

Magdalena Fedorowicz*

Znaczenie *soft law* EBA dla określania normatywnego standardu ochrony konsumenta na rynku finansowym

Spis treści

- I. Uwagi wstępne – zarys problematyki
- II. Podstawy prawne dla wyznaczania standardu ochrony klienta na rynku finansowym przez EBA
- III. Standard ochrony konsumenta na rynku finansowym i jego elementy – ujęcie teoretyczne
- IV. Analiza konsumenckiego *soft law* EBA – ujęcie praktyczne, wybrane aspekty
- V. Uwagi końcowe – wnioski

Streszczenie

W aktach prawa na rynku finansowym akcent normatywny został położony na kwestie nadzorcze ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji prawnej klienta rynku finansowego i przyjmowania takiej filozofii regulacyjnej, która najlepiej odzwierciedla jego interesy prawne na rynku finansowym zarówno przez prawodawcę unijnego, jak i przez ustawodawców krajowych. Głównym celem opracowania jest analiza standardu, wzorca ochrony klienta na rynku finansowym, rekonstruowanego z aktów *soft law* EBA. Standard ten wyznaczany jest przede wszystkim w aktach prawa powszechnie wiążącego (rozporządzenia, dyrektywy, ustawy), a uszczegóławiany i rozwijany w będących przedmiotem zainteresowania artykułu wybranych aktach *soft law* EBA (wytyczne, zalecenia, opinie).

Słowa kluczowe: rynek finansowy; ochrona konsumenta na rynku finansowym; nadzór bankowy.

JEL: K22, K23, K29

I. Uwagi wstępne – zarys problematyki

Rynek finansowy stał się szczególnym polem badawczym tak dla teorii prawa rynku finansowego, jak i praktyki (Fojcik-Mastalska, 2016, s. 19 i n.; Kosikowski, 2016, s. 27; Jurkowska-Zeidler, 2011, s. 82 i n.). Kryzys finansowy w latach 2006–2008 był szczególnym katalizatorem zmian legislacyjnych na poziomach UE i krajowym. Trwała wówczas debata nad pomysłami najbardziej optymalnego uregulowania spraw nadzoru bankowego, w ramach których akcentowana była m.in. konstrukcja modelu Twin Peaks (tzw. system dwóch wierzchołków), koncentrującego się

* Profesor doktor habilitowany; Zakład Prawa Finansowego, Wydział Prawa i Administracji UAM w Poznaniu; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5578-5170>.

z jednej strony na nadzorze ostrożnościowym, umiejscowionym w jednym organie nadzorczym, z drugiej zaś – na nadzorze, którego celem jest ochrona wolnego rynku i ochrona konsumenta na rynku finansowym, zakotwiczonym w drugim organie nadzorczym¹.

W 2011 r. powstał Europejski System Nadzoru Finansowego, a w 2014 r. – Europejska Unia Bankowa. Sukcesywnie i ewolucyjnie modyfikowano regulacje w segmencie bankowym i usług płatniczych, kapitałowych i ubezpieczeniowych rynku finansowego Unii Europejskiej (m.in.: Jurkowska-Zeidler, 2015, s. 177 i n.; Zalcewicz, 2010, s. 232 i n.; Fedorowicz, 2013, *passim*). Dobrym przykładem jest tu choćby regulacja z 2013 r. CRR²/CRD IV³ wprowadzająca zmiany w sektorze bankowym rynku finansowego UE, która została znowelizowana dalszym pakietem aktów prawnych UE: dyrektywą CRD V⁴ oraz rozporządzeniem CRR II⁵. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw, implementującej te rozwiązania został uchwalony dnia 25 lutego 2021 r. i podpisany dnia 1 kwietnia 2021 r. (dalej: ustawa implementująca CRD V i zarazem wykonująca CRR II)^{6,7}.

Punkt ciężkości regulacyjnej we wskazanych aktach prawodawca unijny i ustawodawcy krajowi położyli na kwestie nadzorcze, zgodnie z dokonaną i podkreślaną w literaturze przedmiotu zmianą paradygmatu regulacyjnego na rynku finansowym na nadzorczy. W literaturze przedmiotu panuje jednak również zgoda co do potrzeby akcentowania tak w regulacjach, jak i w dyskursie naukowym sytuacji prawnej klienta rynku finansowego i przyjmowania takiej filozofii regulacyjnej, która najlepiej odzwierciedla jego interesy prawne na rynku finansowym (m.in. Nieborak, 2016).

Zmiany te można obserwować w płaszczyznach nadzorów mikroostrożnościowego (Olszak, 2011, s. 156 i n.; Olszak i Olszak, 2014, s. 9 i n.) oraz makroostrożnościowego (Dobrzańska, 2018, s. 52–68; Dobrzańska, 2015, s. 7–45; Fedorowicz, 2019a). Służą one osiągnięciu stanu stabilności i bezpieczeństwa finansowego z punktu widzenia systemu prawa finansowego jako całości (na ten temat szeroko Jurkowska-Zeidler, 2008, *passim*), w konsekwencji mają przyczyniać się także do osiągnięcia bezpieczeństwa i wzmocnienia ochrony klienta na rynku finansowym UE, gdyż ochrona klienta realizowana jest na poziomach UE i krajowym. W niniejszym artykule przeprowadzona zostanie analiza standardu, wzorca ochrony klienta na rynku finansowym, rekonstruowanego z aktów *soft law* EBA. Oczywiście, standard ten wyznaczany jest przede wszystkim w aktach prawa powszechnie wiążącego (rozporządzenia, dyrektywy, ustawy), ale uszczegóławiany i rozwijany także w będących przedmiotem zainteresowania artykułu aktach *soft law* EBA (wytyczne, zalecenia, opinie).

¹ Wskazywano na model nadzoru trójfilarowego nad sektorami: bankowym, kapitałowym i ubezpieczeniowym, na model dwufilarowy, składający się z nadzorów ostrożnościowego i *conduct of business* oraz model nadzoru zintegrowanego (szerzej na ten temat zob. Wymeersch, 2006).

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (Dz. Urz. UE L 2013.176.1 z 27.6.2013 ze zm.).

³ 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 (Dz. Urz. UE L 2013.176.338 z dnia 27.6.2013 r. ze zm.).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/878 z dnia 20 maja 2019 r. zmieniająca dyrektywę 2013/36/UE w odniesieniu do podmiotów zwolnionych, finansowych spółek holdingowych, finansowych spółek holdingowych o działalności mieszanej, wynagrodzeń, środków i uprawnień nadzorczych oraz środków ochrony kapitału (Dz. Urz. UE L 2019.150.253 z dnia 7.6.2019 r.); tzw. dyrektywa CRD V.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/876 z dnia 20 maja 2019 r. zmieniające rozporządzenie (UE) nr 575/2013 w odniesieniu do wskaźnika dźwigni, wskaźnika stabilnego finansowania netto, wymogów w zakresie funduszy własnych i zobowiązań kwalifikowalnych, ryzyka kredytowego kontrahenta, ryzyka rynkowego, ekspozycji wobec kontrahentów centralnych, ekspozycji wobec przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania, dużych ekspozycji, wymogów dotyczących sprawozdawczości i ujawniania informacji, a także rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 2019.150.1 z 7.6.2019 r.); tzw. rozporządzenie CRR II.

