzeczywistą roczną stopę oprocentowania). Brak jest jednak informacji o wysokości prowizji czy oprocentowania.

Z takiego mechanizmu zamieszczonego na stronie PKO BP wynika na przykład, że RRSO w zależności od podanych parametrów może wahać się od 3 do 27%. To oznacza, że za każdy pożyczony 1000 zł, kredytobiorca zapłaci co roku od 30 do 270 zł.

Z badania wynika również, że banki zaczęły ukrywać część pobieranych prowizji pod postacią ubezpieczenia na życie. Tak robi m.in. Alior Bank, który reklamuje swoją pożyczkę „zimową” jako kredyt bez prowizji, a *de facto* prowizją jest obowiązkowe ubezpieczenie na życie kredytobiorcy. RRSO wynosi prawie 13%, mimo że oprocentowanie nie przekracza 7%. W rzeczywistości klient płaci około 12% prowizji, nazwanej ubezpieczeniem na życie.

Przykład: Rzeczywista Roczna Stopa Oprocentowania (RRSO) dla oferty „Pożyczka zimowa 0°” wynosi 12,27%, całkowita kwota kredytu (bez kredytowanych kosztów): 14 400 zł, całkowita kwota do zapłaty: 19 056,50 zł, oprocentowanie zmienne: 6,9%, całkowity koszt kredytu: 4656,50 zł (w tym prowizja: 0 zł (0%), odsetki: 2977,89 zł, ubezpieczenie na życie: 1678,61 zł), 60 równych, miesięcznych rat w wysokości 317,62 zł. Maksymalna kwota pożyczki w tej ofercie to 50 000 zł⁶⁴³.

Taka strategia banków związana jest z faktem, że klienci nie akceptują informacji o wysokich prowizjach za udzielenie kredytu. Z tego powodu niektóre banki w ogóle nie podają wysokości prowizji za udzielenie kredytu, a jedynie wysokość miesięcznej raty, jaką płaciłby klient, zaciągając określoną kwotę kredytu na wyznaczony czas⁶⁴⁴.

Potwierdzają to analizy przeprowadzone przez menedżerów bankowych. Wynika z nich, że klient niechętnie decyduje się na zakup kredytu z prowizją bankową, z której nie ma żadnych korzyści. Chętniej natomiast wybierze kredyt z dodatkowym ubezpieczeniem, nawet jeżeli postrzega je jako zbędne i traktuje jako dodatkowy obowiązkowy koszt uzyskania kredytu gotówkowego⁶⁴⁵.

7. Rekomendacje

Regulator powinien dążyć do wyeliminowania nieprawidłowości występujących na pograniczu bankowości i ubezpieczeń, tak by zwiększyć zaufanie do obu sektorów i budować pozytywny wizerunek instytucji finansowych. Obecny model *bancassurance* zagraża percepcji banków i towarzystw ubezpieczeniowych jako instytucji zaufania publicznego oraz generuje ryzyko, że konsumenci będą negatywnie postrzegać ubezpieczenia jako produkt niedający im żadnych korzyści.

⁶⁴³ Kalkulacja została dokonana 15 listopada 2018 r. na reprezentatywnym przykładzie.

⁶⁴⁴ A. Popiołek, *Banki ukrywają koszty*, op. cit.

⁶⁴⁵ K. Stolarski, *Bancassurance potrzebuje nowych regulacji*, „Obserwator Finansowy” z 28 września 2016.

Wydaje się, że obecnie walka toczy się nie o dobro klienta, lecz jest próbą sił instytucji finansowych i nadzoru. Dlatego należy zagwarantować, aby oferta kierowana do klientów była maksymalnie prosta i zrozumiała. Przy mniej skomplikowanych produktach, z jasno określoną ceną i zakresem odpowiedzialności ubezpieczyciela, trudniej będzie wprowadzić klienta w błąd, nawet w przypadku kiepsko wyszkolonych sprzedawców ubezpieczeń na życie. W szczególności sprzyjałaby temu zasada, że cena ubezpieczenia powinna być zgodna ze składką ubezpieczeniową. Klient powinien poznać cenę ubezpieczenia, a prowizja dla agenta powinna być podawana oddzielnie, aby klient sam mógł podjąć decyzję, czy za usługi pośrednika chce zapłacić wskazaną kwotę.

Wprowadzone do tej pory regulacje co prawda ograniczyły część praktyk naruszających prawa klientów banków i zakładów ubezpieczeń, jednak nie wyeliminowały ich całkowicie. Stało się tak dlatego, że instytucje finansowe, podobnie jak większość przedsiębiorców, w zmiennym otoczeniu prawnym stara się dostosować profil swojej działalności tak, żeby jak najmniej uciepieć na wprowadzanych zmianach.

W tym przypadku zabrakło kwestii motywowania ubezpieczycieli przede wszystkim do jasnego obrazowania zasad działania ubezpieczeń w przypadku wykluczeń przejęcia odpowiedzialności za zdarzenia, przede wszystkim za śmierć będącą wynikiem chorób, na które ubezpieczony cierpiał przed podpisaniem umowy ubezpieczenia. Jasne wytyczne w tym zakresie pomogłyby zarówno ograniczyć misselling (niedostosowanie produktu do profilu klienta), jak i zwiększyć świadomość ubezpieczeniową klientów. To z kolei mogłoby upowszechnić zwyczaj ubezpieczania życia i zdrowia, który w Polsce na tle innych europejskich krajów jest rażąco rzadko praktykowany.

Regulacje powinny zapobiegać również takim sytuacjom, w których banki mogą ukrywać rzeczywiste koszty kredytów, nakłaniając tym samym klientów do podejmowania nieracjonalnych decyzji finansowych. To może również powodować przesadne zadłużenie się klientów, którzy nieświadomi kosztów kredytów, zaciągają kolejne zobowiązania na coraz większe kwoty.

Aby ograniczyć wysokie ceny ubezpieczeń kredytowych, które *de facto* stanowią prowizję banku, należy uniezależnić wysokość oprocentowania kredytu od wysokości stóp procentowych w

taki sposób, aby nie zmuszały banków do poszukiwania innych wariantów pobierania wynagrodzenia za udzielony kredyt.

Nadzorczy i regulatorzy powinni wyprzedzać działania prywatnych firm i przewidywać, jak te zareagują na projektowane przepisy. W czasach globalizacji zmiany w sektorze finansowym charakteryzuje duża dynamika i realia potrafią się zmienić już na etapie tworzenia nowych przepisów. Polskie prawo nie nadąża za zmianami na rynku i nowymi oczekiwaniami klientów⁶⁴⁶. Regulacje powinny więc motywować podmioty do konkretnych działań, a nie tylko nakłaniać do zaniechania pewnych działań.

Instytucje nadzorcze powinny wyłonić główne obszary, które wymagają aktywnych regulacji i reagować na bieżąco. Chodzi przede wszystkim o te pola, w których nadzór spodziewa się wykorzystywania uprzywilejowanej pozycji firm. W konstruowaniu odpowiednich przepisów prawa i rekomendacji, które skutecznie wyeliminują problemy występujące na danych rynkach, może również pomóc dokładna analiza skarg klientów. Nadzór nie powinien się ograniczać do nakładania kar na towarzystwa ubezpieczeniowe jedynie w przypadku opóźnień wypłat odszkodowań, lecz także winien interweniować w przypadku niewłaściwego ich wyliczenia lub nieuzasadnionej odmowy zaspokojenia roszczenia klienta. Nie można jednak niestety założyć, że uda się stworzyć idealne normy prawne, w których nie będą występowały pomyłki ludzkie. Dlatego niezbędny jest rozwój instytucji chroniących prawa konsumentów, takich jak Rzecznik Finansowy, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, miejscy i powiatowi rzecznicy konsumentów oraz Komisja Nadzoru Finansowego.

Wskazane wyżej instytucje chroniące konsumentów powinny też lepiej ze sobą współpracować. Dodatkowo należy zwiększyć ich uprawnienia w taki sposób, żeby decyzje przez nie podejmowane nie miały charakteru negocjowanych z towarzystwem ubezpieczeniowym, tylko jako decyzje administracyjne wprowadzały natychmiastowe zmiany w działalności instytucji finansowych.

⁶⁴⁶ S. Kasiewicz, *Teoria i praktyka zarządzania ryzykiem regulacyjnym w sektorze finansowym*, ALTERUM, Warszawa 2016.

8. Podsumowanie

Ubezpieczenia dołączane do kredytów dają klientom złudne poczucie ochrony przed nieprzewidywanymi zdarzeniami. Kredytobiorcy, chcąc zabezpieczyć siebie i rodzinę przed konsekwencjami swojej śmierci, utraty pracy czy poważnego wypadku, wykupują w bankach ubezpieczenia kredytu. Z przeprowadzanych badań i przeglądu literatury przedmiotu wynika jednak, że polisy dołączone do kredytów mają bardzo ograniczony zakres ochrony i długą listę wyłączeń.

Banki stosują polisy na życie jako dodatkowe zabezpieczenie kredytu. W przypadku śmierci kredytobiorcy odszkodowanie dostaje nie rodzina, ale bank. Pieniądze z ubezpieczenia idą na spłatę kredytu. Kredytobiorcy są przekonani, że wykupione ubezpieczenie chroni tak ich, jak i ich rodzinę, ale nie zdają sobie sprawy, że jest to *de facto* ochrona banku, za którą oni jedynie ponoszą koszt.

Banki, aby nie odstraszać klientów zbyt wysokimi prowizjami, część kosztów prezentują w formie składki na ubezpieczenia. To oznacza, że rzeczywiste koszty kredytu są dla klienta o wiele wyższe, niż wynikałoby to z podawanego poziomu oprocentowania kredytu i prowizji od jego udzielenia.

W 2015 r. weszły w życie rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego, które miały uregulować rynek. Polisy muszą być indywidualne, a nie grupowe. Klient jest stroną umowy i w razie odmowy wypłaty odszkodowania może się odwołać. Jednak nowe regulacje w niedostatecznym stopniu redukują zjawisko nieświadomości klientów względem rzeczywistych warunków udzielania kredytów.

Produkty ubezpieczeniowe i kredytowe sprzedawane klientom powinny być proste, a informacje na ich temat winny być przedstawiane klientowi przez sprzedawcę w zrozumiałym sposób. Aby zwiększyć ochronę konsumentów, instytucje chroniące konsumentów powinny się wymieniać informacjami dotyczącymi praktyk ubezpieczycieli i ściśle ze sobą współpracować.

Zarówno rząd, jak i nadzór finansowy powinny reagować od razu po pierwszych sygnałach, a wręcz przewidywać nowe sposoby działania firm. Dodatkowo wprowadzane przepisy winny nakłaniać banki i towarzystwa ubezpieczeniowe do zachowań proklienckich, a nie jedynie ograniczać występujące nadużycia. Nowe przepisy prawne powinny wyprzedzać praktyki towarzystw ubezpieczeniowych, a nie być jedynie odpowiedzią na bezprawne ograniczanie praw konsumentów.

Bibliografia

1. AXA Partners, SW Research Agencja Badań Rynku i Opinii, *Kredytowy święty spokój*, <https://www.axa-assistance.pl/o-nas/informacje/kredytowy-swiety-spokoj-co-drugi-polak-gotowy-na-u/>.
2. Ceeney N., *Learning from complaints*, Ombudsman News, London 2010.
3. Holly R. (red.), *Ubezpieczenia finansowe i gwarancje ubezpieczeniowe*, Poltext, Warszawa 2003.
4. Karpuś P., Węclawski J., *Rynek finansowy. Inspiracje z integracji europejskiej*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2008.
5. Kasiewicz S., *Teoria i praktyka zarządzania ryzykiem regulacyjnym w sektorze finansowym*, ALTERUM, Warszawa 2016.
6. Orlicki M., *Rekomendacja U, wytyczne dystrybucyjne, projekt ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – szansa na zmianę praktyki zawierania i wykonywania ubezpieczeń grupowych*, „Prawo Asekuracyjne” 2015, nr 1.
7. PIU, *Polski Rynek Bancassurance IV kwartał 2018*, Polska Izba Ubezpieczeń 2019.
8. Popiołek A., *Płacimy za polisy, które chronią banki*, „Gazeta Wyborcza” z 10 kwietnia 2015.
9. Popiołek A., *Rok bez naciągania na polisy w bankach*, „Gazeta Wyborcza” z 31 marca 2016.
10. Popiołek A., *Banki ukrywają koszty*, „Gazeta Wyborcza” z 2 listopada 2017.
11. Skibińska R., *Sprzedaż polis po nowemu*, „Obserwator Finansowy” z 26 października 2015.
12. Skibińska R., *Ubezpieczyciele muszą nadążyć za regulacjami*, „Obserwator Finansowy” z 6 kwietnia 2016.
13. Stolarski K., *Bancassurance potrzebuje nowych regulacji*, „Obserwator Finansowy” z 28 września 2016.
14. Więcko-Tułowicka M., *Ochrona konsumentów w umowach ubezpieczenia*, LexisNexis, Warszawa 2014.
15. ZBP, PIU, *Rekomendacja dobrych praktyk na polskim rynku bancassurance w zakresie ubezpieczeń ochronnych powiązanych z produktami bankowymi*, Związek Banków Polskich, Polska Izba Ubezpieczeń, Warszawa, 10 lipca 2012.

Ubezpieczenia na życie z UFK – analiza nieprawidłowości w tym zakresie na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Maria Bradtke, była Rzecznik Praw Konsumentów w Gdyni; doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

1. Wprowadzenie

Rozwój rynku usług ubezpieczeń spowodował powstanie możliwości wykorzystania produktów ubezpieczeniowych również jako form lokacji kapitału. Taką możliwość daje umowa ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym (UFK)⁶⁴⁷. W doktrynie i orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego⁶⁴⁸ dominuje pogląd, że umowa ubezpieczenia na życie z UFK jest umową o charakterze mieszanym, łączy bowiem w sobie cechy umowy ubezpieczenia na życie z innymi umowami, w tym z umową o zarządzanie aktywami na zlecenie (*asset management*) lub też jest umową nienazwaną⁶⁴⁹. Istnieje również pogląd, że jest to szczególny rodzaj umowy ubezpieczenia⁶⁵⁰. Celem tego rodzaju umów nie jest tylko

⁶⁴⁷ Więcej na ten temat: M. Szczepańska: *Ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Warszawa 2011, Wolters Kluwer; *Wypłata wartości wykupu w umowie ubezpieczenia na życie z ufk – charakter prawny świadczenia*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2015 nr 3; *Nowe ujęcie umowy ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym w świetle art. 23 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*, Prawo Asekuracyjne 2/2017 (91); P; Wajda, M. Szczepańska (red.) *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, Komentarz do art. 23 ustawy*, Warszawa 2016, LEX; W. Kamieński, *Główne świadczenia stron umowy ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Rozprawy Ubezpieczeniowe nr 17 (2/2014); M. Wiśniewski, *Ubezpieczenia o charakterze oszczędnościowym w świetle nowych regulacji*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2016, nr 3, B. Mrozowska-Bartkiewicz, *Charakter prawny ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, Prawo Asekuracyjne 2015, nr 2; M. Romanowski, *Umowa ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym w świetle przepisów Kodeksu cywilnego i projektowanych w tym zakresie zmian*, Wiadomości Ubezpieczeniowe, nr specjalny 3/2013; A. Chłopecki, *Wykorzystanie konstrukcji umowy ubezpieczenia na rynku finansowym a problem tzw. obejścia prawa*, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 2.

⁶⁴⁸ Wyroki SN z 18.12.2013 r., sygn. akt I CSK 149/13 oraz z dnia 22.11.2017 r. sygn. akt IV CSK 61/17; wyrok SO w Krakowie z 18.09.2015 r., sygn. II Ca 1140/15, wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa z 04.04.2014 r. sygn. akt II C 869/14. Kompleksową analizę jurystyczną i ocenę stosunku prawnego wynikającego z umowy ubezpieczenia z UFK przeprowadził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 sierpnia 2018 r. III CZP 20/18 (nie publ.).

⁶⁴⁹ M. Szczepańska, *Ubezpieczenia...*, *op. cit.* s. 66.

⁶⁵⁰ B. Mrozowska-Bartkiewicz, *op. cit.*, s. 25.

zobowiązanie ubezpieczyciela wypłaty ubezpieczonemu świadczeń w przypadku śmierci, bądź innego zdarzenia lub dożycia do końca umowy ubezpieczenia, ale także gromadzenie i inwestowanie środków finansowych ubezpieczającego przy wykorzystaniu ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego. Cechą charakterystyczną tak skonstruowanego produktu jest zatem ryzyko inwestycyjne, które ponosi klient, decydując się na zainwestowanie części gromadzonych środków w jednostki ubezpieczeniowego funduszu kapitałowego. W tego rodzaju umowach w różny sposób przedstawiają się proporcje części ochronnej i części inwestycyjnej⁶⁵¹. Często ten drugi element związany z inwestowaniem umówionej części składki jest dominujący⁶⁵². Specyfika tego rodzaju ubezpieczenia pokazała na przestrzeni ostatnich lat, że jest to w rzeczywistości produkt nierentowny z uwagi na wysokość stosowanych prowizji i marż. Ponadto, problemem okazał się niewłaściwy sposób sprzedaży tych produktów poprzez niejednokrotne wprowadzanie konsumentów w błąd, co do samej istoty tej umowy, jak i wysokie opłaty pobierane przy likwidacji polisy przed terminem⁶⁵³. Poza tym, istnienie dość elastycznych przepisów odnoszących się do funkcjonowania tych umów oraz brak regulacji prawnych chroniących konsumentów było nadużywane przez ubezpieczycieli, czy też banki, które oferowały te ubezpieczenia poprzez kanał *bancassurance*. Umowy dotyczące ubezpieczeń z UFK były konstruowane w sposób bardzo skomplikowany i zawiły pod względem prawnym, dlatego były niezrozumiałe dla przeciętnego konsumenta, który często nie miał *de facto* świadomości na jakie ryzyko się godzi. Poziom prawnej ochrony nie nadążał za dynamicznymi zmianami w konstrukcjach prawnych tych umów. Początkowo były one oferowane bez względu na ocenę charakterystyki indywidualnych potrzeb i możliwości klientów⁶⁵⁴. Należy przypomnieć, że już w 2007 r. publicznie pojawiły się pierwsze

⁶⁵¹ W niektórych umowach ochrona ubezpieczeniowa może mieć charakter symboliczny, co wyraża się w niskiej sumie ubezpieczenia z tytułu zgonu ubezpieczonego – zob. wyrok SN z 18.12.2013 r., sygn. akt CSK 149/13.

⁶⁵² Umowa ubezpieczenia z UFK ma charakter umowy ubezpieczenia, również w sytuacji, gdy wynikający z lokowania składek w ubezpieczeniowe fundusze inwestycyjne cel inwestycyjny jest zdecydowanie dominujący (zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: z dnia 1 marca 2012 r., w sprawie C-166/11, Á. L. González Alonso przeciwko Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE; z dnia 31 maja 2018 r., w sprawie C-542/16, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag przeciwko Dödsboet efter Ingvar Mattsson oraz Jan-Erik Strobel i in. przeciwko Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag).

⁶⁵³ <https://finanse.uokik.gov.pl/ufk/kalendarium/ubezpieczenia-z-ufk-pierwsze-dzialania-uokik>.

⁶⁵⁴ Por. P. Sury, *Praktyka bancassurance a przepisy karne ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym*, Prokuratura i Prawo, nr 10, s. 103–122.

sygnały o nieprawidłowościach przy zawieraniu i realizacji tych umów⁶⁵⁵. Kolejny raport Rzecznika Ubezpieczonych z 2012 r.⁶⁵⁶ szczegółowo uwidoczniał szereg problemów związanych z funkcjonowaniem tego rodzaju ubezpieczeń. W raporcie zaś Rzecznika Finansowego z marca 2016 r.⁶⁵⁷ potwierdzono, że problem nadal istnieje. Podsumowano w nim dotychczasowe działania Rzecznika i przedstawiono analizę wyników postępowań sądowych w tych sprawach. Liczne skargi konsumentów, z których wynikało, że wpłacali swoje pieniądze na inwestycje, których do końca nie rozumieli i które później okazywały się dla nich bardzo niekorzystne w skutkach, bo prowadzące do utraty znacznej części, a nawet całości wpłaconych środków, spowodowały konieczność przyjrzenia się istniejącym regulacjom prawnym i działalności instytucji ubezpieczeniowych w tym zakresie. W obowiązującym stanie prawnym w sposób znaczący rozbudowano regulacje prawne dotyczące umowy ubezpieczenia z UFK⁶⁵⁸. Przepisy szczegółowo określają zakres informacji, jaki powinien znaleźć się w umowie, co stanowi niewątpliwie element ochronny dla konsumenta, jednakże należy pamiętać, że treść konkretnego stosunku prawnego ustalana jest przede wszystkim na podstawie wzorca umowy – ogólnych warunków ubezpieczenia. Istotnym jest zatem zarówno sposób przekazywania informacji przy zawieraniu tego typu umów, jak i ich przejrzystość i transparentność dla zrozumienia przez przeciętnego konsumenta treści postanowień w nich zawartych i podjęcia przez niego świadomej i optymalnej decyzji ekonomicznej.

2. Nieuczciwe praktyki rynkowe⁶⁵⁹

Problematyka przeciwdziałania stosowaniu przez przedsiębiorców wobec konsumentów nieuczciwych praktyk rynkowych uregulowana została w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 r. o

⁶⁵⁵ Raport Rzecznika Ubezpieczonych z dnia 13.12.2007 r., *Podstawowe problemy bancassurance w Polsce*.

⁶⁵⁶ Raport Rzecznika Ubezpieczonych z dnia 07.12.2012 r., *Ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*.

⁶⁵⁷ Raport Rzecznika Finansowego z marca 2016 r., *Ubezpieczenie na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym cz. II*.

⁶⁵⁸ Art. 22 i art. 23 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej z dnia 11 września 2015 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 381), dalej u.d.u.r., art. 805 k.c. określa zaś *essentialia negotii* części ochronnej umowy ubezpieczenia z UFK.

⁶⁵⁹ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Komentarz, Warszawa 2008 oraz A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym*, Komentarz, Kraków 2008; R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Komentarz, Warszawa 2009.

przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁶⁶⁰, która implementowała do polskiego porządku prawnego dyrektywę 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych⁶⁶¹. Jej celem⁶⁶² było wyeliminowanie przeszkód w transgranicznym swobodnym przepływie usług i towarów oraz w swobodzie przedsiębiorczości, a także ustalenie jednolitych zasad dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych przedsiębiorstw wobec konsumentów w celu przyczynienia się do prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnienia wysokiego poziomu ich ochrony⁶⁶³.

Ustawa ta ma przede wszystkim za zadanie zwalczać wszelkie przejawy nieuczciwych działań w relacjach między przedsiębiorcami, a konsumentami (*Business to Consumer* – B2C). Określa ona nieuczciwe praktyki rynkowe w działalności gospodarczej i zawodowej oraz zasady przeciwdziałania tym praktykom w interesie konsumentów i w interesie publicznym (art. 1 ustawy). Definicja samej praktyki rynkowej⁶⁶⁴ zawarta w art. 2 pkt 4 ustawy określa ją jako działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Przez produkt rozumie się zaś każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych (art. 2 pkt 3⁶⁶⁵). Zgodnie z art. 3 ustawy zakazane jest stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych. W myśl przepisów tejże ustawy praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli

⁶⁶⁰ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2007 r. nr 171, poz. 1206, tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 2070), dalej u.p.n.p.r.

⁶⁶¹ 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") (Dz. U. UE. L. 2005. 149. 22), dalej jako „dyrektywa 2005/29/WE”.

⁶⁶² W wyroku *Trento Sviluppo i Centrale Adriatica* (C-281/12, pkt 31) Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że celem dyrektywy 2005/29/WE, opartej na art. 169 TFUE, jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów przez zbliżenie przepisów państw członkowskich dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych, które naruszają gospodarcze interesy konsumentów.

⁶⁶³ Por. wyrok *Canal Digital Danmark*, C-611/14, pkt 25.

⁶⁶⁴ Pojęcie praktyki rynkowej stanowi w zasadzie dosłowne powielenie definicji zawartej w Dyrektywie (art. 2 pkt d).

⁶⁶⁵ W piśmiennictwie wskazuje się, że zasadniczo większość produktów finansowych może być zakwalifikowana jako towar; a więc również umowy ubezpieczenia na życie z UFK; zob. J. Kołacz, *Ochrona inwestora na rynku kapitałowym z wykorzystaniem instrumentarium ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, [w:] *Wyzwania regulacji rynków finansowych*, W. Rogowski (red.), Kraków-Warszawa 2013, s. 157.

jest sprzeczna z dobrymi obyczajami⁶⁶⁶ i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcać zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu (art. 4 ust. 1 ww. ustawy). Nieuczciwą praktyką rynkową jest w szczególności⁶⁶⁷ praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd (zarówno w formie działania, jak i zaniechania) oraz agresywna praktyka rynkowa, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk⁶⁶⁸. Praktyki te nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1 art. 4. Ponadto, ustawa zawiera tzw. czarną listę niedozwolonych praktyk rynkowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach i to z mocy prawa. Obejmuje ona 23 przykłady praktyk wprowadzających w błąd (art. 7 u.p.n.p.r.) oraz 8 przykładów praktyk agresywnych (art. 9 u.p.n.p.r.). Są tam wskazane konkretne praktyki, których podejmowanie przez przedsiębiorców w stosunku do konsumentów jest zawsze oceniane jako stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych bez konieczności odwoływania się do przepisów regulujących praktyki agresywne i wprowadzające w błąd. Należy jednakże pamiętać, że wskazane praktyki objęte czarną listą jedynie konkretyzują praktyki wprowadzające w błąd oraz agresywne, ale nie wyczerpują wszystkich postaci nieuczciwych praktyk.

Praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd⁶⁶⁹, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta

⁶⁶⁶ Dobre obyczaje są normami postępowania, które muszą być przestrzegane w działalności gospodarczej. Odczytanie pojęcia dobrych obyczajów powinno nastąpić w kontekście art. 2 lit. h dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych (przepis ten zawiera definicję staranności zawodowej, która oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności), więcej: Ł. Wściubiak, *Dobre obyczaje w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, PPP 2007, Nr 11, s. 46) oraz wyr. SOKiK z 23.02.2006 r., sygn. XVII Ama 118/04, w którym sąd wskazał na istotę pojęcia dobrego obyczaju.

⁶⁶⁷ Jako przykład nieuczciwych zachowań sankcjonowanych przez komentowaną ustawę jest również prowadzenie działalności w formie systemu konsorcyjnego lub organizowanie grupy z udziałem konsumentów w celu finansowania zakupu w systemie konsorcyjnym (art. 4 ust. 3 i art. 10).

⁶⁶⁸ Por. art. 4 ust. 2 i art. 11 u.p.n.p.r.

⁶⁶⁹ Nieuczciwa praktyka polegająca na wprowadzeniu konsumenta w błąd została uregulowana w art. 4 ust. 2, art. 5, art. 6 i art. 7 u.p.n.p.r. Przy umowach ubezpieczenia z UFK wprowadzające w błąd działanie przedsiębiorcy może dotyczyć cech produktu, w tym ryzyka i korzyści związanych z produktem (pkt 2), a także praw konsumenta (pkt 4) zob. art. 5 ust. 3 u.p.n.p.r.

decyzji dotyczącej umowy⁶⁷⁰, której inaczej by nie podjął⁶⁷¹. Działania te mogą przybrać postać rozpowszechniania informacji nieprawdziwych, jak również prawdziwych, lecz w sposób mogący wprowadzić w błąd. W ustawie dokonano egzemplifikacji takich działań (art. 5 ust. 3 u.p.n.p.r.). Wprowadzenie w błąd może również nastąpić w formie zaniechania⁶⁷², kiedy przedsiębiorca pomija istotne informacje⁶⁷³ potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy. Natomiast za agresywną⁶⁷⁴ uznaje się taką praktykę, która przez niedopuszczalny nacisk⁶⁷⁵ w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu. Skutkiem zaś zarówno wprowadzających w błąd, jak i agresywnych praktyk rynkowych jest istotne zniekształcenie (potencjalne lub realne) zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta.

Ocena każdej praktyki stosowanej przez przedsiębiorcę musi się odnosić do przeciętnego konsumenta⁶⁷⁶, za którego uznaje się konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego. Oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych,

⁶⁷⁰ Decyzjami takimi są: decyzja konsumenta co do samego dokonania zakupu produktu, ale także zatrzymania produktu, rozporządzenia nim lub wykonania uprawnień umownych związanych z produktem (art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r.).

⁶⁷¹ Chodzi o zniekształcenie procesu decyzyjnego konsumenta z uwagi na zwodniczą naturę danej nieuczciwej praktyki (zob. wyr. SA w Poznaniu z 14.09.2005r., sygn. I ACa 149/05). Innymi słowy, wprowadzenie w błąd występuje wtedy, kiedy konsumentowi wydaje się, że dany produkt (usługa) lub warunki umowy są bardziej atrakcyjne, niż w rzeczywistości, a gdyby był tego świadom, to ostatecznie nie zdecydowałby się na zakup określonego towaru (usługi) lub zawarcie danej umowy – tak B. Gliniecka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym – nowe środki ochrony prawa konsumentów*, „Edukacja Prawnicza” 2008, nr 1, s. 5.

⁶⁷² Por. art. 6 u.p.n.p.r. – zaniechaniem może być w szczególności zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu. W przepisie znajdziemy również przykłady zaniechań wprowadzających w błąd.

⁶⁷³ W razie wątpliwości za istotne informacje uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów (art. 6 ust. 2 u.p.n.p.r.).

⁶⁷⁴ Agresywne praktyki rynkowe uregulowane zostały w art. 4 ust. 2, art. 8, art. 9 u.p.n.p.r.

⁶⁷⁵ Za niedopuszczalny nacisk uważa się każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźbę użycia przymusu fizycznego lub psychicznego, w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy (art. 8 ust. 2 u.p.n.p.r.).

⁶⁷⁶ Definicja przeciętnego konsumenta znajduje się w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. Jego wzorzec powinien być określany z uwzględnieniem konkretnych okoliczności sprawy – zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2013 r., III SK 34/13 oraz z dnia 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10, Legalis). Model przeciętnego konsumenta został ukształtowany w orzecznictwie TSUE, zob. wyr. ETS z dnia 13 stycznia 2000 r. w sprawie C-220/98: *Estee Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH*; wyr. ETS z dnia 19 czerwca 1991 r. w sprawie C-369/89: *Piageme i inni v. BVBA*; wyr. ETS z dnia 2 września 2000 r. w sprawie C-366/08: *Geffroy*. W świetle orzecznictwa TSUE, poziom percepcji i uwagi konsumenta różni się w zależności od tego, jakiego produktu dotyczy praktyka rynkowa oraz w jakich okolicznościach produkt ten jest nabywany: por. C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer Rec.* 1999, s. I-3819, pkt 26; C-

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. W przypadku przeciętnego konsumenta nabywającego polisy ubezpieczenia na życie można by przypuszczać, że ma on wyższą świadomość i jest bardziej krytyczny, niż nabywca dóbr codziennego użytku, jednakże dotychczasowa sytuacja na rynku ubezpieczeń pokazuje, że wcale tak nie jest⁶⁷⁷, a z umów ubezpieczenia z UFK korzystali i korzystają konsumenci o różnej świadomości, wieku czy też wykształceniu. Konsument będący stroną takiej umowy nie musi zatem posiadać pełnej (fachowej) wiedzy na temat tego rodzaju ubezpieczeń, charakteru opłat, które wiążą się z produktem, czy skutków, które wynikają z zawarcia umowy. Nie można od niego wymagać, by – skoro nabywa tego typu produkty, odznaczał się wyższym poziomem wiedzy i większą dozą rozsądku, był w stanie bez nadmiernego wysiłku zweryfikować wszelkie szczegółowe informacje dotyczące np. indeksacji oraz spełniał obowiązek każdorazowo weryfikowania wyliczeń dokonanych przez zakład ubezpieczeń⁶⁷⁸.

Biorąc pod uwagę zagrożenia, jakie czyhają na konsumentów zainteresowanych zawarciem umów ubezpieczenia z UFK wskazać należy na pewne przykładowe zachowania ubezpieczycieli, którą mogą przybrać postać nieuczciwych praktyk rynkowych zakazanych przez omawianą ustawę. Najczęściej będą one charakteryzować się:

- 1) wprowadzeniem w błąd poprzez działanie polegającym na podawaniu nieprawdziwych informacji⁶⁷⁹ dotyczących danego rodzaju ubezpieczenia lub informacji prawdziwych, jednakże

299/99 Philips Rec. 2002, s. I-5475, pkt 63 oraz wyroki z 2007 r. w sprawach C-353/03 Nestle przeciwko Mars, pkt 25; T-241/05 Procter & Gamble, pkt 43; T-33/04 House of Donut Int, pkt 50-51.

⁶⁷⁷ Por. Raport TNS Polska S.A. z badania postaw konsumentów wobec produktów finansowych w kontekście tzw. polisolokat (Warszawa 20.01.2015 r.) - z badania wynika m.in., że większość Polaków, którzy słyszeli o umowach ubezpieczenia z UFK, nie rozumie na czym polega ich działanie, dlatego zdaniem Rzecznika Finansowego, adresatami ubezpieczeń z UFK powinny być co najwyżej osoby dysponujące wiedzą z zakresu działania rynków finansowych.

⁶⁷⁸ Tak SO-SOKiK, wyrok z dnia 18.09.2015 r. sygn. XVII AmA 74/14.

⁶⁷⁹ Przykładem może być oferowanie umowy ubezpieczenia jako bezpiecznej lokaty z wysokim zyskiem, czy też przekazywanie błędnych informacji na temat przewidywanych gwarantowanych zysków, możliwości wycofania całości wpłaconych kwot w dowolnym momencie bez opłat i z zyskiem, istnienia różnego rodzaju opłat (np: likwidacyjnej) i ich wysokości. Pamiętać należy, iż art. 22 u.d.u.r. nakłada na zakłady ubezpieczeń obowiązek przekazania osobie zainteresowanej informacji dotyczącej umowy ubezpieczenia z UFK, która powinna zawierać

w sposób mogący wprowadzać konsumentów w błąd, w szczególności w zakresie cech danego produktu ubezpieczeniowego, ryzyka i korzyści z tym związanych, praw konsumenta, w tym prawa do odstąpienia od umowy oraz działaniem polegającym na nieprzestrzeganiu kodeksu dobrych praktyk⁶⁸⁰, do którego ubezpieczyciel dobrowolnie przystąpił i informował konsumentów, że jest nim związany;

- a) twierdzeniem, że dany produkt ubezpieczeniowy będzie jedynie dostępny przez bardzo ograniczony czas lub, że będzie on dostępny na określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas, jeżeli jest to niezgodne z prawdą, w celu nakłonienia konsumenta do podjęcia natychmiastowej decyzji dotyczącej umowy i pozbawienia go tym samym możliwości świadomego wyboru produktu⁶⁸¹;
- b) prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa, jako cechy wyróżniającej ofertę ubezpieczyciela⁶⁸²;
- c) przedstawianie nierzetelnych informacji dotyczących rodzaju i stopnia ryzyka, na jakie będzie narażone bezpieczeństwo osobiste konsumenta lub jego rodziny, w przypadku, gdy nie nabędzie danego produktu ubezpieczeniowego⁶⁸³;

oprócz kwestii ściśle charakteryzujących umowę (m.in. cel i charakter umowy, tytuły i wartości opłat), także dodatkowy element, tj. informację o miejscu i sposobie, w jaki można uzyskać dodatkowe wiadomości na temat UFK – więcej na ten temat: E. Bukowska, komentarz do art. 22 u.d.u.r. [w:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej*. Komentarz pod red. P. Czabluna, 2016, Legalis;

⁶⁸⁰ Por. *Zasady etyki w działalności ubezpieczeniowej z 17.12.1998 r., Kanon Dobrych Praktyk Rynku Finansowego z 13.03.2008 r., III Rekomendacja dobrych praktyk na polskim rynku bancassurance w zakresie ubezpieczeń z elementem inwestycyjnym lub oszczędnościowym z 10.07. 2012 r.; Rekomendacja dobrych praktyk informacyjnych dot. ubezpieczeń na życie związanych z UFK* przyjęta przez Polską Izbę Ubezpieczeń 14.04.2014 r.

⁶⁸¹ Por. praktyka zakazana z mocy prawa art. 7 pkt 7 u.p.n.p.r. oraz wyr. SA w Warszawie z 29.05.2018 r., sygn. akt VII Aga 1088/18, Legalis.

⁶⁸² Por. praktyka zakazana z mocy prawa art. 7 pkt. 10 u.p.n.p.r. Jako przykład można podać sytuację, w której ubezpieczyciel informuje klienta o możliwości odstąpienia od umowy ubezpieczenia z UFK w terminie 60 dni od otrzymania pierwszej informacji dotyczącej aktualnej wartości polisy i świadczeń jako wyróżnik jego propozycji rynkowej, podczas gdy takie uprawnienie przysługuje ubezpieczonemu z mocy prawa – zob. art. 26 u.d.u.r. Zob. wyr. SO, SOKiK z 04.09.2015 r., XVII AmA 139/13, Legalis.

⁶⁸³ Por. praktyka zakazana z mocy prawa art. 7 pkt 12 u.p.n.p.r.; więcej M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 182. Autorka podnosi, że wyolbrzymianie ryzyka przez przedsiębiorcę w komunikacji handlowej stanowi częstą praktykę na rynku usług ubezpieczeniowych. Z kolei R. Stefanicki (*Nieuczciwe praktyki rynkowe ubezpieczycieli zakazane w każdych okolicznościach na wybranych przykładach klauzul „czarnej listy”*, Rozprawy Ubezpieczeniowe nr 6 (1/2009) wskazuje, że w pojęciu nierzetelnej informacji mieści się nie tylko naruszenie powinności dostarczenia prawdziwych danych, ale także wybiórczy dobór informacji, które nie pozwalają na budowanie właściwego wyobrażenia o skali ryzyka i normalną, przeciętną reakcją na nie.

- d) przekazywanie nierzetelnych informacji dotyczących warunków rynkowych lub dostępności danego produktu ubezpieczeniowego, z zamiarem nakłonienia konsumenta do jego zakupu na warunkach mniej korzystnych niż warunki rynkowe⁶⁸⁴;
- 2) wprowadzeniem w błąd poprzez zaniechanie polegającym w szczególności na zatajeniu lub nieprzekazaniu w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących danego ubezpieczenia⁶⁸⁵ np.: nie podanie konsumentowi dokładnych informacji o zasadach naliczania opłaty likwidacyjnej oraz o ryzyku utraty zainwestowanych środków w razie rozwiązania umowy w początkowych latach jej obowiązywania;
- 3) stosowaniem agresywnej praktyki rynkowej polegającej na:
- a) wywoływaniu wrażenia, że konsument nie może opuścić pomieszczeń przedsiębiorcy bez zawarcia umowy⁶⁸⁶;
- b) żądaniu od konsumenta zgłaszającego roszczenie, w związku z umową ubezpieczenia, przedstawienia dokumentów, których w sposób racjonalny nie można uznać za istotne dla ustalenia zasadności roszczenia, lub nieudzielenie odpowiedzi na stosowną korespondencję, w celu nakłonienia konsumenta do odstąpienia od zamiaru wykonania jego praw wynikających z umowy ubezpieczenia⁶⁸⁷;

Jednocześnie należy pamiętać, że przepis art. 4 u.p.n.p.r. zawiera klauzulę generalną o charakterze uzupełniającym, która znajduje zastosowanie do praktyk, które nie mogą zostać zaklasyfikowane, ani jako praktyki wprowadzające w błąd, ani jako agresywne. Klauzula ta pomaga objąć zakazem również inne nieuczciwe działania, które nie zostały wprost w ustawie wymienione,

⁶⁸⁴ Por. praktyka zakazana z mocy prawa art. 7 pkt 18 u.p.n.p.r.

⁶⁸⁵ Przykładem może być nieinformowanie konsumenta, iż umowa do której przystępuje jest umową ze składką regularną, płatną np. co roku przez 15 lat, a nie składką jednorazową, jak również nie informowanie o wysokich opłatach administracyjnych i innych pobieranych w trakcie trwania umowy.

⁶⁸⁶ „Wywoływanie wrażenia” jest pojęciem szerokim i obejmuje zarówno oddziaływanie psychiczne, jak i fizyczne. Jego celem jest zapobieganie napastliwemu zatrzymywaniu klienta w lokalu i nakłanianiu go do dokonania zakupu produktu – zob. A. Michalak, *op. cit.*, komentarz do art. 9 u.p.n.p.r., Legalis. Przykładem takiej sytuacji może być niezgodne z prawem informowanie konsumenta, że po wypełnieniu przez niego formularza wniosku ubezpieczeniowego w siedzibie ubezpieczyciela nie może on zrezygnować z umowy bez finansowych konsekwencji.

⁶⁸⁷ Agresywność tego rodzaju praktyki wyraża się w psychicznym oddziaływaniu na konsumenta i wpływaniu na jego decyzję w celu zniechęcenia go do korzystania z jego uprawnień (praktyka zakazana z mocy prawa art. 9 pkt 4 u.p.n.p.r.).

a które są współcześnie podejmowane, jak również takie, które dopiero się pojawią w związku z rozwojem rynku i postępowaniem technologicznym⁶⁸⁸.

Istnienie szeregu nieuczciwych praktyk rynkowych stosowanych dotychczas przez ubezpieczycieli względem swoich klientów można zaobserwować na przykładzie poszczególnych decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, któremu zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów⁶⁸⁹ zostały powierzone kompetencje zwalczania naruszeń praw konsumenckich, w tym nieuczciwych praktyk rynkowych⁶⁹⁰, jednakże tylko wtedy, gdy stanowią one praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów⁶⁹¹. Prezes UOKiK działa z urzędu, jednakże konsument ma możliwość zgłoszenia mu na piśmie zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 100 u.o.k.k.). Zawiadomienie to, choć niewiążące dla organu administracji publicznej, może doprowadzić do wszczęcia postępowania. W takich sytuacjach, na mocy art. 26 u.o.k.k. Prezes może wydać decyzję administracyjną o uznaniu danej praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazać zaniechanie jej stosowania. W decyzji mogą zostać określone środki usunięcia trwających skutków naruszenia w celu zapewnienia wykonania nakazu, w szczególności zobowiązanie przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji. Prezes może również nakazać publikacji decyzji w całości lub w części na

⁶⁸⁸ A. Wędrychowska-Karpińska, *kom. do art. 24 ustawy z dnia 26 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. 07.50.331) [w:] A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), J. Baehr, J. Kreuger,, T. Kwieciński, M. Radwański, B. Turno, A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska, A. Wierciński, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Komentarz, LEX, 2010 oraz zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16.04.2015 r. w sprawie o sygn. akt III SK 24/14, Legalis.

⁶⁸⁹ Por. art. 24–28 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, t.j.).

⁶⁹⁰ Przepis art. 24 ust. 2 u.o.k.k. wylicza też inne przykładowe praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów (zachowania przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami), tj., naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, czyny nieuczciwej konkurencji oraz proponowanie konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia tych usług w sposób nieadekwatny do ich charakteru (*tzw. misseling*).

⁶⁹¹ Ochroną na podstawie u.o.k.k. objęto wyłącznie konsumentów rozumianych jako pewna zbiorowość, niebędąca sumą interesów indywidualnych, nie chodzi więc o konkretnego konsumenta, lecz grupę adresatów wyodrębnionych według jakiegoś wspólnego dla nich kryterium, zob. wyr. SA w Warszawie z 28.3.2008 r., VI ACA 1098/07, niepubl.; Ponadto, nie ilość faktycznych, potwierdzonych naruszeń, ale przede wszystkim ich charakter, a w związku z tym możliwość (choćby tylko potencjalna) wywołania negatywnych skutków wobec określonej zbiorowości (nieograniczonej liczbowo), przesądza o naruszeniu zbiorowych interesów konsumentów (zob. wyroki SOKiK: z 04.07.2001 r. sygn. akt: XVII Ama 108/00 oraz z 23.02.2002 r. sygn. akt: XVII Ama 133/2001).

koszt przedsiębiorcy. Najbardziej zaś dotkliwym środkiem „ukarania” przedsiębiorcy są kary pieniężne określone w art. 106 i n. u.o.k.k.

W ostatnich latach Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał 23 decyzje dotyczące ubezpieczeń z UFK. Sześć z nich zakończyło się nałożeniem na przedsiębiorców kar pieniężnych w łącznej wysokości 57 mln zł. Do tej pory wyroki zapadły w 5 sprawach. Urząd zawarł też porozumienia z 17 ubezpieczycielami. Obniżyli oni opłaty likwidacyjne tym klientom, których nie objęły wcześniejsze decyzje UOKiK⁶⁹². W orzeczeniach Prezesa⁶⁹³ wskazywano m.in. na nieprawidłowości związane z wprowadzeniem konsumentów w błąd (zarówno w formie działania, jak i zaniechania) poprzez:

- 1) udzielanie konsumentom informacji dotyczących produktów ubezpieczeniowych z UFK, w sposób mogący wprowadzić ich w błąd, co do cech tych produktów dotyczących: rodzaju produktu, okresu obowiązywania umowy, wysokości i częstotliwości wnoszenia składki, przewidywanych przyszłych zysków i korzyści, ryzyka i opłat związanych z produktem (decyzja z 21.12.2015 r. nr RGD.11/2015 dot. TAX CARE S.A.)
- 2) pominięcie istotnych informacji o możliwości rozwiązania umowy w każdym czasie jej trwania i o łączących się z tym znaczących obciążeniach finansowych dla konsumentów (decyzja z 16.08.2017 r. RLU Nr 5/17 dot. Open Finance S.A.);
- 3) brak poinformowania konsumenta o ryzyku wiążącym się z wcześniejszą rezygnacją z umowy ubezpieczenia przed upływem ustalonego okresu i związanymi z tym kosztami skutkującymi w skrajnym przypadku utratą 98% środków pochodzących z inwestowania składki regularnej (decyzja z 16.08.2017 r. RLU Nr 5/17 dot. Open Finance S.A.);
- 4) podawanie niepełnych informacji w zakresie skutków nieopłacenia składki, tj. wskazanie jedynie o nieobjęciu ochroną ubezpieczeniową, podczas gdy brak opłacenia składki regularnej mógł skutkować rozwiązaniem umowy związanym ze znacznymi kosztami dla konsumenta (decyzja z 16.08.2017 r. RLU Nr 5/17 dot. Open Finance S.A.);
- 5) eksponowanie korzyści związanych z inwestycją w ramach zawarcia umowy ubezpieczenia z UFK kosztem informacji dotyczących okoliczności, w których inwestycja

⁶⁹² <https://finanse.uokik.gov.pl/ufk/kalendarium/ufk-wyroki-sadowe> [dostęp: 17.04.2019].

⁶⁹³ <https://finanse.uokik.gov.pl/ufk/decyzje-uokik> [dostęp: 17.04.2019].

może nie przynieść zysku lub wygenerować straty, a także kosztów związanych z rozwiązaniem umowy w trakcie jej trwania (decyzja z 31.12.2013 r. KT-55/2013 dot. Getin Noble Bank S.A., decyzja z 31.12.2013 r. RKT-54/2013 dot. Getin Noble Bank S.A., decyzja z 15.10.2014 r. Nr RKT-30/2014 dot. Idea Bank S.A., decyzja z 15.10.2014 r. Nr RKT-29/2014 dot. Open Finance S.A.,

- 6) zatajanie przed konsumentami przy prezentowaniu im oferty informacji, że dany produkt finansowy jest w istocie ubezpieczeniem na życie oraz, że przed upływem określonego czasu nie można zrezygnować z ubezpieczenia bez utraty całości lub części wpłaconych środków (decyzja DDK-2/2014 z 16.10.2014 r. dot. Raiffeisen Bank Polska S.A.)
- 7) dokonanie w sposób niezgodny z prawem zmian w zakresie sposobu naliczania wysokości opłaty likwidacyjnej wg. zasad wynikających z wewnętrznej uchwały zarządu (nie informując nawet o tym konsumentów przed wprowadzeniem nowych zasad), co skutkowało niekorzystną dla klientów modyfikacją umowy ubezpieczenia (decyzja z 15.10.2014 r., Nr RBG-30/2014 dot. Aegon T.U. na Życie S.A.)

3. Uprawnienia konsumenta wynikające z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Prawodawca polski zdecydował się na przyjęcie w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dwóch mechanizmów sankcjonujących ewentualne naruszenia, które w założeniu mają prowadzić do całkowitego wyeliminowania zakazanych praktyk z rynku. Są one oparte o instrumenty prawa cywilnego i karnego. Roszczenia cywilnoprawne uzależnione są od dokonania nieuczciwej praktyki rynkowej, statusu konsumenta osoby, wobec której praktyka ta została dokonana i naruszenia lub zagrożenia interesu tej osoby. W zakresie tych roszczeń polski ustawodawca wprowadził w art. 12 u.p.n.p.r. narzędzia indywidualnej ochrony konsumenta⁶⁹⁴ przyznając im legitymacje czynną⁶⁹⁵ w zakresie żądania:

⁶⁹⁴ Początkowo, ustawodawca unijny nie przewidywał w przepisach dyrektywy 2005/29/WE przyznania indywidualnemu konsumentowi dostępu do przewidzianych w niej środków ochrony prawnej. Aktualnie, na gruncie unijnym toczą się prace legislacyjne nad tzw. *Nowym tadem konsumenckim*, tj. programem zakładającym wprowadzenie w zakresie ochrony konsumentów bardziej rygorystycznych i egzekwowalnych przepisów.

