

OBOWIĄZKI INFORMACYJNE W UMOWACH O USŁUGI FINANSOWE

Piotr Tereszkiewicz

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business

OBOWIĄZKI INFORMACYJNE W UMOWACH O USŁUGI FINANSOWE

**STUDIUM INSTRUMENTÓW
OCHRONNYCH
W PRAWIE PRYWATNYM
I PRAWIE UNIJNYM**

Piotr Tereszkievicz



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2015

Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Stan prawny na 1 czerwca 2014 r.

Recenzent

Dr hab. Krzysztof Oplustil

Wydawca

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący

Małgorzata Jarecka

Opracowanie redakcyjne

Anna Krzesz

Łamanie

Wolters Kluwer

Układ typograficzny

Marta Baranowska

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.



SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by Wolters Kluwer SA, 2015

ISBN 978-83-264-3426-6

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów / 17

Podziękowania / 23

Wprowadzenie / 25

Część I

Analiza ochrony informacyjnej na gruncie wybranych typów umów o świadczenia finansowe / 55

Rozdział I

Ochrona informacyjna na gruncie umowy kredytu / 57

1. Wprowadzenie. Dogmatyczna kwalifikacja umowy kredytu / 57
 - 1.1. Stosunek do umowy pożyczki / 58
 - 1.2. Ujęcie kredytu na gruncie regulacji kredytu konsumenckiego / 60
 - 1.3. Praktyka bankowa / 60
 - 1.4. Typowe ryzyka stron umowy kredytu / 61
 - 1.5. Konkluzja / 63
2. Przegląd stanowisk praw narodowych w zakresie obowiązków informacyjnych i doradczych kredytodawcy / 64
 - 2.1. Prawo francuskie / 64
 - 2.1.1. Wprowadzenie / 64
 - 2.1.2. Obowiązek ostrzegawczy banku / 66
 - 2.1.3. Inne postaci obowiązków banku wobec kredytobiorcy / 77
 - 2.1.4. Proceduralny reżim obowiązków banku / 80
 - 2.1.5. Sankcja naruszenia obowiązku ostrzegawczego / 82
 - 2.1.6. Ocena stanowiska prawa francuskiego / 83

- 2.2. Obowiązki banku oferującego świadczenia inwestycyjne / **84**
 - 2.2.1. Obowiązek eksploracyjny banku / **85**
 - 2.2.2. Obowiązek informacyjno-ostrzegawczy o treści produktu / **85**
 - 2.2.3. Granice obowiązków przedsiębiorstwa inwestycyjnego / **89**
 - 2.2.4. Obowiązek doradczy wobec inwestora / **90**
 - 2.2.5. Odpowiedzialność odszkodowawcza wobec inwestora / **91**
 - 2.2.6. Ocena stanowiska prawa francuskiego / **92**
- 2.3. Prawo niemieckie / **92**
 - 2.3.1. Wprowadzenie / **92**
 - 2.3.2. Obowiązek informacyjny banku wobec kredytobiorcy / **94**
 - 2.3.3. Obowiązek doradczy banku wobec kredytobiorcy / **100**
 - 2.3.4. Obowiązek badania zdolności kredytowej / **101**
 - 2.3.5. Sankcje naruszenia obowiązków informacyjnych przez bank / **102**
 - 2.3.6. Ocena stanowiska prawa niemieckiego. Wpływ prawa konsumenckiego / **103**
 - 2.3.7. Ochrona inwestora na gruncie prawa prywatnego / **106**
 - 2.3.8. Ocena / **107**
- 2.4. Prawo angielskie / **109**
 - 2.4.1. Wprowadzenie / **109**
 - 2.4.2. Obowiązek informacyjny i doradczy banku wobec kredytobiorcy / **109**
 - 2.4.3. Obowiązek lojalności banku wobec klienta. Stosunek powiernictwa / **114**
 - 2.4.4. Ocena / **118**
- 2.5. Stanowisko prawa polskiego w zakresie obowiązków informacyjnych instytucji finansowej / **119**
 - 2.5.1. Wprowadzenie / **119**
 - 2.5.2. Ustawa – Prawo bankowe / **120**
 - 2.5.3. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do ochrony informacyjnej klienta banku i jego krytyka / **123**

- 2.5.4. Ochrona informacyjna nabywcy produktów inwestycyjnych (inwestora) / **127**
- 2.5.5. Wstępna ocena / **130**
- 3. Konstrukcja modelu ochrony informacyjnej klienta usług finansowych w prawie unijnym i polskim / **130**
 - 3.1. Umowa kredytu / **130**
 - 3.1.1. Wprowadzenie / **130**
 - 3.1.2. Ocena formalnego modelu ochrony informacyjnej / **132**
 - 3.1.3. Krytyka modelu informacyjnego z perspektywy funkcji socjalnej prawa prywatnego / **133**
 - 3.1.4. Obowiązek udzielenia wyjaśnień na gruncie dyrektywy 2008/48/WE / **135**
 - 3.1.5. Model odpowiedzialnego udzielania kredytu jako antyteza ochrony informacyjnej / **154**
 - 3.2. Ochrona informacyjna inwestora w prawie unijnym / **162**
 - 3.2.1. Wprowadzenie / **162**
 - 3.2.2. Zakres harmonizacji na gruncie dyrektywy MiFID i jej znaczenie dla prawa prywatnego / **167**
 - 3.2.3. System obowiązków przedsiębiorstwa inwestycyjnego na gruncie dyrektywy MiFID / **169**
 - 3.2.4. Przepisy dyrektywy MiFID a dogmatyka prawa narodowego / **235**
 - 3.2.5. Ocena systemu ochronnego na gruncie dyrektywy MiFID / **237**
 - 3.2.6. Dyrektywa MiFID a umowy dotyczące produktów finansowych wysokiego ryzyka / **240**
 - 3.2.7. Nowelizacja dyrektywy MiFID. Dyrektywa MiFID II / **248**
- 4. Rozważania ogólne. Model powinienego zachowania banku jako kredytodawcy oraz doradcy klienta / **250**
 - 4.1. Przydatność konstrukcji umowy bankowej / **256**
 - 4.1.1. Stan piśmiennictwa i jego ocena / **256**
 - 4.1.2. Konstrukcja umowy ramowej w prawie unijnym / **260**
 - 4.2. Treść umowy kredytu jako przesłanka obowiązku informacyjnego / **260**
 - 4.3. Szczególne zastosowania obowiązku informacyjnego banku / **264**

- 4.3.1. Kredyt udzielany w celu restrukturyzacji zadłużenia / 264
- 4.3.2. Kredyty udzielane w walucie obcej / 266
- 4.3.3. Obowiązek odmowy udzielenia kredytu ze względu na ochronę interesów klienta / 268
- 4.4. Obowiązek informacyjny banku w odniesieniu do zamierzonego wykorzystania kredytu / 270
 - 4.4.1. Uwagi ogólne / 270
 - 4.4.2. Zalecenia banku co do wykorzystania kredytu / 272
 - 4.4.3. Determinacja wykorzystania kredytu / 272
 - 4.4.4. Problematyka ciężaru dowodu / 277
 - 4.4.5. Zagadnienie przypisania kredytodawcy skutków zachowania się pośredników / 278
- 4.5. Obowiązki kredytodawcy w związku z ustawowym prawem kredytobiorcy-konsumenta do odstąpienia od umowy / 280
- 4.6. Kredyt udzielany w celu nabycia instrumentów finansowych / 284
- 4.7. Konflikty interesów a obowiązek informacyjny banku / 288
 - 4.7.1. Ocena na gruncie umowy kredytu / 288
 - 4.7.2. Perspektywa prawa czynności inwestycyjnych / 290

Rozdział II

Ochrona informacyjna klienta ubezpieczeniowego / 295

- 1. Potrzeba informacyjna ubezpieczającego / 295
- 2. Ubezpieczenie a inne postaci produktów finansowych / 297
- 3. Stanowisko angielskiego *common law*. Przydatność kategorii *uberrimae fidei* / 299
- 4. Wnioski / 303
- 5. Charakter prawny obowiązku ubezpieczyciela / 304
- 6. Formalny model informacyjny w umowie ubezpieczenia / 305
 - 6.1. Wprowadzenie / 305
 - 6.2. Informacja o świadczeniu ubezpieczeniowym / 307
 - 6.3. Umowa ubezpieczenia na życie z funduszem kapitałowym / 308
 - 6.4. Informacja o ryzyku transakcyjnym – szczególna kategoria prawa ubezpieczeń / 309
 - 6.4.1. Treść obowiązku / 309
 - 6.4.2. Sankcja naruszenia obowiązku / 311

- 6.5. Ocena stanu ustawowego / **312**
- 7. Obowiązek doradczy ubezpieczyciela / **312**
 - 7.1. Analiza na gruncie dyrektywy 2002/92/WE / **312**
 - 7.1.1. Obowiązek eksploracyjny pośrednika ubezpieczeniowego / **313**
 - 7.1.2. Obowiązek doradczy pośrednika ubezpieczeniowego / **315**
 - 7.1.3. Ocena / **316**
 - 7.2. Obowiązek doradczy na gruncie implementacji dyrektywy 2002/92/WE / **317**
 - 7.2.1. Prawo polskie / **317**
 - 7.2.2. Ustawowy obowiązek doradczy ubezpieczyciela na gruncie ustawy niemieckiej / **319**
- 8. Ubezpieczenie jako produkt. Przykłady z orzecznictwa / **327**
- 9. Zindywidualizowany model informacyjny w umowie ubezpieczenia – propozycja rozwiązania z perspektywy prawa polskiego / **329**
 - 9.1. Ubezpieczenia o funkcji odszkodowawczej / **332**
 - 9.2. Ubezpieczenia o funkcji kapitałowej / **333**
- 10. Obowiązki instytucji finansowej jako kontrahenta a status pośredników informacyjnych / **335**
- 11. Przydatność idei odpowiedzialności za produkt niebezpieczny w analizie usług finansowych / **337**
 - 11.1. Prawo unijne i polskie / **338**
 - 11.2. Stanowisko prawa amerykańskiego – wzmianka / **341**
 - 11.3. Wnioski / **343**
 - 11.3.1. Zagadnienie percepcji ryzyka produktu / **343**
 - 11.3.2. Wada produktu czy niedochowanie standardu zachowania się przez producenta / **344**
 - 11.3.3. Idea „wad” umowy w dziedzinie usług finansowych – wybrane przykłady z orzecznictwa / **345**
 - 11.3.4. Konkluzja politycznoprawna / **347**

Rozdział III

Ochrona informacyjna poręczyciela / 349

- 1. Specyfika poręczenia jako typu umowy / **349**
 - 1.1. Wprowadzenie / **349**
 - 1.2. Poręczenia altruistyczne a komercyjne / **350**

- 1.3. Asymetria informacyjna w umowach poręczenia / **353**
2. Ujęcie informacyjnej ochrony poręczyciela w wybranych systemach prawnych / **354**
 - 2.1. Stanowisko prawa polskiego / **354**
 - 2.2. Ochrona informacyjna poręczyciela z perspektywy prawnoporównawczej / **357**
 - 2.2.1. Prawo angielskie / **358**
 - 2.2.2. Prawo francuskie / **384**
 - 2.2.3. Prawo niemieckie / **410**
 - 2.2.4. Prawo holenderskie / **424**
 - 2.2.5. Ochrona poręczyciela na gruncie prawa unijnego / **431**
3. Teoretyczne uzasadnienie obowiązków informacyjno-doradczych wierzyciela wobec poręczyciela / **433**
 - 3.1. Perspektywa konstytucyjna / **433**
 - 3.2. Uzasadnienie instytucjonalne / **435**
 - 3.3. Zagadnienie nieodpłatności poręczenia / **436**
 - 3.4. Poręczenie a wyzysk i nieważność czynności prawnej / **437**
 - 3.4.1. Uniwersalizacja *ratio legis* art. 388 k.c. / **441**
 - 3.4.2. Przesłanka „relacji zaufania” na gruncie art. 388 k.c. / **443**
 - 3.4.3. Ocena na gruncie art. 58 k.c. / **445**
 - 3.4.4. Określoność nakazu zachowania się adresowanego do wierzyciela / **450**
 - 3.5. Elementy modelu informacyjnego ochrony poręczyciela / **455**
 - 3.5.1. Informacja o treści i skutkach umowy poręczenia / **455**
 - 3.5.2. Obowiązek wierzyciela do nakłonienia poręczyciela, aby zasięgnął niezależnej rady / **458**
 - 3.5.3. Ocena rozwiązania doradczego / **465**
 - 3.5.4. Zakres zastosowania modelu doradczego / **466**
 - 3.5.5. Sankcja naruszenia obowiązku przez wierzyciela / **468**
 - 3.5.6. Ocena z perspektywy prawa polskiego / **470**
 - 3.5.7. Ocena modelu kontroli zgodności umowy z zasadami współżycia społecznego / **471**
 - 3.5.8. Reżym ochronny dla zabezpieczeń rzeczowych / **472**

Część II

**Ochrona informacyjna w systemie instrumentów ochronnych
w prawie prywatnym / 475**

Rozdział IV

**Rozważania o generalizacji obowiązków informacyjnych na gruncie
systemu ochrony w prawie prywatnym / 477**

1. Znaczenie dogmatyki prawa umów w formułowaniu kryteriów obowiązków informacyjnych / 478
 - 1.1. Figura *uberrimae fidei* jako kategoria deskryptywna / 478
 - 1.2. Przydatność kategorii powiernictwa jako kryterium obowiązków informacyjnych / 480
 - 1.2.1. Doniosłość kategorii powiernictwa na gruncie *common law* / 480
 - 1.2.2. Szczegółowe unormowanie obowiązku informacyjnego powiernika / 484
 - 1.2.3. Powiernictwo a *undue influence* / 487
 - 1.2.4. Perspektywa piśmiennictwa polskiego / 490
 - 1.3. Stypizowany układ interesów stron jako kryterium obowiązku informacyjnego / 492
 - 1.4. Relatywizacja kryterium układu interesów / 495
 - 1.4.1. Otwartość koncepcji / 495
 - 1.4.2. „Demitologizacja” stadium przedkontraktowego / 499
 - 1.4.3. Paradygmatyczna rola umowy sprzedaży w kształtowaniu wzorców argumentacji / 502
 - 1.4.4. Wnioski z doktryny niemieckiej / 503
 - 1.4.5. Wnioski z doktryny francuskiej / 507
 - 1.4.6. Prawo polskie / 508
 - 1.4.7. Prawo unijne: dyrektywa 99/44/WE – wzmianka / 512
 - 1.5. Przydatność reżimu umowy sprzedaży w dziedzinie usług finansowych / 513
 - 1.5.1. Doniosłość instytucji rękojmi / 513
 - 1.5.2. Doniosłość przyczynowości braku informacji dla decyzji transakcyjnej / 515