⁶ [http://orka.sejm.gov.pl/opinie9.nsf/nazwa/859_u/\\$file/859_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie9.nsf/nazwa/859_u/$file/859_u.pdf) (5.04.2021).

⁷ <https://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/podpisane/art,68,kwiecien-2021-r.html> (5.04.2021).

Uważać można, że akty *soft law*, mimo niewiążącego prawnie charakteru wzmacniają jeszcze bardziej standard ochrony wyznaczany przez akty prawa powszechnie wiążącego. Szczególna rola przypada w tym zakresie unijnym nadzorcom rynku finansowego, regulatorom tego rynku na poziomie UE (EBA, ESMA i EIOPA⁸), którzy mają kompetencję do wydawania aktów *soft law* (Nieborak, 2018, s. 41–52; Fedorowicz, 2013, s. 150 i n.). Jego analiza, w szczególności w wybranym do niniejszych rozważań sektorze bankowym, pozwala na wysunięcie twierdzenia, że unijni nadzorcy przyczyniają się do wyznaczania silnego standardu ochrony klienta na rynku finansowym. W konsekwencji rodzi to dalsze pytania o elementy składowe tego standardu ochrony klienta. Zagadnienia te zostaną rozwinięte w niniejszym artykule i będą podlegać ocenie z punktu widzenia znaczenia i funkcji *soft law* EBA dla wytyczania silnego standardu ochrony klienta na rynku finansowym. W szczególności na rynku nowych technologii, gdzie – jak trafnie podnosi się w literaturze – ochrona klienta jest w ostatnim czasie bardzo pożądana (Zalcewicz, 2020, s. 609–618). Przedmiotem analiz stanie się jednak wyłącznie sektor bankowy i analiza *soft law* z zakresu ochrony klienta współkształtowana czy konkretyzowana przez EBA.

II. Podstawy prawne dla wyznaczania standardu ochrony klienta na rynku finansowym przez EBA

W odniesieniu do będącego przedmiotem zainteresowania segmentu bankowego rynku finansowego istotne jest wskazanie podstaw prawnych dla wyznaczania i konkretyzowania standardu ochrony klienta na rynku finansowym.

Zgodnie z art. 1 rozporządzenia o EBA (i podobnie pozostałych ESA), EBA działa w ramach uprawnień przyznanych rozporządzeniem o EBA i konkretyzowanych sektorowymi przepisami prawa UE (rozporządzeniami i dyrektywami z zakresu materii prawa rynku finansowego). Co ważne jednak, jednym z celów działania EBA jest także wzmocnienie ochrony klientów, konsumentów na rynku finansowym. Posługuje się przy tym instrumentarium prawnym: wytycznymi i zaleceniami, które choć nie mają charakteru prawnie wiążącego, jednak „wymuszają swoje stosowanie” i bardzo często stają się niezbędne dla zrekonstruowania normy prawnorynkowej, w tym również normy prawnorynkowej dotyczącej klienta na rynku usług finansowych. Wytyczne EBA są również inkorporowane do rekomendacji KNF, wskazywane jako akty do uwzględnienia w procesie nadzorczym, realizowanym przez KNF, np. art. 133 ust. 1a ustawy – Prawo bankowe (na ten temat zob. Fedorowicz, 2017, s. 29–44), a na poziomie UE *soft law* bywa także często przedmiotem swobodnego „przejęcia” w wiążących regulacjach prawnych, np. w dyrektywach czy rozporządzeniach.

W art. 8 ust. 1 lit. a rozporządzenia o EBA wskazuje się, że EBA przyczynia się do ustanowienia wspólnych standardów oraz praktyk regulacyjnych i nadzorczych wysokiej jakości, w szczególności przez opracowywanie projektów regulacyjnych i wykonawczych standardów technicznych, wytycznych, zaleceń i innych środków, w tym opinii. Pytaniem stawianym w opracowaniu jest zatem pytanie o ów standard, wzorzec i jego obowiązujące i projektowane komponenty.

⁸ EBA – Europejski Organ Nadzoru Bankowego, ESMA – Europejski Organ Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych, EIOPA – Europejski Organ Nadzoru nad Ubezpieczeniami i Pracowniczymi Programami Emerytalnymi. Pomimo faktu, że w polskim tłumaczeniu posłużono się w odniesieniu do wskazanych Europejskich Organów Nadzoru Finansowego sformułowaniem „Europejskie Urzędy Nadzoru Finansowego”, to angielski zwrot *authority* z uwagi na kompetencje Europejskich Organów Nadzoru Finansowego należy tłumaczyć jako organy. W art. 5 rozporządzenia o EONF wskazuje się, że Urzędy są organami unijnymi i posiadają osobowość prawną, zdolność prawną o najszerszym zakresie przyznanym przez prawo krajowe osobom prawnym oraz zdolność procesową. Słusznie podkreśla się w piśmiennictwie niefortunne tłumaczenie wskazanego zwrotu (tak Nieborak, 2011, s. 322). Europejskie Orany Nadzoru Finansowego uznawane są za agencje UE.

Dla wyznaczania normatywnego standardu ochrony konsumenta znaczenie mają również nowe postanowienia dodane do rozporządzenia o EBA. W art. 16a rozporządzenia o EBA stworzono możliwość składania przez EBA opinii PE, KE oraz Radzie w sprawie wszelkich kwestii dotyczących obszaru podlegającego jego kompetencjom. Nadto, w rozporządzeniu o EBA pojawiła się również możliwość, istotna z punktu widzenia ochrony konsumenta, który sam może w ramach instytucji „Pytań” z nowego art. 16b rozporządzenia o EBA zwrócić się z konkretnym pytaniem do EBA dotyczącym praktycznego zastosowania lub wykonania przepisów aktów sektorowych rynku finansowego, związanych z nimi aktów delegowanych i wykonawczych, jak i wytycznych oraz zaleceń przyjętych na mocy tych aktów ustawodawczych. Mogą być one kierowane do EBA przez każdą osobę fizyczną lub prawną, w tym właściwe organy oraz instytucje i organy unijne, w dowolnym języku urzędowym UE. Odpowiedzi EBA na te pytania nie są wiążące. Wskazane zmiany rozporządzenia o EBA (które weszły w życie 1 stycznia 2020 r.) wzmocniają realizację celu ochrony klienta przez EBA.

Bezpośrednie, gdyż za pomocą decyzji, korygowanie tego standardu możliwe jest zwłaszcza na podstawie art. 9 ust. 5 rozporządzenia o EBA, w którym EBA przyporządkowano również zadania związane właśnie z ochroną konsumenta na rynku finansowym (Fedorowicz, 2019b, s. 127–145). EBA może bowiem wprowadzić czasowy zakaz lub ograniczenie wprowadzania do obrotu, dystrybucji lub sprzedaży określonych produktów i instrumentów finansowych lub określonej działalności finansowej, które mogą powodować istotne szkody finansowe u klientów lub konsumentów bądź też zagrażają prawidłowemu funkcjonowaniu i integralności rynków finansowych lub stabilności całego systemu finansowego w Unii lub jego części, co oznacza bezpośrednią ingerencję w kształtowanie prawidłowego modelu ochrony klienta na rynku finansowym. EBA pełni również funkcję sygnalizacyjną i może oceniać potrzebę zakazania lub ograniczenia pewnych rodzajów działalności finansowej lub praktyk finansowych i w razie stwierdzenia tej potrzeby może informować KE i właściwe organy, aby ułatwić przyjęcie wszelkich takich zakazów lub ograniczeń.