1) *zaniechania nieuczciwej praktyki* (treścią tego roszczenia jest żądanie zaniechania konkretnych, nieuczciwych działań wypełniających znamiona czynu nieuczciwej praktyki rynkowej. Przedsiębiorca, wobec którego orzeczono ten obowiązek, jest zobowiązany do zaprzestania jej stosowania, a także do tego, aby nie podejmował w przyszłości działań uznanych za nieuczciwą praktykę rynkową)⁶⁹⁶;

2) *usunięcia skutków tej praktyki* (jest to żądanie przywrócenia stanu sprzed naruszenia lub zagrożenia spowodowanego czynem niedozwolonym i usunięcia wszelkich niekorzystnych następstw nieuczciwej praktyki rynkowej)⁶⁹⁷;

3) *złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie* (roszczenie to ma doprowadzić do zniwelowania skutków stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, powód winien wykazać istnienie konkretnej nieuczciwej praktyki rynkowej i zagrożenie bądź naruszenie jego interesu oraz wskazać treść proponowanego oświadczenia i jego formę)⁶⁹⁸,

Prawodawca unijny rozważył m.in. zmianę dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych poprzez nałożenie na ustawodawców krajowych obowiązku zagwarantowania konsumentom cywilnoprawnych instrumentów ochrony indywidualnej, obejmujących co najmniej prawo do jednostronnego rozwiązania umowy i prawo do żądania odszkodowania. Oprócz powództw indywidualnych, planowane jest wprowadzenie tzw. powództwa przedstawicielskiego (zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 11.04.2018 r. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0184&from=EN> [dostęp: 12.12.2018] oraz http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1755_pl.htm [dostęp: 27.04.2019]). Przepisy w tym zakresie (rezolucja ustawodawcza i stanowisko) zostały już przyjęte przez Parlament Europejski w dniu 17.04.2019 r. (zob. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0399_PL.html#title2 [dostęp: 27.04.2019]). Po zatwierdzeniu przez Radę UE, kraje członkowskie będą miały 2 lata od momentu wejścia dyrektyw w życie na wdrożenie ich do prawa krajowego. Więcej na ten temat: A. Kowalczyk-Zagaj: *Przegląd najważniejszych propozycji legislacyjnych Komisji Europejskiej w „Nowym ładzie dla konsumentów”*, iKAR 2018, nr 6(7); A. Jabłonowska, M. Namysłowska, *Nowy ład dla konsumentów? O planowanych zmianach prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2018/10/11-17.

⁶⁹⁵ Ustawa przyznaje legitymację czynną również Rzecznikowi Praw Obywatelskich, Rzecznikowi Finansowemu, krajowej lub regionalnej organizacji, której celem statutowym jest ochrona interesów konsumentów oraz powiatowemu (miejskiemu) rzecznikowi konsumentów. Podmioty te nie mogą jednak wystąpić z roszczeniami żądania usunięcia danej praktyki oraz naprawienia wyrządzonej szkody.

⁶⁹⁶ Por. M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 281–284.

⁶⁹⁷ Por. I. Oleksiewicz, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, kom. do art. 12 u.p.n.p.r., LEX.

⁶⁹⁸ Roszczenie to winno pełnić funkcję nie represyjną, ale informacyjną, edukacyjną, prewencyjną i kompensacyjną. Ponadto, sąd ma możliwość ingerencji w treść oświadczenia zaproponowaną przez powoda w żądaniu pozwu, więcej: M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 246–247 oraz wyr. SA w Katowicach z 10.11.2005 r., I AcA 1338/05, LEX nr 189369.

4) *naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych* (wymagane są tu ogólne przesłanki reżimu deliktowego)⁶⁹⁹, *w szczególności żądania unieważnienia umowy*⁷⁰⁰ *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* (konsument musi wykazać jedynie fakt naruszenia prawa przez przedsiębiorcę przez stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej)⁷⁰¹.

W zakresie umów ubezpieczenia na życie z UFK, pomiędzy przedsiębiorcą, a konsumentem może dojść do kumulatywnego zbiegu norm wyrażającego się w tym, że dane zachowanie będzie stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową polegającą np.: na wprowadzeniu konsumenta w błąd, bądź wykorzystaniu nad nim przewagi poprzez bezprawny nacisk, a wyrażone wówczas oświadczenie woli konsumenta będzie dotknięte wadą. W takim przypadku konsument może realizować uprawnienia wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego o wadach oświadczenia woli⁷⁰², albo z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁷⁰³. Ponadto,

⁶⁹⁹ Por. art. 361–363 oraz 415 k.c., Rozmiar szkody można określić poprzez porównanie stanu majątku konsumenta w sytuacji, gdyby do zawarcia umowy ubezpieczenia nie doszło, ze stanem jego majątku uszczuplonego o poniesione straty i potrącenia związane z przedwczesnym rozwiązaniem niekorzystnej dla niego i nieodpowiadającej jego oczekiwaniom umowy. Straty te mogą polegać na różnicy pomiędzy przekazanymi ubezpieczycielowi składkami, a kwotą tzw. wykupu wypłaconą przez ubezpieczyciela po rezygnacji z umowy.

⁷⁰⁰ Celem tego roszczenia jest doprowadzenie do sytuacji, jak gdyby umowa, którą konsument zawarł pod wpływem nieuczciwej praktyki rynkowej, nie była nigdy zawarta. M. Grochowski wskazuje, że u.p.n.p.r. kreuje sankcję zawierającą się w granicach konstrukcji nieważności względnej (*Wadliwość umów konsumenckich (w świetle przepisów o nieuczciwych praktykach rynkowych)*, PiP 7/2009 s. 69). Zob. wyr. SO w Gliwicach z 19.06.2018 r., III Ca 285/18, który orzekł w sprawie żądania stwierdzenia nieważności umowy ubezpieczenia z UFK ze względu na wprowadzenie powoda w błąd w rozumieniu u.p.n.p.r. (LEX 2546350) oraz wyr. SO w Warszawie z 27.03.2015 r., III C 1453/13, gdzie sąd uznał umowy ubezpieczenia z UFK za nieważne na podstawie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 k.c. Przepis art. 58 kc może być również podstawą do uznania nieważności takiej umowy w sytuacji celowego naruszenia przez ubezpieczyciela obowiązku informacyjnego (zob. P. Tereszkiewicz, *Nieważność czynności prawnej ze względu na naruszenie obowiązku informacyjnego* [w:] *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe*, LEX 2015).

⁷⁰¹ Pomimo tego, że roszczenie to ma charakter represyjny, to ustawodawca inaczej, jak to ma miejsce w przypadku analogicznego roszczenia z art. 18 u.z.n.k. – uniezależnił to roszczenie od wykazania winy przedsiębiorcy (zob. M. Wyrwiński, *op. cit.*, s. 288–289).

⁷⁰² Por. P. Wrześniński, *Uchylenie się od skutków prawnych umowy ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym na podstawie błędu lub podstępu*, *Prawo Asekuracyjne* 2015, nr 2, s. 42–49.

konsument może również skorzystać z innych przewidzianych instytucji ogólnych prawa cywilnego opartych czy to o bezpodstawne wzbogacenie, czy o klauzule abuzywne⁷⁰⁴.

Oprócz pozwów indywidualnych konsument może również przyłączyć się do pozwu grupowego na podstawie przepisów ustawy z 17.12.2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (t. j. Dz. U. z 2018, poz. 573). W tego rodzaju postępowaniach dochodzone są roszczenia ubezpieczających (ubezpieczonych), którzy zawarli z danym zakładem ubezpieczeń te same umowy (zawarte na podstawie tych samych wzorców umowy), bądź też umowy o analogicznej konstrukcji.

W przypadku dochodzenia przez konsumenta roszczeń na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁷⁰⁵, w razie wykazania zagrożenia lub naruszenia jego interesu przez praktyki wprowadzające w błąd, ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd spoczywa na przedsiębiorcy⁷⁰⁶ (art. 13 u.p.n.p.r.), a w pozostałym zakresie zastosowanie mają ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.). Roszczenia z tytułu nieuczciwej praktyki rynkowej wyszczególnione w art. 12 ulegają przedawnieniu z upływem lat 3. Wyjątkiem jest tu tylko roszczenie dotyczące naprawienia wyrządzonej szkody (art. 12 ust. 1 pkt 4 u.p.n.p.r.), w odniesieniu do którego stosować należy ogólne terminy przedawnienia wskazane w Kodeksie cywilnym⁷⁰⁷. Bieg przedawnienia rozpoczyna się oddzielnie, co do każdego naruszenia⁷⁰⁸.

⁷⁰³ Por. art. 443 kc regulujący kwestie zbiegu roszczeń z reżimów kontraktowego i deliktowego, a także art. 3 ust. 2 dyrektywy 2005/29/WE. M. Grochowski wskazuje, że tego rodzaju zbieg norm ma charakter kumulatywno-elektywny, a więc dający możliwość wyboru przez konsumenta jednej z podstaw wzruszenia umowy (*op.cit.* s. 70).

⁷⁰⁴ Por. wpisy do rejestru klauzul niedozwolonych nr 1749, 2161, 3834, 4631-4633, 5608.

⁷⁰⁵ Więcej na ten temat: M. Wyrwiński: *Odpowiedzialność cywilna – roszczenia o: zaniechanie, usunięcie skutków, złożenie oświadczenia, zasądzenie sumy pieniężnej na cel społeczny* oraz T. Targosz: *Odpowiedzialność cywilna – roszczenie o wydanie korzyści, odszkodowanie, ciężar dowodu* [w:] *Nieuczciwe praktyki rynkowe, Ocena regulacji*, pod red. E. Nowińskiej i D. Kasprzyckiego, Wyd. UJ, Kraków 2012, s. 277–300.

⁷⁰⁶ W doktrynie wskazuje się, że dla przedsiębiorców (będących przecież profesjonalistami) nie stanowi żadnej trudności przedstawienie dowodu (odpowiednich informacji oraz dokumentacji), dzięki któremu możliwa stanie się ocena danej praktyki pod kątem wprowadzenia konsumentów w błąd, albo nie - tak M. Sieradzka: *Actio popularis jako instrument ochrony interesów konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi*, *Problemy Prawa Handlowego* 2008, nr 3, s. 44.

⁷⁰⁷ Por. art. 118 k.c. i nast. oraz art. 442¹ k.c. Roszczenia o wypłatę wartości wykupu ubezpieczenia w polisach na życie z ufk, nie stanowiącej kosztów udzielonej ochrony ubezpieczonej, przedawniają się po sześciu latach, zgodnie z terminem określonym w art. 118 k.c. – zob. uchwała SN z 07.12.2018 r., sygn. III CZP 61/18 oraz wcześniejsze wyroki w sprawach III CZP 13/18, III CZP 20/18 i III CZP 22/18. Roszczenie zaś o unieważnienie umowy mające

Roszczenia z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym w praktyce nie są często wykorzystywane, bowiem konsument nie uzyskuje dzięki nim dla siebie wymiernej korzyści (np.; przy roszczeniu o zaniechanie wynik postępowania będzie miał znaczenie na zachowanie pozwanego przedsiębiorcy wobec swoich „przyszłych” klientów, a przy roszczeniu złożenia oświadczenia – upublicznienie informacji o stosowanej przez przedsiębiorcę nieuczciwej praktyce rynkowej pozwoli dotrzeć do świadomości nieograniczonej liczby konsumentów umożliwiając im zapoznanie się z charakterem i rodzajem tych działań przez konkretnego przedsiębiorcę i pozwoli też na wyrobienie przez potencjalnych konsumentów opinii, ma więc ważny cel informacyjny), za to musi ponieść nakłady związane z postępowaniem sądowym i ryzyko finansowe związane z niekorzystnym dla niego zakończeniem sprawy. Ich użyteczność jest zatem ograniczona⁷⁰⁹. Najbardziej „odczuwalnym” dla konkretnego konsumenta (powoda) roszczeniem w przypadku umów ubezpieczenia z UFK będzie roszczenie odszkodowawcze w postaci zwrotu wpłaconych składek lub żądanie unieważnienia tej umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń i zwrotu przez pozwanego wszelkich wydatków poniesionych przez konsumenta w ramach zawartej transakcji.

Za stosowanie przez przedsiębiorcę wobec konsumenta agresywnych praktyk rynkowych ustawa dodatkowo przewiduje odpowiedzialność jak za wykroczenie zagrożone karą grzywny zgodnie z przepisami kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁷¹⁰.

charakter niemajątkowy może być dochodzone bez jakichkolwiek ograniczeń czasowych – tak M. Grochowski, *op. cit.*, s. 68.

⁷⁰⁸ Art. 14 u.p.n.p.r. nie precyzuje, od jakiej daty należy liczyć bieg przedawnienia roszczeń, zatem zastosowanie znajdą przepisy ogólne k.c. (art. 120 k.c.). Z uwagi jednak na funkcję roszczenia konsumenckiego, termin powinien rozpoczynać bieg w chwili powzięcia przez konsumenta wiedzy o zastosowaniu praktyki i osobie, która ją zastosowała.

⁷⁰⁹ Więcej: K. Południak-Gierz, *Instrumenty indywidualnej ochrony konsumenta w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym a „Nowy ład dla konsumentów”*, IKAR 2018, Nr 6.

⁷¹⁰ Por. art. 15 u.p.n.p.r., więcej na temat przepisów karnych w tej ustawie.: T. Targosz: *Odpowiedzialność karna*, [w:] *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, pod red. Nowińskiej E. i Kasprzyckiego D., Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 301–310 oraz Z. Siwik., *Rola prawa karnego w ochronie konsumenta (na przykładzie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym)*. [w:] *Aktualne tendencje w prawie konsumenckim*, pod red. Roberta Stefanickiego, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 179–194; zob. również P. Sury, *Nieprawidłowości dystrybucji tzw. polisolokat, a znamiona przestępstwa oszustwa*, *Prokuratura i Prawo* 7-8, 2016, s. 228-254.

4. Ocena końcowa

Jak wynika z powyższego, do dyspozycji konsumentów pozostaje szeroki wachlarz roszczeń w związku z dopuszczaniem się przez przedsiębiorców nieuczciwych praktyk rynkowych, jednakże biorąc pod uwagę cały czas zbyt niską świadomość prawną konsumentów, co do głównych cech produktu jakim są ubezpieczenia z UFK (najczęściej wywodzona z treści umowy oraz informacji pozyskanych od Ubezpieczającego), wysoki stopień skomplikowania tych umów (w tym niedostateczna warstwa informacyjna wzorców umownych, która pozwalałaby przeciętnemu konsumentowi na podjęcie świadomej i dostosowanej do własnych potrzeb decyzji o wyborze produktu), wysokie koszty dochodzenia roszczeń na drodze sądowej⁷¹¹ oraz niska przydatność większości środków prawnych określonych w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ochrona konsumenta w tym zakresie jest nadal niedostateczna⁷¹². Ważnym elementem w tym zakresie jest działalność Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który kontrolując poprawność działań zakładów ubezpieczeń, banków i innych instytucji finansowych oferujących ubezpieczenia na życie z UFK lub pośredniczących w sprzedaży tych produktów, przyczynia się do wyznaczenia reguł prawidłowego postępowania dla profesjonalnych uczestników rynku. Istotna w tej mierze jest również działalność Rzecznika Finansowego (w tym wydawane przez niego tzw. istotne poglądy w sprawie) oraz Komisji Nadzoru Finansowego kontrolującej zakłady ubezpieczeń oraz współpracującej z Prezesem UOKiK w zakresie prawidłowości funkcjonowania na rynku usług finansowych umów ubezpieczenia z UFK.

⁷¹¹ Por. art. 13 ust. 1a ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 300, t.j.) – wskazana tam „preferencyjna” opłata stosunkowa (nie większa niż 1000 zł) pobierana od konsumenta dotyczy jedynie czynności bankowych, zaś w sprawach dotyczących m.in. umów ubezpieczenia z UFK, które przecież również są czynnościami rynku finansowego, konsument będzie już musiał uiścić opłatę stosunkową na zasadach ogólnych (5% wartości przedmiotu sporu), która może sięgnąć nawet 100.000 zł.

⁷¹² Por. T. Czech, *Nieuczciwe praktyki rynkowe instytucji finansowych w orzecznictwie sądów i Prezesa UOKiK*, [w:] *Wyzwania regulacji rynków finansowych, Unia bankowa, Kontrahenci centralni, Parabanki*, pod red. W. Rogowskiego, Kraków-Warszawa 2013, s. 173–182.

Zjawisko missellingu we wnioskach obligatariuszy

GetBack S.A.

Katarzyna Szwedo-Mackiewicz, zastępca dyrektora Wydziału Klienta Rynku Bankowo-Kapitałowego w Biurze Rzecznika Finansowego

Sprawa dotycząca procesu oferowania i sprzedaży obligacji GetBack S.A. – określona przez rynek jako „afera GetBack” – stanowiła główny przedmiot zarzutów stawianych przez klientów podmiotów rynku finansowego w ostatnim czasie. Do dnia 20 maja 2019 r. Rzecznik Finansowy zarejestrował łącznie 650 wniosków o interwencję w sporach dotyczących zakupu obligacji GetBack S.A. W ramach postępowań prowadzonych w trybie art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o Rzeczniku Finansowym klienci informowali Rzecznika o swoich zastrzeżeniach dotyczących głównie banków, a przede wszystkim podmiotów z grupy Getin, czyli: Idea Banku (547 wniosków), Getin Noble Banku (23 wnioski) i Noble Securities (24 wnioski).

Analiza skierowanych do Rzecznika wniosków pozwoliła wyodrębnić tożsame zarzuty klientów, a także mechanizmy stosowane przez podmioty uczestniczące w dystrybucji obligacji. Dało to podstawy do uznania, że niektóre podmioty rynku finansowego stosowały nieuczciwą praktykę rynkową sprzeczną z dobrymi obyczajami oraz w istotny sposób zniekształcającą zachowanie rynkowe konsumenta, wprowadzając go w błąd co do charakteru produktu, jakim były obligacje GetBack S.A. Praktyka ta wypełniała znamiona zjawiska missellingu. Stosowany mechanizm opierał się na współpracy podmiotów rynku finansowego i uwzględniał ich status na rynku finansowym zapewniający łatwy dostęp do konsumentów. Wydaje się, że ten ostatni czynnik, w połączeniu z zaufaniem, jakim darzone są instytucje sektora finansowego (w tym głównie banki), istotnie wpłynął na sposób współpracy podmiotów w procesie szeroko rozumianej dystrybucji obligacji⁷¹³. Analiza działań podmiotów rynku finansowego, przede wszystkim banków, dała asumpt do wysunięcia wniosku, że w sprawie nadużyć i nieprawidłowości związanych z

⁷¹³ To bank jest podstawową instytucją pośredniczącą w obiegu pieniądza, a z jego usług najpowszechniej korzystają uczestnicy wszelkich transakcji gospodarczych. Domy maklerskie skupiają bowiem tylko tych klientów podmiotów rynku finansowego, których uczestnictwo w rynku finansowym motywowane jest chęcią inwestowania i dokonywania transakcji obciążonych określonym ryzykiem.

dystrybucją obligacji GetBack S.A. misselling przybierał kwalifikowaną postać. Problematyka całego procesu oferowania i sprzedaży obligacji GetBack S.A. wskazuje, że problem oferowania tego produktu finansowego należy rozpatrywać zarówno w kontekście jego ryzyka inwestycyjnego, jak i dozwolonych prawem czynności bankowych.

Z wniosków składanych przez klientów podmiotów rynku finansowego do Rzecznika Finansowego wynika, że do nabycia obligacji GetBack S.A. dochodziło za pośrednictwem zarówno banków (głównie wskazywany jest tu Idea Bank S.A.), jak i domów maklerskich. To zatem banki i domy maklerskie stanowiły podmioty, do których swoje wystąpienia kierował Rzecznik. Warto jednocześnie zaznaczyć, że jakkolwiek obligatariusze niekiedy kierowali zastrzeżenia bezpośrednio wobec emitenta obligacji, czyli GetBack S.A., to spółka ta nie stanowi podmiotu rynku finansowego w rozumieniu ustawy o Rzeczniku Finansowym i w związku z tym Rzecznik, rozpatrując sprawy, nie występował bezpośrednio do emitenta⁷¹⁴. Niemniej **charakter zarzutów formułowanych przez obligatariuszy wskazuje, że źródłem nieprawidłowości był sam proces szeroko rozumianego oferowania obligacji GetBack S.A., a zatem zarzuty dotyczą podmiotów uczestniczących w tym procesie w sposób pośredni lub bezpośredni.**

Naznaczając istotę problemu, wyodrębnić należy główne przedmioty zarzutów: brak rzetelnego poinformowania o ryzyku inwestycyjnym, wprowadzenie w błąd co do samego charakteru produktu oraz wprowadzenie w błąd co do roli, jaką podmiot rynku finansowego odgrywał w tym procesie. Zarzuty kierowane pod adresem domów maklerskich koncentrują się wokół braku poinformowania o ryzyku inwestycyjnym oraz dotyczą zaniechania oceny umiejętności i wiedzy inwestorskiej konsumenta. Zarzuty natomiast wobec jednego z banków – Idea Banku S.A. – odnoszą się przede wszystkim do okoliczności aktywności banku poza dozwolonym zakresem jego działania. Banki bowiem mogą wykonywać bez zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej czynności polegające m.in. na doradztwie i oferowaniu instrumentów finansowych (obligacji) niedopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym, ale

⁷¹⁴ https://rf.gov.pl/pdf/GetBack_informacja_RF_maj2018.pdf.

winy określić te czynności w statucie banku i uzyskać zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na zmianę takiego statutu⁷¹⁵.

Z uwagi na fakt, że działalność Idea Banku S.A. w tym procesie szczególnie wykazuje znamiona zjawiska missellingu oraz że działania banku stanowią główny przedmiot zarzutów obligatariuszy, niniejsze opracowanie koncentrować się będzie głównie na tej właśnie kwestii.

Znacząca większość obligatariuszy wskazuje w swoich wnioskach, że proces, w którym nabyli obligacje GetBack S.A., związany jest jedynie z bankiem, który dotychczas był dostawcą ich podstawowych usług bankowych. W wielu sytuacjach dopiero po otrzymaniu potwierdzenia nabycia obligacji bądź weryfikacji czynności, jakie miały miejsce w banku, zdali oni sobie sprawę, że stali się posiadaczami nie produktu finansowego oferowanego przez bank, lecz obligacji emitowanych przez GetBack S.A. Uwidocznienie na dokumentach Polskiego Domu Maklerskiego (dalej: PDM S.A.) oraz GetBack S.A. niekiedy powodowało konsternację klientów. Konsumenci wskazują bowiem, że to bank (świadczący już wcześniej określone usługi bankowe dla klienta) inicjował kontakt telefoniczny lub przedstawił ofertę związaną z „firmą GetBack S.A.” bezpośrednio w swojej placówce. Zazwyczaj to właśnie bank jako pierwszy informował klienta o emisji obligacji GetBack S.A. i przedstawiał propozycje nabycia tych obligacji. Najczęściej kontakt między bankiem a klientem był nawiązywany za pośrednictwem pracownika będącego wieloletnim doradcą danego klienta. Obligatariusze podkreślają, że pracownicy banku (osoby czynne w lokalu przedsiębiorstwa lub też pracownicy banku w trakcie rozmowy telefonicznej) 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 klientów (czasami nazywana była tzw. ofertą klubową). Co istotne, powyższe niejednokrotnie wzmacniano twierdzeniami o terminowości oferty. Niektóre wnioski klientów zawierały również wskazania, że pracownicy banku 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 klienci mieli nie stracić na takiej

⁷¹⁵ Art. 31 ust 1 pkt 2 i ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1876), w zw. z art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1636 z późn. zm.); stan prawny obowiązujący w okresie udziału banku w dystrybucji obligacji.

inwestycji. Wiele sytuacji dotyczyło klientów, którzy dotychczas korzystali jedynie ze standardowych usług bankowych – byli posiadaczami rachunku bankowego lub lokaty. Tym samym inwestowali jedynie w produkty bezpieczne, z gwarancją kapitału, przede wszystkim w lokaty. Jednocześnie w większości przypadków przed zaproponowaniem klientom inwestycji w obligacje GetBack S.A. nie była przeprowadzana analiza poziomu ich wiedzy na temat inwestowania oraz doświadczenia inwestycyjnego niezbędnego do dokonania oceny, czy instrument finansowy w postaci obligacji korporacyjnej jest dla nich odpowiedni, w tym nie sprawdzano akceptowanego przez klientów poziomu ryzyka. Jeśli nawet w niektórych przypadkach taka analiza była przeprowadzona, to nie była ona brana pod uwagę przy przedstawianiu tego produktu.

Tym samym z większości – wyjątkowo spójnych – twierdzeń obligatariuszy wynika, że nabycie obligacji korporacyjnych wiąże oni z relacją kontraktową z samym bankiem. Z tego powodu bank jest głównym adresatem ich zarzutów i roszczeń. Bank tymczasem w prowadzonych przed Rzecznikiem Finansowym postępowaniach stosuje konsekwentnie dość lakoniczną linię obrony, która sprowadza się do argumentu o braku jego pośrednictwa w sprzedaży obligacji. Bank już na etapie rozpatrywania reklamacji wskazywał, że jakiegokolwiek roszczenia związane z nabyciem obligacji klient winien kierować do PDM S.A., bowiem to ten podmiot oferował obligacje. Bank twierdzi ponadto, że jego działania miały charakter jedynie informacyjny, i podkreśla, że jego rola ograniczała się do przekazania PDM S.A. informacji od klienta o zainteresowaniu nabyciem obligacji.