- 1.5.3. Uprzywilejowana pozycja informacyjna sprzedawcy. *Caveat emptor* / **515**
- 1.6. Przedmiot świadczenia stron jako kryterium obowiązków informacyjnych / **518**
- 1.7. Losowy charakter umowy jako kryterium obowiązków o charakterze informacyjnym / **519**
- 2. Obowiązki informacyjne a system wad oświadczeń woli / **521**
 - 2.1. Obowiązki informacyjne a błąd / **521**
 - 2.1.1. Doniosłość obowiązków eksploracyjnych / **521**
 - 2.1.2. Doniosłość błędu w dziedzinie usług finansowych / **528**
 - 2.1.3. Przydatność formuły błędu w nowych projektach kodyfikacyjnych / **531**
 - 2.2. Obowiązki informacyjne a podstęp / **532**
 - 2.2.1. Wprowadzenie / **532**
 - 2.2.2. Podstęp jako instytucja ochrony przed deficytem informacyjnym / **535**
 - 2.2.3. Milczenie jako podstęp / **537**
 - 2.2.4. Konkluzja / **539**
 - 2.3. Figura prawna generalnego obowiązku informacyjnego / **540**
 - 2.3.1. Generalny obowiązek informacyjny jako figura retoryczna / **540**
 - 2.3.2. Negatywne ujęcie ogólnego obowiązku informacyjnego / **542**
 - 2.3.3. Krytyczna ocena / **544**
 - 2.3.4. Obiektywna doniosłość informacji jako przesłanka obowiązku informacyjnego / **547**
 - 2.3.5. Kryterium dostępu do informacji / **550**
- 3. Obowiązek doradczy jako instytucja ogólna prawa umów / **556**
 - 3.1. Przesłanki obowiązku doradczego / **556**
 - 3.2. Uzasadnienie obowiązku doradczego / **557**
 - 3.3. Koszty doradztwa / **559**
 - 3.4. Ryzyka instytucji doradztwa / **560**
 - 3.5. Propozycja rozwiązania / **560**
 - 3.6. Wymóg adekwatności świadczenia umownego jako uzupełnienie obowiązku doradczego / **561**
- 4. Instytucja wyzysku i nieważności czynności prawnej jako uzupełnienie ochrony informacyjnej / **564**

- 4.1. Wprowadzenie / **564**
- 4.2. Uzasadnienie instytucji wyzysku / **567**
- 4.3. Przesłanka subiektywna po stronie wyzyskanego / **569**
 - 4.3.1. Brak doświadczenia na gruncie art. 388 k.c. / **569**
 - 4.3.2. Wyzysk a lekkomyślność / **573**
- 4.4. Przesłanka obiektywna: nieproporcjonalność świadczeń / **574**
- 4.5. Doniosłość relacji zaufania na gruncie wyzysku lub nieważności / **581**
- 4.6. Niezależna rada udzielona wyzyskanemu jako negatywna przesłanka wyzysku / **582**
- 4.7. Nieważność czynności prawnej ze względu na naruszenie obowiązku informacyjnego / **584**
- 5. Podział funkcji między judykaturę a legislaturę w statuowaniu instrumentów ochrony informacyjnej / **586**

Rozdział V

Teoretyczne uzasadnienie instytucji obowiązków informacyjnych / 591

- 1. Autonomia woli jako źródło obowiązków informacyjnych / **591**
 - 1.1. Autonomia jako odpowiedzialność za własne sprawy (negatywny wymiar autonomii) / **593**
 - 1.1.1. Negatywny wymiar autonomii a obowiązki informacyjne / **593**
 - 1.1.2. Negatywny wymiar autonomii a idea odpowiedzialnego udzielania kredytu / **596**
 - 1.2. Autonomia jako dostępność adekwatnych opcji (pozytywny wymiar autonomii) / **598**
 - 1.2.1. Ryzyko braku zrozumienia przez klienta konstrukcji produktu / **601**
 - 1.2.2. Altruizm ze strony instytucji finansowej / **602**
 - 1.3. Konkluzja / **607**
- 2. Obowiązki informacyjne a sprawiedliwość umowna / **608**
 - 2.1. Sprawiedliwość wyrównawcza a sprawiedliwość rozdzielcza / **608**
 - 2.2. Jednolite ujęcie sprawiedliwości / **612**
- 3. Model normatywny kontrahenta w świetle dorobku nauk behawioralnych / **615**

- 3.1. Proces nabywania informacji z perspektywy nauk behawioralnych / **615**
- 3.2. Ocena i znaczenie zjawisk behawioralnych dla modelu normatywnego klienta instytucji finansowych / **619**

Rozdział VI

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków informacyjnych / 624

- 1. Wykonanie obowiązku informacyjnego / **624**
- 2. Postulaty dotyczące sposobu przekazywania informacji. Postulaty ekonomii informacyjnej / **626**
 - 2.1. Zasada kooperacji / **627**
 - 2.1.1. Ilość informacji / **627**
 - 2.1.2. Jakość informacji / **630**
 - 2.2. Wymóg wskazania alternatywnego zachowania informacyjnego / **633**
 - 2.2.1. Istnienie alternatywnych zachowań informacyjnych / **633**
 - 2.2.2. Posłużenie się standardami empirycznymi / **635**
 - 2.2.3. Zastrzeżenia wobec powyższych propozycji / **637**
- 3. Sankcje naruszenia obowiązków informacyjnych w umowach o usługi finansowe / **637**
 - 3.1. Adekwatność wzruszalności umowy jako sankcji naruszenia obowiązków informacyjnych / **637**
 - 3.2. Wymóg przyczynowości naruszenia obowiązku informacyjnego dla decyzji kontrahenta / **640**
 - 3.3. Ustalenie rozmiaru szkody powstałej wskutek naruszenia obowiązku informacyjnego / **641**
 - 3.3.1. Stanowisko doktryny niemieckiej / **642**
 - 3.3.2. Stanowisko prawa angielskiego / **643**
 - 3.3.3. Ocena z perspektywy prawa polskiego / **645**
 - 3.4. Rozkład ciężaru dowodu w wypadku naruszenia obowiązków informacyjnych / **658**
 - 3.4.1. Stanowisko orzecznictwa francuskiego / **659**
 - 3.4.2. Ułatwienia dowodowe na gruncie prawa niemieckiego / **661**
 - 3.4.3. Stanowisko prawa polskiego / **665**
 - 3.4.4. Dowód prawdopodobieństwa wystąpienia szkody. Konstrukcja utraconej szansy / **673**

3.5.	Przyczynienie się poszkodowanego /	682
3.6.	Narażenie drugiej strony na określone ryzyko /	685
3.7.	Inne wybrane sankcje naruszenia zindywidualizowanych obowiązków informacyjnych /	686
3.7.1.	Prawo dostosowania umowy jako sankcja naruszenia obowiązków informacyjnych /	686
3.7.2.	Prawo wypowiedzenia umowy z tytułu naruszenia obowiązków informacyjnych /	688
Podsumowanie /		691
Bibliografia /		695
Duties of disclosure and advice in contracts relating to financial services (Summary) /		723
Indeks rzeczowy /		725

Wykaz skrótów

Źródła prawa

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny)
BW	Burgerlijk Wetboek (holenderski kodeks cywilny)
C. civ.	code civil (francuski kodeks cywilny)
C. consomm.	code de la consommation (francuski kodeks konsumencki)
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Projekt Wspólnego Systemu Odniesienia)
dyrektywa 85/577/EWG	dyrektywa z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa, Dz. Urz. WE L 372 z 31.12.1985, s. 31
dyrektywa 92/49/EWG	dyrektywa z dnia 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie i zmieniająca dyrektywy 73/239/EWG i 88/357/EWG (trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie), Dz. Urz. WE L 228 z 11.08.1992, s. 1
dyrektywa 2002/65/WE	dyrektywa z dnia 23 września 2002 r. o świadczeniu usług finansowych na odległość na rzecz konsumentów oraz zmieniająca dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE, Dz. Urz. WE L 271 z 9.10.2002, s. 16

dyrektywa 2002/83/WE	dyrektywa z dnia 5 listopada 2002 r. dotycząca ubezpieczeń na życie, Dz. Urz. WE L 345 z 19.12.2002, s. 1
dyrektywa 2002/92/WE	dyrektywa z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego, Dz. Urz. WE L 9 z 15.01.2003, s. 3
dyrektywa 2008/48/WE	dyrektywa z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki i uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG, Dz. Urz. UE L 133 z 22.05.2008, s. 66
dyrektywa 2014/17/UE	dyrektywa 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 z 28.02.2014, s. 34
dyrektywa MiFID	dyrektywa 2004/39/UE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych, zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG, Dz. Urz. UE L 145 z 30.04.2004, s. 1
dyrektywa MiFID II	dyrektywa 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. L 173 z 12.06.2014, s. 349
dyrektywa Wypłacalność II	dyrektywa 2009/138/UE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, Dz. Urz. UE L 335 z 17.12.2009, s. 1
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)

k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
KKG	Konsumkreditgesetz (szwajcarska ustawa o kredycie konsumenckim)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
PEICL/ZEPU	Principles of European Insurance Contract Law/Zasady Europejskiego Prawa Ubezpieczeń
PECL	the Principles of European Contract Law (Zasady Europejskiego Prawa Umów)
pr. bank.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 z późn. zm.)
rozporządzenie MiFID II	rozporządzenie Komisji (UE) nr 1287/2006 z dnia 10 sierpnia 2006 r. wprowadzające środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do zobowiązań przedsiębiorstw inwestycyjnych w zakresie prowadzenia rejestrów, sprawozdań z transakcji, przejrzystości rynkowej, dopuszczania instrumentów finansowych do obrotu oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy, Dz. Urz. UE L 241 z 02.09.2006, s. 1
u.d.u.	ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 950 z późn. zm.)
u.k.k.	ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 126, poz. 715 z późn. zm.)
u.o.i.f.	ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 94 z późn. zm.)
u.o.k.k.	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.)

u.p.n.p.r.	ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom handlowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 z późn. zm.)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz (niemiecka ustawa o umowie ubezpieczenia)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (niemiecka ustawa o obrocie papierami wartościowymi)
ZGB	Zivilgesetsbuch (szwajcarski kodeks zobowiązań)

Organy promulgacyjne

BBl.	Bundesgesetzblatt
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. WE/UE	Dziennik Urzędowy Wspólnoty Europejskiej/Unii Europejskiej

Sądy, instytucje i organy publiczne

BGH	Bundesgerichtshof (Federalny Trybunał Sprawiedliwości, niemiecki Sąd Najwyższy)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny)
ETS/TSUE	Europejski Trybunał Sprawiedliwości/Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
SA	Sąd Apelacyjny
SK	Sąd Kasacyjny (Cour de cassation, Francja)
SN	Sąd Najwyższy
TK	Trybunał Konstytucyjny

Zbiory orzecnictwa

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
-------------	---

Bull. Civ.	Bulletin Civil
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Cywilna
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	Orzecznictwo Sądów Powszechnych i Komisji Arbitrażowych
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
Zb. Orz.	Zbiór Orzeczeń

Czasopisma

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
CBLJ	Canadian Business Law Journal
CLR	California Law Review
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
J.C.P. ed. E	Juris Classeur Périodique, édition Entreprise
J.C.P. ed. G	Juris Classeur Périodique, édition Générale
JLS	Journal of Legal Studies
JZ	Juristenzeitung
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego
MPB	Monitor Prawa Bankowego
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NP	Nowe Prawo
NYULR	New York University Law Review
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
PB	Prawo Bankowe
PiM	Prawo i Medycyna
PiP	Państwo i Prawo
PPH	Przegląd Prawa Handlowego

PS	Przegląd Sądowy
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RDBF	Revue de droit bancaire et financiere
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny
RTDciv	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDcom	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
SC	Studia Cywilistyczne
TPP	Transformacje Prawa Prywatnego
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
UCLR	University of Chicago Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
VersR	Versicherungsrecht
VLR	Virginia Law Review
WM	Wertpapiermitteilungen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
YLJ	Yale Law Journal
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

Podziękowania

Przywilejem autora jest możliwość podziękowania osobom i instytucjom, które obdarzyły go swoją pomocą i zaufaniem. Dziękuję serdecznie Panu Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi za to, że wiele lat służył mi nieocenioną radą i cierpliwym wsparciem, zachęcając do pracy nad niniejszą książką w przyjętym przeze mnie kształcie. Równie serdeczne podziękowania kieruję do Pana Profesora Christiana Baldusa, pod którego życzliwą i pełną zaangażowania opieką naukową prowadziłem prace badawcze na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Heidelbergu. Bardzo dziękuję Panom Profesorom Jerzemu Pisulińskiemu i Fryderykowi Zollowi za cenne wskazówki dotyczące prowadzonych przeze mnie prac. Inspirujących rad udzielili mi także Pan Profesor David Campbell, Pan Profesor Wojciech Dajczak oraz Pan Doktor Dori Kimel, którym serdecznie dziękuję. Za wyrazy przyjaźni i wsparcia dziękuję Doktorowi Romanowi Guskiemu, Profesorowi Friedemannowi Kainerowi oraz Michałowi Bobrzyńskiemu.

Książka ta jest owocem prowadzonych przeze mnie prac badawczych w ramach stypendium i grantu badawczego uzyskanego od Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG). Za wszechstronną pomoc finansową, umożliwiającą nieskrępowaną pracę badawczą, jestem tej instytucji głęboko zobowiązany. Dziękuję serdecznie Wydziałowi Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego za dofinansowanie kosztów publikacji. Wydawnictwu Wolters Kluwer dziękuję za dobrą współpracę.