Z kolei, zgodnie z art. 9 ust. 1 rozporządzenia o EBA, EBA odgrywa fundamentalną rolę w promowaniu przejrzystości, prostoty i uczciwości na rynku konsumenckich produktów i usług finansowych całego rynku wewnętrznego, m.in. przez: gromadzenie i analizowanie informacji na temat trendów konsumenckich, np. kształtowania się kosztów i opłat z tytułu detalicznych usług i produktów finansowych w państwach członkowskich; opracowywanie wskaźników ryzyka detalicznego umożliwiających odpowiednio szybką identyfikację potencjalnych przyczyn szkód ponoszonych przez konsumentów⁹ oraz wzmocnianie dalszego rozwoju w zakresie regulacji i nadzoru czy prowadzenie przez właściwe organy działań z zakresu badań typu tajemniczy klient. EBA może również wydawać ostrzeżenia, w tym również dla realizacji celu ochrony klienta i konsumenta na rynku usług bankowych. Zgodnie z art. 9 ust. 4 rozporządzenia o EBA, EBA powołał komitet ds. innowacji finansowych i ochrony konsumentów dla skoordynowanego podejścia regulacyjnego i nadzorczego w stosunku do nowych lub innowacyjnych rodzajów działalności finansowej oraz udzielania porad Parlamentowi Europejskiemu, Radzie i Komisji i które mogą mieć wpływ na projektowane regulacje.

Zgodnie z art. 16 rozporządzenia o EBA, EBA może wydawać wytyczne o niewiążącym charakterze, które należą do tzw. *soft law* EBA. Akty EBA (podobnie jak pozostałych ESA) stanowią

⁹ Zmiana art. 9 ust. 1 lit. ab) dodana przez art. 1 pkt 6 lit. a ppkt ii rozporządzenia nr (UE) 2019/2175 z dnia 18 grudnia 2019 r. (Dz.U.U.E.L.2019.334.1) zmieniającego rozporządzenie z dniem 1 stycznia 2020 r.

soft law nowej generacji i „wymuszają” swoje stosowanie (Fedorowicz, 2013, s. 150 i n.), przy czym ta forma działania EBA na rzecz ochrony konsumenta (o instytucjonalnych aspektach ochrony klienta na poziomie krajowym zob. zwłaszcza: Jurkowska-Zeidler, 2017, *passim*) przyjmuje formę pośrednią (Fedorowicz, 2019b, s. 127–145). Wytyczne EBA kierowane są do wszystkich właściwych organów (które dokładają wszelkich starań, aby zastosować się do tych wytycznych i zaleceń, zgodnie z zasadą *comply or explain*¹⁰) lub instytucji finansowych (które jeżeli jest to wymagane w wytycznej lub zaleceniu, informują czy stosują się do tej wytycznej lub zalecenia). I jakkolwiek adresatami *soft law* EBA nie są bezpośrednio klienci, konsumenci na rynku usług, to z punktu widzenia zakresu treściowego aktów *soft law* można wskazywać ich znaczący wpływ na ochronę klienta rynku usług finansowych. Zdarza się bowiem i tak, że akty *soft law* EBA stają się następnie częścią dyrektyw czy rozporządzeń UE, a zatem normami wiążącymi prawnie. Wytyczne i rekomendacje ESA wchodzą też w skład zakresu przedmiotowego rekomendacji KNF.

Pośredni charakter ochrony klienta w działaniach EBA związany jest z tym, że skoro EBA wydaje wytyczne i zalecenia dla zapewnienia bezpieczeństwa i stabilności systemu finansowego instytucji finansowych, wpływa w ten sposób również na pozycję prawną klienta danego banku. Są to także akty dotyczące standardu wewnętrznych procedur i polityk zalecanych do wdrożenia i stosowania w bankach (instytucjach finansowych), których celem jest ograniczanie ryzyka w działalności bankowej. Wśród *soft law* EBA pośrednio chroniących klientów rynku finansowego można wskazać na takie, które dotyczą wewnętrznej organizacji instytucjonalnej banku, przeciwdziałania praniu pieniędzy, powoływania gremiów wewnętrznych banku do oceny wiarygodności kredytowej klienta, uszczegóławiania obowiązków informacyjnych banku względem klienta, powodujących usprawnienia na linii kontaktów klientów z bankami oraz takie, które mają wymiar zewnętrzny, tzn. związane są z potencjalnymi skutkami oddziaływania banków na system bankowy czy szerzej – finansowy.

III. Standard ochrony konsumenta na rynku finansowym i jego elementy – ujęcie teoretyczne

Można wysunąć tezę, że ochrona konsumenta ma wymiar wielopłaszczyznowy, zgodnie z poglądami, że współczesny krajowo-unijny system prawny ma również charakter wielopłaszczyznowy (zob. m.in. Pernice, 1999, s. 703–750)¹¹. Ta wielopoziomowość przyczynia się do określenia standardów normatywnych, wzorców normatywnych uwzględnianych czy postulowanych w procesie tworzenia i stosowania prawa rynku finansowego, w tym przypadku dotyczącego ochrony konsumenta.

W ramach tego standardu można mówić o istnieniu pewnego multicentrycznego porządku prawnego (o mającej tu zastosowanie koncepcji multicentryzmu zob. Łętowska, 2005, s. 3 i n.), rozumianego jako zespół pewnych reguł postępowania (tu wpływających na ochronę klienta na rynku finansowym), funkcjonujących w obrocie prawnym na rynku finansowym UE i stanowiących swoisty pomocniczy (względem wiążących norm prawnych zawartych w przepisach sektorowych)

¹⁰ W ciągu dwóch miesięcy od wydania wytycznej lub zalecenia każdy właściwy organ potwierdza czy stosuje się lub czy zamierza zastosować się do danej wytycznej lub danego zalecenia. Jeżeli właściwy organ nie stosuje się do nich ani nie zamierza się do nich zastosować, powiadamia o tym EBA, podając uzasadnienie.

¹¹ Szerzej na temat praw konsumenta zob. m.in.: Łętowska, 2004, *passim*; Gneta, 2017, s. 87–106; Bagińska, 2017, s. 7 i n.; Osajda, 2019, *passim*; Jagielska, 2010, *passim*; Bagińska, 2017, s. 7 i n.

budulec normatywny do konstruowania modelu ochrony klienta na rynku finansowym UE¹². Charakterystyczne dla tego standardu jest przy tym, że pomocnicze źródła dookreślania tego wzorca, czyli właśnie *soft law* podlegają często przekształceniu w *hard law* czy są przejmowane do stosowania przez krajowe organy nadzorcze, stając się wiążącymi wzorcami procesów kontrolno-nadzorczych w instytucjach finansowych. Warto też zwrócić uwagę, że EBA (podobnie jak pozostałe ESA) choć nie są prawodawcami formalnymi BTS-ów i RTS-ów, to w istocie są ich prawodawcami faktycznymi (Fedorowicz, 2013, s. 170).