Abstrahując od kwestii współdziałania banku z PDM S.A., przedstawione wyżej stanowisko obronne banku uwidacznia źródło problemów w dochodzeniu roszczeń przez pokrzywdzonych obligatariuszy. Chodzi o trudności z wykazaniem formalnej odpowiedzialności banku uczestniczącego w tym procesie z uwagi na niezmiennie prezentowane stanowisko banku, że nie uczestniczył formalnie w procesie oferowania obligacji. Jak więc określić odpowiedzialność podmiotu, który faktycznie uczestniczył w procesie sprzedaży? Przewidziana przez polskiego ustawodawcę regulacja prawna dotycząca nieuczciwych praktyk rynkowych odnosi się właśnie do zjawiska missellingu, który niewątpliwie wystąpił w tym procesie oferowania. Polski ustawodawca ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz

niektórych innych ustaw⁷¹⁶ dokonał zmiany treści art. 24 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)⁷¹⁷, wprowadzając nowe określenie zachowania przedsiębiorcy, stanowiącego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Praktyka ta polega 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 u.o.k.k.).

W doktrynie wskazuje się, że art. 24 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k. określający sytuację nieodpowiadania potrzebom konsumentów, co wiązać należy z okolicznością, że dana usługa nie powinna im być w ogóle proponowana lub świadczona. Nie oznacza to *implicite* wadliwości czy bezprawności samej usługi, bowiem może być ona prawnie dozwolona, jednak gdy nie odpowiada ona potrzebom konsumenta, zajdzie przypadek zakazanego missellingu⁷¹⁸.

Wśród cech charakterystycznych missellingu wymienić można: 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 klienta⁷¹⁹. Analiza spraw dotyczących obligacji GetBack S.A. wskazuje na wielopłaszczyznowe występowanie zjawiska missellingu.

Wyżej wskazane cechy tego zjawiska świadczą o wielu formach jakie może przybrać nieuczciwa praktyka rynkowa. Taką konstrukcją bez wątpienia należy przypisać całemu procesowi oferowania, czy też szerzej – dystrybuowania – obligacji GetBack S.A. przez różne podmioty rynku finansowego. W procesie oferowania tych obligacji zwracają uwagę zarówno brak informacji o ryzyku inwestycyjnym, czy nawet wprowadzenie w błąd co do jego specyfiki, jak i nadużycie przez określone podmioty (przede wszystkim banku) statusu instytucji zaufania publicznego oraz relacji zbudowanej z dotychczasowym klientem.

⁷¹⁶ Dz. U. poz. 1634.

⁷¹⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 369.

⁷¹⁸ J. Sroczyński, *Misselling: nowy rodzaj zakazanej praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 4, s. 26–31.

Zauważyć bowiem należy, że obligacje GetBack S.A. stanowiły niezabezpieczone obligacje korporacyjne. Taki produkt finansowy można zatem określić jako wysoce ryzykowny. To dlatego polski ustawodawca szczegółowo reguluje sposób jego emisji, oferowania i sprzedaży, a także ustanawia określony nadzór państwowy. Odnosząc się do otoczenia prawnego, bank wskazuje, że nie wykonywał żadnych czynności maklerskich, w tym doradztwa inwestycyjnego, bowiem jedynie informował o produkcie, jakim są obligacje, którego formalnym oferentem był PDM S.A.

Stanowisko reprezentowane powyżej przez bank należy skonfrontować z faktycznie wykonywanymi przez niego czynnościami. Misselling następuje bowiem poprzez działania faktyczne – są to nadużycia związane ze sprzedażą, które uzewnętrzniają się właśnie przez wprowadzenie w błąd i mogą mieć różny wymiar.

W sprawie dotyczącej tzw. afery GetBack i roszczeń obligatariuszy misselling winien być rozpatrywany w kilku aspektach.

Przede wszystkim podkreślić należy, że choć banki mogą wykonywać działalność maklerską, w tym zakresie są jednak zobowiązane uzyskać zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na prowadzenie tej działalności. Mogą również wykonywać niektóre z tych czynności bez zezwolenia (jak już wskazano wcześniej), ale w ustalonym ustawowo zakresie i po dokonaniu stosownych zmian w swoim statucie.

Idea Bank, który od dłuższego czasu inicjował kontakt z obligatariuszami, w celu zaoferowania nabycia obligacji Getback S.A., dopiero w dniu 23 października 2017 r. dokonał zmiany w statucie, rozszerzając przedmiot swej działalności, dodając zapis o treści: „wykonywanie niestanowiących działalności maklerskich czynności polegających na:

- a) [...]
- 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** [wyróżnienie autora artykułu] oraz obligacje, o

⁷¹⁹ J. Cichorska, *Misselling, czyli sprzedaż niepotrzebnych instrumentów finansowych i jej skutki. Stan prawny w Polsce i Wielkiej Brytanii*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2017 nr 2 (24), s. 18–34.

których mowa w art. 39p ust. 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym⁷²⁰.

Niemniej jednak skala zjawiska i tożsamych twierdzeń obligatariuszy skłaniają do przyjęcia, że czynności faktyczne banku winny być rozpatrywane pod kątem świadczenia usług doradztwa inwestycyjnego oraz oferowania produktów inwestycyjnych. Działania banku wprowadzały bowiem konsumenta w błąd co do roli banku w procesie nabywania obligacji. Ponadto żaden z konsumentów nie potwierdza, aby otrzymał od banku jasną informację, że bank tylko informował o „cudzym” produkcie. Stanowisko to zostało wykreowane przez bank dopiero na okoliczność wsparcia argumentacji stanowiącej odpowiedź na wystąpienia w indywidualnych sprawach prowadzonych przez Rzecznika Finansowego.

Kolejnym aspektem missellingu jest wprowadzenie w błąd co do charakteru produktu. Z treści wniosków skierowanych przez klientów do Rzecznika wynika, że choć stali się oni obligatariuszami wysoce ryzykownych obligacji, ze sposobu prezentacji tego produktu finansowego przez pracowników banku wynikało, że jest to inwestycja w produkt bezpieczny z gwarancją kapitału. Podobnie wskazują klienci domów maklerskich. Z ich twierdzeń wynika, że rekomendacja inwestycji przez pracowników zarówno banków lub domów maklerskich nie była poprzedzona odpowiednią analizą sytuacji i potrzeb klienta. Sposób prezentacji produktu według twierdzeń klientów zmierzał jedynie do przekonania ich do inwestycji jako niezwykle dla nich korzystnej. Kwestia prezentacji charakteru produktu budzi szczególne wątpliwości w przypadku klientów banku, bowiem to w tej grupie obligatariuszy pojawiają się zarzuty, że sposób prezentacji oferty całkowicie pomijał wskazanie, że chodzi o niezabezpieczone obligacje. W wielu sytuacjach klienci byli przekonani, że składana dyspozycja przelewu dotyczy produktu finansowego podobnego do lokaty.

Misselling objawiał się zatem zarekomendowaniem produktu niedostosowanego do potrzeb klientów, w formie wysoce ryzykownych obligacji korporacyjnych, z zaniechaniem oceny umiejętności inwestycyjnych konsumentów.

⁷²⁰ https://www.relacje.ideabank.pl/relacje2/doc/STATUT_obowiazujacy_od_20_11_2017.pdf.

Także i pod tym względem stosowano nieuczciwą praktyką rynkową, przybierającą formę rekomendacji produktu nieadekwatnego do profilu lub potrzeb klienta, zaniechania przekazania informacji o konstrukcji instrumentu i strukturze portfela inwestycyjnego, a nawet zaprezentowania tych informacji w sposób sprzeczny z rzeczywistym stopniem ryzyka instrumentu, co stanowi o wypełnieniu znamion missellingu.

Ostatnią, nie mniej istotną kwestią jest odniesienie wskazywanych nieuczciwych praktyk rynkowych do statusu podmiotu rynku finansowego. O ile udział w oferowaniu produktów inwestycyjnych jest charakterystyczną działalnością domów maklerskich, o tyle powyższego nie można przypisać bankom. Jak wynika z analizy wniosków skierowanych do Rzecznika, jednym z aspektów odróżniających twierdzenia klientów banków od twierdzeń klientów domów maklerskich jest niekiedy zupełny brak świadomości nie tylko ryzyka danego produktu finansowego, lecz także faktu, że produkt ten nie mieści się w zakresie oferowanych czynności bankowych i reglamentowanej działalności, a w konsekwencji nie jest produktem związanym z ustawową gwarancją depozytów, której realizację zabezpiecza Bankowy Fundusz Gwarancyjny. W tym kontekście misselling należy rozpatrywać także jako nadużycie szczególnego statusu banku jako instytucji zaufania publicznego. Status ten nie jest wynikiem jedynie świadomości społeczeństwa, lecz ma odzwierciedlenie we wprowadzonych przez ustawodawcę ograniczeniach dotyczących działalności gospodarczej banków. Klienci byli zatem zasadnie przekonani, że bank świadczył tylko dozwolone prawem usługi (czynności bankowe), a także że nie wykorzystywał swojej przewagi w relacjach z klientem z uwagi na obwarowania prawne i nadzór państwa.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że w wielu sytuacjach banki nadużyły nie tylko swej pozycji na poziomie przedmiotowego zaufania publicznego, ale także zaufania kontraktowego, rozumianego jako relacja pomiędzy bankiem a indywidualnym klientem. Zgodnie z twierdzeniami obligatariuszy to pracownicy banków, czy też bankierzy, inicjowali kontakt celem przedstawienia produktu, jakim ostatecznie okazały się niezabezpieczone obligacje GetBack S.A. Zachowania te, wypełniające znamiona nadużycia statusu banku i stanowiące element wprowadzenia w błąd, mogą być oceniane jako kwalifikowana forma missellingu. Istotny dla oceny działań banków jest zatem także fakt, że strony pozostawały już w stosunku prawnym, czym niejako uśpiono czujność potencjalnych obligatariuszy.

Skutkiem „afery GetBack” są pewne wnioski *de lege ferenda*, w postaci rozwiązań legislacyjnych mających zwiększyć pewność i bezpieczeństwo obrotu na rynku obligacji korporacyjnych, w szczególności zapobiegać w przyszłości niekorzystnym zjawiskom uderzającym w inwestorów nieprofesjonalnych. Do propozycji tych należą:

- rejestracja (nagrywanie) lub zbliżona forma utrwalenia procesu oferowania obligacji inwestorom nieprofesjonalnym;
- wprowadzenie domniemań prawnych skutkujących zmianą rozkładu ciężaru dowodu, w toku ewentualnych sporów cywilnoprawnych, z konsumenta dochodzącego ewentualnych roszczeń odszkodowawczych na przedsiębiorcę oferującego określone papiery wartościowe;
- modyfikacja ankiet badania profilu inwestycyjnego;
- ograniczenie katalogu podmiotów uprawnionych do oferowania obligacji korporacyjnych do profesjonalnych firm inwestycyjnych;
- wprowadzenie odpowiedzialności karnej dla podmiotów oferujących obligacje korporacyjne w sposób wprowadzający w błąd co do charakteru i cech tego produktu inwestycyjnego.

Wnioski końcowe

Okoliczności sprawy świadczą, iż w przypadku obligacji GetBack S.A. stworzona została skomplikowana konstrukcja oferowania produktu finansowego, a rodzaj praktyki rynkowej stosowanej przez Idea Bank S.A. stanowił kwalifikowaną formę *missellingu* z uwagi na wprowadzenie w błąd co do istotnych okoliczności dotyczących charakteru oferowanego produktu oraz ze względu na nadużycie statusu banku jako instytucji zaufania publicznego. W niniejszej sprawie istotne jest, że to banki są podstawowymi instytucjami pośredniczącymi w obiegu pieniądza, a z ich usług najpowszechniej korzystają uczestnicy wszelkich transakcji gospodarczych. To właśnie okoliczność, że banki mają większą możliwość kontaktu z potencjalnymi obligatariuszami, wpłynęła na skalę zjawiska. Domy maklerskie skupiają bowiem tych klientów podmiotów rynku finansowego, których uczestnictwo w rynku finansowym motywowane jest chęcią inwestowania i dokonywania transakcji obarczonych określonym ryzykiem.

Problem missellingu w niniejszej sprawie skłania także do refleksji nad rzeczywistą rolą podmiotów rynku finansowego inicjujących kontakty z potencjalnymi obligatariuszami, a więc – w tym przypadku – uczestniczących w oferowaniu obligacji GetBack S.A. Wydaje się, że jednym z najbardziej istotnych elementów tej sprawy było wykorzystanie istniejących stosunków kontraktowych, które ułatwiły kontakty z klientami poprzez wykorzystanie istniejącej relacji doradca (pracownik banku) – klient, a także ograniczyły zdolność klientów kierowania swym wyborem przy nabywaniu obligacji. Skutkiem tych działań było wywołanie po stronie obligatariuszy uzasadnionego przekonania, że przedstawiany im produkt jest produktem **bezpośrednio oferowanym przez bank** oraz **mieszczącym się w zakresie zwykłych czynności bankowych**, a w konsekwencji **nie jest obciążony ryzykiem**, jakie przypisuje się obligacjom korporacyjnym.

Nieprawidłowości i naruszenia na rynku usług finansowych a tzw. upadłość konsumencka

dr Piotr Stanisławiszyn, Uniwersytet Opolski, Sędzia Rejonowy w Opolu

1. Wstęp

Od dnia 15 maja 2016 r.⁷²¹ w wyniku zmian w zakresie Prawa upadłościowego (dalej p.u.) oraz wprowadzenia nowych rozwiązań w zakresie Prawa restrukturyzacyjnego nastąpił gwałtowny wzrost wniosków o ogłoszenie upadłości w zakresie osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej (dalej upadłości konsumenckie), a co za tym idzie ilość ogłaszanych upadłości w tym zakresie także uległa zwiększeniu⁷²². Problematyka dotycząca tej sfery kognicji sądów upadłościowych czy to w zakresie spraw o ogłoszenie upadłości czy też w zakresie prowadzonych postępowań upadłościowych w wielu aspektach jest elementem scalającym, grupującym niejako w soczewce, nieprawidłowości i naruszenia jakie na rynku usług finansowych zachodzą w ramach wiążących stosunków prawnych pomiędzy kredytodawcami a konsumentami. Choć to sformułowanie może wydawać się truizmem, ale to właśnie w toku postępowania przed sądem upadłościowym najczęściej ujawniają się te wszystkie nieprawidłowe praktyki, zachowania, działania, zaniechania itd. zarówno po stronie kredytodawców, uczestników rynku finansowego oraz konsumentów, a skutkiem czego jest wdrożenie postępowania dotyczącego upadłości konsumenckiej. Ujawniają się nie tylko te zdarzenia, które nie zawsze będą oceniane i postrzegane jako naruszenia bądź nieprawidłowości, ale przede wszystkim skutki owych działań. Skutki, które należy poddać prawnej ocenie celem lepszego zrozumienia tak istniejących rozwiązań jak i zmian

⁷²¹ Opracowanie dotyczy stanu prawnego na dzień 31.05.2019 r.

⁷²² Dane dotyczące wzrostu wpływu wniosków w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej i ogłaszanych upadłości publikuje regularnie Centralny Ośrodek Informacji Gospodarczej. W kwietniu 2019 r. zamieszczono w MSiG 690 ogłoszeń o ogłoszeniu upadłości, co powoduje wzrost w relacji kwiecień 2018/kwiecień 2019 o blisko 30%.

jakie są wprowadzane do regulacji w zakresie upadłości konsumenckiej⁷²³. Jest też inny wymiar tych rozważań, a mianowicie ukazanie, iż skutki naruszeń i nieprawidłowość na rynku usług finansowych mają daleko idące konsekwencje także w zakresie instytucji finansowych. Doświadczenia, po blisko 3 latach obowiązywania nowych regulacji ukazują daleko idącą zależność pomiędzy składanymi wnioskami i ogłaszanymi upadłościami a nieprawidłowościami i naruszeniami na rynku usług finansowych wobec konsumentów. Omówienie wyżej wymienionych zjawisk będzie sprowadzało się do obszarów badawczych i analizy prowadzonych postępowań, po pierwsze w zakresie ogłoszenia upadłości, i po drugie w zakresie prowadzonych postępowań upadłościowych wobec konsumentów.

2. Postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości, a działania kredytodawców wobec konsumentów

2.1. Uwagi wstępne

W pierwszej kolejności na gruncie praktyki sądów upadłościowych pojawiają się nieprawidłowości w zakresie udzielania kredytów pożyczek bądź i innych produktów o zwrotnym charakterze rodzącym zobowiązania po stronie konsumenta. Nie dokonując w tym miejscu oceny i warunków w jakich doszło do po pierwsze zawarcia takich umów po drugie ich realizacji i kontroli, to efekt w postaci wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej to nie tylko wysokość i wielość zobowiązań, czy ich zabezpieczenie, ale przede wszystkim brak prawidłowej oceny ryzyka w zakresie poszczególnych klientów, w tym konsumentów. Analiza kilkuset wniosków o upadłość konsumencką prowadzi do konkluzji, iż konsumenci wskazują w stanowiskach procesowych, iż ilość, a także wysokość zobowiązań jakie są wymagalne i nieregulowane w zakresie produktów finansowych, nie są okolicznościami stanowiącymi przeszkodę do ogłoszenia upadłości. Wszak

⁷²³ Zasadniczo zmiany w tym zakresie zostały zawarte w dwóch projektach: o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw, pierwszy z dnia 18 kwietnia 2018 (dalej projekt 2018), a drugi z dnia 06 marca 2019 (dalej projekt 2019), które są dostępne na stronie www.rcl.gov.pl. Obecnie ten drugi projekt jest przedmiotem dalszych prac legislacyjnych, które zostaną zakończone w III kwartale 2019 r.

zostali pozytywnie zweryfikowani przez profesjonalny podmiot działający na rynku usług finansowych w zakresie ich zdolności do spłaty zobowiązań, a środki zostały uruchomione⁷²⁴.

W tym zakresie ewidentnie, następuje rozdźwięk pomiędzy działaniami w zakresie weryfikacji oraz udzielania kredytów (bądź innych instrumentów zwrotnych), ich kontrolą przez kredytodawców, oraz efektami tych działań w postaci braku wywiązywania się konsumentów w warunków zawartej umowy. Nie sposób w tym miejscu zwrócić uwagi, iż w tym procesie bardzo często wyraźnie nieodpowiedzialnych praktyk dopuszczają się sami kredytodawcy⁷²⁵.

W tym aspekcie warto wskazać, iż bardzo często kredytodawcy niejako na własne ryzyko nie dopasowują oferowanych produktów do sytuacji klienta, jego możliwości zarobkowych oraz sytuacji rodzinnej. Nie sposób w tym zakresie wskazać iż „swoistego rodzaju pęd ku wynikom sprzedażowym” prowadzi do nieakceptowanych z punktu widzenia skutków. Brak zachowania zdrowych reguł weryfikacji konsumentów, w konsekwencji prowadzi do udostępniania środków dla konsumentów, którzy bardzo często już na początku trwania umowy nie są w stanie wykonywać obowiązków z tytułu spłaty zobowiązań⁷²⁶.

⁷²⁴ Jest to istotne zagadnienie z punktu widzenia negatywnych przesłanek do ogłoszenia upadłości zawartych w art. 491⁴ p.u. wedle którego Sąd obligatoryjnie oddala wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli dłużnik doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa. Problem w tym zakresie zostanie rozwiązany normatywnie albowiem projekt 2019 przewiduje zniesienie wszystkich ujemnych przesłanek do ogłoszenia upadłości konsumenckiej poprzez uchylene art. 491⁴ p.u.

⁷²⁵ Najbardziej skrajny przykład to udzielenie kredytów, a następnie wskutek braku spłat, kolejnego kredytu konsolidacyjnego osobie, nie umiejącej czytać i posiadającej zdolność pisania w zakresie imienia i nazwiska. Osoba, klient banku po zaprzestaniu spłaty, z pomocą rodziny złożyła wniosek o upadłość. Po ogłoszeniu upadłości syndyk masy upadłości wraz z sędzią komisarzem podejmują działania w kierunku unieważnienia umów kredytowych upadłej, a konwencji uwolnienia upadłej od długów, bez konieczności sprzedaży jedyne go aktywa jakim jest mieszkanie upadłej.

⁷²⁶ Postanowienie SO w Bydgoszczy z dnia 04.10.2018 r. sygn. akt VIII Gz 182/18, publ. Doradca Restrukturyzacyjny, nr 14(4)/2018, s. 4-5.

2.2. Produkty finansowe i ich oferowanie w zakresie konsumentów i ich zdolności płatniczej

Na tym etapie działania instytucji finansowych niewiele zmieniły się od roku 2016 r. W tym znaczeniu występują zjawiska, które nie powinny mieć miejsca zwłaszcza w zakresie konsumentów. Można w tym zakresie wskazać, iż dochodzi do zbyt łatwego udzielania instrumentów finansowych dla konsumentów, braku ich kontroli oraz nieadekwatnych zabezpieczeń.

Na drugim biegunie znajdują się również sytuacje gdy kredytodawcy w sposób zbyt restrykcyjny dokonują eliminacji konsumentów z grona potencjalnych klientów i z uwagi bądź na brak zdolności kredytowej bądź nie spełnienie innych kryteriów nie dochodzi do zawarcia umowy. W efekcie wielu konsumentów jest zepchniętych poza sektor usług bankowych, a jedyną szansą na zawarcie umowy i otrzymanie środków pieniężnych jest zawarcie umowy z instytucjami pożyczkowymi lub parabankami. Jest to o tyle istotne spostrzeżenie, iż banki przy odrobinie lepszego zabezpieczenia i zindywidualizowanego podejścia do klienta jakim jest konsument są w stanie zmniejszyć ilość osób przesuwanych poza obszar instytucji bankowych i usług świadczonych przez instytucje bankowe. Nie negując całkowicie działań podejmowanych przez banki w zakresie eliminowania potencjalnych nierzetelnych klientów winna jednak nastąpić zmiana procedur weryfikacji konsumentów, poprzez lepsze instrumenty oraz zabezpieczenia. Prym w tym zakresie winny mieć zabezpieczenia o charakterze rzeczowym (najlepiej zabezpieczające aktywa wierzyciela) oraz wzmożone działania analityczne w zakresie nie tylko zawarcia umowy, ale na jakich warunkach i w jakiej wysokości. Tym bardziej, iż utrzymanie konsumenta jako strony umowy bez wątplenia daje lepsze skutki w zakresie ochrony jego praw jako strony umowy z podmiotem profesjonalnym niż pozostawienie go poza sektorem usług bankowych i faktycznie skazanie na korzystanie z usług parabanków.

2.3. Zdolność kredytodawców do negocjacji z konsumentami w kontekście niewykonywania umów lub prowadzonych postępowań windykacyjnych i egzekucyjnych

Kolejnym elementami wskazującym na nieprawidłowości jakie są często efektem składania przez konsumentów wniosków o ogłoszenie upadłości w trybie tzw. upadłości konsumenckiej jest brak konstruktywnej współpracy i „ludzkiego podejścia” w ramach procedur kredytodawców.

Oczywistym jest, iż dotyczy to tych sytuacji, w których strona nie realizuje w sposób prawidłowy umowy poprzez nieterminową spłatę bądź też jej całkowity brak. Dla czystości dalszych wywodów warto podkreślić, iż konieczność dokonywania działań o charakterze windykacyjnym czy egzekucyjnym nie podlega dyskusji. Nie mniej jednak w tym zakresie kredytodawcy wykazują się daleko idącym brakiem zrozumienia sytuacji konsumentów. W zasadzie najczęściej spotykaną praktyką jest wezwanie do regulowania zaległości tzw. monity, by następnie doprowadzić do wypowiedzenia umowy i w efekcie doprowadzić do rozwiązania umowy z konsumentem. Pomijając patologiczne sytuacje, w których konsument nie podejmuje jakichkolwiek formy współpracy z kredytodawcą, to w innych sytuacjach brak „racjonalności i adekwatności” w procedurach wobec konsumentów jest źródłem późniejszych wniosków o ogłoszenia upadłości. Daje się wyraźnie zauważyć niechęć kredytodawców do „restrukturyzacji” zadłużenia konsumentów w ogóle, bądź też zaoferowanie takich warunków, które są z założenia albo nierealne do osiągnięcia (np. dodatkowe zabezpieczenie, określona kwota do spłaty jako warunek kontynuowania umowy) albo niemożliwe do spełnienia przez konsumenta popadającego w zwłokę ze spełnieniem świadczenia. W efekcie prowadzi to do szybkiego rozwiązania umowy, skierowania sprawy do egzekucji bądź windykacji, ewentualne zaspokojenia w ramach posiadanych zabezpieczeń. Powoduje to także dodatkowe koszty dla konsumenta (opłaty, prowizje, oprocentowanie odsetek tzw. karnych itd.), brak szansy na dalszą współpracę z bankiem i w zasadzie brak możliwości otrzymania jakiegokolwiek wsparcia ze strony tego lub innego kredytodawcy. Brak w tym zakresie procedur przygotowanych przez kredytodawców do negocjowania nowych warunków z konsumentami jest często przyczyną, późniejszego popadania w coraz większe zadłużenie i w efekcie składaniem wniosków o upadłość konsumencką. Tym bardziej, iż często okoliczności jakie powodują stan niewypłacalności są efektem niezawinionym przez konsumentów, ale wynikają ze zmian i okoliczności, na które nawet pośrednio nie mają wpływu. W większości przypadków takie stanowiska kredytodawców lub stawianie warunków nieosiągalnych dla konsumenta prowadzi do złożenia wniosków o upadłość⁷²⁷.