Źródłem nieustającego wsparcia i inspiracji jest dla mnie moja Rodzina, a w szczególności żona Sina oraz nasze dzieci Alina, Emilia i Gabriel. Wyrazy największej wdzięczności kieruję właśnie do Nich.

Kraków, listopad 2014 r.

Piotr Tereszkiewicz

Wprowadzenie

1. Metoda i cel niniejszej pracy

Niniejsza praca poświęcona jest instytucji obowiązków informacyjnych w umowach o usługi finansowe. Obowiązki informacyjne stanowią jeden z instrumentów ochrony w dziedzinie prawa umów i prawa konsumenckiego. Istota ochrony informacyjnej polega na tym, że porządek prawny nakłada na jedną ze stron obowiązek dokonania określonego przekazu informacyjnego na rzecz drugiej strony w związku z zawieraną umową. Prawodawca kieruje się założeniem, że informacja przekazywana stronie stanowi istotną przesłankę decyzyjną w odniesieniu do zawieranej umowy, umożliwiając tej stronie realne wykonywanie jej autonomii woli. Wzrost znaczenia obowiązków informacyjnych jako instrumentu ochrony w prawie umów i w prawie konsumenckim wynika niewątpliwie z prawodawstwa Unii Europejskiej na przełomie XX i XXI wieku. Liczne akty prawa unijnego, w szczególności dyrektywy z zakresu ochrony konsumenta, statuują obowiązki informacyjne. Przedmiotem obligatoryjnej informacji jest zasadniczo treść zawieranej umowy, przedmiot świadczenia umownego oraz ustawowe uprawnienia konsumenta. Warto podkreślić, że ustawodawca unijny w zasadniczej mierze nakładał obowiązki informacyjne za pomocą aktów prawnych regulujących zagadnienia szczegółowe. Z jednej strony obowiązki informacyjne wiązano z określoną potrzebą ochrony konsumenta ze względu na sposób zawarcia umowy w wypadku umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa lub na odległość¹. Z drugiej strony nawiązywano do potrzeby informacyjnej konsumenta ze względu na typ prawny lub

¹ Zob. np. dyrektywę 85/577/EWG w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa; dyrektywę 97/7/WE w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość; dyrektywę 2002/65/WE dotyczącą sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość.

cel ekonomiczny zawieranej umowy, jak kredyt konsumencki, *timesharing* czy sprzedaż konsumencka². Idea generalizacji obowiązków informacyjnych w drodze zastosowania ich do szerszego katalogu typów umów lub objęcia nimi większości umów konsumenckich pojawiła się w związku z dążeniem do systematyzacji i rozbudowy unijnego *acquis* w dziedzinie prawa umów i prawa konsumenckiego, w szczególności w ramach inicjatyw Projektu Wspólnego Systemu Odniesienia oraz Zasad *Acquis*³. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że obowiązki informacyjne na gruncie szczegółowych aktów prawa unijnego zasadniczo posługują się tzw. formalnym i niespersonalizowanym modelem informacyjnym⁴. Obowiązek udzielenia informacji nie jest zależny od faktycznej potrzeby informacyjnej kontrahenta czy jego subiektywno-merytorycznych właściwości w postaci np. faktycznej wiedzy czy doświadczenia. Przesłanką obowiązku informacyjnego jest zasadniczo formalny status kontrahenta na gruncie właściwych przepisów, a informacja udzielana jest co do zasady w sposób ujednolicony w zakresie formy, treści i intensywności wobec wszystkich kontrahentów podmiotu zobowiązanego do udzielania informacji.

Ewolucja prawa unijnego w kierunku intensyfikacji obowiązków informacyjnych przyczyniła się do wzrostu zainteresowania instrumentami ochrony informacyjnej w świetle narodowych praw prywatnych. Na gruncie powszechnych skodyfikowanych norm prawa prywatnego typowymi instrumentami ochrony informacyjnej tradycyjnie były i pozostają do dziś instytucje błędu i podstępu. Przyznają one stronie, które zawarła umowę pod wpływem określonego deficytu informacyjnego, możliwość wzruszenia tej umowy po spełnieniu określonych przesłanek. Instytucje błędu i podstępu przyczyniły się więc w sposób pośredni do wykształcenia obowiązków informacyjnych przez orzecznictwo w drodze sankcjonowania określonych postaci wprowadzenia

² Zob. np. dyrektywy 87/102/EWG oraz 2008/48/WE w sprawie umów o kredyt konsumencki; dyrektywę 99/44/WE w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji; dyrektywę 2008/122/WE w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany.

³ C. von Bar, E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Monachium 2009; *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, t. I, Monachium 2007, t. II, Monachium 2009.

⁴ Trafnie wskazują na to F. Faust, H.C. Grigoleit, *Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen* (w:) H. Eidenmüller, F. Faust, H.C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *Revision des Verbraucher-acquis*, Tybinga 2011, s. 197.

kontrahenta w błąd. W odróżnieniu od formalnego i niespersonalizowanego modelu informacyjnego na gruncie prawa unijnego, instytucje błędu i podstępu dają wyraz subiektywno-merytorycznemu modelowi ochrony informacyjnej. Po pierwsze, o tym, czy obowiązek informacyjny zachodzi w danym wypadku, rozstrzygają faktyczna wiedza lub potrzeba wiedzy drugiej strony. Po drugie, treść i zakres przekazywanej informacji zależne są od atrybutów danego kontrahenta, podlegając konkretyzacji *ad hoc*, uwzględniając okoliczności danego stanu faktycznego.

Intensyfikacja ochrony informacyjnej w prawie konsumenckim i prawie umów wywołuje szereg szczegółowych zagadnień wymagających opracowania. Po pierwsze, analizy wymaga możliwość i dopuszczalność generalizacji szczegółowych obowiązków informacyjnych odnoszących się do wybranych rodzajów umów. Zasadne jest pytanie, czy dopuszczalne jest formułowanie zgeneralizowanych norm regulujących obowiązki informacyjne w drodze syntezy czerpiącej z norm szczegółowych. Pytanie to odnosi się zarówno do przesłanek i treści obowiązków informacyjnych, jak i sankcji ich naruszenia. Po drugie, zagadnieniem o zasadniczym znaczeniu jest wpływ ochrony informacyjnej na inne instrumenty ochrony w prawie umów i prawie konsumenckim, w szczególności instrumenty ochrony za pomocą kontroli treści stosunku umownego, jak wyzysk czy nieważność czynności prawnej. Zbadania wymaga kwestia wzajemnej relacji między ochroną informacyjną a ochroną za pomocą kontroli treści stosunku prawnego, w szczególności odpowiedź na pytanie, czy oba te instrumenty mają charakter przeciwny, czy komplementarny.

Niniejsza praca podejmuje zarysowaną wyżej problematykę ochrony informacyjnej w odniesieniu do umów o świadczenia finansowe. Jej przedmiotem jest instytucja obowiązków informacyjnych w szeroko rozumianych umowach o świadczenia finansowe. Stanowi ona teoretyczno-dogmatyczne studium instrumentów ochrony w prawie umów, sytuując ochronę informacyjną w centrum rozważań. Celem pracy jest analiza i ocena wybranych instytucji na gruncie obowiązującego prawa polskiego i europejskiego.

W zakresie analizy materiału normatywnego i empirycznego posługuję się zasadniczo metodą indukcyjną⁵. Zakłada ona, że pierwszym krokiem jest zbadanie i ocena wybranych szczegółowych instytucji

⁵ Wzorem zastosowania takiej metody jest praca C.-W. Canarisa, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Monachium 1971.

i norm prawnych na gruncie systemu prawnego. Formułowanie generalnej teorii, za pomocą której możliwe jest wspólne objaśnienie poszczególnych instytucji ustawowych, następuje w stadium późniejszym. Tym samym tzw. część szczególna pracy poprzedza część ogólną. Pragnę uniknąć w ten sposób zabiegu polegającego na sformułowaniu czy wręcz przepisaniu jednej „właściwej” teorii, a następnie próby dopasowania szczegółowych rozwiązań ustawowych do tej teorii. Zasadnicza trudność wynikająca z zastosowania metody indukcyjnej polega na odpowiednim wyborze materiału normatywnego, którego katalog jest wręcz trudny do opisania we współczesnym systemie prawnym. Materiał normatywny analizowany w części szczegółowej wybrany został stosownie do założeń omówionych niżej, a mianowicie zilustrowania regulacji prawnych służących najbardziej typowym funkcjom ekonomicznym, jakie wypełniają umowy o usługi finansowe.

Metoda indukcyjna jest wyraźnie uzasadniona z uwagi na moją intencję, jaką jest abstrakcyjne określenie kryteriów determinujących zakres obowiązków informacyjnych między stronami zawieranej umowy, w szczególności w odniesieniu do ryzyka umownego związanego z treścią świadczenia. Zabieg ten jest złożony z następującego powodu. Specyfika ochrony informacyjnej sprawia, że w decydującej mierze jest ona kształtowana przez orzecznictwo sądowe, również w systemach prawa skodyfikowanego, jak Niemcy, Francja czy Polska. Poniższe rozważania prawnoporównawcze potwierdzą ten wniosek. Retrospektywna analiza judykatury, na podstawie której formułuje się normy rządzące obowiązkami informacyjnymi, często oznacza w gruncie rzeczy racjonalizację *ex post facto* orzeczeń sądowych. Dystans retrospektywnej oceny ułatwia przypisanie poszczególnych rozstrzygnięć sądowych wybranym doktrynom czy instytucjom, jak np. klauzuli generalnej dobrych obyczajów (zasad współżycia społecznego)⁶. Do metody, zgodnie z którą formułuje się teorie racjonalizujące istniejące orzecznictwo sądowe, a następnie oczekuje, że teorie te stanowić będą podstawę rozstrzygnięć w przyszłych sprawach, trzeba podchodzić sceptycznie. Potrzeba jasnej klasyfikacji i systematyki nierozzerwalnie związanej z formułowaniem abstrakcyjnych norm dotyczących obowiązków informacyjnych nie może zatem oznaczać próby wymuszonej racjonalizacji wszystkich istotnych orzeczeń sądowych dotyczących tej

⁶ Trafnie podkreśla ten aspekt J. O'Donovan, *Lender Liability. English Edition*, Londyn 2005, s. 66.

materii. Omawiana trudność związana jest również z niejednorodnością podstaw prawnych i kryteriów stosowanych w ocenie przesłanek obowiązków informacyjnych. Przedstawione niżej rozważania porównawcze uwidoczniają wielość instrumentów prawa cywilnego, w oparciu o które konstruuje się obowiązki informacyjne.

Retrospektywna ocena zachowania informacyjnego stron przez orzecznictwo wywołuje również inne wątpliwości. Po pierwsze, sędziowie nie są zawodowymi uczestnikami życia gospodarczego, w wielu przypadkach brak im teoretycznej i praktycznej wiedzy dotyczącej zawierania określonych rodzajów transakcji, w szczególności w dziedzinie usług finansowych⁷. Korzystanie z pomocy biegłych sądowych wydaje się często nieodzowne. Po drugie, rekonstrukcja przebiegu procesu zawierania umowy, w ramach którego miały miejsce określone akty komunikacji między stronami, wywołuje istotne praktyczne trudności. Po trzecie, spory sądowe, których przedmiotem jest ocena istnienia czy wykonania obowiązku informacyjnego jednej ze stron wobec drugiej, odbywają się przy pełnej znajomości faktów. W świetle prawa sądy obowiązane są do oceny zachowania stron z perspektywy *ex ante*. Realizacja tego idealistycznego wymogu jest utrudniona ze względu na tzw. fenomen *hindsight bias*, opisany w nauce psychologii. W świetle badań psychologicznych ustalono, że osoby, którym znane są rezultaty określonych zachowań, mają tendencję przeceniać prawdopodobieństwo, z jakim ów rezultat miałby wystąpić⁸. Z powyższych obserwacji wynika niewątpliwie to, że konieczna jest duża ostrożność w formułowaniu abstrakcyjnych norm dotyczących obowiązków informacyjnych na podstawie rozstrzygnięć judykatury.

Metodologicznie istotną rolę w niniejszym opracowaniu pełnią odniesienia do prawa obcego. Praca ta, jako całość, nie ma jednak

⁷ W kontekście zagadnienia opcji walutowych wskazuje na to A. Chłopecki, *Instrumenty pochodne w polskim systemie prawnym*, PPH 2009, nr 7, s. 9, zalecający sędziom „autotest”, a więc weryfikację, czy w sytuacji klienta byłoby w stanie zrozumieć ryzyko umowne. Wydaje się jednak, że „autotest” dokonywany przez sędziego odbywa się z natury w warunkach przywileju retrospektywnego i tylko sędziowie o znacznym doświadczeniu posiadają umniejszoną „zignorowania” wiedzy wynikającej z uprzywilejowanej oceny retrospektywnej. Kokluzję taką formułuje emerytowany przewodniczący senatu BGH W. Goette, głos w dyskusji (w:) M. Habersack (red.) i inni, *Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft*, Kolonia 2013, s. 174.

⁸ Por. m.in. H.R. Arkes, C.A. Schipani, *Medical Malpractice v. the Business Judgment Rule: Differences in Hindsight Bias*, Oregon Law Review 1994, t. 73, s. 613 i n.; J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, UCLR 1998, t. 65, s. 619 i n.; przystępnie D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Londyn 2011, s. 202 i n.

charakteru ściśle prawnoporównawczego w rozumieniu wyczerpującej analizy określonego zagadnienia prawnego na gruncie kilku porządków prawnych, a następnie oceny relatywnej wyższości jednego z analizowanych porządków prawnych nad pozostałymi⁹. Najbliższy klasycznej, funkcjonalnej metodzie porównawczej jest rozdział poświęcony ochronie poręczyciela w kontekście wzajemnej relacji między ochroną informacyjną a ograniczaniem zakresu swobody treści stosunków prawnych. Przedmiot rozważań stanowią rozmaite instrumenty wykształcone na gruncie narodowych porządków prawnych, wypełniające funkcję ochrony poręczyciela w dziedzinie prawa prywatnego. Rozdział ten ilustruje doniosłe różnice w zakresie fundamentalnych założeń i szczegółowych instrumentów, jakimi posługują się analizowane w tej pracy porządki prawne. W pozostałych częściach pracy odniesienia do zagranicznych porządków prawnych mają charakter bardziej ograniczony i instrumentalny, służyć one bowiem mają przede wszystkim uwzględnieniu dorobku doktryny i orzecznictwa zagranicznego w ramach analizy i oceny stanu prawa polskiego, a także formułowania postulatów *de lege ferenda*.