Na wskazany standard ochronny (model ochronny) konsumenta na rynku usług finansowych UE, składają się, jak można zaobserwować, rekonstruowane z *soft law* EBA (ESA)¹³ kryteria, określające uniwersalne najbardziej pożądane, potrzebne instytucjonalnie, treściowo, funkcjonalnie, proceduralnie, a także aksjologicznie cechy regulacji odnoszących się zazwyczaj (w związku ze specyfiką *soft law*) pośrednio do klienta-konsumenta na rynku usług finansowych. Jedno z fundamentalnych kryteriów tego standardu wynika po pierwsze, z zasady proporcjonalności oraz reguł i wartości wspólnego rynku, po drugie zaś, z zasady bezpieczeństwa finansowego na rynku finansowym. W literaturze opisuje się również ujęcie aksjologiczne relacji rynek finansowy – klient (zob. m.in. Nieborak, 2016, *passim* oraz Nieborak, 2017, s. 161–174).

Szczególne miejsce w działaniach regulacyjnych EBA zajmuje *soft law*, które z uwagi na obszar regulacyjny może być nazwane *soft law* konsumenckim. Chodzi tutaj o odwoływanie się do pozycji prawnej klienta na rynku usług finansowych, o ochronę jego praw czy obowiązków poprzez nakładanie obowiązków realizowanych przez instytucje finansowe na rzecz klienta (głównie obowiązków informacyjnych za pomocą norm wiążących, jednak dookreślanych i konkretyzowanych przez *soft law*) czy sposobu realizacji praw i obowiązków instytucji określonych w wiążących aktach prawa UE (także często dookreślanych przez *soft law* EBA) lub poprzez ograniczanie ryzyka na rynku finansowym za pomocą wiążących aktów sektorowych, ale – ponownie – dookreślanych i uszczegóławianych w *soft law*. Pośrednia ochrona klienta na rynku usług finansowych zawarta w *soft law* EBA wyraża się treściowo w tych aktach *soft law*, które poprzez wskazanie sposobu realizacji praw i obowiązków instytucji finansowych, czy adresowanych do krajowych organów nadzorczych, przyczyniają się do wzmocnienia pozycji prawnej klienta na tym rynku i są też istotne w procesie wykładni prawa rynku finansowego.

Soft law EBA, podobnie jak i pozostałych ESA, związane z ochroną klienta na rynku usług finansowych UE formalnie nie są wiążące prawnie, jednak można zauważyć, że po pierwsze, normy stają się po pewnym czasie częścią dyrektyw czy rozporządzeń unijnych, a więc stają się normami wiążącymi prawnie; po drugie, *soft law* konsumenckie uzupełnia normy wiążące prawnie; po trzecie, akty *soft law* mają znaczenie z punktu widzenia procesu interpretacji norm na rynku finansowym, takiej interpretacji, która jest przyjazna konsumentom na tym rynku i wspiera bezpieczeństwo systemu finansowego jako całości. Nie jest to idea nowa, już wcześniej w literaturze podkreślano bowiem znaczenie funkcjonalnych źródeł prawa bankowego (Kaszubski, 2006, s. 45 i n.), teraz jednak wydaje się, że działalność regulacyjna EBA (ESA), w szczególności

¹² Odniesienie do zagadnień ochrony klienta rynku usług finansowych przeprowadzone zostało na podstawie uwag i analiz (zob. i por. Leszczyński, 2001, s. 35).

¹³ Czasami staje się potrzebne uwzględnienie specyfiki poszczególnych segmentów rynku finansowego, jednak przy istnieniu pewnego wspólnego ogólnego rdzenia tego wzorca, wykształconego głównie na rynku bankowym. Wzorzec ten, z uwagi na zmianę paradygmatu regulacyjnego na rynku finansowym na nadzorczy, także i w obszarze ochrony klienta ma charakter nadzorczy.

w odniesieniu do *soft law* konsumenckiego wzmacnia te tendencje regulacyjne. W związku z postępem technologicznym oraz kreowaniem nowych instrumentów finansowych, *soft law* EBA jest niejednokrotnie swoistą regulacyjną „forpocztą” przed ustanowieniem wiążących norm na poziomie unijnym czy krajowym. Przykładami takiego podejścia wydają się choćby: dyrektywa tzw. mieszkaniowa z 2014 r.¹⁴ czy projekty rozporządzeń z 2020 r.: DORA (*Digital Operational Resilience Act*), projekt rozporządzenia w sprawie operacyjnej odporności cyfrowej) oraz MiCA (*Markets in Crypto-Assets Act*, projekt rozporządzenia w sprawie organizacji rynku kryptoaktywów)¹⁵, których treści wyrażane były, są lub zapewne będą odpowiednio w rekomendacjach KNF¹⁶ oraz np. w ustawie z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami¹⁷ czy w wytycznych EBA¹⁸.

IV. Analiza konsumenckiego *soft law* EBA – ujęcie praktyczne, wybrane aspekty

Analiza wytycznych EBA pozwala na sformułowanie wniosku, że w aktach tych wyróżnić można elementy proceduralne, treściowe, kompetencyjne i strukturalne odnoszące się do praw i obowiązków konsumentów, przy czym charakterystyczne jest to, że adresowane są one do nadzorców krajowych lub instytucji, którzy zapewnić mają za pomocą swoich działań kontrolno-nadzorczych zalecony standard postępowania. W wytycznych dotyczących ESMA i EBA w sprawie rozpatrywania skarg w sektorze papierów wartościowych (ESMA) i bankowości (EBA) z 4 października 2018 r.¹⁹ dotyczących konsumenta, pojawiają się elementy proceduralne, w wytycznych tych zawarte są bowiem wskazówki co do procedur odpowiadania na skargi oraz określania minimalnego poziomu konwergencji praktyk nadzorczych w UE w zakresie ustaleń przedsiębiorstw dotyczących rozpatrywania skarg. Chodzi tu w szczególności o zasady obsługi skarg, tworzenia stanowisk ds. obsługi skarg, rejestracji skarg, sprawozdawczości w zakresie skarg, wewnętrznej kontroli procedur rozpatrywania skarg, procedur odpowiadania na skargi. Organy i instytucje natomiast przestrzegają wytycznych poprzez odpowiednie włączenie ich do swoich praktyk nadzorczych (np. w drodze zmiany swoich ram prawnych lub procedur nadzorczych).

Treść wytycznych jest oczywiście każdorazowo zdeterminowana podstawami prawnymi zawartym w sektorowych aktach prawa rynku finansowego. Ważne jednak, że wytyczne EBA wprowadzają np. pewien standard dotyczący zasad nadzoru nad produktami i ustalen zarządczych dla produktów bankowości detalicznej²⁰. Wytyczne te (choć nie są źródłem prawa) można uważać za szczególnie ważne, ponieważ z punktu widzenia konsumenta produkty bankowości

¹⁴ 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 zmieniającej dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010, Dz. Urz. UE L 60 z 28.2.2014, s. 34.