⁷²⁷ W większości przypadków dłużnicy – upadli godzą się na warunki upadłości, jakim jest utrata np. nieruchomości na której nabycie zaciągnięto kredyt gdyż w tym przypadku sprzedaż dokonywana w ramach postępowania upadłościowego powoduje, iż po zakończeniu procedury i określenia planu spłaty nie będą mieli długów, czego nie gwarantuje im sprzedaż w ramach prowadzonego postępowania egzekucyjnego.

2.4. Obrót wierzytelnościami, a wiedza i świadomość konsumenta

Wyżej wskazane okoliczności i warunki w zakresie wypowiedzianych umów z konsumentami przez kredytodawców a wiążą się z kolejną szeroką sferą ich działalności jakim jest cesja wierzytelności na rzecz bądź funduszy sekurytyzacyjnych bądź innych podmiotów oferujących podobnego rodzaju rozwiązania. Z punktów widzenia kredytodawcy w zasadzie problem nie istnieje (pomijając kwestie konieczności tworzenia rezerw na stracone kredyty) albowiem dokonując rachunku kosztów tańszym i szybszym rozwiązaniem jest sprzedaż w pakietach straconych kredytów konsumenckich, co wiąże się z natychmiastową poprawą wyniku finansowego, ale też w znaczny sposób pozwala na ograniczenie kosztów. Sprawa już nie jest taka prosta i przejrzysta z punktu widzenia konsumenta, który bardzo często o zmianie wierzyciela dowiaduje się wyłącznie z obowiązkowego zawiadomienia go o tym fakcie, ale równie często z pierwszych czynności windykacyjnych lub egzekucyjnych podejmowanych przez cesjonariusza. Problem jest widoczny zwłaszcza wobec tych konsumentów, którzy mieli kilka umów z bankami i które stały się przedmiotem obrotu, jak również tych konsumentów których długi mające swoje pierwotne źródło w umowie były już przedmiotem kilku cesji. Bardzo często mimo podejmowanych starań przez konsumentów w celu ustalenia np. wysokości zadłużenia jego spłaty czy rozłożenia na raty nie są ze strony pierwotnego kredytodawcy podejmowane żadne czynności ani rozmowy. Po pierwsze kredytodawca wskazuje, iż węzeł obligacyjny już nie wiąże go z konsumentem, a po drugie wskazuje na fakt sprzedaży wierzytelności i przekazania całej dokumentacji na rzecz podmiotu nabywającego wierzytelność. Dla zobrazowania znaczenia tej praktyki z punktu widzenia konsumentów jest fakt, iż do dwóch wyżej wskazanych warunków dochodzi bardzo często element trzeci jakim jest upływ czasu od dnia ustania stosunku obligacyjnego z konsumentem. W efekcie nie tylko konsument nie wie komu, za co i ile ma zapłacić, ale nawet w toku postępowania o ogłoszenie upadłości nie jest w stanie na żądanie sądu przedstawić bliższych informacji o źródle i wysokości zobowiązania⁷²⁸. Skala i znaczenie zjawiska

⁷²⁸ Znamiennym jest, iż tego rodzaju przeszkodę braku możliwości uzyskania informacji o źródle zobowiązań wskazują także ustaleni przez sąd dla konsumentów pełnomocnicy z urzędu. W zasadzie jedynym źródłem wiedzy o wysokości zobowiązania jest bardzo często informacja lub zestawienie spraw prowadzonych przez organy egzekucyjne, przy braku jakiegokolwiek współpracy ze strony wierzyciela, cesjonariusza który nabył przedmiotową wierzytelność.

braku wiedzy konsumentów wynika także często z upływu czasu albo też braku dokumentów źródłowych (zmiana adresu, ustanie małżeństwa, zmiana nazwy banku wskutek fuzji i połączeń na rynku bankowym) wedle których konsument nie jest w stanie ustalić na rzecz kogo i w jakiej wysokości dokonuje spłat. Patologicznie acz wcale niewystępujące rzadko w praktyce są sytuacje, w których organ egzekucyjny prowadzi egzekucje i wskutek zmian wierzyciela już po wydaniu tytułu wykonawczego dokonuje umorzenia i kolejnego wszczęcia postępowań pociągających za sobą kolejne koszty należne wierzycielowi, a w sumie obciążające w konsekwencji dłużnika konsumenta. Tym bardziej, iż konsument jako dłużnik nie ma żadnych skutecznych instrumentów prawnych aby dokonać zatrzymania tych transakcji, które wprost prowadzą do zwiększenia stanu zadłużenia.

2.5. Problematyka pośredników finansowych w zakresie produktów oferowanych konsumentom

Na niełatwe i sformalizowane relacje kredytodawca – konsument w zakresie przedmiotu umów nakłada się dodatkowo element podmiotowy jakim są pośrednicy finansowi. Abstrahując od oceny warunków jakie muszą spełniać, wartym odnotowania jest iż bardzo często dochodzi do sytuacji, w której pośrednik finansowy dokonuje zawarcia takich umów, które nie są najlepsze z punktu widzenia ani kredytodawcy ani konsumenta, ale z punktu widzenia prowadzonej przez niego działalności i osiąganego wynagrodzenia w postaci prowizji. Przy takim założeniu konsument otrzymuje produkt, którego obsługa jest droższa od innych analogicznych produktów albo też otrzymuje kilka produktów których nie chciał, ale ich zsumowanie daje takie korzyści, jak produkt na który nie mógł liczyć, gdyby stosować w sposób prawidłowy regulacje i procedury kredytodawców⁷²⁹. Innym z kolei problemem, który w chwili obecnej nie ma takiego już takiego znaczenia z uwagi na zredukowanie w czasie skutków zawarcia umów jest ich liczba zawierana w krótkich odstępach czasowych w różnych instytucjach często przy udziale jednego lub powiązanych pośredników finansowych. Z uwagi na kilka dni niezbędnych na zawarcie umów, wdrożenie do

⁷²⁹ Tytułem przykładu można wskazać stan faktyczny w jednej ze spraw, w której posiadający zadłużenie konsument został przez pośrednika przekonany do restrukturyzacji swojego zadłużenia. W efekcie czynności pośrednika doszło do efektu finalnego, jakim było zwiększenie zadłużenia z 45.000 zł do 184.000 zł, co było zupełnie zbędne i nieoczekiwane przez konsumenta. W wyniku tego doszło do 4 krotnego zwiększenia zadłużenia, wydłużenia okresu trwania umowy i spłat oraz naliczenia blisko 72.000 zł prowizji i opłat. Po 6 miesiącach od zawarcia umowy

systemu konsumenci często w zaufaniu do pośredników i nakłanianiani przez nich dokonują operacji niekorzystnych, uznając iż skoro jest to im oferowane przez podmiot profesjonalny zatem nie ma podstaw aby te działania kwestionować⁷³⁰. Wyraźnie zarysowuje się brak synchronizacji oraz zbyt daleko idące zaufanie kredytodawców do pośredników finansowych zwłaszcza w stosunku do pomiotów jakimi są konsumenci.

2.6. Opłaty i prowizje oraz odsetki kredytodawców wobec konsumentów

Tematem, który wielokrotnie był i jest podnoszony przez strony tj. dłużników w ramach postępowań w przedmiocie ogłoszenia upadłości konsumenckiej jest nie tylko kwestia tzw. długu głównego, a więc wynikającego z zawartej umowy, ale przede wszystkim kwestia należności ubocznych, w tym opłat i prowizji jakie pojawiają się przy zawarciu umowy oraz tych pobieranych w zakresie jej modyfikacji czy to jako etap windykacji czy też jako dodatkowe usługi związane z restrukturyzacją zadłużenia lub kredyty konsolidacyjne. Innym zagadnieniem które także w wielu przypadkach prowadzi do pogorszenia i tak niełatwej sytuacji niewypłacalnego konsumenta jest wysokość odsetek oraz sposób zaliczania wpłat na wysokość zadłużenia. Bardzo często powodem składania wniosków o ogłoszenie upadłości nie jest brak woli spłaty zaciągniętych zobowiązań, ale wprost wykazanie, iż pomimo regularnych spłat dokonywane wpłaty są w pierwszej kolejności zaliczane na poczet opłat i odsetek, a dopiero w dalszej kolejności na poczet zaległego kapitału. W efekcie wnioski o ogłoszenie upadłości były uzasadniane tym, iż pomimo spłaty przez okres 6–8 lat zadłużenie nie tylko że nie zmniejszało się, ale nieznacznie roso z uwagi na wysokość odsetek oraz opłat⁷³¹.

konsument złożył wniosek o upadłość, pomimo wcześniejszych intensywnych prób zmiany zawartych umów. Wniosek o upadłość został uwzględniony.

⁷³⁰ Najbardziej spektakularnym przykładem jest przyznanie jednej osobie przez tego samego pośrednika w ramach zawarcia 5 umów z różnymi bankami w terminie tygodnia, kredytów, które opiewały sumarycznie na blisko 200.000,00 zł bez dodatkowych zabezpieczeń, przy zarobkach konsumenta na granicy wynagrodzenia minimalnego. Suma miesięcznych rat kredytów przekraczała dwukrotnie miesięczne zarobki konsumenta. W efekcie doszło do złożenia przez konsumenta wniosku o ogłoszenia upadłości, który został prawomocnie oddalony (na podstawie art. 491⁴ p.u.).

⁷³¹ Najbardziej jaskrawy przypadek to sytuacja w której dług nominalny w wysokości 60.000 zł był spłacany przez dłużnika konsumenta przez blisko 12 lat i w efekcie spłat doszło do wpłat na kwotę blisko 100.00 zł spowodowało spłatę jedynie odsetek i innych opłat w tym tych naliczanych przez organy egzekucyjne. W wyniku tego doszło do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, który został uwzględniony.

2.7. Udział kredytodawców w postępowaniu o ogłoszenie upadłości

Praktyka związana z wszczynaniem postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości wobec tzw. konsumentów ukazuje także prawidłowość jaką jest brak takich wniosków składanych przez wierzyciela jakim jest kredytodawca. Co ciekawe dotyczy to zarówno sytuacji, w której wierzyciel posiada zabezpieczenie rzeczowe jak i sytuacji, w której takie zabezpieczenie nie występuje. Przy czym wydaje się, iż z tego rodzaju uprawnień instytucje winny korzystać, choć trudno oczekiwać ze strony banków aby dokonywały tego zbyt często, gdyż ogłoszenie upadłości ma swoje konsekwencje w zakresie np. ustanawiania zabezpieczeń, naliczenia odsetek czy też kwestii wypowiedzenia umów oraz prowadzonych czynności egzekucyjnych. Kredytodawcy przyjęli zatem inne strategie, iż nie występują z wnioskami o ogłoszenie upadłości wobec konsumentów oczekując, iż dłużnik sam taki wniosek złoży. Ma to jednak konkretne znaczenie tj. data złożenia wniosku o upadłość, dla takich instytucji jak bezskuteczność dokonywanych rozporządzeń w wyniku zawartych umów przez konsumenta, czy też skutki umów o rozdzielność majątkową małżeńską, gdzie to właśnie data założenia wniosku jest datą od której oblicza się terminy do wzruszenia tych czynności, które powodują zmiany w sferze majątku dłużnika. Tym bardziej, iż jako wierzyciel kredytodawcy mają prawo do udziału w postępowaniu do korzystania z instrumentów związanych i przysługujących stronie postępowania.

3. Postępowanie upadłościowe a działania kredytodawców wobec konsumentów

3.1. Uwagi wstępne

Sytuacja w zakresie konsumentów ulega zmianie po dacie ogłoszenia upadłości i powołaniu syndyka masy upadłości. Konsument staje się wówczas upadłym, co implikuje daleko idące prawa i obowiązki także w stosunku, do wierzycieli jakim jest kredytodawca⁷³². Nie ma możliwości aby wszystkie aspekty tegoż postępowania zostały poruszone stąd też z punktu widzenia celów opracowania uwaga w tej części zostanie skoncentrowana na tych elementach czy instytucjach które najczęściej występują w praktyce. Nie oznacza to, iż pozostałe etapy czy instytucje które pojawiają się już po ogłoszeniu upadłości są mniej istotne i nie budzą wątpliwości

⁷³² P.P. Wydrzyński, Ł. Czarnocki, P. Olewniczak, Co wolno upadłemu? Prawa i obowiązki upadłego konsumenta cz. II, Doradca Restrukturyzacyjny, nr 13 (3)/2018, s. 72-74.

interpretacyjnych, nie mniej jednak ich znaczenie jest z punktu widzenia problematyki opracowania daleko mniejsze.

3.2. Rola (aktywność) kredytodawców jako wierzycieli w postępowaniach upadłościowych i ich współpraca z syndykiem oraz sędzią komisarzem

W zasadzie po ogłoszeniu upadłości zauważalna jest w tych postępowaniach, iż kredytodawcy nie podejmują dodatkowej aktywności poza obowiązkami wynikającymi dla innych wierzycieli. Nie mniej jednak z racji tego, iż są najczęściej występującymi podmiotami po stronie wierzycieli warto wskazać, iż o upadłości swojego klienta dowiadują się bądź z ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym bądź też od syndyka masy upadłości w wyniku aktywności z jego strony. Zatem dopiero wówczas korzystają z instytucji zgłoszenia wierzytelności wobec konsumenta. Co istotne w zasadzie nie korzystają z innych instytucji poza zgłoszeniem wierzytelności. W zasadzie ich aktywności koncentruje się na kontaktach z syndykiem masy upadłości i to w zakresie czy wierzytelność została ujęta na liście wierzytelności, a jeśli tak to w jakiej wysokości, kategorii oraz ewentualnie czy zostało wykazane zabezpieczenie. Nie zmienia to faktu, iż pomimo posiadania odpowiednich służb i pracowników oraz systemów nie dokonują zgłoszenia wierzytelności na formularzu, nie posiadają dokumentów niezbędnych do wykazania istnienia i wysokości wierzytelności⁷³³. Nie doszło do zainicjowania przez kredytodawcę postępowania w zakresie bezskuteczności czynności prawnych upadłego konsumenta celem ochrony majątku, z którego mógłby się zaspokoić wierzyciel, żądania sprawozdań rachunkowych czy wreszcie informacji w zakresie kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia syndyka. Zauważalne na kanwie prowadzonych spraw jest brak informacji dotyczących procesów fuzji i przejęć na rynku finansowym. Równie często po dokonaniu zgłoszenia wierzytelności i sporządzeniu listy wierzytelności kredytodawcy nie informują, iż dokonali zbycia wierzytelności, a zatem nie występują już w charakterze wierzyciela tracąc swoją legitymację⁷³⁴. Nie zmienia to

⁷³³ Na występujące w praktyce problemy wskazują, K. Jakubiec, M. Tuszakowski, Rozpoznawanie zgłoszeń wierzytelności instytucji finansowych w postępowaniu upadłościowym konsumenta – zagadnienia praktyczne, Doradca Restrukturyzacyjny, nr 11(1)/2018, s. 48 -57.

⁷³⁴ Przykładem braku zrozumienia instytucji upadłości konsumenckiej było żądanie przez wierzyciela jakim jest bank sporządzenia uzasadnienia postanowienia o zatwierdzeniu listy wierzytelności (które nie jest zaskarżalne a zatem uzasadnienia nie sporządza się) czy też poinformowanie sędziego komisarza o zbyciu wierzytelności, po czym

faktu, iż kredytodawcy bardzo często w ramach swoich procedur nie mają wiedzy co do dalszych losów tak swoich klientów jak i ich wiarygodności, nawet wówczas gdy posiadały zabezpieczenia rzeczowe.. Znaczącym jest, iż zgoła inaczej wygląda sytuacja w odniesieniu do funduszy lub podmiotów które dokonują skupu i obrotu wiarygodnościami, które to podmioty w odróżnieniu od kredytodawców są aktywne w toku postępowania tzn. informują o nabyciu wiarygodności, wnoszą o udzielenie informacji o stanie sprawy ewentualnie wskazują na okoliczności w zakresie stanu majątku upadłego celem jego spieniężenia.

3.3. Plany podziału oraz plany spłat konsumentów a stanowiska kredytodawców

Największa aktywność kredytodawców w toku postępowania upadłościowego w sprawach konsumenckich przejawia się na etapie planu podziału środków uzyskanych z upłynnienia masy upadłości. Na tym etapie wierzyciele otrzymują informacje o konkretnych kwotach, które zostaną im przekazane w ramach realizacji celów postępowania upadłościowego. Generalnie kredytodawcy jako wierzyciele podejmują współpracę z syndykiem, który po zatwierdzeniu planu podziału przez sędziego komisarza dokonuje wypłaty środków. Są jednak racjonalnie trudne do zaakceptowania sytuacje inicjowane przez kredytodawców, które wydłużają prowadzenie postępowania upadłościowego. Do najważniejszych należy brak wskazania rachunku bankowego do przelania kwoty przypadającej dla wierzyciela czy też zbycie pomiędzy sporządzeniem, zatwierdzeniem a wykonaniem planu podziału wiarygodności posiadanej przez kredytodawcę. Zwłaszcza ta ostatnia sytuacja jest trudna do wytłumaczenia i świadczy o zupełnym braku zrozumienia istoty postępowania oraz roli wierzyciela oraz współpracy na linii wierzyciel – syndyk masy upadłości – sędzia komisarz (sąd upadłościowy)⁷³⁵. Tym bardziej, iż zarysowuje się wyraźne po ogłoszeniu upadłości opóźnienie czasowe co do obowiązku informowania dłużnika o dokonanej cesji, analogicznie zresztą jak syndyka. Po części taka praktyka jest efektem tego samego podejścia kredytodawców jak w przypadku postępowania przed ogłoszeniem upadłości, a więc brakiem zindywidualizowanego podejścia do tych wiarygodności jak i upadłych, zbywanie ich w pakietach

dokonania zgłoszenia tej samej zbytej 2 miesiące wcześniej wiarygodności na listę wiarygodności przez tą samą instytucję bankową. Oczywistym jest, iż taki brak współpracy i rodzi konieczność podejmowania dodatkowych czynności przez sąd co wydłuża i tak niekrótkie postępowania upadłościowe.

Str. 464

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

☎ **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

po kilka czy też kilkanaście tysięcy, bez wstępnej weryfikacji na jakim etapie znajduje się ich dochodzenie albo idąc dalej zaspokojenie⁷³⁶.

Drugim elementem istotnym z punktu widzenia upadłych konsumentów jest ostatni etap postępowania, a więc ustalenia planu spłaty zobowiązań niezaspokojonych w toku prowadzonego postępowania albo umorzenia zobowiązań bez ustalenia obowiązku jakichkolwiek spłat. Na tym etapie nie tylko aktywność kredytodawców jest największa, ale przede wszystkim wyraźnie zarysowuje się rozdźwięk między stanowiskami upadłego i syndyka oraz wierzycieli, co jest oczywiste mając na uwadze dobrodziejstwo i potencjalne korzyści jakie niesie ze sobą rozstrzygnięcie sądu upadłościowego. Także na tym etapie należy wskazać, iż kredytodawcy mimo możliwości kontaktu czy to z syndykiem czy nawet upadłym, a wreszcie wobec bardzo często rozpatrywania tych spraw na rozprawach nie podejmują ani formalnych ani merytorycznych kroków celem wyartykułowania swojego stanowiska zgodnie z „duchem” tej instytucji. Najczęściej spotykanym schematem działania jest wskazanie, iż sprzeciwiają się umorzeniu postępowania bez planu spłat oraz wnoszą o jak najwyższe zaspokojenie tj. jak najwyższe raty w ramach tegoż planu przy maksymalnie najdłuższym okresie trwania okresu spłaty tj. 36 miesięcy. Warto wskazać, iż kredytodawcy czynią to automatycznie, zupełnie bezrefleksyjnie i w oderwaniu od wymogów i przesłanek wskazanych w ustawie, a dotyczących okoliczności zastosowania tej instytucji.⁷³⁷ W konsekwencji po wydanym rozstrzygnięciu kredytodawcy podejmują w ramach środków odwoławczych próby wzruszenia zapadłych orzeczeń mimo niewielkiej albo zupełnym braku aktywności i wiedzy na przestrzeni całego postępowania. Nie kwestionując prawa wierzyciela do korzystania z przydanych mu uprawnień i kontroli w trybie instancyjnym rozstrzygnięć sądowych

⁷³⁵ M. Rechciński, Dobra współpraca banku z doradcą restrukturyzacyjnym – science fiction czy niedaleka przyszłość?, Doradca Restrukturyzacyjny, nr 11(1)/2018, s. 85-90.

⁷³⁶ W tym miejscu warto także wskazać na zupełnie niezrozumiałe praktyki wierzycieli – banków które przy wykonaniu planu podziału nie są w stanie często udzielić odpowiedzi czy informacji jaka kwota wierzytelności nie została zaspokojona w wyniku wykonania tzw. odrębnego planu podziału funduszy masy powstałego ze sprzedaży przedmiotu zabezpieczenia i nadal podtrzymują twierdzenia, iż w kolejnym etapie tj. określenia ostatecznego planu spłaty cała wierzytelność winna być uwzględniana.

⁷³⁷ Postanowienie SO w Warszawie z dnia 16.05.2017 r. sygn. akt XXIII Gz 1244/16, publ. Doradca Restrukturyzacyjny, nr 12(2)/2018, s. 18-19.

wydaje się, iż takie działania kredytodawców ukazują brak zrozumienia celów tego postępowania⁷³⁸.

4. Wnioski

Prezentowane powyżej spostrzeżenia i konkluzje w zakresie dotyczącym konsumentów z punktu widzenia sędziego komisarza, a wcześniej sądu upadłościowego prowadzą do daleko idących wniosków co do obecnej praktyki, a także zgłaszanych zmian w ramach prowadzonych i już zaawansowanych prac legislacyjnych.

Fala ogłaszanych upadłości konsumenckich jaka od 2016 r. stale rośnie jest efektem nie tylko zmiany przepisów, ale także brakiem zrozumienia i nieadekwatnych działań na linii konsument – kredytodawca, która w znakomitej większości wypadków mogłaby doprowadzić do lepszych efektów dla każdej ze stron. Nie stanowi rozwiązania ww. problemów projekty zmian w zakresie upadłości konsumenckiej w projektach z 2018 i 2019 r. Zgłoszone w tych projektach postulaty i rozwiązania powodują, iż całkowicie zmieniono optykę postrzegania konsumenta, który w zasadzie w zupełnie swobodny sposób i bez jakichkolwiek przeszkód będzie mógł się ubiegać o ogłoszenie upadłości. Prowadzi to z kolei do skrajności w postaci „dyktatu konsumentów” w stosunkach z kredytodawcami. Nie sposób bowiem uznać, iż konsumenci którzy bez względu na przyczynę powstania stanu niewypłacalności będą mogli poddać się procedurze upadłości konsumenckiej nie będą tego nadużywali, co może doprowadzić nawet do zaistnienia „patologii konsumenta”, a które to zjawisko będzie po pierwsze trudne do zatrzymania, po drugie o daleko idących skutkach dla wierzycieli w tym instytucji finansowych⁷³⁹.

Analiza zarówno praktyki sądów upadłościowych jak i aktualnych rozwiązań prawnych wskazuje, iż w obu obszarach występuje konieczność daleko idących zmian w podejściu kredytodawców do sytuacji konsumenta. Tym bardziej, iż dynamicznie zmienia się świadomość

⁷³⁸ Postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 27.07.2018 r. sygn. akt VI Gz 205/18, publ. Doradca Restrukturyzacyjny, nr 14(4)/2018, s. 6-8.

⁷³⁹ Wprowadzenie zmian w zakresie przesłanek do ogłoszenia upadłości będzie miało także swoje przełożenie na ilość oraz szybkość prowadzonych postępowań egzekucyjnych, które nie tylko że są sformalizowane, ale także drogie i nie przewidują pomimo upłynienia całego majątku możliwości oddłużenia dłużnika tak jak ma to miejsce w postępowaniu upadłościowym. W zasadzie przy powszechności dostępności upadłości dla każdego konsumenta doprowadzi to do znacznego spadku wszczynanych postępowań egzekucyjnych i umarzaniu już prowadzonych postępowań.

konsumentów nie tylko co do ich praw, ale także w zakresie dostępności instytucji oddłużenia jakim jest tzw. upadłość konsumencka.

Trwała tendencja dotycząca wzrostu składanych wniosków i w konsekwencji ogłaszanych upadłości konsumenckich powoduje konieczność zmiany standardów kredytodawców wobec konsumentów. Winno się to przejawiać w lepszym i skutecznym zabezpieczeniu wiarytelności, bieżącej i szerszej analizie sytuacji klienta (konsumenta), ograniczeniem dokonywanych cesji wiarytelności, na rzecz prowadzonej i bardziej skutecznej windykacji, wreszcie zwiększaniem zdolności kredytodawców do negocjacji i ustępstw (w tym redukcji zadłużenia) i szybkości adekwatnych decyzji w przypadku problemów z wykonaniem umów przez konsumentów. Przy czym koniecznym jest zachowanie symetrii tak w zakresie praktyki jak i regulacji dotyczącym relacji konsument – kredytodawca co jest podstawą i warunkiem sine qua non eliminowania z rynku tak praktyk jak i podmiotów niespełniających standardów w zakresie zawierania i wykonywania umów.