Wybierając katalog porządków prawnych podlegających analizie w niniejszej pracy, szczególną wagę przypisałem stanowiskom prawa niemieckiego, francuskiego i angielskiego. Wybór ten wydaje się uzasadniony z następujących względów. Prawo niemieckie i francuskie wywierają tradycyjnie najbardziej doniosły wpływ na polską doktrynę prawa prywatnego. W odniesieniu do tematyki niniejszej pracy wpływ prawa niemieckiego i francuskiego uzasadniony jest bogactwem dyskusji doktrynalnej i rozbudowanym orzecznictwem sądowym minionych dekad. Wpływ prawa angielskiego, jako porządku *common law*, na doktrynę polską był bardziej ograniczony, lecz wydaje się, że obecnie brakuje przekonującego uzasadnienia wyłączenia rozważań dotyczących prawa angielskiego. W kontekście omawianych w tej pracy zagadnień należy wskazać, że prawo angielskie charakteryzuje się niezwykle bogatym dorobkiem w zakresie umów dotyczących usług finansowych, wynikającym ze szczególnej wagi, jaką sektor usług finansowych doń przywiązywał i nadal przywiązuje w Wielkiej Brytanii. Obok tych trzech

⁹ Wydaje się, że przeważające zastosowanie ma nadal metoda funkcjonalna prawnoznawstwa porównawczego, por. R. Michaels, *The Functional Method* (w:) M. Reimann, R. Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oksford 2006, s. 340 i n. Metodą funkcjonalną posługuje się również F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, Wiedeń 2009.

wiodących tradycji prawnych w Europie, uwzględnieniu – w ograniczonym zakresie – podlega prawo holenderskie: porządek prawny, który odgrywa istotną rolę jako źródło inspiracji w pracach nad projektem nowego polskiego kodeksu cywilnego¹⁰. Wskazanie określonych rozwiązań stosowanych w prawie holenderskim może się przyczynić do weryfikacji tezy o trafności posługiwania się prawem holenderskim jako źródłem inspiracji.

2. Zakres przedmiotowy opracowania

Przedmiotem niniejszego opracowania jest ochrona informacyjna klienta instytucji finansowej na gruncie zarówno ustawodawstwa szczegółowego, z zakresu szeroko rozumianych usług finansowych, jak i instytucji ogólnych prawa prywatnego. Jednym z głównych celów niniejszego opracowania jest analiza wzajemnego wpływu i stosunku przepisów należących do różnych systemów regulacji, a mianowicie ogólnie obowiązującego prawa cywilnego, prawa konsumenckiego, jak również szczególnych dziedzin prawa regulującego usługi finansowe¹¹, czyli prawa bankowego, rynku kapitałowego czy ubezpieczeniowego w zakresie obowiązków informacyjnych. Innymi słowy, przedmiotem rozważań jest również sposób, w jaki ustawodawstwo szczególne odnoszące się do dziedziny świadczeń finansowych wpływa na instytucje ogólnego prawa cywilnego. Szerokie ujęcie analizowanej problematyki jest nie tylko konieczne ze względu na obowiązujący stan prawny, lecz również metodologicznie trafne. Niezasadne byłoby daleko idące pomi-

¹⁰ Por. materiały publikowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, *Sprawozdanie z działalności w roku 2005*, KPP 2006, t. XV, z. 2, s. 495 i n.: „Holandia ma w tej chwili najnowocześniejszy, jak się wydaje, kodeks cywilny w Europie, który stanowił wzorzec dla twórców litewskiego kodeksu cywilnego, a obecnie jest punktem odniesienia dla kodyfikatorów prawa cywilnego w Czechach, Słowacji i na Węgrzech” (s. 497); *Sprawozdanie z działalności za okres od 15 listopada 2006 r. do 31 grudnia 2007 r.*, KPP 2008, t. XVII, z. 2, s. 565–566.

¹¹ Warto podkreślić, że w doktrynie niektórych państw (np. Anglii, Francji) stosuje się termin „prawo finansowe” (ang. *financial law*; fr. *droit financier*, niekiedy również *droit financier et bancaire*), odnoszący się do szeroko rozumianego sektora świadczeń finansowych (bankowych, inwestycyjnych, ubezpieczeniowych), obejmujący aspekty publiczno- i prywatnoprawne w tym zakresie. W doktrynie polskiej termin „prawo finansowe” stosowany jest zasadniczo w odniesieniu do dziedziny prawa obejmującej problematykę finansów publicznych oraz, w niektórych wypadkach, podatki i opłaty publicznoprawne. Z uwagi na jej utrwalony charakter terminologia ta jest respektowana w niniejszym opracowaniu.

nięcie jednego z tych dwóch kompleksów regulacyjnych. Warto wskazać, że wybrane pozycje w literaturze, które odnoszą się do aspektów ochrony informacyjnej, rezygnują z tak szerokiego ujęcia. Z jednej strony opracowanie P. Mikłaszewicza¹² koncentruje się niemal wyłącznie na ustawodawstwie szczegółowym, omawiając postanowienia wybranych dyrektyw z zakresu ochrony konsumenta¹³, pomija natomiast w zasadniczej mierze stosunek tych norm szczegółowych do ogólnocywilnoprawnych instrumentów służących ochronie informacyjnej. Z drugiej strony klasycznie cywilnoprawna rozprawa M. Gutowskiego¹⁴ nie nawiązuje do zagadnienia normatywnej doniosłości instytucji ochrony informacyjnej w ustawodawstwie szczegółowym w świetle generalnych instytucji błędu i podstępu w kodeksie cywilnym. W moim przekonaniu obraz regulacji normatywnej, jakie te – przykładowo wskazane – prace prezentują nie jest całkowicie wyczerpujący. Niniejsze opracowanie zmierza przede wszystkim do uwidocznienia okoliczności, że system prawny posługuje się przynajmniej dwoma kompleksami regulacyjnymi w odniesieniu do ochrony informacyjnej. Prawo usług finansowych stanowi w tym zakresie użyteczny przykład, albowiem regulacja za pomocą ustawodawstwa szczegółowego jest w tej dziedzinie bardzo rozwinięta.

Zadaniem niemożliwym do wykonania byłoby omówienie całości zagadnień związanych z ochroną informacyjną. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostają zwłaszcza aspekty tzw. formalnego modelu informacyjnego, szeroko omawiane w doktrynie prawa konsumenckiego. W szczególności zagadnienia standardowych (niespersonalizowanych) obowiązków informacyjnych w sytuacjach typowego deficytu informacyjnego konsumenta, a mianowicie w umowach zawieranych na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa, nie stanowią przedmiotu analizy w niniejszym opracowaniu¹⁵ Rozważania dotyczące ogólnocy-

¹² P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.

¹³ Warto wskazać, że cytowany autor omawia – przykładowo – cztery szczegółowe dyrektywy, a wybór ten nie jest w pełni uzasadniony przez autora.

¹⁴ M. Gutowski, *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010.

¹⁵ Obowiązki o charakterze informacyjnym, zarówno w prawie unijnym, jak i prawie polskim, omawia w tym zakresie szczegółowo P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 247 i n. W kontekście usług bankowych por. E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, Warszawa 2013, s. 343 i n. Zob. również R. Szostak, *Odpowiedzialność cywilnoprawna za uchylenie się od obowiązku przedkontraktowej informacji konsumenckiej* (w:) M. Nesterowicz (red.), *Czyny niedozwolone*

wilnoprawnych instytucji służących ochronie informacyjnej, a mianowicie wad oświadczeń woli i wyzysku, prowadzone są zasadniczo z perspektywy usług finansowych. Ponadto niniejsze opracowanie nie odnosi się do zagadnienia obowiązków informacyjnych związanych z ofertą publiczną papierów wartościowych, prospektami emisyjnymi lub raportami publicznych spółek akcyjnych¹⁶. Zagadnienia te obejmują wiele aspektów wykraczających poza zindywidualizowaną relację między instytucją finansową a jej kontrahentem (klientem), która znajduje się w centrum zainteresowania niniejszej pracy. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje figura doktrynalna określana często jako odpowiedzialność przedkontraktowa, wykraczająca swoim zakresem poza zagadnienie obowiązków informacyjnych¹⁷.

3. Specyfika usług finansowych jako przedmiotu umowy

Świadczenia, a więc usługi i produkty o charakterze finansowym, jak ubezpieczenie, kredyt czy produkty inwestycyjne, mają bardzo złożony charakter. We współczesnym piśmiennictwie usługi te analizuje się z kilku perspektyw, które są komplementarne. Po pierwsze, zgodnie z tradycyjnym ujęciem, dominującym w doktrynie europejskiej, w tym także polskiej, wybrane usługi finansowe stanowią typy umowne: a) typy umowne poddane regulacji ogólnocywilnoprawnej (kodeksowej) czy na gruncie ustawodawstwa szczegółowego; b) typy umowne wykształcone empirycznie w praktyce obrotu umownego. Tytułem przykładu można wskazać na kompleksy norm dotyczące umów kredytu czy ubezpieczenia. Po drugie, w świetle nowych koncepcji w literaturze amerykańskiej świadczenia finansowe są produktami porównywalnymi

w prawie polskim i prawie porównawczym. *Materiały IV ogólnopolskiego zjazdu cywilistów*, Warszawa 2012, s. 520 i n.; B. Gnela, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 313 i n. W kontekście umowy kredytu konsumentckiego J. Pisuliński, *Umowa kredytu. Kredyt konsumencki* (w:) J. Panowicz-Lipska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2011, s. 439–440.

¹⁶ Zasadniczo pomijam zatem analizę ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych.

¹⁷ Zagadnieniu temu poświęcone jest opracowanie W. Kocota, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013.

do dóbr konsumenckich i w związku z tym winny podlegać regułom zbliżonym do tych, jakie rządzą odpowiedzialnością za produkt lub z tytułu gwarancji¹⁸. Można twierdzić, że koncepcja kredytu, usług inwestycyjnych lub ubezpieczenia jako produktu „dektraktualizuje” je w pewnym stopniu, narzucając element perspektywy odpowiedzialności ustawowej z tytułu „wad” produktu finansowego. Po trzecie, usługi finansowe oferowane przez instytucje finansowe określić można jako sektor działalności gospodarczej, podlegający regulacji publiczno-prawnej ze względu na doniosłość społeczno-gospodarczą produktów przezeń oferowanych. Perspektywa ta uwidocznia okoliczność, że instytucja umowy stanowi w określonych wypadkach jedynie narzędzie nawiązania szczegółowo uregulowanej relacji prawnej, jaką jest ubezpieczenie czy kredyt konsumencki. Po czwarte, usługi finansowe uznawane są również za instrument koordynacji zachowania prywatnych podmiotów, np. wspólnoty ubezpieczonych czy kredytobiorców, w określonej sferze życiowej (np. ochronie przed ryzykami, dostępie do kredytu). Relacje między instytucjami finansowymi a ich klientami stwarzają możliwość nadużycia pozycji przez te pierwsze – twórców produktów finansowych – kosztem ochrony pozycji prawnej tych drugich¹⁹.

Nie ulega wątpliwości, że argumenty wynikające ze wszystkich czterech powyższych perspektyw, z jakich rozpatrywane są usługi finansowe, zasługują na wnikliwą uwagę. Rozważania prowadzone w tym opracowaniu opierają się zasadniczo na rozumieniu świadczeń finansowych jako relacji umownych oraz jako produktów nabywanych przez kontrahentów instytucji finansowych. Analiza obowiązków natury informacyjnej związanych z umowami dotyczącymi usług finansowych uwzględniać jednak musi argumenty wynikające z publicznoprawnej regulacji sektora usług finansowych, a także funkcji gospodarczych, jakie usługi finansowe wypełniają we współczesnym społeczeństwie.

¹⁸ Perspektywę produktu, w szczególności w odniesieniu do umów kredytu, stosują O. Bar-Gill, E. Warren, *Making Credit Safer*, UPLR 2007, t. 157, nr 1, s. 101 i n.; E. Warren, *Product Safety Regulation as a Model for Financial Services Regulation*, Journal of Consumer Affairs 2008, t. 42, nr 3, s. 452 i n.; w odniesieniu do umowy ubezpieczenia D. Schwarcz, *A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies*, William and Mary Law Review 2007, t. 48, nr 4, s. 1389, 1394.

¹⁹ Por. K. Abraham, *Four Conceptions of Insurance*, UPLR 2013, t. 161, nr 3, s. 683, wskazując na tzw. *governance conception of insurance*.

4. Właściwości umów odnoszących się do usług finansowych

Objaśniając specyficzny charakter usług finansowych, należy wskazać na kilka typowych właściwości umów dotyczących usług finansowych we współczesnym obrocie masowym.

Posługując się kryterium statystycznym, większość umów dotyczących usług finansowych można objaśnić jako świadczenia oznaczone za pomocą klauzul umownych. Przykładowo polisa ubezpieczeniowa oraz ogólne warunki ubezpieczenia określają przedmiot umowy, wypadek ubezpieczeniowy, wyłączenia z zakresu polisy, obowiązki stron oraz szereg dalszych zagadnień. Analogiczny charakter mają umowy kredytu, poręczenia czy liczne postaci produktów o charakterze inwestycyjnym.

Umowy dotyczące usług finansowych w stopniu wyższym niż umowy odnoszące się do innych rodzajów produktów lub usług są umowami adhezyjnymi zawieranymi za pomocą ogólnych warunków umów²⁰. Paradigmatem umowy adhezyjnej pozostaje ubezpieczenie, sformułowane przez wyspecjalizowanego przedsiębiorcę, którego kontrahentem jest klient z reguły nieposiadający wiedzy z zakresu ubezpieczeń²¹. Należy podkreślić, że we współczesnym masowym obrocie usług finansowych zawieranie umów za pomocą wzorców umownych stanowi empirycznie udokumentowaną regułę. Odstąpienie od niej na rzecz indywidualnych negocjacji warunków transakcji ma w obrocie powszechnym charakter wyjątku.