¹⁵ https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_en (31.05.2021).

¹⁶ Uchwała nr 148/2013 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 18 czerwca 2013 r. w sprawie wydania Rekomendacji „S” dotyczącej dobrych praktyk w zakresie zarządzania ekspozycjami kredytowymi zabezpieczonymi hipotecznie https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacja_S_18_06_2013_34880_34880.pdf. Z kolei w odniesieniu do ekspozycji kredytowych finansujących nieruchomości, które nie są zabezpieczone hipotecznie zob. rekomendację T: uchwała nr 59/2013 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie wydania Rekomendacji T dotyczącej dobrych praktyk w zakresie zarządzania ryzykiem detalicznych ekspozycji kredytowych: https://dziennikurzedowy.knf.gov.pl/DU_KNF/2013/11/akt.pdf.

¹⁷ T.j. Dz.U. 2020 Nr 1027.

¹⁸ Np. wytyczne z 28.11.2019 r. EUNB w sprawie zarządzania ryzykiem związanym z technologiami i bezpieczeństwem ICT, EBA/GL/2019/04

¹⁹ [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2381463/a49bd011-9230-4284-99a7-182657c48769/Joint%20Committee%20Guidelines%20on%20complaints-handling%20\(JC%20202018%2035\)_PL.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2381463/a49bd011-9230-4284-99a7-182657c48769/Joint%20Committee%20Guidelines%20on%20complaints-handling%20(JC%20202018%2035)_PL.pdf) (28.10.2020).

²⁰ https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1412678/b0bf150d-2f9d-4c52-ab45-5738e2e380be/EBA-GL-2015-18%20Guidelines%20on%20product%20oversight%20and%20Governance_PL.pdf (28.10.2020).

detalicznej są przedmiotem najczęściej zawieranych umów bankowych. EBA uszczegółowiły elementy nadzoru nad tymi produktami, aby nie generowały nadmiernego ryzyka dla konsumentów i nie wprowadzały w błąd przy ich zakupie²¹. Przykładowo, aby projektowanie tych produktów i wprowadzanie ich na rynek pozwalało unikać potencjalnych szkód dla konsumentów, a urzeczywistniało interesy, cele i cechy konsumentów, producent powinien zapewnić, by zasady nadzoru i ustalenia zarządcze dotyczące produktów stanowiły w stosownych przypadkach integralną część jego ram zarządzania, zarządzania ryzykiem i kontroli wewnętrznej. Wyrażone w tych wytycznych zalecenie testowania danego produktu, i to w warunkach skrajnych, znalazło swoje odzwierciedlenie w obowiązku banku z zakresu zarządzania ryzykiem, do którego należy również przeprowadzenie procesu przygotowawczego przed wprowadzeniem nowego produktu na rynek, polegające na identyfikacji m.in. istotnych rodzajów ryzyka związanych z produktem w ramach systemu zarządzania ryzykiem, analizę zgodności produktu ze strategią zarządzania bankiem i strategią zarządzania ryzykiem czy uwzględnieniu rodzaju produktu w stosowanych metodach identyfikacji, pomiaru lub szacowania ryzyka (§ 21 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 8 czerwca 2021 r. w sprawie systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz polityki wynagrodzeń w bankach)²². Z obowiązkiem zgodnego z zasadą proporcjonalności testowania produktów korespondują obowiązki informacyjne nałożone na instytucje finansowe, które mają w ten sposób realizować zasadę ochrony klienta. Wskazane rozporządzenie Ministra Finansów z 2021 r. jest istotne dla zasad *compliance* i *corporate governance* oraz polityki wynagrodzeń w bankach, a wszystkie wymienione składniki treściowe mają pośrednio wpływ na pozycję klienta na rynku usług finansowych poprzez ograniczenie różnego rodzaju ryzyka i *moral hazard*.

Pośredniej ochronie klienta służą wytyczne EBA z 13 grudnia 2016 r. dotyczące polityki i praktyk w zakresie wynagrodzeń w odniesieniu do sprzedaży i dystrybucji detalicznych produktów i usług bankowych²³. Celem tych wytycznych jest zapewnienie ochrony konsumentów przed niepożądanymi, negatywnymi skutkami zasad wynagradzania pracowników sprzedaży. Chodzi o to, aby sposób, w jaki kredytodawcy i pośrednicy kredytowi wynagradzają swoich pracowników, nie utrudniał im postępowania w sposób uczciwy, bezstronny i profesjonalny, z uwzględnieniem praw i interesów konsumentów. Istotnymi wytycznymi co do zagwarantowania klientowi banku wzmocnionej ochrony są również wytyczne dotyczące silnego uwierzytelnienia klienta na rynku usług płatniczych²⁴.

Z punktu widzenia przyszłych tendencji regulacyjnych EBA, można wskazać na projektowane wytyczne w sprawie zarządzania wewnętrznego w dyrektywie 2013/36/UE, które będą wprowadzać zmiany odnośnych wytycznych z 2018 roku²⁵. Zmiany te dotyczyć będą zwłaszcza wzmocnienia przeciwdziałania zjawisku prania pieniędzy i finansowania źródeł terroryzmu jako elementu

²¹ Wytyczne dotyczą ustanowienia zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych w odniesieniu do zarówno producentów, jak i dystrybutorów jako integralnej części ogólnych wymogów organizacyjnych związanych z systemami kontroli wewnętrznej przedsiębiorstw. Odnoszą się one do wewnętrznych procesów, funkcji i strategii mających na celu projektowanie produktów, wprowadzanie ich na rynek i dokonywanie ich przeglądu w całym ich cyklu życia i są stosowane do producentów i dystrybutorów produktów oferowanych klientom.

²² Dz.U. 2021, poz. 1045.

²³ [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1693444/5ec7d185-a0a1-4f7e-98c2-5d62140ca8e0/Guidelines%20on%20sales%20staff%20remuneration%20\(EBA-GL-2016-06\)_PL.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1693444/5ec7d185-a0a1-4f7e-98c2-5d62140ca8e0/Guidelines%20on%20sales%20staff%20remuneration%20(EBA-GL-2016-06)_PL.pdf) (28.10.2020).

²⁴ Wytyczne EBA z 19 grudnia 2014 r. w sprawie bezpieczeństwa płatności internetowych, https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1004450/1e7252b3-f6c7-4224-8095-780c6b0a121c/EBA-GL-2014-12_PL_rev1%20GL%20on%20Internet%20Payments.pdf (1.11.2020).