Warto także rozważyć czy powszechność dostępności tzw. „upadłości konsumenckiej”, a więc brak „przeszkód” do ogłoszenia upadłości wobec konsumentów nie doprowadzi do nieodwracalnych zmian na rynku usług finansowych, a nawet do „dyktatu czy wręcz patologii” konsumenckiej, co oznacza nie tylko nadużywanie tej instytucji przez konsumentów, ale także korzystanie z niej przez podmioty nieuprawnione np. przez byłych przedsiębiorców⁷⁴⁰.

⁷⁴⁰ Powyższa uwaga pozostaje aktualna pomimo wprowadzenie w projekcie z 2019 r. zmiany instytucji zawartej w art. 491^{14a} p.u. regulującej obligatoryjne przesłanki do oddalenia wniosku o ustalenie planu spłat.

Identyfikacja i pomiar rozszerzonego ryzyka ubezpieczeń z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym oraz analiza aktuarialna przepływów – nieprawidłowości i zagrożenia

dr Magdalena Homa, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Instytut Nauk Ekonomicznych

Streszczenie




Ubezpieczenie z UFK jako hybrydowe ubezpieczenia na życie i dożycie połączone z udziałami w wyselekcjonowanych funduszach inwestycyjnych łączą aspekt ubezpieczeniowy i inwestycyjny. To sprawia, że związane są z rozszerzonym ryzykiem aktuarialnym, które należy analizować jako: ryzyko związane zarówno z przedmiotem ubezpieczenia, jak i ryzyko finansowe. Zatem chcąc zabezpieczyć się przed nieprzewidywanymi stratami, ubezpieczyciel powinien uwzględniać to dodatkowe ryzyko finansowe, łącząc w wycenie UFK podejście aktuarialne oraz finansowe, i na tej podstawie ustalać wartość aktuarialną przepływów stanowiących podstawę dalszych poprawnych kalkulacji w zakresie: składek, rezerw z uwzględnieniem kapitału podwyższonego ryzyka czy wartości portfela referencyjnego determinującego wypłatę. W ten sposób ubezpieczyciel zrównoważy ponoszone ryzyko i zapewni bezpieczeństwo finansowe ubezpieczonych.

Coraz częściej jednak pojawiają się opinie wskazujące na nieopłacalność tego typu produktów, wynikającą przede wszystkim z faktu, że wypłata z tytułu zawartej polisy nie spełnia oczekiwań ubezpieczonych. Przyczyn tego stanu może być wiele, począwszy od niezrozumienia specyfiki tego typu ubezpieczenia, poprzez błędne jego ujęcie i traktowanie polis z UFK nie jako szczególnego rodzaju ubezpieczenia, a raczej jako inwestycji, co z założenia jest nieprawidłowe. Takie ujęcie stanowi przesłankę przeprowadzonej analizy ryzyka i przepływów, która obejmuje w szczególności zbadanie:

Str. 468

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

 biuro@rf.gov.pl
 www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
 [facebook.com/Rzecznik Finansowy](https://facebook.com/RzecznikFinansowy)

 **Tel. 22 333 73 26,**
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

- Czy ubezpieczyciel uwzględnia fakt, że wypłata z UFK jest losowa i zależy od wartości portfela referencyjnego?
- Czy składka w ubezpieczeniach z UFK jest tzw. ceną sprawiedliwą (w ujęciu aktuarialnym) za podjęte ryzyko?
- Czy ustalając rezerwy, ubezpieczyciel uwzględnia dodatkowe ryzyko wpływające na konieczność tworzenia tzw. kapitału podwyższonego ryzyka?
- Czy stosowane opłaty manipulacyjne są zasadne?

W tym celu przeprowadzono kalkulację wysokości tzw. sprawiedliwej składki, wymaganego kapitału podwyższonego ryzyka, symulacje rozkładu wartości portfela referencyjnego i efektów wynikających ze stosowanych opłat manipulacyjnych oraz zawartych porozumień wybranych firm.

1. Koncepcja ubezpieczenia z UFK i strategia inwestycyjna

Instytucjami finansowymi, które oferują ubezpieczenia z UFK, są towarzystwa ubezpieczeń na życie. Ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym nie są jednak odrębnym produktem, stanowią bowiem uzupełnienie produktów podstawowych, czyli ubezpieczeń na życie o charakterze ochronnym. Ubezpieczenie z UFK to umowa na życie lub dożycie pomiędzy ubezpieczonym a ubezpieczycielem, zgodnie z którą ubezpieczony opłaca składki, a w zamian firma ubezpieczeniowa zapewnia świadczenie w wysokości równej większej z dwóch wartości:

- kwoty gwarantowanej (oznaczonej G_{II}),
- sumy wynikającej z wartości portfela referencyjnego, zależnej od kształtowania się ceny funduszu (oznaczonej $b(S_t)$).

Ubezpieczenie z UFK przynależy do grupy tzw. ubezpieczeń *Universal Life*, lecz różni się zasadniczo od tzw. klasycznych ubezpieczeń życiowych. Łączy ono bowiem elementy ubezpieczenia i oszczędzania w sposób niezwykle elastyczny, tworząc wiele możliwości w zakresie dysponowania kapitałem. Idea tego typu ubezpieczenia wiąże się właśnie z jego oszczędnościowo-inwestycyjnym charakterem.

Najistotniejszą cechą ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym jest powiązanie go z wydzielonym funduszem lub funduszami, w które inwestowane są środki pochodzące ze składek. Tym samym ubezpieczenie z UFK jako produkt złożony wymaga pewnej

aktywności od samego ubezpieczającego się w zakresie określania własnych potrzeb oraz analizy rzeczywistości ekonomicznej. Ubezpieczenia te to kontrakty, które mają otwartą strukturę i są transparentne, dając ubezpieczonemu możliwość decydowania o składzie portfela w okresie jego trwania. Zatem ubezpieczony inwestuje część lub całość wpłacanych składek w oferowane przez towarzystwa ubezpieczeniowe fundusze, różniące się poziomem ryzyka, by czerpać z tego zyski, przy czym klienci sami dokonują wyboru funduszu. Podjęcie właściwej decyzji co do optymalnego zakresu ubezpieczenia oraz przyjęcie określonej strategii inwestowania środków gwarantuje ubezpieczonemu odpowiednią wypłatę. Wartość wypłaty – określana jako wartość polisy – nie jest z reguły gwarantowana przez ubezpieczyciela i zależy od kształtowania się ceny aktywów, w które lokowane są środki, jest więc zmienną losową. W związku z tym to właśnie ubezpieczony ponosi w całości ryzyko inwestycyjne, a tym samym odpowiedzialność za ewentualne negatywne skutki swoich decyzji.

W Polsce kontrakty tego typu umożliwiają ubezpieczonemu gromadzenie oszczędności w indywidualnie utworzonym przez niego portfelu inwestycyjnym, składającym się z funduszy inwestycyjnych prowadzonych przez niezależne od ubezpieczyciela zewnętrzne towarzystwa funduszy inwestycyjnych. Istotne jest również to, że polisy tego typu dają ubezpieczonemu możliwość dostosowywania na bieżąco składu portfela w zależności od zmieniającej się sytuacji rynkowej. Jest to bardzo istotny element w sytuacji niestabilnej gospodarki rynkowej. Kontrakty tego typu umożliwiają ubezpieczonemu gromadzenie oszczędności w indywidualnie utworzonym przez niego portfelu inwestycyjnym, składającym się z funduszy inwestycyjnych, które można podzielić na dwie główne grupy:

- klasyczne oraz
- wyspecjalizowane typu *hedge*.

Istotą funduszy klasycznych jest zmniejszenie ryzyka inwestycyjnego poprzez dywersyfikację portfela inwestycyjnego. Natomiast w przypadku funduszy wyspecjalizowanych typu *hedge* podstawowe zasady to dodatkowa ochrona środków i minimalizacja ryzyka inwestycyjnego poprzez stosowanie strategii zabezpieczających, na co pozwala zarządzającym elastyczna polityka inwestycyjna. Niezależnie od powyższego podziału oferowane ubezpieczeniowe fundusze kapitałowe różnią się polityką inwestycyjną i są wśród nich fundusze:

zrównoważone, papierów dłużnych, rynku pieniężnego, akcji itp. To oznacza, że różne mogą być wypracowane przez te fundusze zyski. Do analizy wybrano fundusze z następujących grup:

- PAK_UN – uniwersalne akcji;
- PZR_MI – mieszane zrównoważone;
- PST_MI – mieszane stabilnego wzrostu;
- PPD_UN – dłużne uniwersalne.

Portfele ubezpieczeniowe budowane w oparciu o fundusze z powyższych grup różnią się polityką inwestycyjną, a tym samym ryzykiem finansowym. Przeprowadzono analizę ryzyka funduszy w poszczególnych grupach z uwzględnieniem podstawowych mierników, takich jak: odchylenie standardowe, wskaźnik Sharpe’a oraz *Information Ratio* (IR). Na tej podstawie z każdej grupy wybrano fundusz z najwyższą notą w rankingu, a ich wyniki przedstawiono w tabeli poniżej.

Tabela 1. Wskaźniki najlepszych funduszy w grupach 1–4

Portfel	Grupa	S	Wskaźnik Sharpe’a	IR	Deklarowany benchmark
Akcji	AK_UN	4,29	0,09	0,45	100% WIG
Zrównoważony	MI_ZR	2,35	0,08	0,53	50% WIG + 50% Indeks Rynku Obligacji Skarbowych
Stabilnego wzrostu	MI_ST	1,60	0,06	0,57	20% WIG + 80% Indeks Rynku Obligacji Skarbowych
Papierów dłużnych	PD_UN	0,86	0,23	0,4	100% EFFAS Bond Indices Poland Liquid All > 1Yr,

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych z portalu www.analizy.pl.

2. Identyfikacja ryzyka

Nowy system oceny wypłacalności zgodny z dyrektywą Solvency II ma być dopasowany do rzeczywistych ryzyk, na jakie narażone są firmy ubezpieczeniowe. W przypadku instytucji ubezpieczeniowych potencjalne ryzyka są specyficzne dla typów zawieranych umów, a przepływy pieniężne powinny być wyceniane z uwagi na całkowite ryzyko, na które narażony jest ubezpieczyciel, tzn. z uwzględnieniem filtracji określającej pełną informację dostępną w chwili *t*. W

przypadku klasycznych ubezpieczeń filtracja ta oparta jest tylko na procesie umieralności, tzn. opisana jest następująco⁷⁴¹:

$$\mathcal{F}_t = \sigma(I(T > t), 0 \leq t \leq n)$$

gdzie T_x – przyszły czas życia ubezpieczonego.

Natomiast w przypadku ubezpieczeń z funduszem kapitałowym należy uwzględnić rozszerzone ryzyko aktuarialne, obejmujące dodatkowo rynek finansowy i związane z nim ryzyko. Zatem filtracja w przypadku ubezpieczeń hybrydowych, a w szczególności z UFK, powinna być oparta nie tylko na procesie umieralności, ale również uwzględniać rozszerzone ryzyko aktuarialne obejmujące:

- aktywizację dodatkowych opcji ubezpieczenia;
- kształtowania się stóp procentowych;
- kształtowania się cen wybranych aktywów.

W związku z tym historię (filtrację) ubezpieczeń z UFK należy rozszerzyć i rozważyć następujące trzy grupy istotne przy wycenie⁷⁴²:

\mathcal{H}_t , czyli wiedzę o procesie umieralności,

\mathcal{L}_t , czyli wiedzę o podstawowym kontrakcie i ewentualnych opcjach,

\mathcal{G}_t interpretowane jako wiedza o rynku finansowym.

Filtracja \mathcal{H}_t to wiedza uzyskana do chwili t o procesie umieralności, a informacje o nim determinuje przyszły czas życia ubezpieczonego w wieku x lat oznaczonego $T_x \equiv T$. Dlatego też przyjęto analogicznie jak w przypadku ubezpieczenia klasycznego, że:

$$\mathcal{H}_t = \mathcal{H}_t^T = \sigma(I(T > t), 0 \leq t \leq n)$$

Filtracja \mathcal{L}_t interpretowana jako ryzyko dodatkowych opcji kontraktu determinuje rodzaj przepływów pieniężnych wynikających z zawartej polisy ubezpieczeniowej. Ponadto zakłada się, że rynek finansowy jest idealny i wszyscy mają taką samą wiedzę o nim, a informacje otrzymywane są

⁷⁴¹ M. Dahl, *Stochastic mortality in life insurance: market reserves and mortality-linked insurance contracts*, „Insurance: Mathematics and Economics” 2014, vol. 35, s. 113–136.

⁷⁴² M. Homa, *Rozkład wypłaty w ubezpieczeniu na życie z funduszem kapitałowym a ryzyko finansowe*, „Prace Naukowe UE we Wrocławiu” 2013, nr 312 *Zagadnienia aktuarialne – teoria i praktyka*, s. 78–87.

wyłącznie z obserwacji procesu cen aktywów oznaczonego jako S_t i procesu wartości jednostki pieniężnej czyli B_t . Wówczas o filtracji \mathcal{G}_t , interpretowanej jako wiedza uzyskana do chwili t , zakłada się, że: $\mathcal{G}_t = \mathcal{G}_t^{S \wedge B}$. Zatem ostatecznie filtracja \mathcal{F}_t ma postać:

$$\mathcal{F}_t = \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t \wedge \mathcal{H}_t$$

Zatem filtracja \mathcal{F}_t określa pełną informację dostępną w chwili t , dotyczącą zarówno procesu śmiertelności, jak i kształtowania się cen oraz stóp procentowych. Stanowi ona tym samym rozszerzone ryzyko aktuarialne związane z ubezpieczeniami z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym.

3. Wartość zaktualizowana i aktuarialna przepływów pieniężnych w UFK

W Polsce ubezpieczenia z UFK są dostępne głównie w ramach indywidualnych ubezpieczeń na życie w następującej formie:

- ubezpieczenia bezterminowe na życie;
- ubezpieczenia terminowe na życie i dożycie;
- ubezpieczenia typowo oszczędnościowe.

Niezależnie od formy ubezpieczenia z funduszem kapitałowym jak z każdą umową ubezpieczenia na życie (UZ) i dożycie (UD) związane są określone strumienie płatności dokonywane przez ubezpieczonego (składki) i ubezpieczyciela (świadczenia). Płatności te tworzą przepływy pieniężne między ubezpieczycielem a ubezpieczonym, a określenie ich wielkości jest niezbędne do przeprowadzenia wyceny kontraktu. W kalkulacjach tych podstawową rolę odgrywa wartość zaktualizowana przepływów pieniężnych, czyli tzw. aktualny ekwiwalent przyszłych płatności.

Definicja: Wycena strumienia finansowego F_t , czyli funkcja zaktualizowanych na moment t płatności dokonanych w okresie T , określona jest następującym wzorem⁷⁴³:

$$ZF_t(T) = \frac{1}{v(t)} \int_T v(\tau) dF(\tau)$$

⁷⁴³ B. Błaszczyszyn, T. Rolski, *Podstawy matematyki ubezpieczeń na życie*, WNT, Warszawa 2004.

Przy wycenie ubezpieczenia strumień płatności oznaczony symbolem $F(t)$ powinien uwzględniać wszystkie płatności wynikające z zawartej umowy. Płatności te można podzielić na trzy grupy:

- składki ubezpieczeniowe płatne przez ubezpieczonego oraz renty wypłacane przez ubezpieczyciela;
- świadczenie w wysokości sumy ubezpieczenia wypłacane w okresie trwania ubezpieczenia w przypadku śmierci ubezpieczonego;
- świadczenia wypłacane z tytułu dożycia przez ubezpieczonego do końca okresu ubezpieczenia.

Przyjęto następujące oznaczenia poszczególnych strumieni płatności:

- wielkość składki płaconej przez ubezpieczonego w momencie t to $\Pi(t)$,
- wysokość renty wypłacanej w momencie t z tytułu niepełnosprawności to $r(t)$,
- wysokość jednorazowego świadczenia wypłaconego przez ubezpieczyciela z tytułu dożycia końca okresu ubezpieczenia to $d(n)$,
- jednorazowe świadczenie związane ze śmiercią ubezpieczonego w okresie trwania ubezpieczenia w momencie t jest równe $c(t)$.

Wartość aktuarialna płatności w klasycznych ubezpieczeniach na życie lub dożycie jest wartością oczekiwaną zaktualizowanej wielkości świadczenia lub składki. W ubezpieczeniu z UFK wartość aktuarialna strumienia płatności obliczana jest jako odpowiednia warunkowa wartość oczekiwana zdyskontowanych płatności, pod warunkiem całej historii procesu i określana ogólnym wzorem⁷⁴⁴:

$$E[ZF_t(T \vee n)|\mathcal{F}_t]$$

gdzie $\{\mathcal{F}_t\}_{0 \leq t \leq T}$ – filtracja określająca pełną historię procesu w chwili t .

Ze względu na fakt, że ryzyko finansowe nie podlega dywersyfikacji, przepływy pieniężne związane z ubezpieczeniem z UFK wyceniono dla jednorodnego portfela ubezpieczeń. Zatem uwzględniając pełną filtrację, wyznaczono wartość aktuarialną świadczeń wypłacanych z tytułu:

- dożycia końca okresu ubezpieczenia;

- z tytułu śmierci w okresie trwania ubezpieczenia.

Z tytułu dożycia ustalonego momentu n (końca okresu ubezpieczenia) ubezpieczyciel wypłaci ubezpieczonemu świadczenie, którego wartość zaktualizowana na moment t to $ZD_t(n)$ i jest równa:

$$I\{T > n\} \cdot ZD_t(n) = I\{T > n\} \cdot \frac{v(n)}{v(t)} d(n)$$

Zatem wartość aktuarialną wypłaty przy założeniu niezależności procesu umieralności i procesu cen można wyrazić wzorem:

$$\begin{aligned} E[I\{T > n\} \cdot ZD_t(n) | \mathcal{F}_t] &= \\ &= E[I\{T > n\} \cdot ZD_t(n) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t] \cdot E[I\{T > n\} \cdot ZD_t(n) | I(T > t)] = \\ &= E[I\{T > n\} | I(T > t)] \cdot E\left[\frac{v(n)}{v(t)} d(n) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right] = \\ &= {}_{n-t}p_{x+t} \cdot E\left[\frac{v(n)}{v(t)} d(n) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right] \end{aligned}$$

gdzie ${}_t p_x$ to prawdopodobieństwo przeżycia ubezpieczonego w wieku x okresu t .

Natomiast w przypadku ubezpieczenia na życie wypłata z tytułu śmierci zostaje wypłacona ubezpieczonemu z tytułu śmierci (czyli w momencie T trwania ubezpieczenia) i w tym przypadku wyraża się wzorem:

$$E[ZC_t(T \vee n) | \mathcal{F}_t] = E[I\{T \leq n\} \cdot ZC_t(T) | \mathcal{F}_t] =$$

⁷⁴⁴ N.L. Bowers *et al.*, *Actuarial mathematics*, The Society of Actuaries, Schaumburg 1997.

$$\begin{aligned}
&= E \left[\int_t^{T \vee n} \frac{v(\tau)}{v(t)} c(\tau) dI\{\tau \leq n\} | \mathcal{F}_t \right] = \int_t^{T \vee n} E \left[\frac{v(\tau)}{v(t)} c(\tau) | \mathcal{F}_t \right] \cdot E[dI\{\tau \leq n\} | I(T > t)] = \\
&= \int_t^{T \vee n} E \left[\frac{v(\tau)}{v(t)} c(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t \right] \cdot E[I\{\tau \leq n\} \cdot \mu(x + \tau) | I(T > t)] dt = \\
&= \int_t^{T \vee n} E \left[\frac{v(\tau)}{v(t)} c(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t \right] \cdot {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) dt
\end{aligned}$$

gdzie $\mu(x + \tau)$ oznacza intensywność umieralności w wieku $x + \tau$.

Ostatni przewidziany umową rodzaj świadczeń obejmuje wypłatę renty z tytułu niepełnosprawności na skutek nieszczęśliwego wypadku. W celu wyceny tego typu przepływów założono, że przyszły czas życia ubezpieczonego w zdrowiu oznaczono $T_x^Z \equiv T^Z$, wówczas wartość aktuarialna takiej renty jest równa:

$$\begin{aligned}
E[ZR_t(T \vee n) | \mathcal{F}_t] &= E[I\{T^Z \leq n\} \cdot ZR_t(T) | \mathcal{F}_t] = E \left[\int_t^{T \vee n} \frac{v(\tau)}{v(t)} r(\tau) I\{\tau \leq n\} | \mathcal{F}_t \right] = \\
&= \int_t^{T \vee n} E \left[\frac{v(\tau)}{v(t)} r(\tau) | \mathcal{F}_t \right] \cdot E[I\{T^Z \leq n\} | I(T > t)] dt = \\
&= \int_t^{T \vee n} E \left[\frac{v(\tau)}{v(t)} r(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t \right] \cdot {}_{\tau-t}p_{x+t}^Z dt
\end{aligned}$$

Z powyższych wzorów wynika, że wyznaczenie wartości aktuarialnej świadczeń z tytułu ubezpieczenia UFK wymaga dodatkowych założeń co do modelu rynku finansowego (w zakresie procesu kształtowania się cen).

4. Wartość portfela i rozkład wypłaty z tytułu UFK

W ubezpieczeniu z UFK, analogicznie jak w tradycyjnym ubezpieczeniu, zakład ubezpieczeń zgodnie z umową zobowiązuje się do wypłaty świadczenia w zależności od typu kontraktu:

- z tytułu dożycia końca okresu ubezpieczenia (UD);
- w przypadku śmierci w okresie jego trwania (UZ).

Jednak w przeciwieństwie do tradycyjnych ubezpieczeń wypłata świadczenia – zarówno w przypadku śmierci w okresie trwania ubezpieczenia, jak również w terminie zapadalności, czyli

dożycia ubezpieczonego do końca trwania ubezpieczenia – zależy od wartości portfela. Tak więc w ubezpieczeniu z UFK losowe są nie tylko moment wypłaty, lecz także wysokość wypłacanego świadczenia, bowiem wypłata z UFK jest odpowiednią funkcją zakumulowanej inwestycji, czyli **wartości portfela ubezpieczeniowego**.

Wartość portfela referencyjnego (oznaczoną jako X_t) otrzymuje się poprzez inwestowanie części składki ubezpieczeniowej w wybrane aktywa (UFK). Przyjmując, że ubezpieczony w chwili t_i inwestuje część składki ubezpieczeniowej w wysokości $\pi(t_i)$ w wybrane aktywa (fundusze oferowane wraz z ubezpieczeniem z UFK) z ceną określoną jako S_{t_i} zakupuje odpowiednio $\pi(t_i) \cdot (S_{t_i})^{-1}$ jednostek aktywów. Buduje w ten sposób wartość portfela referencyjnego wyrażoną wzorem⁷⁴⁵:

$$X_t = \sum_{i=0}^{\tilde{n}(t)-1} S_t \cdot \frac{\pi(t_i)}{S_{t_i}}$$

gdzie $\tilde{n}(t) = \min\{i | t_i > t\}$.

Równoważnie:

$$S_t^{-1} \cdot X_t = \sum_{i=0}^{\tilde{n}(t)-1} S_{t_i}^{-1} \cdot \pi(t_i)$$

co oznacza, że zdyskontowana (względem S) wartość portfela jest równa zdyskontowanej wartości wszystkich inwestycji. Ze wzoru wynika, że wartość portfela ubezpieczeniowego związanego z UFK jest losowa i zależy od:

- ceny jednostki funduszu dziś i w przeszłości S_t ,
- wielkości inwestycji – wysokości składek $\pi(t)$.

Wyznaczona wartość portfela referencyjnego stanowi o wysokości świadczenia, bowiem w ubezpieczeniu z UFK ubezpieczyciel wypłaca ubezpieczonemu w momencie zajścia zdarzenia objętego umową wyższą z dwóch wartości: kwoty gwarantowanej (G) i wartości rynkowej portfela

⁷⁴⁵ D. Schrager, A. Pelsser, *Pricing Rate of Return Guarantees in Regular Premium Unit Linked Insurance*, „Insurance Mathematics & Economics” 2004, vol. 35.

(X_t) . Zatem wypłata z tytułu ubezpieczenia w chwili t jest odpowiednią funkcją zakumulowanej inwestycji zależną od ceny jednostek funduszu i jest ona równa⁷⁴⁶:

$$b(X_t) = \max\{G, X_t\} = G + (X_t - G)^+$$

W Polsce ubezpieczyciel marginalizuje element ochronny, co oznacza, że nie gwarantuje żadnej kwoty i tym samym wypłata zależy jedynie od wartości portfela referencyjnego.