Adhezyjny charakter typowych umów odnoszących się do usług finansowych sprawia, że zakres decyzji klienta ogranicza się do zawarcia umowy, natomiast nie ma on w praktyce żadnego wpływu na treść

²⁰ W odniesieniu do kredytu C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, wyd. 8, Paryż 2010, s. 314. Warto wskazać, że prominentną rolę umowom bankowym przypisywał w swoim studium wzorców umownych już L. Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg 1935, s. 145 (*Bankvertrag* jako jeden z paradygmatów relacji zawieranej przy zastosowaniu wzorca umownego). O umowie kredytu jako wzorcu umownym por. J. Molis (w:) F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I, Kraków 2005, s. 679 i n. W odniesieniu do ubezpieczenia zob. M. Orlicki, *Umowa ubezpieczenia* (w:) J. Panowicz-Lipska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2011, s. 812–813.

²¹ Por. M. Wandt, *Versicherungsrecht*, wyd. 5, Kolonia 2010, s. 1; K. Abraham, *Insurance Law & Regulation*, wyd. 5, Kolonia 2010, s. 31. Por. wyrok SN z dnia 29 listopada 1982 r., I CR 407/82, LEX nr 8495; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 292 i n.

postanowień umownych. Brak wpływu na treść umowy dotyczącej usług finansowych pozbawia zdecydowaną większość nabywców inicjatywy, aby zapoznać się z jej treścią. Polisy ubezpieczeniowe uznawane są powszechnie za typowy przykład dokumentów, które nie są czytane przez klientów, a w wielu wypadkach również przez nich nierozumiane²². Analogiczne oceny formułuje się w odniesieniu do kompleksowych instrumentów finansowych, które bywają niezrozumiałe również dla klientów posiadających wiedzę fachową i doświadczenie w dziedzinie usług finansowych²³.

Aspektem przesądzającym o specyfice usług finansowych jest również ich abstrakcyjny, niematerialny charakter. Usługi względnie świadczenia finansowe analizowane w tej pracy mają charakter niematerialny, mimo że mają zasadniczo związek ze świadczeniami lub środkami pieniężnymi. Okoliczność, że treść tych świadczeń (rezultat) może przybrać postać fizyczną, jak np. rekomendacja inwestycyjna, nie ma charakteru rozstrzygającego. Produkcja (kreacja) wybranych świadczeń finansowych (kredytu, ubezpieczenia, poręczenia, instrumentów finansowych), analizowanych w tej pracy, następuje za pomocą języka, konkretniej – klauzul umownych, które czynią te świadczenia swoistym produktem prawnym²⁴. Z perspektywy kontrahenta instytucji finansowej abstrakcyjny „produkt prawny ubezpieczenie” albo instrument finansowy istnieje tylko w postaci umowy, w szczególności w tych jej postanowieniach, które określają świadczenia ubezpieczyciela w momencie zrealizowania się wypadku ubezpieczeniowego względnie prawa i obowiązki posiadacza określonego instrumentu finansowego²⁵. Ochrona prawna, przyznawana na mocy umowy ubezpieczenia, pozostaje świadczeniem abstrakcyjnym podczas okresu obowiązywania

²² Według raportu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 70% ankietowanych określa ogólne warunki umów jako sformułowane w sposób co najmniej niezrozumiały, a zaledwie około 3% badanych deklaruje zrozumienie treści ogólnych warunków umów, por. *Opinia publiczna na temat ubezpieczeń*, www.uokik.gov.pl/download/ubezpieczenia_05_2004.pdf, s. 4.

²³ Por. niedawny wyrok BGH z dnia 22 marca 2011 r., *Ille./Deutsche Bank*, WM 2011, s. 682, w którym sąd uznał, że nierozumienie konstrukcji *swap* przez prokurenta klienta banku, osobę o wykształceniu ekonomisty, nie przesądza o przyczyniu się poszkodowanego.

²⁴ Sformułowanie „ubezpieczenie jako produkt prawny” stosuje M. Dreher, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, Tybinga 1992, s. 147. Niewątpliwie termin ten można stosować również do innych świadczeń finansowych.

²⁵ *Ibidem*, s. 58.

umowy, o ile przesłanki świadczenia pieniężnego ze strony ubezpieczyciela nie zostaną spełnione. Podobna sytuacja zachodzi w wypadku poręczenia, w którym poręczyciel za ledwie „ponosi” odpowiedzialność wobec wierzyciela do chwili zrealizowania się przesłanek tej odpowiedzialności.

Ponadto duży stopień pasywności nabywców usług finansowych jest ściśle związany z ograniczoną możliwością zapoznania się z treścią tych produktów. Punkt czasowy, w którym klient z reguły odkrywa przydatność (adekwatność) usługi finansowej do swoich potrzeb następuje po upływie określonego czasu od zawarcia umowy. Klient ubezpieczeniowy przekonuje się o tym, czy określone zdarzenie odpowiada definicji wypadku ubezpieczeniowego na gruncie danej polisy w chwili zgłoszenia żądania pokrycia szkody przez ubezpieczyciela²⁶. Reakcja ubezpieczyciela na żądanie pokrycia szkody ma w praktyce „opóźniony” walor informacyjny z perspektywy klienta: w optymalnych warunkach informację o tym, jaki jest zakres danej polisy ubezpieczeniowej, klient powinien efektywnie uzyskać w chwili zawierania umowy²⁷. Podobnie przebieg spłaty kolejnych rat kredytu stanowi efektywny sposób oceny, czy obciążenie wynikające z umowy kredytu jest dopasowane do sytuacji majątkowej kredytobiorcy. Identyczne zjawisko zachodzi w wypadku produktów inwestycyjnych, których realna wartość może zależeć od określonych zdarzeń przyszłych i niepewnych, określonych w umowie za pomocą skomplikowanych kalkulacji. Spory dotyczące instrumentów spekulatywnych o charakterze opcji ilustrują, że kontrahenci instytucji finansowych często dopiero po upływie kilku lat zdawali sobie sprawę z treści zaoferowanego im produktu finansowego.

Generalizując powyższe obserwacje, pomocna wydaje się analiza usług finansowych w ramach klasyfikacji dóbr stosowanych w naukach ekonomicznych. W piśmiennictwie ekonomicznym wyróżnia się zasadniczo trzy kategorie dóbr w kontekście stypizowanego stopnia wiedzy ich nabywcy o jakości tych dóbr, a w pewnych wypadkach również o ich cenie (kosztach):

- a) dobra „poszukiwane” (*search goods*), co do których potencjalny nabywca może samodzielnie zebrać informacje przed ich nabyciem.

²⁶ Por. J. Feinman, *The Insurance Relationship as Relational Contract and the „Fairly Debatable” Rule for First-Party Bad Faith*, San Diego Law Review 2009, t. 49, nr 3, s. 553, 554.

²⁷ Por. rozważania o naturze ogólnych warunków ubezpieczenia w wyroku SN z dnia 13 maja 2004 r., V CK 481/03, LEX nr 183801.

Tylko w wypadku tej kategorii dóbr możliwe jest porównanie kilku różnych produktów przed dokonaniem transakcji;

- b) dobra podlegające weryfikacji *ex post* (*experience goods*), co do których nabywca nie posiada informacji przed ich nabyciem względnie nie może ich uzyskać ze względu na specyfikę tego dobra²⁸. Nabycie i używanie takich dóbr stanowi równocześnie proces zasięgania informacji o ich jakości. Spośród klasycznych dóbr konsumpcyjnych do tej kategorii zaliczano w latach 70. XX w. np. biżuterię czy samochody²⁹;
- c) dobra zaufania (*credence goods*), których treści względnie jakości nabywca nie jest w stanie ustalić przed, a często również po ich nabyciu. Wiedza o jakości tych dóbr może być w określonych przypadkach nabyta po upływie dłuższego okresu czasu³⁰.

Powyższy podział nie jest całkowicie rozłączny, a poszczególne kategorie dóbr mogą się mieszać. Ponadto omawiane kategorie winny podlegać uzupełnieniu kryteriami kategorii cenowej i częstotliwości nabywania określonych produktów, albowiem kryteria te wpływają w równym stopniu na możliwość uzyskania informacji przez nabywcę³¹.

Omawiane w tej pracy usługi finansowe stanowią w zasadniczej mierze dobra zaufania, albowiem ich nabywcy uzyskują pełne informacje o ich treści (skutkach) zazwyczaj po upływie dłuższego czasu po ich nabyciu³². Nabywca usługi finansowej stwierdza jej jakość nie w chwili zawierania umowy w drodze inspekcji, lecz z reguły po wystąpieniu

²⁸ Brak możliwości uzyskania informacji może wynikać z różnych powodów, np. kosztu uzyskania informacji. Bliżej o kryteriach ekonomicznych podziału dóbr P. Nelson, *Information and Consumer Behavior*, Journal of Political Economy 1970, t. 78, nr 2, s. 311, 318; M.R. Darby, E. Karni, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, Journal of Law and Economics 1973, t. 16, s. 67 i n.; H. Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Kolonia 2001, s. 118 i n.

²⁹ Por. P. Nelson, *Information...*, s. 318, autor wskazuje na typowe przykłady dóbr poszukiwanych i dóbr ulegających weryfikacji *ex post*.

³⁰ Zagadnienie to dyskutowane jest w szczególności w literaturze ekonomicznej, por. m.in. *ibidem*, s. 311 i n. W literaturze polskiej na istnienie tego podziału zwraca uwagę P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wrocław 2010, s. 131.

³¹ Por. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, *Contractual Non-Disclosure*, Melbourne 1994, s. 161. W wypadku tanich i często nabywanych dóbr zaufania można oczekiwać, że ich nabywca po upływie określonego czasu uzyska określony zakres wiedzy o takich produktach.

³² W. Karten, *Ökonomische Aspekte einer EU-Richtlinie zur Versicherungsvermittlung*, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2002, t. 91, nr 1, s. 43, 45.

określonych zdarzeń po zawarciu umowy, np. zgłoszeniu żądania świadczenia przez ubezpieczyciela, doświadczeniu trudności ze spłatą kredytu czy zbyciu przedmiotu inwestycji w celu uzyskania określonej stopy zwrotu. W szczególności ubezpieczenie stanowi przykład umowy, w którym akt porozumienia między stronami istotnie wyprzedza ujawnienie jej postanowień³³. Wskazany deficyt informacyjny kontrahenta jest niezwykle doniosły w kontekście świadczeń informacyjnych związanych z usługami finansowych, albowiem skutki błędnie udzielonej informacji lub doradztwa stają się dostrzegalne dla klienta często po upływie dłuższego okresu czasu.

Perspektywa instytucji finansowej – seryjnie oferującej świadczenia finansowe swoim klientom – jest natomiast całkowicie odmienna od perspektywy klienta: treść przyszłych (hipotetycznych) świadczeń opisana jest jako element czasu teraźniejszego w chwili zawierania umowy w polisie ubezpieczeniowej czy w opisie produktu inwestycyjnego lub kredytowego. Instytucja finansowa dąży bowiem do wywołania przekonania u nabywcy produktu, że przedmiot świadczenia jest możliwie ściśle określony w chwili zawierania umowy, a zakres ryzyka czy niepewności dotyczący treści i jakości świadczenia – ograniczony.

Specyfika usług finansowych staje się mocno dostrzegalna w zderzeniu z normatywnym ujęciem przepisów dotyczących zobowiązań umownych. Uwzględniając charakter usług finansowych jako dóbr zaufania, trudność stwierdzenia „średniej jakości” rzeczy jako przedmiotu świadczenia w rozumieniu art. 357 k.c. nie ulega wątpliwości. Przepis ten nie jest adekwatny do oceny usług o charakterze finansowym (kredytu, ubezpieczenia czy produktu inwestycyjnego). Zawartą w nim ideę regulacyjną stosować można w dziedzinie usług finansowych najwyżej odpowiednio, lecz z istotnymi modyfikacjami. Również szerzej ujęta klauzula generalna w projekcie o wykonaniu i skutkach naruszenia zobowiązań z 2009 r.³⁴ nawiązuje zasadniczo do optyki prawa sprzedaży, stanowiąc, że „(...) przy ocenie usprawiedliwionych oczekiwań wierzyciela należy uwzględnić w szczególności **zwykłe przeznaczenie przedmiotu świadczenia** [podkr. – P.T.] lub przeznaczenie określone przez wierzyciela” (art. 1 § 2 projektu)³⁵. Kryterium „zwykłego przeznaczenia

³³ J. Feinman, *The Insurance Relationship*..., s. 557 („agreement now, terms later”).

³⁴ M. Pecyna (red.), *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem*, Kraków 2009.

³⁵ Jak wskazuje M. Spyra, *ibidem*, s. 46, projektowany przepis wzorowany jest na art. 2 ust. 2 lit. d dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej.

przedmiotu świadczenia” ma bardzo ograniczoną przydatność do oceny np. określonego rodzaju ubezpieczenia czy kredytu mieszkaniowego. Wskazane wyżej przepisy generalizują opis przedmiotu świadczenia umownego charakterystyczny dla umowy sprzedaży i rozciągają go na całe prawo zobowiązań umownych. Tymczasem w wypadku usług finansowych stwierdzenie „średniej” czy „zwyczajnej” jakości przedmiotu umowy z perspektywy określonego wierzyciela jest zadaniem bardziej złożonym niż w wypadku klasycznych dóbr konsumpcyjnych, a często wręcz niemożliwym do dokonania w chwili zawarcia umowy.