²⁵ Wytyczne EBA z 21.03.2018 r. w sprawie zarządzania wewnętrznego, [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2164689/1c4d2b82-b044-42fa-8efa-e0867c0335aa/Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20\(EBA-GL-2017-11\)_PL.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2164689/1c4d2b82-b044-42fa-8efa-e0867c0335aa/Guidelines%20on%20Internal%20Governance%20(EBA-GL-2017-11)_PL.pdf) (1.11.2020).

wewnętrznego systemu zarządzania w banku i zarządzania ryzykiem. Regulacja CRD V/ CRR II wyznacza nowe kierunki regulacyjne dla EBA (i również ESMA). Z punktu widzenia wyznaczania standardów ochronnych dla klienta-konsumenta, analiza materiału normatywnego pozwala wysunąć następujące uwagi: po pierwsze, przepisy rozporządzenia CRR II i dyrektywy CRD V nie są, podobnie jak wcześniejsze, bezpośrednio adresowane do klienta, ochrona ta w tej regulacji ma zatem charakter pośredni i jest osiągnięta w ten sposób, że tworzy się bezpieczniejsze i bardziej stabilne otoczenie regulacyjne dla aktywności podejmowanych na rynku bankowym; po drugie, rozwijane są obowiązki informacyjne pomiędzy instytucjami i nadzorcami, aby w większym stopniu, dzięki przetwarzanej informacji, niwelować ryzyko na rynku bankowym oraz po trzecie, kształtowana jest polityka wynagrodzeń ograniczająca nadmiernie ryzykowne działania podejmowane przez pracowników, których działalność zawodowa ma istotny wpływ na profil ryzyka instytucji, tak by likwidować zachęty do podejmowania nadmiernego ryzyka.

Przyjęta przez KNF Rekomendacja Z, dotycząca „Zasad ładu wewnętrznego w bankach”²⁶, zawiera również odniesienia do ochrony klienta realizowanej przez wymóg sprawdzenia w oferowanych do sprzedaży nowych produktach bankowych istnienia klauzul abuzywnych czy klauzul, mimo odmiennej postaci językowej, podobnych do klauzul wpisanych do rejestru klauzul niedozwolonych (rekomendacja nr 29.4²⁷). Rekomendacja ta została opracowana z uwzględnieniem wytycznych EBA i ESMA²⁸. W rekomendacji Z zalecono bankom, aby przy tworzeniu wzorców umownych nie posługiwały się klauzulami, które mogłyby zostać uznane za abuzywne, a wprowadzanie nowego produktu finansowego na rynek powinno angażować komórkę zarządzania ryzykiem i realizować warunki wynikające z przyjętej polityki *compliance*, dookreślonej zarówno w wytycznych i RTS-ach EBA, jak i rekonstruowanej z towarzyszących procesowi regulacyjnemu dokumentów EBA (raport EBA z 5 lipca 2019 r.)²⁹.

Wyzwaniem dla EBA jako regulatorów i nadzorców unijnych, a także krajowych, pozwalającym wyznaczyć przyszłe tendencje regulacyjne, jest projekt rozporządzenia o digitalnej odporności operacyjnej w sektorze finansowym z 24 września 2020 r.³⁰, w którym uregulowane zostaną instrumenty i sposoby przeciwdziałania jednemu z bardziej istotnych współcześnie rodzajów ryzyka – ryzyku ICT (*Information and Communication Technology*, ICT), ryzyku cyfrowemu oraz osiągnięcia cyberbezpieczeństwa bankowego. Działalność regulacyjna EBA z tego zakresu będzie wymagała wydania kolejnych wytycznych i BTS-ów oraz RTS-ów przez EBA, które będą miały wpływ na ochronę klienta na rynku finansowym.

²⁶ Uchwała KNF nr 289/2020 z 9.10.2020 r. w sprawie wydania rekomendacji Z dotyczącej zasad ładu wewnętrznego w bankach.

²⁷ Zgodnie z nią, Zarząd banku powinien opracować, uchwalić oraz wprowadzić w życie, sporządzoną w formie pisemnej i zatwierdzoną przez radę nadzorczą, politykę zatwierdzania nowych produktów (PZNP), która obejmuje rozwój nowych produktów, usług i rynków oraz istotne zmiany dotyczących produktów, usług i rynków PZNP powinna w szczególności uwzględniać wytyczne EUNB dotyczące zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej (EBA/GL/2015/18) z 22 marca 2016 r.

²⁸ Wytyczne w sprawie zarządzania wewnętrznego (EBA/GL/2017/11) z 21 marca 2018 r. oraz Wytyczne w sprawie oceny odpowiedniości członków organu zarządzającego i osób pełniących najważniejsze funkcje (EBA/GL/2017/12) z 21 marca 2018 r. wytycznych Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS): *Corporate governance principles for banks* (lipiec 2015 r.); wytyczne Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (The Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD): *G20/OECD Principles of Corporate Governance* (wrzesień 2015 r.) oraz dokumencie Europejskiego Stowarzyszenia Banków Spółdzielczych (The European Association of Co-operative Banks, EACB): *Zarządzanie w Bankach Spółdzielczych. Kluczowe Zagadnienia (Corporate Governance in Co-operative Banks – Key Features)* (2016 r.).

²⁹ Chodzi tu np. o <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2855746/fd963ed8-c392-433c-9d5f-40e798659f24/EBA%20Report%20on%20the%20application%20of%20the%20guidelines%20on%20POG%20arrangements.pdf?retry=1> (3.11.2020).

³⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM:2020:595:FIN&id=1> (2.11.2020).

Uwagi końcowe – wnioski

Funkcje konsumentckie *soft law* EBA powinny być wiązane z tworzeniem określonego, normatywnego modelu ochrony konsumenta w UE, zalecanego do stosowania i egzekwowania w państwach członkowskich UE. Na model ten składają się normy proceduralne, materialne instytucjonalne i kompetencyjne.

Konkretyzowany na poziomie UE przez EBA (za pomocą *soft law*) standard regulacyjny jest następnie uwzględniany w prawie krajowym w formie rekomendacji KNF, np. rekomendacja Z i S), lub w treści norm wiążących poprzez wprowadzenie do ustaw krajowych (np. ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego agentami) lub poprzez np. art. 133 ust. 1a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe. Są to *soft law* służące klientowi pośrednio, gdyż akty *soft law* adresowane są bezpośrednio do instytucji finansowych i nadzorca krajowego, to jednak należy zauważyć, po pierwsze, znaczący przyrost regulacji odnoszących się do klienta na poziomach UE i krajowym, po drugie, znaczące uszczegółowienie tych regulacji.

Konsumentckie *soft law* EBA pełni funkcję gwarancyjną, ochronną oraz stabilizacyjną. Gwarancyjną, gdyż instytucje finansowe pod wpływem działalności regulacyjnej unijnych i krajowych nadzorców, na podstawie i w zakresie wiążących sektorowych przepisów prawa dookreślanych i precyzowanych przez *soft law*, wdrażają także za pomocą m.in. funkcji *compliance* czy w ramach *corporate governance* instrumenty i struktury wewnątrzbankowe minimalizujące ryzyko dla klienta na rynku bankowym. Ochronna funkcja wyraża się przede wszystkim w tym, że na poziomie UE w wytycznych powstaje minimalny standard procedur określających relacje między konsumentem a instytucją finansową. Z kolei funkcja stabilizacyjna konsumentckiego *soft law* EBA wyraża się zwłaszcza w położeniu akcentu regulacyjnego na multiplikowalne zachowania klientów na rynku finansowym, co może mieć znaczenie dla ryzyk makroostrożnościowych i systemowych.