Uwzględniając zmianę wartości pieniądza w czasie zaktualizowana na moment t wartość wypłaty dokonanej z tytułu zdarzenia objętego umową jest równa:

$$ZV_t(T \vee n) = \frac{v(T \vee n)}{v(t)} \cdot [G + (X_t - G)^+] = \frac{v(T \vee n)}{v(t)} G + \underbrace{\frac{v(T \vee n)}{v(t)} (X_t - G)^+}_{ZV_t(X, T \vee n)}$$

Z powyższego wzoru wynika, że kontrakt typu UFK może być wyceniany jako klasyczne ubezpieczenie odpowiednio na życie lub dożycie z gwarantowaną sumą ubezpieczenia G (pierwszy człon wyrażenia) plus ewentualna nadwyżka wynikająca z wartości portfela zależna od średniej ważonej ceny aktywów (człon drugi wyrażenia). Zatem UFK jako kontrakt hybrydowy powinien być wyceniany jako:



Drugi składnik sumy jest to funkcja wypłaty europejskiej opcji kupna o terminie wygaśnięcia T oraz cenie wykonania równej sumie gwarantowanej. Wykonanie opcji oznacza, że na rachunek posiadacza opcji wpływa kwota równa różnicy między wartością instrumentu bazowego a jego ceną wykonania. W związku z powyższym osoba ubezpieczona może oczekiwać nadwyżki nad gwarantowaną sumą ubezpieczenia tylko wtedy, gdy opcja kupna jest w cenie (*in the money*), co oznacza, że wartość portfela ubezpieczeniowego przewyższa wartość gwarantowaną. Poprawna

⁷⁴⁶ L. Ballotta, S. Habermann, *The fair valuation problem of guaranteed annuity options: the stochastic mortality environment case*, „Insurance Mathematics & Economics” 2006, vol. 38.

wycena opcji pozwoli nie tylko na osiągnięcie przewagi konkurencyjnej, ale również na skuteczne zarządzanie ryzykiem⁷⁴⁷.

Zatem w celu przeprowadzenia wyceny UFK i ustalenia wysokości wypłaty należy przeprowadzić symulację procesu cen (przy założonym modelu rynku finansowego). Jako model rynku finansowego przyjęto klasyczny model Blacka-Scholesa z horyzontem T . Założono, że rynek jest idealny, z kapitalizacją ciągłą i stopą wolną od ryzyka równą 5%, więc:

$$\frac{v(T)}{v(t)} = e^{-(T-t)\ln 1,05}$$

Ponadto jako model ewolucji cen przyjęto geometryczny ruch Browna, zatem cenę jednostki funduszu akcji opisano geometrycznym ruchem Browna, z odpowiednim współczynnikiem dryfu, co oznacza, że papier ryzykowny (jednostki wybranego przez ubezpieczonego funduszu) ma cenę zadaną wzorem⁷⁴⁸:

$$dS(t) = \mu_S(t)S(t)dt + \sigma_S(t)S(t)dW_t$$

gdzie:

W_t – jest procesem Wienera (standardowy ruch Browna),

$S(t)$ – to przyszła cena instrumentu bazowego,

$\mu_S(t)$ – to średnia procesu,

$\sigma_S(t)$ – to odchylenie standardowe procesu.

Jedynym rozwiązaniem powyższego równania różniczkowego jest:

$$S(t) = S_0 e^{(\sigma W_t + (\mu - \frac{1}{2}\sigma^2) \cdot t)}$$

Przy zastosowaniu takiego aparatu matematycznego otrzymuje się wzór symulujący przyszłą wartość instrumentu bazowego⁷⁴⁹:

$$S(t_k) = S(t_{k-1}) e^{(\sigma \sqrt{\Delta t_k} \varepsilon_k + (r - \frac{1}{2}\sigma^2) \cdot \Delta t)k}$$

⁷⁴⁷ M. Homa, *Unit-linked life insurances as a form of protection for the future*, „Economic and Environmental Studies” 2017, vol. 17 (1), s. 35–49.

⁷⁴⁸ J. Jakubowski, *Modele matematyczne rynków instrumentów pochodnych I*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2011.

gdzie ε_k to niezależne wartości wygenerowane z rozkładu normalnego, r to wolna od ryzyka stopa procentowa, natomiast σ określa zmienność cen instrumentu. Proces cen akcji symulowano w skończonej liczbie punktów czasu t_k . Przyjęto, że funkcja wypłaty zależy tylko od cen instrumentu w tych punktach, co dla pojedynczej trajektorii oznacza, że zdyskontowana cena wynosi:

$$C_0 = \frac{v(T)}{v(t_0)}(S_0, S_{t_1}, \dots, S_{t_n})$$

natomiast dla N trajektorii:

$$C_0 = \frac{v(T)}{v(t_0)} \left[\frac{1}{N} \sum_{i=1}^N f(S_0^i, S_{t_1}^i, \dots, S_{t_n}^i) \right]$$

Zatem cenę opcji można wyznaczyć, symulując zdyskontowaną wartość profilu wypłaty, a następnie średnią po wszystkich realizacjach.

Wykorzystując metodę Monte Carlo, wyznaczono wartość portfela jako wartość oczekiwaną ze wskazanymi strategiami inwestycyjnymi, z kapitalizacją zgodną z przyjętym scenariuszem dla 20-, 30-, 40-, 50-letniego kontraktu UFK w zależności od przyjętej strategii inwestycyjnej przedstawiono w tabeli poniżej.

Tabela 2. Wartość portfela referencyjnego przy różnych strategiach i okresie

Portfel	n=20	n=30	n=40	n=50
AK_UN	1208,4	1199,3	1198,7	1169,7
MI_ZR	1193,5	1198,8	1204,5	1213,1
MI_ST	1195,0	1209,5	1213,0	1192,9
PD_UN	1199,0	1200,2	1202,2	1203,3

Źródło: Opracowanie własne.

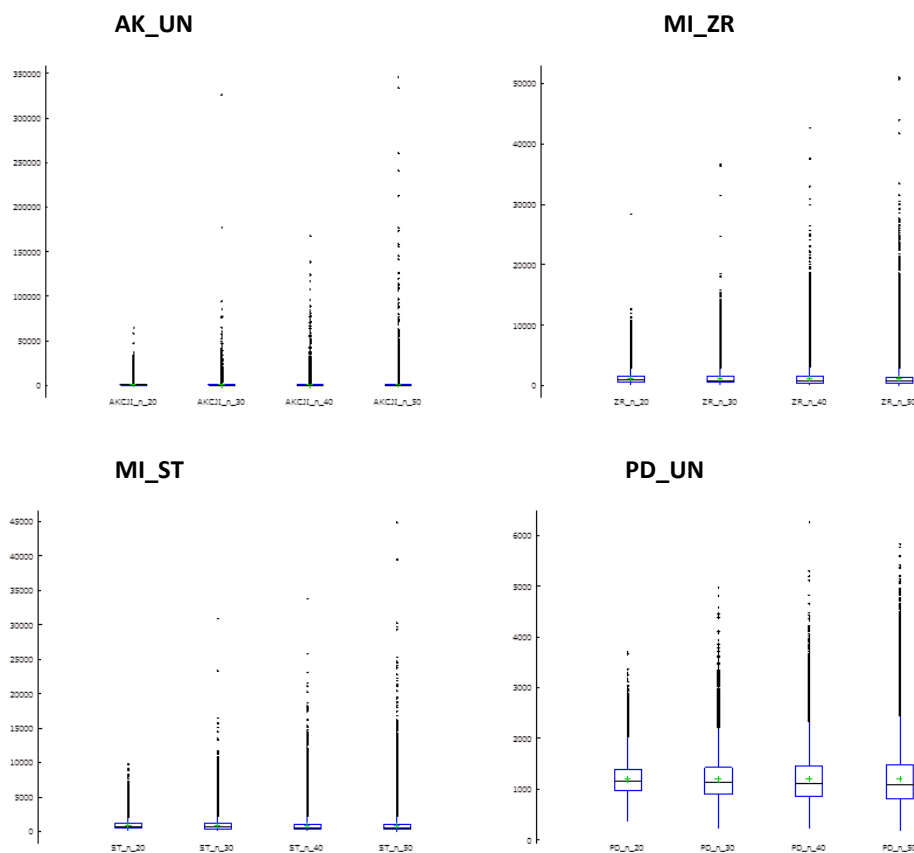
Na podstawie powyższych danych dotyczących wartości portfela można przypuszczać, że zarówno okres ubezpieczenia, jak i strategia inwestycyjna przyjęta przez ubezpieczonego nie determinują w istotny sposób wartości polisy. Jednak wartość oczekiwana w przypadku tego typu

⁷⁴⁹ M. Milevsky, T.S. Salisbury, *Financial valuation of guaranteed minimum withdrawal benefits*, „Insurance: Mathematics and Economic” 2006, vol. 38 (1), s. 18–35.

ubezpieczeń, w przeciwieństwie do ubezpieczeń klasycznych, nie jest informacją wystarczającą i konieczne jest wykorzystanie innych mierników do wyceny.

Dlatego też zbadano wpływ polityki inwestycyjnej na rozkład wartości portfela w ubezpieczeniu z UFK i pozostałe jego charakterystyki, a wyniki przedstawiono na poniższych wykresach pudełkowych dla $n=20, 30, 40, 50$.

Rysunek 2. Wykresy pudełkowe rozkładu wartości portfela przy różnych strategiach i okresie ubezpieczenia dla n=20, 30, 40 i 50



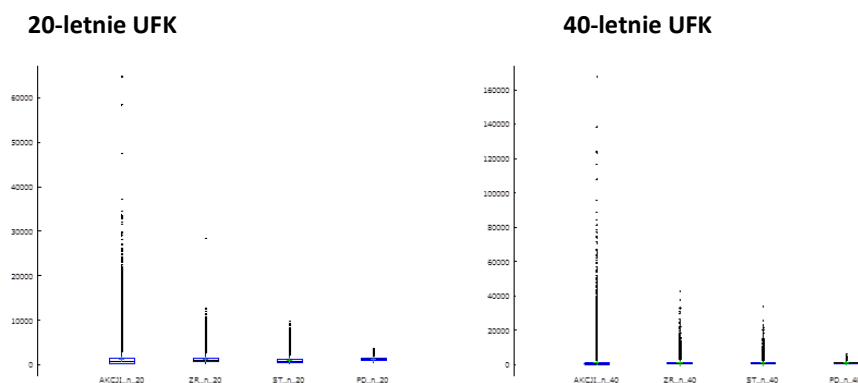
Źródło: Opracowanie własne.

Na podstawie powyższych wykresów można stwierdzić, że okres ubezpieczenia determinuje w sposób istotny zróżnicowanie rozkładu wartości portfela, natomiast przyjęta strategia inwestycyjna poprzez ryzyko wpływa na asymetrię i kurtozę rozkładu wartości portfela ubezpieczeniowego. Wzrost ryzyka strategii inwestycyjnej powoduje wzrost wszystkich miar świadczących o zróżnicowaniu, asymetrii i spłaszczeniu rozkładu. Zatem najmniejszym zróżnicowaniem i najłagodniejszą asymetrią charakteryzuje się portfel referencyjny związany z inwestycją w papiery dłużne. Inwestowanie w akcje zwiększa ryzyko, a tym samym zróżnicowanie i asymetrię rozkładu. Kurtoza we wszystkich przypadkach przyjmuje wartość dodatnią, co oznacza, że rozkład jest bardziej smukły niż normalny, a wartość ta wraz ze wzrostem ryzyka również rośnie, co oznacza, że rozkład ma coraz „cięższe” ogony. Przedstawione wyniki wskazują też, że w

Str. 482

przypadku ubezpieczeń na życie z UFK zdecydowanie większego znaczenia niż okres ubezpieczenia nabiera skład portfela referencyjnego. W związku z tym o ubezpieczeniach tego typu nie trzeba myśleć tylko w perspektywie długoterminowej, ale przede wszystkim należy dostosować strategię do aktualnej sytuacji rynkowej. Własności te potwierdzają wykresy przedstawione na rysunku 2.

Rysunek 3. Wykresy pudełkowe rozkładu wartości portfela ubezpieczenia z UFK z okresem n=20 i n=40 dla różnych strategii



Źródło: Opracowanie własne.

Co ważniejsze, na podstawie powyższych wyników można stwierdzić, że ubezpieczony może kontrolować wartość portfela, a tym samym wysokość wypłaty z tytułu ubezpieczenia z UFK, dobierając odpowiednią strategię awersji do ryzyka czy sytuacji rynkowej, a to oznacza, że konieczne jest prawidłowe informowanie ubezpieczonych o ryzyku finansowym i jego konsekwencjach oraz wpływie na ostateczną losową wysokość wypłaty, zależną od wartości portfela referencyjnego. Z drugiej strony fakt, że firmy ubezpieczeniowe w Polsce marginalizują gwarancje wynikające z zawartej umowy ubezpieczenia i stanowiące o jej charakterze ochronnym, sprawia, że ubezpieczenie z UFK staje się inwestycją i zatracą istotę ubezpieczenia.

5. Składka jako sprawiedliwa cena za ubezpieczenie

W klasycznych ubezpieczeniach na życie i dożycie wartość tzw. sprawiedliwej składki netto wyznacza się na podstawie warunkowej wartości oczekiwanej zdyskontowanych całkowitych przyszłych przepływów pieniężnych, czyli⁷⁵⁰:

$$E[ZV_0(T \vee n)|\mathcal{F}_0] = 0 \text{ równoważnie } E(ZW_0 - Z\Pi_0|\mathcal{F}_0) = 0$$

gdzie:

ZW_0 – zaktualizowana wartość wypłat na moment zawarcia ubezpieczenia,

$Z\Pi_0$ – zaktualizowana wartość strumienia składek na moment zawarcia ubezpieczenia.

Zgodnie zatem z zasadą równoważności składkę w ubezpieczeniu hybrydowym należy wyznaczać jako ważoną prawdopodobieństwem średnią przyszłych przepływów pieniężnych z uwzględnieniem rozszerzonego ryzyka aktuarialnego:

$$E(ZW_0 - Z\Pi_0|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0 \wedge \mathcal{H}_0) = 0$$

Dla jednorazowej składki netto płatnej w momencie $t_0 = 0$ zasada ta przyjmuje postać:

$$\begin{aligned} \Pi_0 &= E(ZW_0|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0 \wedge \mathcal{H}_0) = E(ZW_0|I(T > 0) \wedge \mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0) \\ &= E(ZW_0|I(T > 0)) \cdot E(ZW_0|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0) \end{aligned}$$

Składka netto wynikająca z powyższej zasady nazywana jest sprawiedliwą i jest wyznaczona przy uwzględnieniu rozszerzonej filtracji generowanej przez portfel ubezpieczeniowy (w zakresie procesu śmiertelności) i finansowy (w zakresie procesu cen). Wykorzystując wartości aktuarialne przepływów pieniężnych, otrzymano, że w ubezpieczeniu z UFK na życie i dożycie składka netto jest sumą:

$$\begin{aligned} \Pi_0 &= {}_n p_x \cdot E[v(n)d(n)|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] + \int_0^{T \vee n} E[v(\tau)c(\tau)|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] \cdot {}_{\tau-t} p_x \mu(x + \tau) d\tau = \\ &= G \left({}_n p_x \cdot v(n) + \int_0^{T \vee n} v(\tau) {}_{\tau-t} p_{x+t} \mu(x + \tau) d\tau \right) + \end{aligned}$$

⁷⁵⁰ C. Perna, M. Sibillo (eds.), *Mathematical and Statistical Methods for Insurance and Finance*, Springer Verlag Italia, Milano 2008.

$$+ {}_n p_x \cdot E[Z\tilde{D}_0(X, n)|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] + \int_0^{T \vee n} E[Z\tilde{C}_0(X, \tau)|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] {}_{\tau-t} p_{x+t} \mu(x + \tau) d\tau$$

gdzie $Z\tilde{D}_0(X, n) = v(n)(X_n - G)^+$ i $Z\tilde{C}_0(X, T) = v(T)(X_T - G)^+$ to funkcje wypłaty odpowiednio europejskiej i amerykańskiej opcji kupna. Korzystając więc z poniższej definicji:

Definicja: Wartość oczekiwaną $E(v(T)h(S_T)|\mathcal{F}_0)$ nazywa się ceną arbitrażową instrumentu w chwili $t_0 = 0$, opiewającego na aktywa o cenie opisanej przez proces $\{S_t\}_{t \geq 0}$ i o terminie zapadalności T ⁷⁵¹

Korzystając z powyższej definicji otrzymano odpowiednie ceny arbitrażowe

$$E[Z\tilde{D}_0(X, n)|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] = E[v(n)(X_n - G)^+|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] = D_0(X_n, G)$$

$$E[Z\tilde{C}_0(X, \tau)|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] = E[v(\tau)(X_\tau - G)^+|\mathcal{L}_0 \wedge \mathcal{G}_0] = C_0(X_\tau, G)$$

i wówczas składka netto za ubezpieczenie z UFK jest równa:

$$\begin{aligned} \Pi_0 = & G \left({}_n p_x \cdot v(n) + \int_0^{T \vee n} v(\tau) {}_{\tau-t} p_{x+t} \mu(x + \tau) d\tau \right) + \\ & + \left({}_n p_x \cdot D_0(X_n, G) + \int_0^{T \vee n} C_0(X_\tau, G) {}_{\tau-t} p_{x+t} \mu(x + \tau) d\tau \right) \end{aligned}$$

Pierwsza część wzoru to wysokość składki netto w klasycznych ubezpieczeniu na życie i dożycie z sumą ubezpieczenia G . Część druga to dodatkowa część składki wynikająca z ryzyka portfela referencyjnego ubezpieczenia, czyli dodatek na ryzyko inwestycyjne, który jest konieczny, aby zagwarantować bezpieczeństwo ubezpieczonych. Pojawia się więc pytanie, czy ubezpieczyciele stosują rachunek aktuarialny i zasadę równoważności do wyznaczenia składki netto w ubezpieczeniach z UFK jako ważoną prawdopodobieństwem średnią przyszłych przepływów pieniężnych z uwzględnieniem rozszerzonego ryzyka finansowego? Aby wykazać, jak duże ma to

⁷⁵¹ K. Jajuga, T. Jajuga, *Inwestycje. Instrumenty finansowe, aktywa niefinansowe, ryzyko finansowe, inżynieria finansowa*, PWN, Warszawa 2006.

znaczenie, dokonano symulacji wysokości dodatku na ryzyko wynikającego z poprawnego zastosowania zasady równoważności i ustalania składki netto jako tzw. ceny sprawiedliwej.

Do wyceny kontraktów typu UFK i ustalenia sprawiedliwej składki oraz dodatku na ryzyko istotną staje się kwestia poprawnej wyceny instrumentu finansowego, jakim jest opcja. Do wyceny europejskiej opcji kupna zastosowano postać analityczną, natomiast w przypadku amerykańskiej opcji kupna, dla której nie ma jawnej postaci analitycznej ceny, zastosowano metodę symulacyjną Monte Carlo. Przy zastosowaniu metody Monte Carlo do wyceny opcji kupna wykorzystywany jest fakt, że rozkład wartości instrumentu bazowego w dniu wygaśnięcia opcji jest zdeterminowany przez ustalony proces stochastyczny. Przy zastosowaniu opisanego modelu ewolucji cen i stosując metodę Monte Carlo, poprzez wielokrotne symulacje otrzymano rozkład końcowych wartości instrumentu pierwotnego, na który wystawiona jest opcja. Procedurę wyznaczania wartości opcji kończy szacowanie wartości oczekiwanej. Ze względu na prawidłowy opis dynamiki śmiertelności w populacji dla przedziału wiekowego 30–80 lat do wyznaczenia prawdopodobieństwa śmierci wykorzystano prawo Gompertza-Makehama, pozostałe założenia dotyczące rynku finansowego bez zmian. Z uwzględnieniem przyjętego modelu procesu śmierci przeprowadzono kalkulację należnej jednorazowej składki netto i na tej podstawie wyznaczono dodatek na ryzyko finansowe.

Tabela 3. Jednorazowa składka netto ubezpieczenia z UFK na dożycie z portfelem PAK

Termin	Π_{ud}	PAK	PZR	PSW	PPD
25	278,52	53,63	40,76	16,77	0,28
30	207,20	66,44	54,82	28,40	2,66
35	146,69	75,70	63,11	38,70	9,62
40	94,06	70,79	62,19	41,76	18,32
45	49,50	53,71	47,75	35,05	21,05

Źródło: Opracowanie własne.

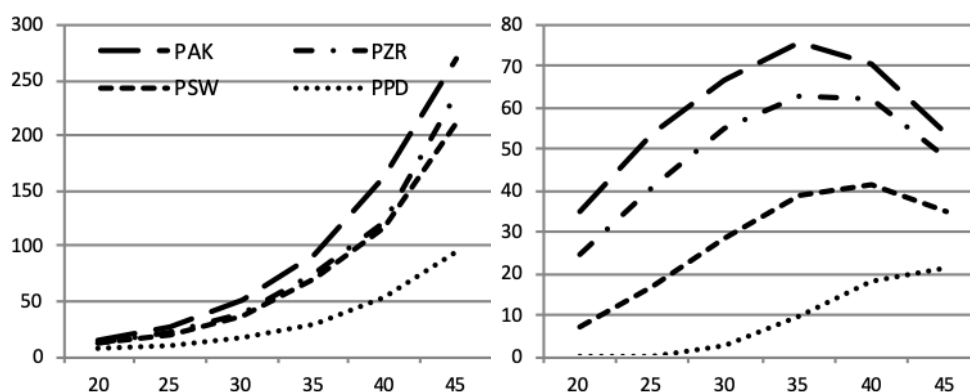
Tabela 4. Jednorazowa składka netto ubezpieczenia z UFK na życie z portfelem PAK

Termin	Π_{uz}	PAK	PZR	PSW	PPD
25	25,58	27,84	21,76	19,51	10,76
30	37,91	50,94	38,51	36,24	17,58
35	55,44	92,74	74,52	71,57	29,97
40	78,85	163,74	120,47	116,31	52,84
45	106,09	268,67	239,21	210,35	94,26

Źródło: Opracowanie własne.

Na podstawie powyższych symulacji można stwierdzić, że pierwsza część składki wyznaczona w tradycyjny sposób zarówno w ubezpieczeniu na życie, jak i na dożycie niezależnie od przyjętej strategii inwestycyjnej ma taką samą wartość, co świadczy o tym, że wynika ona z uśrednionego ryzyka śmierci. Jest to podejście charakterystyczne dla ubezpieczeń życiowych i potwierdza konieczność potraktowania ubezpieczeń z UFK w sposób szczególny, uwzględniając cenę za ryzyko finansowe, które nie podlega dywersyfikacji. Wyniki wskazują, że w ubezpieczeniach z UFK wysokość składki netto powinna być wyższa i uwzględniać dodatkowe ryzyko decyzji inwestycyjnych ubezpieczonego. Ryzyko wynikające ze strategii inwestycyjnej ubezpieczonego znajduje pokrycie w dodatkowych członach składki, które w sposób istotny zwiększają jej wysokość, zapewniając jednocześnie wypłacalność ubezpieczyciela. Ich kształtowanie jako funkcji okresu ubezpieczenia przedstawiono na poniższych wykresach.

Rysunek 4. Dodatek na ryzyko portfela w ubezpieczeniu UD i UZ dla różnych strategii inwestycyjnych



Źródło: Opracowanie własne.

Na wykresach przedstawiono dwie części składki przeznaczone na pokrycie ryzyka finansowego związanego ze zmianą ceny jednostek funduszu i ryzyka wynikającego z losowego charakteru wypłaty. Jak można było oczekiwać, w ubezpieczeniu z UFK na życie są one rosnącą, wypukłą funkcją niezależnie od przyjętej strategii. Natomiast w ubezpieczeniu na dożycie to

funkcje wklęsłe (rosnąco-malejące). Bez wątplenia kształt otrzymanych funkcji zdeterminowany jest przez prawdopodobieństwo zajścia zdarzenia objętego umową.

Na podstawie uzyskanych wyników można stwierdzić, że niezależnie od przyjętej przez ubezpieczonego strategii inwestycyjnej ryzyko finansowe determinuje w sposób istotny wysokość składki. W związku z tym nie powinno być pomijane w przeprowadzanych wycenach i kalkulacjach. Proponowane rozszerzenie filtracji określającej pełną informację dostępną w chwili t dotyczącą procesu śmiertelności i kształtowania się cen, zastosowanie metod wyceny opcji (europejskiej i amerykańskiej) wydaje się być zasadne. Ponadto w przeciwieństwie do klasycznego ubezpieczenia na życie, w którym koszt ubezpieczenia (wyrażony w opłacanej składce) jest jednakowy przez cały okres ubezpieczenia i nie wynika z wielkości ryzyka w danym roku, ale z uśrednionego ryzyka całego okresu ubezpieczenia, w ubezpieczeniach z UFK, w których składka uwzględnia nie tylko obciążenie związane z ryzykiem śmierci, ale również dodatkowo z ryzykiem finansowym, które nie jest dywersyfikowane, kalkulacje składki muszą być kombinacją podejścia aktuarialnego i finansowego. Tymczasem ustalenie składki na stałym poziomie przez cały okres ubezpieczenia z UFK oznacza, że ujęcie aktuarialne jest pomijane i nie jest ona ustalana jako ważone prawdopodobieństwem przepływy wynikające z zawartej umowy.