5. Sposób regulacji treści umów o świadczenia finansowe

Ochrona informacyjna w dziedzinie umów o usługi finansowe pełni zasadniczą funkcję jako instrument ochrony klienta w związku z tendencją do deregulacji rynków poszczególnych usług finansowych. Wymownym przykładem w tym zakresie jest deregulacja rynku ubezpieczeniowego w Unii Europejskiej, która nastąpiła w 1994 r. na mocy tzw. trzeciej generacji dyrektyw ubezpieczeniowych. Wprowadziła ona zasadę swobody kształtowania treści produktów ubezpieczeniowych³⁶. Ogólne warunki ubezpieczeniowe nie podlegają kontroli lub zatwierdzeniu przez publiczny organ nadzoru. Zasadę tę potwierdza wyraźnie dyrektywa Wypłacalność II (art. 181 i 182). Swoboda regulacji produktu oznacza, że ubezpieczyciele mają swobodę zindywidualizowanego kształtowania treści ogólnych warunków ubezpieczenia, które formułują³⁷. Wyjątek w tym zakresie stanowią ubezpieczenia obligatoryjne. Deregulacja rynku ubezpieczeniowego w UE obejmuje również brak regulacji wysokości premii ubezpieczeniowych (por. art. 181 i 182 dyrektywy Wypłacalność II, wydanej w ramach procesu ogólnej kodyfikacji

³⁶ Por. A. Schnyder, *Europäisches Bank- und Versicherungsrecht*, Heidelberg 2005, s. 5; M. Wandt, *Versicherungsrecht...*, s. 72 i n.; D. Fuchs, *Dyrektywy III generacji prawa ubezpieczeniowego oraz ich implementacja w wybranych prawodawstwach państw członkowskich Unii Europejskiej* (w:) C. Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998, s. 287 i n.

³⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/UE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wypłacalność II), Dz. Urz. UE L 335 z 17.12.2009, s. 1. Zob. także M. Wandt, *Versicherungsrecht...*, s. 73.

prawa ubezpieczeniowego w Unii Europejskiej)³⁸. Indywidualne kształtowanie treści ogólnych warunków ubezpieczenia pozwala na różnicowanie treści produktów ubezpieczeniowych oferowanych przez ubezpieczycieli. Różnicowanie to stało się narzędziem konkurencji rynkowej. Obok takich tradycyjnych czynników, jak reputacja, serwis przyjazny klientom, ubezpieczyciele konkurują nie tylko wysokością premii ubezpieczeniowych, lecz zindywidualizowanymi warunkami treści polis, którzy wydawać się mogą szczególnie korzystne dla klienta³⁹. Produkty ubezpieczeniowe poszczególnych ubezpieczycieli, pomimo identycznych nazw, wykazywać mogą istotne różnice w treści. Zasadniczym skutkiem swobody kształtowania treści polis jest brak regulacji poszczególnych rodzajów ubezpieczenia przez ustawodawcę. Na gruncie prawa polskiego przepisy kodeksu cywilnego oraz ustawy o działalności ubezpieczeniowej nie zawierają szczegółowych norm kształtujących (minimalną, obligatoryjną) treść świadczeń ubezpieczyciela.

Zbliżone konkluzje wyrazić należy w świetle ustawodawstwa unijnego odnoszącego się do usług o charakterze kredytowym i czynności inwestycyjnych⁴⁰. Dyrektywy odnoszące się do kredytu konsumenckiego oraz do obrotu instrumentami finansowymi nie zawierają – zasadniczo – postanowień regulujących wprost treść stosunków prawnych między instytucjami finansowymi a ich kontrahentami. Regulacja treści świadczenia, a więc produktu lub usługi o charakterze finansowymi, następuje w istotnej mierze, jak wykażę w poniższych rozważaniach, w sposób pośredni, za pomocą norm statuujących określone zachowania odnoszące się do przekazu informacyjnego oferowanego klientom przez instytucje finansowe.

³⁸ Warto wskazać, że wiele stanów w Stanach Zjednoczonych reguluje wysokość składek ubezpieczeniowych w ubezpieczeniach motoryzacyjnych czy budynków, T. Baker, *Insurance Law and Policy: Cases, Materials, and Problems*, wyd. 3, Nowy Jork 2013, s. 125. Stanowisko ustawodawcy europejskiego jest w omawianej kwestii zasadniczo odmienne; o procesie konsolidacji prawa ubezpieczeń w UE por. m.in. J. Łańcucki, *Nowe ramy nadzoru nad europejskim rynkiem usług finansowych*, PA 2010, nr 1, s. 3 i n.

³⁹ W. Karten, *Ökonomische Aspekte...*, s. 47.

⁴⁰ Szczegółowa analiza rozwiązań w poszczególnych aktach prawnych zawarta jest w dalszych częściach opracowania.

6. Doniosłość reklamy świadczeń finansowych

Szczególna potrzeba informacyjna nabywcy usług finansowych związana jest ściśle z funkcją reklamy produktów finansowych. Reklama kreuje wizerunek instytucji finansowych, banków czy ubezpieczycieli jako gwarantów bezpieczeństwa, spokoju i stabilności, oferujących produkty „dopasowane” do potrzeb klienta⁴¹. Używając plastycznego określenia, ubezpieczyciele czy banki oferują swoim klientom zapewnienie o spokojnej względnie dostatniej przyszłości⁴². Poczucie pewności czy wręcz bez troski przekazywane w reklamie produktów finansowych pogłębiać może naturalną niechęć człowieka do bliższego analizowania negatywnych zdarzeń i ich skutków⁴³. Z jednej strony przekaz reklamowy może zatem wywoływać u kontrahentów instytucji finansowych przekonanie, że oferowane im produkty wykazują „adekwatność” wobec ich potrzeb, mimo że nie dokonano indywidualnej analizy ryzyka i potrzeb tych kontrahentów. Z drugiej jednak strony istotna funkcja reklamy produktów ubezpieczeniowych polega na tym, że kreują one u potencjalnych klientów przekonanie o zasadności ich nabywania. Kreowanie przekonania o przydatności określonego produktu ubezpieczeniowego stanowić może instrument stymulowania zachowania konsumentów (w postaci nabywania określonych produktów) i jako takie ma fundamentalne znaczenie dla prawnych ram dystrybucji produktów finansowych⁴⁴. W doktrynie prawa ubezpieczeń wskazuje się w tym kontekście, że uwrażliwienie klienta, polegające na uświadomieniu ryzyka braku ochrony ubezpieczeniowej i objaśnieniu korzyści wynikających z ochrony ubezpieczeniowej, stanowi etap poprzedzający zapewnienie pokrycia potrzeb ubezpieczeniowych klienta. Z drugiej strony doświadczenia w dziedzinie kredytu czy produktów inwestycyjnych uwiadcniają, że pod wpływem sugestywnej reklamy klienci nabywają produkty i usługi, które nie odpowiadają ich potrzebom, a często

⁴¹ Doniosłość reklamy produktów ubezpieczeniowych dla treści relacji umownej między ubezpieczycielem a klientem analizuje J. Feinman, *The Insurance Relationship...*, s. 557. Tytułem przykładu warto wskazać, że jeden z niemieckich ubezpieczycieli posługuje się w licznych reklamach symbolem tarczy.

⁴² J. Benjamin, *The Narratives of Financial Law*, OJLS 2010, t. 30, nr 4, s. 789.

⁴³ O syndromie nadmiaru optymizmu, typowym w procesie decyzyjnym człowieka, przystępnie D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow...*, s. 250 i n.

⁴⁴ W. Karten *Ökonomische Aspekte...*, s. 46, posługuje się terminem *Bedarfsweckung*, czyli kreowania świadomości o potrzebie nabycia określonego produktu ubezpieczeniowego.

są wręcz zbędne i rujnujące finansowo. Zadaniem ustawodawcy staje się więc zapewnienie, aby oczekiwania kreowane przez reklamę produktu znalazły odzwierciedlenie w treści tego produktu lub przynajmniej uwzględniono je w ramach procesu informacyjnego między instytucją finansową a jej kontrahentem. Ze wskazanych wyżej względów reklama produktów finansowych stanowi – w wyższym stopniu niż w wypadku klasycznych dóbr konsumenckich – pierwsze stadium relacji między kontrahentami, w którym formułowane są oczekiwania co do treści i jakości przedmiotu przyszłego świadczenia.

Powyższe obserwacje nakazują sformułować tezę, że usługi finansowe stanowią zasadniczy przykład świadczeń wymagających objaśnienia co do ich treści i skutków prawnych i ekonomicznych. Objaśnienie produktu przez instytucję finansową jest nie tylko pożądane z perspektywy jej kontrahenta, lecz wręcz niezbędne. Nawiązując do klasyfikacji dóbr w teorii ekonomicznej należy wskazać, że wyzwaniem dla porządku prawnego polega na stworzeniu środków, które pozwalają na transformację dóbr zaufania względnie dóbr podlegających weryfikacji *ex post* w dobra poszukiwane, w odniesieniu do których klient ma fundamentalne informacje lub może je z łatwością nabyć, zaś zasadnicza trudność polega tylko na odnalezieniu najkorzystniejszej oferty na rynku⁴⁵.

7. Funkcje usług finansowych a zakres niniejszego opracowania

W ramach niniejszego opracowania analizie poddają umowy dotyczące świadczeń (usług) finansowych realizujące podstawowe cele ekonomiczne we współczesnym społeczeństwie. Funkcje te obejmują:

- a) kredytowanie (uzyskanie finansowania) na określone wydatki, w szczególności wydatki konsumpcyjne;
- b) ubezpieczenie ryzyka, a więc z perspektywy nabywców produktów ubezpieczeniowych uzyskanie ochrony przed określonymi typowymi ryzykami mogącymi zaistnieć w przyszłości;
- c) inwestowanie posiadanych wartości majątkowych, przy szczególnym uwzględnieniu rynku finansowego dla drobnych inwestorów;
- d) udzielenie zabezpieczenia, w szczególności w drodze przejęcia odpowiedzialności osobistej za kredyt bankowy. Pomimo jurydycznej

⁴⁵ *Ibidem*.

odrębności, jako samodzielny typ umowy, poręczenie i inne zabezpieczenia czerpią swoje ekonomiczne uzasadnienie z faktu zawarcia umowy kredytu. W związku z powyższym w pełni uzasadniona jest analiza obowiązków wierzyciela (banku) na gruncie umowy poręczenia, zważywszy że rolę poręczyciela często wypełniają osoby bliskie kredytobiorcy. Uzasadnia to również pytanie o porównywalność obowiązków kredytującego banku wobec kredytobiorcy i wobec poręczyciela.

Zakres przedmiotowy opracowania wskazany wyżej pozwala na analizę i ocenę instrumentów prawnych przewidzianych zarówno w powszechnych normach prawa cywilnego, jak i w ustawodawstwie szczególnym. Po pierwsze, umowa kredytu stanowi jeden z klasycznych typów umów na gruncie dogmatyki prawa cywilnego. Po drugie, jest ona również klasycznym przykładem typu umowy, którego regulacja odegrała fundamentalną rolę w wykształcaniu się norm ochrony konsumenta w prawie umów⁴⁶. Po trzecie, analizowane w tej pracy czynności inwestycyjne dotyczące instrumentów finansowych stanowią dział prawa podlegający bardzo szczegółowej regulacji prawa unijnego. Dyrektywa MiFID, której aspekty omawiam w niniejszej pracy, uznawana jest w piśmiennictwie za paradygmatyczny przykład współczesnej regulacji sektora usług finansowych prowadzący do wysokiego stopnia harmonizacji prawa w ramach Unii Europejskiej⁴⁷. Wywołuje to pytanie o zakres, w jakim normy o charakterze publicznoprawnym wpływają na prawo umów i stymulują jego rozwój.

Ograniczenie rozważań do wybranych, najważniejszych konstrukcji prawnych względnie czynności związanych z usługami finansowymi jest zarówno metodologicznie, jak i systemowo uzasadnione. Przykładowo, w wypadku kredytu nie jest konieczne szczegółowe analizowanie kredytu hipotecznego, ponieważ rozważania ogólne dokonane na tle umowy kredytu znajdują zastosowanie do jej formy szczególnej, jaką jest kredyt hipoteczny. Poza zakresem niniejszych rozważań pozostają natomiast regulacje prawne dotyczące obowiązków banku wobec posia-

⁴⁶ Dyrektywa Rady 87/102/EWG z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego stanowiła jeden z pierwszych aktów prawa unijnego regulujący zagadnienia umów konsumenckich.

⁴⁷ Por. S. Grundmann, *European Law and Principles on Commercial and Investment Banking* (w:) A. Hartkamp (red.) i inni, *Towards a European Civil Code*, wyd. 4, Nijmegen 2011, s. 789, 814.

daczy rachunków bankowych oraz użytkowników usług płatniczych w ustawie o usługach płatniczych, operujące formalnym, niespersonalizowanym modelem informacyjnym⁴⁸.

Pojęcie instytucji finansowej rozumiane jest w tej pracy szeroko i funkcjonalnie: obejmuje ono instytucje kredytowe prowadzące działalność depozytowo-kredytową (świadczące usługi bankowe), instytucje ubezpieczeniowe (ubezpieczycieli) oferujące świadczenia ubezpieczeniowe, a także przedsiębiorstwa inwestycyjne prowadzące działalność na rynku kapitałowym, świadczące swoim klientom usługi inwestycyjne⁴⁹. Instytucje finansowe *sensu largo* stanowią wyspecjalizowane podmioty, które w ramach swojej profesjonalnej działalności świadczą usługi finansowe na rzecz swoich klientów, stając się stroną relacji umownych z nimi. Rozstrzygające znaczenie w poniższych rozważaniach ma zatem analiza sytuacji prawnej instytucji finansowej na gruncie stosunków prawa prywatnego⁵⁰.

8. Definicja prawnicza usług (świadczeń) finansowych

Bardzo trudnym zadaniem jest w pełni zadowalające zdefiniowanie terminu „usługi finansowe” względnie „świadczenia finansowe”. Rozstrzygające znaczenie ma odniesienie się do omówionych wyżej właściwości (cech) tego rodzaju świadczeń. W systemie prawa polskiego czy prawa unijnego brakuje ogólnej jednolitej definicji usług (świadczeń) finansowych. Wydaje się, że bardzo wskazane jest posługiwanie się terminem opisowym, podobnie jak czyni to ustawodawca unijny w dyrektywie 2002/65/WE z dnia 23 września 2002 r. o świadczeniu usług finansowych na odległość na rzecz konsumentów. Na gruncie tej dyrektywy „usługa finansowa” oznacza wszelkie usługi o charakterze bankowym, kredytowym, ubezpieczeniowym, emerytalnym, inwesty-

⁴⁸ Obowiązki informacyjne banku wobec użytkownika usługi płatniczej omawia E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...*, s. 371 i n.