Uszczegóławiany w działalności regulacyjnej EBA (ESA) standard normatywny ochrony klienta powinien składać się z poniższych komponentów, które dopiero wspólnie rekonstruowane, stosowane i interpretowane tworzą kompleksowy i konstrukcyjnie spójny wzorzec.

Do elementów tych należą elementy proceduralne, czyli tworzenie uwzględnianego w *soft law* mechanizmu proceduralnego, stosowanego przez instytucje finansowe. Zwrócenie uwagi w *soft law* na element proceduralny oznacza wolę budowania modelu ochrony klienta nie tylko przez informację, lecz także przez rozbudowane procedury rozstrzygania spraw konsumentckich w ramach struktur wewnętrznych tworzonych w tym celu w instytucjach finansowych i wyznaczanie minimalnego, proceduralnego standardu realizacji praw konsumentckich.

Elementem rekonstruowanego standardu są też elementy kompetencyjne, czyli tworzenie wzorca, opartego na transparentnym i przejrzystym wskazywaniu upoważnień dla organów nadzorczych, które w imię interesu publicznego, nadzorczego, istotnego tak mikroostrożnościowo, jak i makroostrożnościowo dbają o interes klienta-konsumenta. Jest to zresztą jedno z najważniejszych i rodzących poważne dylematy zagadnień na rynku finansowym UE w ostatnich latach, a także wyraz wieloletniej dyskusji o „przenikaniu się” norm prawa prywatnego i publicznego. Powstają bowiem pytania, na ile i za pomocą jakich metod dopuszczalna jest proporcjonalna

i sprawiedliwa ingerencja w interes prywatny i zasadę swobody umów w imię ochrony interesu publicznego, postrzeganego w perspektywie tak mikroostrożnościowej, jak i obecnie makroostrożnościowej³¹. Regulacje prawne i nadzór powinny uniemożliwiać klientowi podejmowanie nadmiernie ryzykownych i nieracjonalnych decyzji, szczególnie takich, które mogą poprzez efekt *contagious* („zarażenia”) być ryzykowne dla całego systemu finansowego, jednak nie oznacza to eliminacji istniejącej także po stronie konsumenta odpowiedzialności za podejmowane decyzje (Fedorowicz, 2019a, s. 53 i n.). Jest to zresztą szerszy problem, na ile swoboda umów może czy powinna być ograniczona przez uzasadniony interes systemowy, publiczny, a więc nadzorczy właśnie, gdzie są i gdzie powinny być granice ingerencji nadzorczej, tak aby prawidłowo (zgodnie z zasadą legalizmu), odpowiedzialnie (z uwzględnieniem zasady odpowiedzialności za podejmowane działanie tak przez organy nadzoru, jak i przez konsumentów) i proporcjonalnie (zgodnie z zasadą proporcjonalności) *a casu ad casum* wyważać dwa wskazane interesy i zapewniać z jednej strony stabilność finansową, z drugiej zaś – wolność podejmowania przez konsumentów również ryzykownych decyzji na rynku, jeśli tego ryzyka są świadomi (Frątczak, 2015, s. 67–90). Natomiast strukturalnym elementem wyznaczanego modelu ochrony klienta na rynku finansowym za pomocą *soft law* EBA (ESA) jest wzmocnienie wewnętrznych struktur bankowych, które mają w sposób szczególny dbać właśnie o analizę ryzyka.

Ochrona klienta przez informację na rynku finansowym (wyrażona w wiążących aktach prawnych) jest w *soft law* wzmocniana dzięki rozwijaniu funkcji ochrony klienta przez procedury i przez wzmocnienie uwrażliwienia instytucji finansowych na bezpieczeństwo klienta w ramach funkcji *compliance* czy za pomocą reguł *corporate governance*, również w ramach idei dopuszczalnej samoregulacji instytucji finansowych. Oczywiście następuje to wielotorowo, z jednej strony bowiem w regulacjach wiążących (np. normy dopuszczalnego ryzyka, postanowienia buforowe), jak również w *soft law* na poziomie UE, z drugiej zaś – w regulacjach krajowych wiążących (ustawy implementujące) i niewiązących (np. rekomendacje KNF).

Elementem wyznaczanego w działalność regulacyjnej EBA modelu ochrony klienta, swoistym „niezbymalnym rdzeniu” znajdują się zatem regulacje dotyczące ochrony klienta poprzez procedury, poprzez informacje realizowane przez instytucje finansowe na rzecz klienta, poprzez nakazywanie instytucjom bezpośrednio lub pośrednio za pomocą norm nadzorczych tworzenia struktur wewnętrznych, kontroli ryzyka, proporcjonalnego prowadzenia polityki wynagrodzeń czy działań regulacyjnych ograniczających zjawisko *moral hazard*. W *soft law*, szczególnie ostatnio, EBA koncentruje się na minimalizowaniu ryzyka w działalności bankowej czy szerzej finansowej w celu ochrony klienta.

Fundamentem treściowym regulacji słusznie staje się odszukiwanie w oferowanych do sprzedaży nowych produktach finansowych, potencjalnych zagrożeń, klauzul abuzywnych, co podlega kontroli wewnętrznej zarówno w banku, jak i przez nadzorców, tak krajowych, jak i unijnych. Najnowsza Rekomendacja Z KNF wydaje się realizować te tendencje regulacyjne.

³¹ Komitet Stabilności Finansowej, krajowy organ nadzoru makroostrożnościowego, działający wyłącznie za pomocą niewiązących instrumentów jest proszony przez banki o podjęcie działań w sprawie sporów o kredyty frankowe, zanim Sąd Najwyższy wyda odnośne orzeczenie: <https://www.money.pl/pieniadze/banki-prosza-o-reakcje-w-sprawie-kredytow-frankowych-6572611448793984a.html> (7.11.2020).

Na marginesie tylko należy wspomnieć, że w najnowszych wzorcach jest też miejsce dla artikulacji prawa praw człowieka i praw socjalnych na rynku finansowym³², których obowiązek wdrożenia wynika z dyrektywy CRD V. Chodzi tu o politykę neutralnego pod względem płci podchodzenia do wynagrodzeń wszystkich pracowników banku. Jest to zarazem realizacja postanowień dyrektywy CRD V, którą wdrożono w Polsce w ustawie prbank. Dbłość o te założenia spoczywa również na KNF³³, ale słusznie przewidziano również wpisanie stosownych zaleceń do wytycznych EBA, które powinny zostać uwzględnione w politykach wewnętrznych banków. To spowodowało w Polsce zmiany w zakresie rozporządzenia Ministra Finansów z 2021 r. wydanym do art. 9f ustawy prbank. Można więc zauważyć, że w odniesieniu może nie tyle do konsumenta, ile do pracowników instytucji kredytowych realizowane jest podejście wyrażające się w propagowaniu idei reprezentacji nauki praw człowieka i praw socjalnych na rynku finansowym, tu w zakresie praw antydyskryminacyjnych realizujących art. 157 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 21 Europejskiej Karty Praw Podstawowych, a także w art. 84 dyrektywy CRD IV zmienianej w tym zakresie dyrektywą CRD V. W szczególności kwestie dotyczące neutralnej pod względem płci polityki wynagrodzeń instytucji kredytowych (§ 23 i § 25 pkt 11 rozporządzenia z 2021 r.), ich równej reprezentacji na stanowiskach menedżerskich oraz równych szans kariery zawodowej regulowane być mają w wytycznych EBA w sprawie neutralnej polityki wynagradzania pracowników pod względem płci. Ta materia wytycznych EBA stanowi nową na rynku usług finansowych materię regulacyjną, której urzeczywistnienie również za pomocą *soft law* wynika z dyrektywy CRD V. Można zatem wskazać, że jest to nowy element standardu normatywnego w prawie rynku finansowego i stanowi zarazem nawiązanie i w tym fragmencie do urzeczywistnienia idei silniejszego włączania prawa praw człowieka i praw socjalnych do prawa rynku finansowego, w tym przypadku istotnego dla pracowników banków.