6. Rezerwy matematyczne składek i kapitał podwyższonego ryzyka

Na firmy ubezpieczeniowe nałożone jest wiele wymogów, mających zapewnić bezpieczeństwo prowadzonej działalności ubezpieczeniowej. Kluczowy aspekt ram regulacyjnych dotyczy konieczności ustalenia odpowiedniego poziomu kapitału rezerwowego. W tym celu ubezpieczyciel, aby zabezpieczyć się przed nieprzewidzianymi stratami, w oparciu o wycenę przepływów pieniężnych powinien ustalić odpowiedni taki poziom tego kapitału, który zrównoważy ponoszone przez ubezpieczyciela ryzyko i zapewni bezpieczeństwo finansowe ubezpieczonych. Wymogi finansowania dopasowane do rzeczywistych ryzyk, na jakie narażone są firmy ubezpieczeniowe, opisuje dyrektywa Solwency II⁷⁵². Idea dyrektywy Solwency II polega na ściślejszym uzależnieniu wysokości kapitału od wielkości ryzyka podejmowanego przez firmy

⁷⁵² Art. 77 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wyłącalność II) (Dz. Urz. UE L 335/1 z dnia 17 grudnia 2009 r.).

ubezpieczeniowe. Innymi słowy, kapitał ma wystarczyć na pokrycie rzeczywistego ryzyka, a to oznacza, że wyceny należy dokonywać w oparciu o jego bieżącą wartość zbycia, czyli wartość ta powinna odpowiadać bieżącej kwocie, którą zakład musiałby zapłacić, gdyby dokonywał natychmiastowego przeniesienia swoich praw i zobowiązań umownych na inny zakład. Aby ten cel osiągnąć, aktywa ubezpieczycieli mają być wyceniane na podstawie ich rzeczywistej wartości rynkowej, czyli tzw. najlepszego oszacowania.

W przypadku instytucji ubezpieczeniowych potencjalne ryzyka są specyficzne dla typów zawieranych umów. W związku z tym, że ubezpieczenia z UFK jako ubezpieczenia na życie i dożycie połączone z udziałami w wyselekcjonowanych funduszach inwestycyjnych związane są z rozszerzonym aspektem ryzyka obejmującego nie tylko przedmiot ubezpieczenia, lecz również ryzyko finansowe, to stochastyczna zmienność zmiennych ekonomicznych jest kluczowym czynnikiem decydującym o przyszłej wartości zobowiązań. Świadczenia wynikające z tego typu polisy są bezpośrednio związane z realizacją portfela referencyjnego, a tym samym należy uwzględnić w wycenie ich stochastyczny charakter. Zatem wycena UFK sporządzona na podstawie najlepszego oszacowania powinna być oparta na wartości rynkowej z uwzględnieniem wszystkich ryzyk. Ubezpieczyciel oferujący ubezpieczenia z UFK powinien uwzględniać to dodatkowe ryzyko finansowe, łączyć w wycenie podejście aktuarialne oraz finansowe i na tej podstawie ustalać wysokość wymaganego kapitału. Wiąże się to z koniecznością ustalenia **tzw. kapitału podwyższonego ryzyka** w stosunku do klasycznych ubezpieczeń na życie.

Zatem w przypadku ubezpieczenia z UFK przepływy pieniężne powinny być wyceniane z uwzględnieniem całkowitego ryzyka, na które narażony jest ubezpieczyciel, tzn. pełnej informacji dostępnej w chwili t , dotyczącej procesu śmiertelności i kształtowania się cen determinowanych przez rynek finansowy. Oznacza to, że rezerwy należy wyznaczać w dowolnym momencie trwania ubezpieczenia z uwzględnieniem rozszerzonego ryzyka aktuarialnego. Wówczas wymagany zgodnie z dyrektywą Solvency II kapitał to ważona prawdopodobieństwem średnia przyszłych przepływów pieniężnych⁷⁵³:

$$V_t = E(ZW_t - Z\Pi_t | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t \wedge \mathcal{H}_t)$$

gdzie:

ZW_t – zaktualizowana na moment t wartość wypłat,

$Z\Pi_t$ – zaktualizowana na moment t wartość strumienia składek.

Zgodnie z powyższym i przy założeniu niezależności rynku ubezpieczeniowego i finansowego, które generują historię procesu, otrzymuje się dalej wzór na rezerwę matematyczną składek:

$$V_t = E(ZW_t - Z\Pi_t | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t) \cdot E(I_{\{T > t\}} | \{T > t\})$$

Następnie przy wykorzystaniu wyprowadzonych wzorów na wartość aktuarialną przepływów pieniężnych wzór na rezerwę przyjmuje postać:

$$V_t = {}_{n-t}p_{x+t} E\left(\frac{v(n)}{v(t)} d(n) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) + \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) E\left(\frac{v(\tau)}{v(t)} c(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) d\tau - \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} E\left(\frac{v(\tau)}{v(t)} \pi(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) d\tau$$

Uwzględniając postać losowej wypłaty z UFK, otrzymuje się:

$$V_t = G \left({}_{n-t}p_{x+t} \frac{v(n)}{v(t)} + \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) d\tau \right) - \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} E\left(\frac{v(\tau)}{v(t)} \pi(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) d\tau + {}_{n-t}p_{x+t} E\left(\frac{v(n)}{v(t)} (X_n - G)^+ | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) + \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) E\left(\frac{v(\tau)}{v(t)} (X_\tau - G)^+ | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) d\tau$$

Należy zauważyć, że ujęta w powyższym wzorze warunkowa wartość oczekiwana to z definicji cena arbitrażowa instrumentu pochodnego⁷⁵⁴. W związku z tym przyjmując oznaczenie:

$$E\left(\frac{v(T)}{v(t)} (X_T - G)^+ | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t\right) = C_t(X_T, G)$$

⁷⁵³ A. Bacinello, *Fair Valuation of Guaranteed Life Insurance Participating Contract Embedding a Surrender Option*, „The Journal of Risk and Insurance” 2003, vol. 70 (3).

i dokonując dalszych przekształceń, można otrzymać wzór:

$$V_t = G \left({}_{n-t}p_{x+t} \frac{v(n)}{v(t)} + \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) d\tau \right) - \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} E \left(\frac{v(\tau)}{v(t)} \pi(\tau) | \mathcal{L}_t \wedge \mathcal{G}_t \right) d\tau \\ + {}_{n-t}p_{x+t} C_t(X_n, G) + \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) C_t(X_\tau, G) d\tau$$

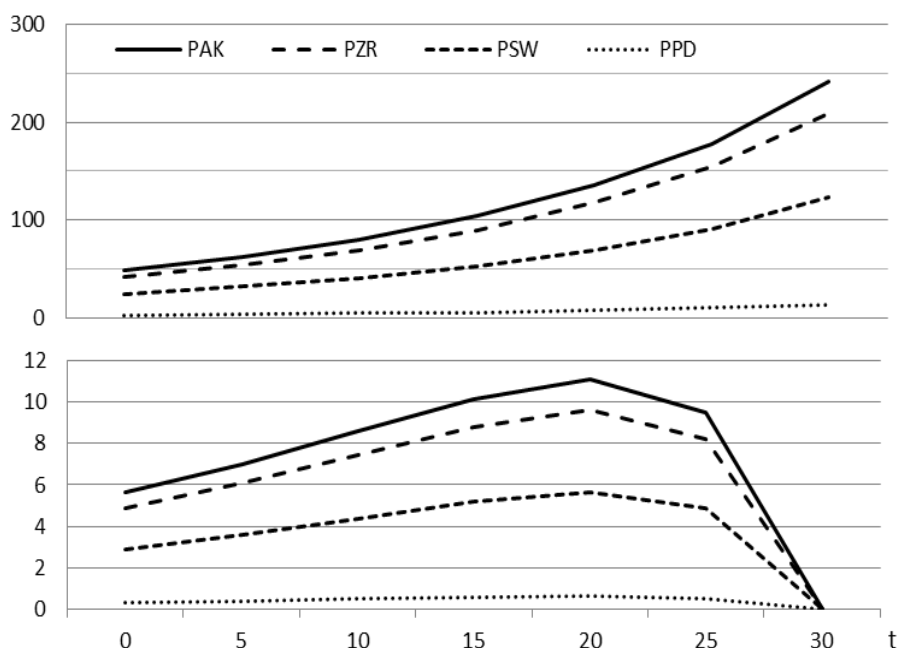
W powyższym wzorze trzy pierwsze składniki to kapitał, jaki powinna zabezpieczyć firma ubezpieczeniowa oferująca klasyczne ubezpieczenie na życie i dożycie z sumą ubezpieczenia G i składkami w wysokości $\pi(\tau)$. Zatem ostatecznie wzór na kapitał podwyższonego ryzyka stanowiący nadwyżkę na ryzyko portfela referencyjnego ma postać:

$$KR_t^{U FK} {}_{n-t}p_{x+t} C_t(X_n, G) + \int_t^{T \vee n} {}_{\tau-t}p_{x+t} \mu(x + \tau) C_t(X_\tau, G) d\tau$$

Zgodnie z powyższym wzorem w celu wyznaczenia wartości kapitału podwyższonego ryzyka należy połączyć ujęcie aktuarialne z finansowym w zakresie narzędzi stosowanych do wyceny opcji kupna (europejskiej lub amerykańskiej w zależności od typu ubezpieczenia na dożycie lub życie). Opcja europejska może być wykonana jedynie w momencie wygaśnięcia T (dotyczy ubezpieczenia typu UD), natomiast opcja amerykańska w dowolnym czasie (ubezpieczenie typu UZ), dlatego też w pracy skoncentrowano się na metodach symulacyjnych. Wykorzystując metodę Monte Carlo, ustalono wartość kapitału podwyższonego ryzyka dla ubezpieczenia z UFK typu UD i UZ, co przedstawiono na rysunku 4.

⁷⁵⁴ K. Jajuga, T. Jajuga, *op. cit.*.

Rysunek 5. Kapitał podwyższonego ryzyka i procentowy wzrost wynikający z UFK w okresie trwania ubezpieczenia UD i UZ



Źródło: Opracowanie własne.

Na podstawie powyższych wykresów można stwierdzić, że ryzyko finansowe portfela referencyjnego UFK nie wpływa na postać funkcyjną kapitału podwyższonego ryzyka, nie zmienia też jego struktury w okresie trwania ubezpieczenia, natomiast bez wątpienia ryzyko portfela referencyjnego w sposób istotny determinuje jego wysokość. W przypadku funduszu papierów dłużnych (portfel UFK o najniższym ryzyku) wartość kapitału podwyższonego ryzyka UFK jest bliska zera, co oznacza, że kapitał, jaki powinien gromadzić ubezpieczyciel w tym przypadku, jest taki sam jak dla tradycyjnych ubezpieczeń typu UD i UZ. Tak więc w kalkulacjach aktuarialnych nadwyżka na ryzyko tego portfela może zostać pominięta. Jak wynika z przeprowadzonych symulacji, wraz ze wzrostem ryzyka portfela referencyjnego rośnie poziom kapitałów, co oznacza, że ubezpieczyciel nie powinien pomijać tego ryzyka w przeprowadzanych kalkulacjach i wycenach. Zatem w wyniku dodatkowego ryzyka finansowego ubezpieczeń z UFK, związanego z inwestycją we wszystkie fundusze poza dłużnymi, konieczne jest gromadzenie dodatkowego kapitału. Na uwagę zasługuje również fakt, że w pierwszych latach trwania ubezpieczenia z UFK kapitał podwyższonego ryzyka stanowi niemal 80% wymaganych rezerw. Zatem uzyskane wyniki potwierdzają, że zastosowanie

Str. 492

Nieprawidłowości na rynku finansowym z perspektywy ochrony konsumenta – Raport DKN

Rzecznik Finansowy
Al. Jerozolimskie 87
02 – 001 Warszawa

@ biuro@rf.gov.pl
www.rf.gov.pl/doradczy-komitet-naukowy
f facebook.com/Rzecznik Finansowy

Tel. 22 333 73 26,
22 333 73 27
fax. 22 333 73 29

standardowego podejścia używanego w tradycyjnych ubezpieczeniach na życie i dożycie nie odzwierciedla prawidłowo rzeczywistego ryzyka związanego z ubezpieczeniem z UFK, a tym samym ustalanie rezerw na poziomie klasycznych ubezpieczeń może prowadzić do niedoborów w zakresie rezerwowych funduszy. Takie rozwiązanie to kluczowy aspekt ram regulacyjnych zgodnych z dyrektywą Solvency II.

7. Zasadność opłat likwidacyjnych

Coraz częściej pojawiają się opinie wskazujące na nieopłacalność produktów hybrydowych, w szczególności ubezpieczenia z UFK, a wynikają one przede wszystkim z faktu, że wypłata z tytułu zawartej polisy – zwłaszcza w początkowych latach – nie spełnia oczekiwań ubezpieczonych. Jak wykazano, wysokość wypłaty jako zmiennej losowej zależy od wartości portfela referencyjnego, a zatem istotnymi czynnikami determinującymi jego wartość są m.in. strategia inwestycyjna, kształtowanie się cen wybranych walorów, sytuacja na rynku finansowym czy okres ubezpieczenia. Przy założeniu opisanego mechanizmu rynkowego wyznaczono podstawowe parametry rozkładu wartości portfela UFK w pierwszych czterech latach trwania ubezpieczenia, co przedstawiono w tabeli 5 i na rysunku.

Tabela 5. Parametry rozkładu wartości portfela PAK w pierwszych czterech latach trwania ubezpieczenia

rok	Średnia	Mediana	S.D.	Min.	Maks.
1	210	210	8,2	179	257
2	432	431	25,1	341	547
3	665	663	47,4	474	906
4	909	906	74,2	631	1270

Źródło: Opracowanie własne.

Bez wątpienia im dłuższy okres trwania ubezpieczenia, tym wyższa wartość średnia wypłaty, jednak takiej wysokości wypłaty należałoby oczekiwać w przypadku odstąpienia od pobierania opłat likwidacyjnych od konsumentów doprowadzających do wcześniejszego wygaśnięcia umowy. Jest to zgodne z ideą ubezpieczeń z UFK, których umowa ubezpieczenia jest z natury długoterminowa. Nie oznacza to braku możliwości jej rozwiązania w dowolnej chwili

określonej przez klienta, ale konieczność liczenia się z ryzykiem, że może to się wiązać z określonymi stratami (kosztami) dla ubezpieczonego.

Z punktu widzenia ubezpieczyciela oznacza to, że umowa jest rentowna, jeżeli ubezpieczony nie rozwiąże jej przed upływem zakładanego minimalnego okresu jej obowiązywania. Natomiast zbyt wczesne jej rozwiązanie powoduje, że ubezpieczyciel ponosi straty, które uzasadniają wprowadzenie opłat likwidacyjnych w celu zabezpieczenia się przed ryzykiem niepokrycia wysokich kosztów początkowych w razie rozwiązania umowy przed upływem zakładanego minimalnego okresu jej obowiązywania.

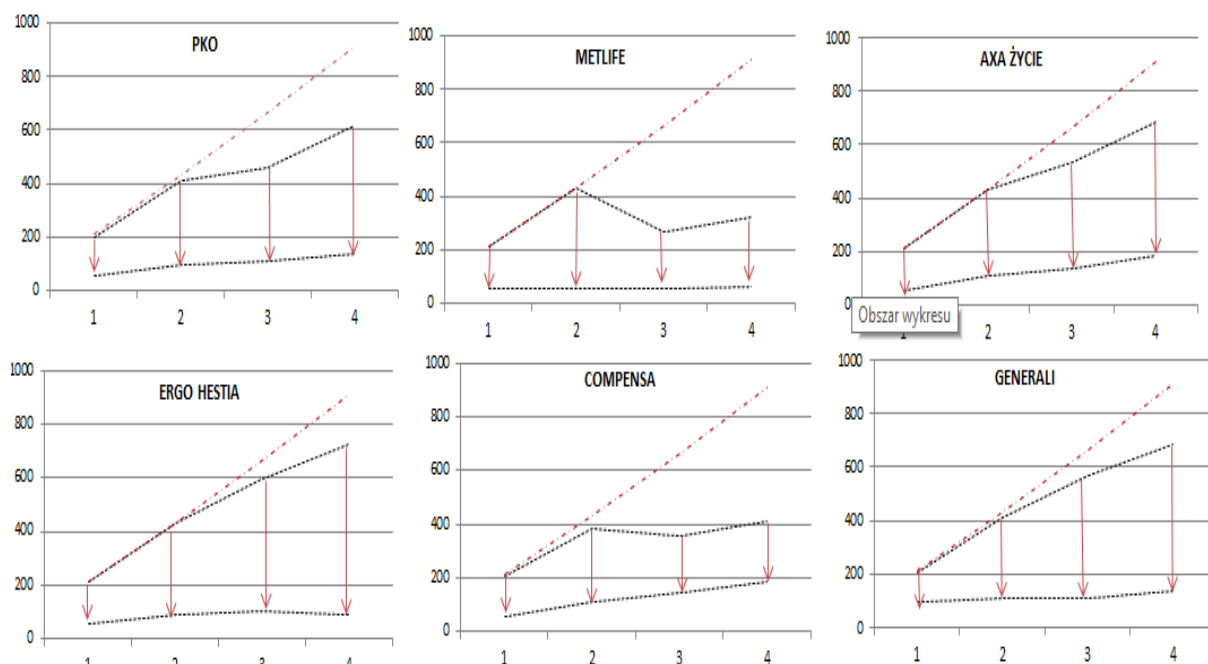
Zatem w przypadku UFK istotną rolę odgrywają opłaty likwidacyjne stosowane przez firmy ubezpieczeniowe. Dlatego też w ostatnim etapie zbadano zasadność zastrzeżeń co do wysokości tych opłat w kontekście ubezpieczeń z UFK poprzez symulację efektów wynikających z zawartych porozumień wybranych firm. Analizą objęto towarzystwa ubezpieczeniowe, które zawarły porozumienia z UOKiK i obniżyły opłaty manipulacyjne.

Tabela 6. Zmiany opłat manipulacyjnych przez wybrane firmy

	Przed	Po	Przed	Po	Przed	Po	Przed	Po
PKO	95%	25%	95%	23%	69%	17%	68%	15%
METLIFE	100%	25%	100%	13%	40%	8%	35%	7%
AXA ŻYCIE	100%	25%	100%	25%	80%	20%	75%	20%
ERGO HESTIA	100%	25%	100%	20%	90%	15%	80%	10%
COMPENSA	97%	25%	89%	25%	54%	22%	45%	20%
GENERALI	98%	45%	95%	25%	85%	17%	75%	15%

Źródło: Opracowanie własne.

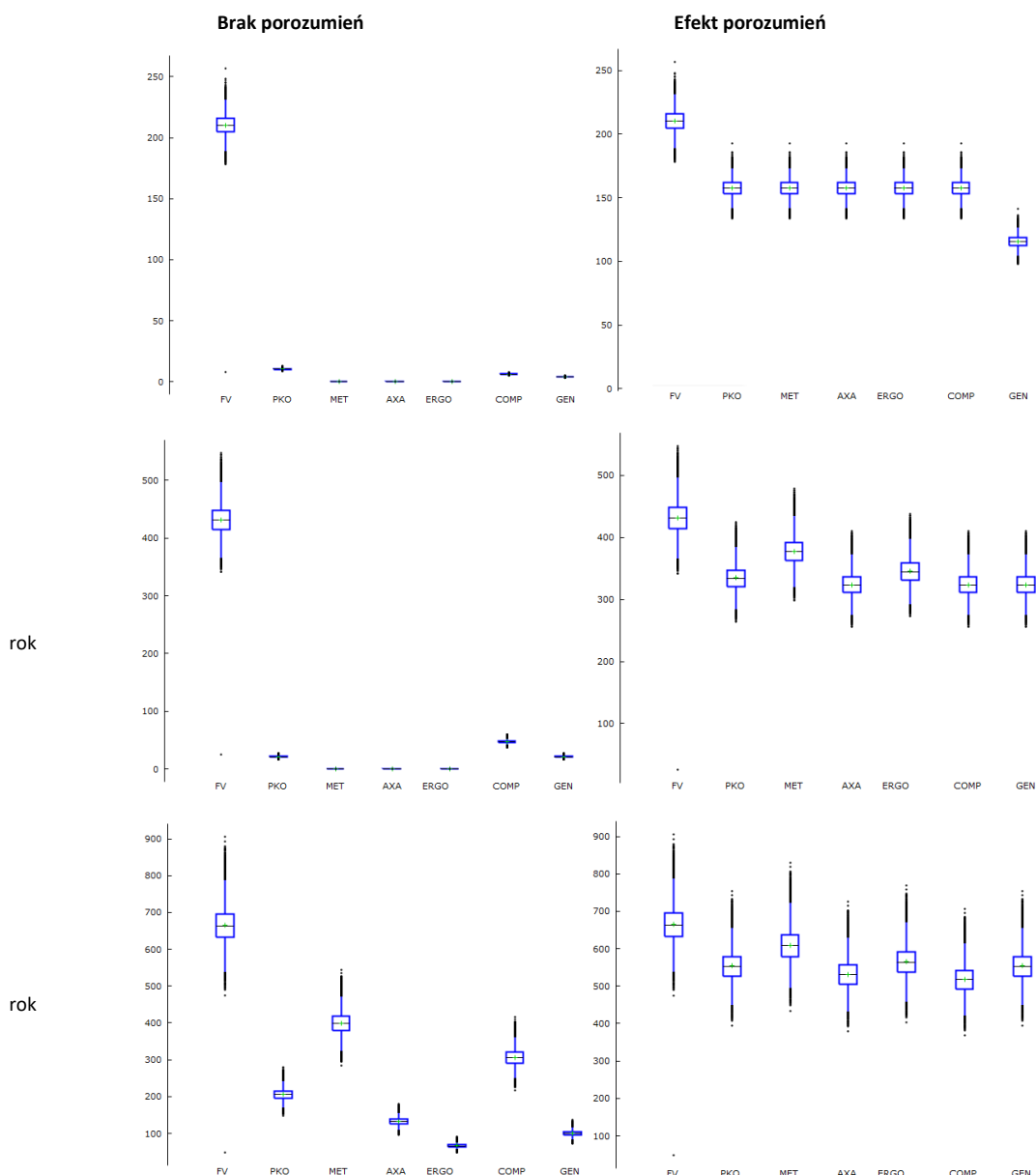
Rysunek 6. Symulacja wysokości opłat manipulacyjnych przed i po zawarciu porozumień w ciągu pierwszych czterech lat trwania ubezpieczenia

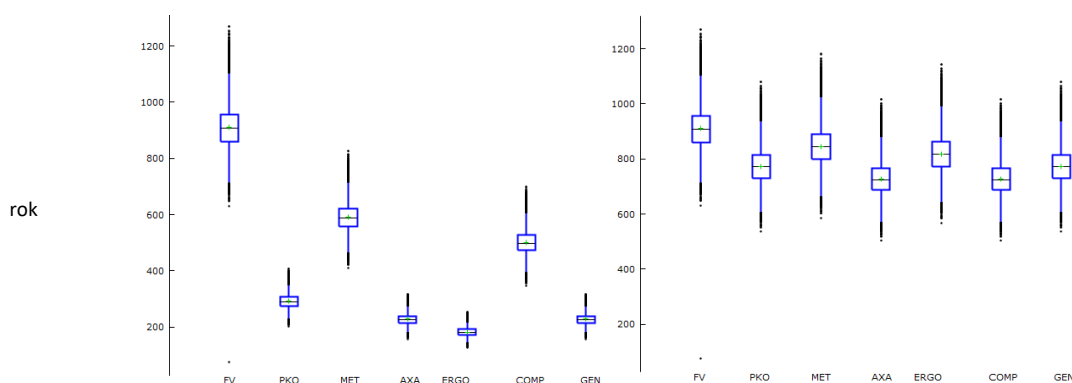


Źródło: Opracowanie własne.

W celu zbadania efektu opłat likwidacyjnych i działania porozumień dotyczących ich obniżenia oszacowano wartość wypłaty w pierwszych latach trwania ubezpieczenia ze strategią inwestycyjną obciążoną najwyższym ryzykiem finansowym, czyli z portfelem PAK.

Rysunek 7. Zmiana rozkładu wypłaty z UFK w pierwszych czterech latach trwania ubezpieczenia wskutek zawarcia porozumień





Źródło: Opracowanie własne.

Powyższe wykresy obrazują efekty zawartych porozumień w zakresie obniżenia opłat manipulacyjnych i ich wpływ na wysokość wypłaty w pierwszych latach trwania ubezpieczenia. Bez wątpliwości rozbieżność między zgromadzonym na dany moment kapitałem wynikającym z wartości portfela a wartością wykupu polisy wynikała ze stosowanych opłat likwidacyjnych, prowadzących często do zerowych wartości wykupu w pierwszym i drugim roku ubezpieczenia. Kwestia ta była negatywnie oceniana i w związku z tym zawarto porozumienia mające na celu obniżenie opłat likwidacyjnych w przypadku wczesnego rozwiązania umowy. Warto zwrócić uwagę, że wprowadzone rozwiązania są korzystne dla ubezpieczonych, którzy mogą oczekiwać wyższej wartości wykupu. Niemniej jednak odnosi się wrażenie, że koszty ubezpieczenia z UFK są stosunkowo wysokie, zwłaszcza jeśli porówna się je z podobnymi produktami inwestycyjnymi oferowanymi na rynku. Oczywiście porównując w ten sposób produkty, należy pamiętać, że ubezpieczyciel zapewnia ochronę ubezpieczeniową, a ponadto sprzedając produkt inwestycyjny, ponosi wyższe niż w sektorze bankowym koszty utrzymania marginesu wypłacalności i wówczas stanowi to uzasadnienie tak niskich wartości wykupu. Pojawia się jednak ponownie pytanie, czy marginalizacja ochrony ubezpieczeniowej, która sprawia, że produkt UFK przestaje być ubezpieczeniem, stanowi przesłankę do utrzymywania opłat na wciąż wysokim poziomie.