⁴⁹ O szerokim i wąskim rozumieniu pojęcia „instytucja finansowa” pisze E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...*, s. 44 i n. Zob. również M. Fedorowicz, A. Zalczewicz, *Pojęcie „instytucja finansowa” na gruncie europejskiego i polskiego prawa bankowego*, PUG 2010, nr 8, s. 18 i n.

⁵⁰ Aspekty publicznoprawne statusu instytucji finansowych analizuje E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...*, s. 49 i n. W kwestii zagadnienia wzajemnego stosunku czynności bankowych i czynności prawnych należy odesłać do rozważań prowadzonych przez tę autorkę, *ibidem*, s. 94 i n.

cyjnym lub płatniczym (art. 2 lit. b dyrektywy 2002/65/WE). Stanowisko to utrzymuje dyrektywa 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów (art. 3 ust. 3 lit. d). Określenie usług finansowych w powyższych aktach prawnych ma charakter opisowy, jako że ustawodawca unijny nie podjął próby zdefiniowania usługi finansowej, lecz jedynie ograniczył się do wyliczenia, jakie rodzaje usług mają być zaliczane do tej kategorii. Wydaje się, że chociaż owo wyliczenie ma charakter zamknięty (enumeratywny), to w gruncie rzeczy nadano mu niezwykle szeroki zakres, ponieważ obejmuje wszelkie usługi płatnicze (depozytowo-kredytowe), ubezpieczeniowe i inwestycyjne⁵¹. Dyrektywa ma charakter szczególny, a nie uniwersalny. Można twierdzić, że rozstrzygającym kryterium jest raczej sposób zawarcia określonej umowy (tzn. „na odległość”), a nie przedmiot tych umów (świadczenia usług finansowych).

Implementując określenie usług finansowych na gruncie dyrektywy 2002/65/WE do prawa polskiego, przepis art. 16a ust. 1 ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów⁵² przewiduje, że usługami finansowymi w rozumieniu tej ustawy są w szczególności:

- 1) czynności bankowe;
- 2) umowy kredytu konsumenckiego;
- 3) czynności ubezpieczeniowe oraz
- 4) umowy uczestnictwa w funduszu inwestycyjnym otwartym, specjalistycznym funduszu inwestycyjnym otwartym, funduszu inwestycyjnym zamkniętym, specjalistycznym funduszu inwestycyjnym zamkniętym oraz funduszu inwestycyjnym mieszanym.

W węższym kontekście czynności inwestycyjnych i bankowych należy uwzględnić załączniki do dyrektywy MiFID oraz dyrektywy 2006/48/UE w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, w których, posługując się metodą wyliczenia, wskazano katalog typów usług finansowych oraz instrumentów finansowych, które stanowią przedmiot usług oferowanych przez instytucje

⁵¹ W literaturze polskiej por. J. Pisuliński, *Usługi finansowe na odległość*, KPP 2003, t. XII, z. 2, s. 453 i n.; P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 271; P. Zapadka, *Usługi bankowości inwestycyjnej*, Warszawa 2012, s. 90 i n.; J. Pisuliński, *Financial services in European Union private law* (w:) C. Twigg-Flesner (red.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, s. 313; B. Gneta, *Umowa konsumencka...*, s. 329; E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...*, s. 44.

⁵² Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1225).

finansowe. W odniesieniu do usług ubezpieczeniowych wskazać należy na szczególne regulacje zawarte w dyrektywach ubezpieczeniowych⁵³.

Proponowane w tej pracy rozumienie terminu usługi finansowej względnie świadczenia finansowego ma więc charakter funkcjonalny i opiera się na spojrzeniu „sektorowym”⁵⁴. Jest ono szersze niż niektóre szczegółowe definicje usług finansowych, wyłączające ze swojego zakresu świadczenia ubezpieczeniowe⁵⁵.

Termin „usługi finansowe” nie jest tożsamy z pojęciem umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c.⁵⁶ W doktrynie polskiej kategoria umów o świadczenie usług, wykształcona na gruncie art. 750 k.c., nie jest wewnątrznie jednorodna, obejmując różne typy względnie podtypy umów⁵⁷. Wydaje się, że zabiegi klasyfikacyjne podejmowane w odniesieniu do umów o świadczenie usług *sensu largo* mają zasadniczo charakter deskryptywny. W świetle orzecznictwa cechą charakterystyczną wyróżniającą umowy o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 k.c. jest brak zobowiązania do rezultatu w postaci materialnej lub niematerialnej ucieleśnionego w rzeczy, a więc zasadniczo brak zobowiązania strony do starannego działania, zaś precyzyjniej: czynienia (*facere*) niepolegającego na daniu (*dare*)⁵⁸. Na gruncie umów o świadczenia (usługi) finansowe treść zobowiązania jednej ze stron może polegać na dokonaniu określonej czynności względnie doprowadzeniu do określo-

⁵³ W szczególności dyrektywę 2002/83/WE, a także dyrektywy 73/239/EWG, 88/357/EWG oraz 92/49/EWG. Poszczególne dyrektywy unijne z zakresu prawa ubezpieczeń przedstawia M. Więcko-Tułowicka, *Ochrona konsumentów w umowach ubezpieczenia*, Warszawa 2014, s. 39 i n.

⁵⁴ Na „sektorowość” ujęcia usług finansowych w ramach prawa konsumenckiego zwracają uwagę E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 297; B. Gneta, *Umowa konsumencka...*, s. 311. Podobnie E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...*, s. 60.

⁵⁵ J. Pisuliński, *Financjal...*, s. 314, wskazuje na art. 59 lit. e dyrektywy 2006/112/UE wyłączający usługi ubezpieczeniowe z kategorii usług finansowych dla potrzeb definicji podatku VAT.

⁵⁶ O zagadnieniach pojęciowych dotyczących kategorii usług por. L. Ogieńło, *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, s. 62 i n.

⁵⁷ J. Szczerski (w:) Z. Resich (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, *Księga trzecia – Zobowiązania*, Warszawa 1972, s. 1552; L. Ogieńło, *Usługi...*, s. 139 i n.; *idem*, *Zlecenie* (w:) J. Rajski (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2011, s. 580 i n.

⁵⁸ Por. ostatnio wyrok SN z dnia 21 marca 2013 r., III CSK 216/12, LEX nr 1324298, przeciwstawiający umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c. umowie o dzieło. O interpretacji pojęcia „świadczenie usług” na gruncie art. 750 k.c. por. L. Ogieńło, *Zlecenie...*, s. 574.

nego rezultatu, np. uzyskania przez klienta określonego zysku. Dychoomiczne odróżnienie „dzieła” (rezultatu ucieleśnionego w postaci materialnej lub niematerialnej) od określonego działania (świadczenie usług) nie ma charakteru rozstrzygającego w wypadku umów analizowanych w tej pracy, choć świadczenia finansowe mają charakter niematerialny. Również w literaturze zagranicznej dominuje funkcjonalne rozumienie terminu „usługa” w dziedzinie świadczeń finansowych. Wskazuje się, że klasyczne świadczenia udzielane przez banki czy ubezpieczycieli odpowiadają pojęciu „usług” na gruncie dyrektyw prawa unijnego: za „usługi” uznaje się udzielenie pożyczek, doradztwo inwestycyjne, zarząd majątkiem, obrót papierami wartościowymi, udzielenie ochrony ubezpieczeniowej itd.⁵⁹ Zbliżone funkcjonalne rozumienie terminu „usługa” wydaje się przeważać także na gruncie orzecznictwa TSUE⁶⁰. Podsumowując, wydaje się, że termin „świadczenia” względnie „usługi” finansowe, rozumiany funkcjonalnie i opisowo, a nie ściśle dogmatycznie, jest adekwatny do potrzeb niniejszego opracowania.

9. Postaci zachowań informacyjnych w prawie prywatnym

9.1. Propozycja klasyfikacji

Poniższe rozważania służą wprowadzeniu Czytelnika w terminologię stosowaną w tej pracy. W polskiej doktrynie terminologia dotycząca zachowań informacyjnych nie jest tak rozwinięta jak w doktrynie zagranicznej, w szczególności niemieckiej czy francuskiej⁶¹. W moim przekonaniu stanowi to zaletę, ponieważ istotna część doktryny zagranicznej nadaje utrwalonym kategoriom pojęciowym charakter dogmatu, co istotnie utrudnia normatywną ocenę nowych postaci zachowań infor-

⁵⁹ Por. R. Cranston, *Principles of Banking Law*, wyd. 2, reprint, Oksford 2008, s. 154.

⁶⁰ Por. orzeczenie ETS z dnia 17 marca 1998, C-45/96, Zb. Orz. 1998, s. I-1199, pkt 18, w którym stwierdzono, że udzielenie kredytu stanowi usługę w rozumieniu dyrektywy 85/577/EWG.

⁶¹ Na uwagę zasługuje opracowanie B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, *Uwagi o zawodowym obowiązku udzielania informacji*, *Studia Iuridica* 1994, t. XXI, s. 47 i n., w którym autorka przejmując na grunt doktryny polskiej klasyfikację obowiązków o naturze informacyjnej przyjmowaną w doktrynie francuskiej w połowie lat 80. Przyjmowana przeze mnie klasyfikacja wykazuje pewne różnice wobec klasyfikacji B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej ze względu na szczególne znaczenie usług finansowych.

macyjnych, jakie ustawodawca sukcesywnie wprowadza do porządku prawnego. Wymownym argumentem na rzecz powyższej tezy jest dyskusja w piśmiennictwie niemieckim i francuskim dotycząca dogmatycznej kwalifikacji obowiązku udzielania wyjaśnień, wprowadzonego przez dyrektywę 2008/48/WE o kredycie konsumenckim. Obowiązek udzielenia wyjaśnień nie odpowiada bowiem utrwalonej w doktrynie dychotomii obowiązku informacyjnego i obowiązku doradczego⁶².

Wydaje się, że zasadne jest, w celu wprowadzenia do dalszych rozważań, odróżnienie – teoretyczne – kilku postaci zachowań informacyjnych, które stanowią przedmiot bliższej analizy.

1. Obowiązek informacyjny *sensu largo*. Obowiązek informacyjny *sensu largo* obejmuje wszelkie obowiązki odnoszące się do przekazania różnych treści informacyjnych między stronami. Szerokie rozumienie kategorii obowiązku informacyjnego nie różnicuje bliżej szczegółowych postaci zachowań odnoszących się do przekazu informacyjnego i ma w związku z tym ograniczoną wartość zarówno poznawczą (teoretyczną), jak i praktyczną dla potrzeb stosowania prawa. Konieczne jest dokonanie bardziej precyzyjnego i krytycznego rozróżnienia poszczególnych postaci zachowań informacyjnych.

2. Obowiązek udzielenia informacji standardowej (niespersonalizowanej). Najprostszą formą zachowania informacyjnego jest obowiązek przekazania informacji standardowej, niespersonalizowanej. Porządek prawny określa wówczas ściśle katalog i formę informacji podlegających przekazaniu stronie uprawnionej do uzyskania tych informacji. Przykładowo obowiązek taki odnosi się do przekazania ogólnych warunków ubezpieczenia, standardowego formularza kredytowego, prospektu informacyjnego o określonych produktach finansowych. Właśnie ta kategoria zachowań informacyjnych stanowiła przedmiot szczególnego zainteresowania doktryny polskiej⁶³.

3. Obowiązek udzielenia informacji spontanicznej. Odmianą postacią zachowania informacyjnego jest obowiązek informacji spontanicznej, który stanowi twór orzecznictwa i doktryny na gruncie klauzul generalnych oraz przepisów o wadach oświadczeń woli. Cechą

⁶² Zagadnienie to omawiam bliżej w rozdziale poświęconym umowie kredytu.

⁶³ Rozprawa P. Mikłaszewicza, *Obowiązki informacyjne...*, zasadniczo ogranicza się do standardowych niespersonalizowanych obowiązków informacyjnych. Podobnie praca K. Włodarskiej-Dziurzyńskiej, *Sankcje w prawie konsumenckim na przykładzie wybranych umów*, Warszawa 2009, a także rozprawa E. Rutkowskiej-Tomaszewskiej, *Ochrona prawna...*

spontanicznego obowiązku informacyjnego jest to, że jego treść określona jest w drodze nawiązania do „doniosłości” potrzeby informacyjnej drugiej strony umowy. Treści tego obowiązku nie można w sposób abstrakcyjny w pełni określić, lecz jest ona zależna od okoliczności danego stanu faktycznego.

4. Obowiązek udzielenia ostrzeżenia. Ostrzeżenie stanowi szczególną postać informacji, albowiem jego treścią jest zwrócenie uwagi adresata na konkretne (szczególne) ryzyko. Ostrzeżenie może mieć charakter standardowy (np. powiązany z określonym typem umowy czy produktem finansowym) lub zindywidualizowany, odniesiony do okoliczności dotyczącej danej osoby lub umowy.

5. Obowiązek udzielenia wyjaśnień (objaśnień). Kolejną postać obowiązku odnoszącego się do przekazania treści informacyjnych stanowi obowiązek udzielenia wyjaśnień. Terminologia ta nawiązuje do przepisu art. 5 ust. 6 dyrektywy 2008/48/WE o kredycie konsumenckim oraz implementującego go do prawa polskiego art. 11 u.k.k. W tym miejscu pragnę wyłącznie zwrócić uwagę na teoretyczne (a nie dogmatyczne) znaczenie terminu „wyjaśnienia”. Czysto teoretycznie rzecz ujmując, wyjaśnienie (objaśnienie) wykracza poza przekazanie informacji i obejmuje przedstawienie znaczenia (sensu) tej informacji jej odbiorcy. Na przykład reprezentant banku wyjaśnia potencjalnemu klientowi znaczenie i skutki postanowień umowy. Wyjaśnienie zasadniczo odnosi się do kategorii obiektywnych (okoliczności), chociaż możliwe jest objaśnienie treści subiektywnych (prognoz, opinii, poglądów – kategorii informacyjnych, które są doniosłe z perspektywy rynku kapitałowego). Wyjaśnienie stanowi intensyfikację obowiązku informacyjnego, lecz nie implikuje *per se* przedstawienia przez podmiot udzielający wyjaśnień własnego stanowiska (opinii) co do wyboru określonego rozwiązania.