Dążeniem prawodawców i regulatorów unijnych jest tworzenie we współpracy z prawodawcami i regulatorami krajowymi jednego wspólnego wzorca (standardu) lub modelu ochrony klienta na całym rynku finansowym z pewnymi odrębnościami dla poszczególnych segmentów rynku. Standard ten nastawiony jest na zredukowanie zjawiska *moral hazard* i *misselingu* oraz przeciwdziałanie niebezpieczeństwom grożącym klientom w związku z nowymi technologiami na rynku finansowym, bitwalutą czy szerzej ryzykiem ITC. Powoduje to objęcie ochroną klienta w większym stopniu niż dotychczas działaniami nadzorczymi na unijnym i krajowym poziomach.

Charakterystyczne dla tego standardu (wzorca) jest coraz mocniejsze powiązanie treściowe w *soft law* EBA (ESA) między ryzykiem w działalności bankowej czy szerzej finansowej (w ramach „starych” materii: ryzyko związane z normami ostrożnościowymi, funduszami instytucji kredytowych, normami buforowymi, jak i „nowych” materii dotyczących ryzyka na rynku finansowym: FinTech, ryzyko ITC, bitwaluta), a ich wpływem na zachowania i decyzje klienta na rynku finansowym. Tworzony w ten sposób model ochronny podlega coraz mocniejszej normatywizacji. Przykładem takiego podejścia i nowych rodzajów ryzyka jest właśnie projekt rozporządzenia o digitalnej odporności operacyjnej w sektorze finansowym (DORA).

³² Projektowana rewizja wytycznych o zarządzaniu wewnętrznym w bankach (motyw 98 i 99) https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Consultations/2020/EBA%20launche%20consultation%20to%20revise%20its%20Guidelines%20on%20internal%20governance%20%28EBA/CP/2020/20%29/898013/CP%20on%20Guidelines%20on%20internal%20governance%20under%20CRD_track%20changes.pdf (1.11.2020).

³³ W projektach ustaw wdrażających CRD V przewidywano, że KNF ma gromadzić informacje na ten temat – powstaje jednak pytanie o to, czy samo gromadzenie przez KNF stosownych danych stanowi wystarczającą implementację tych postanowień dyrektywy CRD V.

Bibliografia

- Bagińska, E. (2017). Prawo umów konsumenckich w strukturze kodeksu cywilnego. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2.
- Dobrzańska, A. (2018). Kolegialne organy makroostrożnościowe w UE – analiza rozwiązań instytucjonalnych., *Bezpieczny Bank*, 1.
- Dobrzańska, A. (2015). Makroostrożnościowy wymiar regulacji CRD IV/CRR. *Bezpieczny Bank*, 1.
- Fedorowicz, M. (2017). Nadzorcze *soft law* nowej generacji w sektorze bankowym w świetle art. 133 ust. 1a ustawy Prawo bankowe. *Studia Prawnoustrojowe*, 38.
- Fedorowicz, M. (2013). *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*. Warszawa: Difin.
- Fedorowicz, M. (2019a). *Nadzór makroostrożnościowy w Polsce*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Fedorowicz, M. (2019b). 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*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Fojcik-Mastalska, E. (2016). Prawo rynku finansowego w systemie prawa. W: A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Frątczak, P. (2015). Umowy bankowe a stabilność finansowa. *Bezpieczny Bank*, 4.
- Gnela, B. (2017). Uwagi o ochronie konsumenta i klienta usług finansowych. W: S. Owsiak (red.), *Kierunki badań nad współczesnymi zjawiskami finansowymi*, Kraków: Fundacja Uniwersytetu Ekonomicznego.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2008). *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2015). Fundamentalne zmiany regulacji i nadzoru jednolitego rynku finansowego Unii Europejskiej w ramach Unii Bankowej. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 33.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2011). Prawo rynku finansowego: Istota, tworzenie i zasady działania rynku finansowego. W: A. Drwiłło (red.), *Podstawy finansów i prawa finansowego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Jurkowska-Zeidler, A. (2017). Rzecznik Finansowy: Nowa instytucja ochrony klienta na rynku usług finansowych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, 38.
- Jagielska, M. (2010). *Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kaszubski, R. (2006). *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*. Kraków: Zakamycze.
- Kosikowski, C. (2016). Nowe prawo rynku finansowego Unii Europejskiej. W: A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Leszczyński, L. (2001). *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*. Kraków: Wolters Kluwer.
- Łętowska, E. (2004). *Europejskie prawo umów konsumenckich*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Łętowska, E. (2005). Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje. *Państwo i Prawo*, 4.
- Nieborak, T. (2016). *Tworzenie i stosowanie prawa rynku finansowego a proces ekonomizacji prawa*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.
- Nieborak, T. (2011). Decyzja jako szczególna forma działań podejmowanych przez Europejski Organ Nadzoru Bankowego. W: A. Pomorska, P. Smoleń, J. Stelmasiak, A. Gorgol (red.), *Prawo finansowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Wandzie Wójtowicz*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Nieborak, T. (2018). *Soft lex, sed lex? On New Regulatory Instruments For the EU Financial Market. Przegląd Zachodni*.
- Nieborak, T. (2017). Rynek finansowy jako dobro wspólne, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3.

- Olszak, M. (2011). *Bankowe normy ostrożnościowe*. Białystok: Wydawnictwo Temida 2.
- Olszak, M. i Olszak, M. (2014). Bazylea III – nowe standardy adekwatności kapitałowej i płynności banków. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 9.
- Osajda, K. (red.). (2019). *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 5* (wyd. 3). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Pernice, I. (1999). Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, 36.
- Wymeersch, E. (2006). The Structure of Financial Supervision in Europe. About single financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple financial Supervisors, Ghent University, Financial Law Institute. *Working Papers Series*.
- Zalcewicz, A. (2020). Organy nadzorujące funkcjonowanie rynku finansowego a innowacyjne technologie finansowe. W: A. Gorgol (red.), *Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego. Problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Zalcewicz, A. (2010). Zmiany struktury instytucjonalnej i koncepcji nadzoru nad jednolitym rynkiem finansowym UE. W: A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku* (wyd. 1). Warszawa: CeDeWu.