6. Doradztwo (rada). Wyższy stopień intensywności wykazuje obowiązek doradczy (udzielenia rady). Rada (doradztwo) oznacza wyrażenie przez udzielającego rady (doradcę) oceny określonych okoliczności (faktów czy też opinii) albo wyrażenie sugestii określonego zachowania się przez odbiorcę rady. Z jednej strony obowiązek doradczy wykracza w sposób wyraźny poza przekazanie określonej informacji, albowiem rada ma charakter zindywidualizowany i niestandardowy. Z drugiej strony należy uwzględnić, że rada odnosi się do określonych okoliczności (informacji) w sposób ocenny. Z tego względu w pełni możliwe, a w praktyce rozpowszechnione jest połączenie obowiązku

informacyjnego i doradczego. Bez znaczenia jest natomiast, czy treść rady ma charakter pozytywny (dokonanie określonej czynności, np. wybór określonego produktu kredytowego kosztem innych), czy też negatywny (powstrzymanie się od określonej czynności, np. odstąpienie od dokonania ryzykownej inwestycji). Czysto teoretycznie uzasadnione jest twierdzenie, że rada (doradztwo) zawiera w sobie element dbania o interesy odbiorcy rady⁶⁴. Udzielający rady formułuje bowiem określone sugestie dotyczące zachowania się adresata rady w danych okolicznościach. Zindywidualizowany charakter obowiązku doradczego implikuje, że udzielający rady winien ustalić potrzeby i cele, jakim służyć ma udzielana rada. Doradztwo wymaga zatem eksploracji (zbadania, ustalenia) określonych okoliczności ze sfery adresata rady (jego potrzeb i celów), które stanowią punkt odniesienia w udzielanej radzie.

7. Rekomendacja. Rekomendacja (zalecenie) stanowi szczególną postać rady ze względu na jej bardziej specyficzny (szczegółowy) charakter. Wydaje się, że wyróżnianie rekomendacji jako szczególnej postaci rady jest zabiegiem czysto teoretycznym i pozbawionym zasadności w kontekście określania treści obowiązków informacyjnych *sensu largo*. Na potrzeby niniejszego opracowania uznaję rekomendację jako postać rady⁶⁵.

8. Eksploracja (ustalenie, zbadanie). Stosunkowo nową ustawową postacią zachowania informacyjnego jest eksploracja (ustalenie, zbadanie) przez jedną stronę określonych okoliczności dotyczących drugiej strony w związku z planowaną umową. Eksploracja oznacza zebranie względnie ustalenie przez jedną stronę określonych informacji dotyczących drugiej strony oraz przedmiotu umowy, jaką strony zamierzają zawrzeć. Eksploracja nie ma samodzielnej funkcji, lecz jest z reguły instrumentem mającym ułatwić jednej stronie (instytucji finansowej) sformułowanie określonych rekomendacji dotyczących przedmiotu zamierzonej umowy, np. formy kredytu, inwestycji itd. Ze względu na jej „przygotowawczy” charakter obowiązki eksploracyjne związane są z reguły z obowiązkami informacyjnymi, ostrzegawczymi czy doradczy-

⁶⁴ Tak W. Hadding, *Zur Abgrenzung von Unterrichtung, Aufklärung, Auskunft, Beratung und Empfehlung als Inhalt bankrechtlicher Pflichten* (w:) N. Horn (red.), *Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky*, Kolonia 1999, s. 75.

⁶⁵ Na gruncie prawa niemieckiego przed implementacją dyrektywy MiFID W. Hadding, *Zur Abgrenzung...*, s. 76, wyróżniał rekomendację jako odrębną postać obowiązku o naturze informacyjnej.

mi, albowiem ustalenie potrzeb i życzeń klienta w zakresie zamierzonej umowy pozwala na udzielenie mu odpowiednich informacji, ostrzeżeń czy rad.

Powyższa klasyfikacja obejmuje podstawowe formy zachowań informacyjnych, jakie można formułować na gruncie obowiązującego ustawodawstwa. Nie ulega wątpliwości, że doktryna wyróżniać może dalsze postaci zachowań informacyjnych, by sięgnąć po figurę „obowiązku doradczego o charakterze udzielenia rzetelnej informacji”, użytą przez SN na gruncie umów opcji walutowych⁶⁶. Proponowana przeze mnie klasyfikacja jest jednak na tyle szeroka, że pozwala – przynajmniej teoretycznie – zakwalifikować niemal każdą postać obowiązku o naturze informacyjnej przewidzianą w ustawie względnie sformułowaną przez orzecznictwo.

9.2. Ocena

Powyższa klasyfikacja nie powinna być uznawana za przejaw tendencji do nominalizmu czy wręcz jurysprudencki pojęciowej. Wymaga ona uzupełnienia następującymi uwagami. Po pierwsze, należy ją postrzegać jako teoretyczny opis postaci zachowań informacyjnych, które *in abstracto* można od siebie odróżnić. Obserwując praktykę ludzkiej komunikacji, należy zauważyć, że powyższy opis ma charakter statyczny, a liczne postaci zachowań informacyjnych zawierają w sobie elementy kilku powyższych kategorii⁶⁷. Na przykład opis produktu finansowego, adresowanego do klientów, może zawierać, obok obligatoryjnej informacji, rekomendację (czyli radę) nabycia tego produktu przez osoby należące do określonej kategorii („atrakcyjny kredyt dla małych przedsiębiorstw”). Ponadto, jak wskazałem wyżej, w wielu wypadkach określenie danego zachowania informacyjnego następuje w drodze oceny *ex post*, a perspektywa retrospektywna nakazywać może odmienną kwalifikację zachowania informacyjnego niż wynikałoby to z intencji strony obowiązanej do dokonania określonego przekazu informacyjnego.

⁶⁶ Wyrok SN z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 105.

⁶⁷ Nadmiernie optymistyczne wydaje mi się stanowisko K. Zacharzewskiego, głosa do wyroku SN z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11, PS 2012, nr 9, s. 142, wskazującego, że różnica między istotą i skutkami informowania i doradzania jest stosunkowo łatwo uchwytana.

Po drugie, wyróżnienie poszczególnych postaci obowiązków informacyjnych opiera się na kryterium treści tych obowiązków, jakie można wyinterpretować na gruncie norm prawych. Wyróżnienie to, jak wyraźnie zaznaczyłem, abstrahuje jednak od przesłanek powstania wymienionych obowiązków, a także skutków prawnych, jakie naruszenie tych obowiązków wywołuje. Zagadnienia te analizowane są w poszczególnych rozdziałach pracy.

Część I

Analiza ochrony informacyjnej na gruncie wybranych typów umów o świadczenia finansowe

Rozdział I

Ochrona informacyjna na gruncie umowy kredytu

1. Wprowadzenie. Dogmatyczna kwalifikacja umowy kredytu

Paradygmatycznym typem umowy dotyczącej świadczeń finansowych jest umowa kredytu, stanowiąca punkt wyjścia do analizy prowadzonej w niniejszym opracowaniu.

Umowa kredytu jest w literaturze podręcznikowej zaliczana do umów regulujących stosunki kredytowe⁶⁸. Kryterium takiej klasyfikacji stanowi element przesunięcia określonej wartości gospodarczej (w szczególności pieniężnej) z majątku jednej osoby do majątku drugiej, z obowiązkiem jej zwrotu. Funkcją gospodarczą umowy kredytu jest więc okresowe korzystanie z wartości gospodarczych innej osoby. Na gruncie innego, nieco szerszego podziału, umowa kredytu (razem z umową pożyczki) zalicza się do grupy umów o tzw. korzystanie z cudzej rzeczy lub cudzego prawa podmiotowego⁶⁹.

Na gruncie klasycznej doktryny prawa cywilnego i bankowego zobowiązanie główne banku wynikające z umowy kredytowej określić można jako zobowiązanie się kredytodawcy do postawienia do dyspozycji kredytobiorcy oznaczonej lub nieoznaczonej wartości majątkowej, sumy pieniężnej (sumy kredytu) na czas określony lub nieokreślony, na warunkach przewidzianych w umowie kredytowej⁷⁰. Oddanie

⁶⁸ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, wyd. 8, Warszawa 2010, s. 227.

⁶⁹ Tak Z. Żabiński, *Systematyka umownych stosunków prawnych pod względem treści*, SC 1972, t. XIX, s. 102–103.

⁷⁰ W piśmiennictwie polskim M. Bączyk, *Odpowiedzialność umowna banku w prawie polskim*, Toruń 1989, s. 111, opierając się na definicjach przyjmowanych w lite-

środków pieniężnych do dyspozycji kredytobiorcy może nastąpić za pomocą przelewu na rachunek bankowy określony w umowie, w drodze otwarcia specjalnego rachunku kredytowego, na który przelewane są środki pieniężne, albo w ramach rachunku bankowego (tzw. technika *overdraft*)⁷¹. Do tej definicji, na gruncie jednego ze stanowisk w doktrynie, dodaje się również kolejny element, a mianowicie przeprowadzenie przez bank na zlecenie kredytobiorcy rozliczenia pieniężnego za pomocą środków pieniężnych postawionych do dyspozycji⁷². Podkreślić należy, że jest to definicja dość wąska, nieuwzględniająca innych czynności o charakterze kredytowym, jak w szczególności sprzedaży ratalnej⁷³. Zobowiązanie główne klienta banku, kredytobiorcy, polega na spłacie kredytu i zapłacie odsetek i innych kosztów kredytu (np. prowizji) w sposób i w terminie określonym umownie⁷⁴.

1.1. Stosunek do umowy pożyczki

W polskiej doktrynie prawa prywatnego istotne znaczenie przypisywano odróżnieniu (bankowej) umowy pożyczki, uregulowanej w art. 720 i n. k.c. od umowy kredytu bankowego, uregulowanej obecnie w ustawie – Prawo bankowe (art. 69–77) oraz w ustawie o kredycie konsumenckim⁷⁵. Dyskusja ta dotyczy zasadniczo różnic konstrukcyjnych o charakterze technicznym, w szczególności przedmiotów świadczenia w obydwu umowach⁷⁶. Ponadto wskazuje się na kryterium

raturze zagranicznej; wcześniej S. Grzybowski (w:) *System Prawa Cywilnego*, t. III, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Ossolineum 1976, s. 701. Podobnie J. Molis (w:) F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz...*, t. I, s. 673. Podobnie w literaturze francuskiej C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 334.

⁷¹ J. Pisuliński *Umowa kredytu...*, s. 379.

⁷² Tak W. Pyziół, *Umowa o kredyt bankowy*, Kraków 1986, s. 101. Krytycznie wobec tej koncepcji J. Pisuliński *Umowa kredytu...*, s. 380.

⁷³ W polskim piśmiennictwie zwracał już na to uwagę K. Gandor, *Sprzedaż na raty*, Warszawa 1966, s. 93–94.

⁷⁴ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 335; J. Pisuliński *Umowa kredytu...*, s. 378, 383.

⁷⁵ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r., Dz. U. Nr 126, poz. 715 z późn. zm.

⁷⁶ Na gruncie koncepcji W. Pyziola, *Umowa o kredyt bankowy...*, s. 101, umowa kredytu implikuje obowiązek banku do przeprowadzenia rozliczeń pieniężnych na zlecenie kredytobiorcy za pomocą środków pieniężnych postawionych do dyspozycji, który to element nie występuje w wypadku pożyczki. Por. także rozważania M. Bączyka, *Umowy w zakresie czynności bankowych* (w:) S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*,

odpłatności, ponieważ kodeksowy model umowy pożyczki pozwala na jej zawieranie zarówno pod tytułem odpłatnym, jak i darmym⁷⁷. Kolejną różnicę stanowić ma kryterium celu wykorzystania środków przyznanych przez bank ze względu na swobodę pożyczającego w wykorzystaniu udzielonych mu środków, podczas kiedy na kredytobiorcy ciążyć ma zobowiązanie do wykorzystania kredytu tylko na cel określony umownie⁷⁸. Z drugiej strony warto odnotować wyraźne stanowisko M. Bączyka, który przestrzega przed nadmiernym akcentowaniem różnic między (bankową) pożyczką pieniężną a kredytem bankowym, kwalifikując umowę kredytową jako podtyp bankowej pożyczki pieniężnej⁷⁹. Fundamentalne znaczenie ma wspólna obu kategoriom umów funkcja ekonomiczna, polegająca na odpłatnym korzystaniu z funduszu pieniężnego innego podmiotu⁸⁰.

Wskazane wyżej argumenty, wyrażane w piśmiennictwie w ramach zabiegu różnicowania między typami umownymi pożyczki a kredytu, mają określoną doniosłość w kontekście zabiegów systematycznych⁸¹. Z perspektywy analizy obowiązków informacyjnych przy zawieraniu umowy kredytu dyskusja dotycząca konstrukcyjnego odróżnienia umowy kredytu od umowy pożyczki nie jest zabiegiem inspirującym. Obydwa te typy umów służą realizacji identycznego celu ekonomicznego, a stypizowany układ interesów stron jest w obydwu wypadkach taki sam. Spór dotyczący odróżnienia umowy kredytu bankowego od umowy pożyczki nie wydaje się doniosły z perspektywy prowadzonych tu rozważań⁸².

Warszawa 2006, s. 1190–1194. Wcześniej S. Grzybowski, *Konstrukcja prawna pożyczki a kredyt bankowy* (w:) Z. Radwański (red.), *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa 1979, s. 249 i n.

⁷⁷ Zwraca na to uwagę W. Pyziół, *Umowa o kredyt bankowy...*, s. 102, powołując stanowisko S. Grzybowskiego (w:) *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 712; oraz A. Kleina, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1964, s. 133.

⁷⁸ Por. W. Pyziół, *Umowa o kredyt bankowy...*, s. 102–103.

⁷⁹ M. Bączyk, *Umowy w zakresie...*, s. 1192; zasadnicza zbieżność funkcji ekonomicznej umowy kredytowej i bankowej pożyczki pieniężnej. Podobnie J. Molis (w:) F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz...*, t. I, s. 743 i n.

⁸⁰ G. Tracz, *Umowa kredytu*, TPP 2007, nr 3–4, s. 138. Podobnie J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 364–365, wskazując na tendencję do zacierania różnic między pożyczką a kredytem.

⁸¹ Por. rozważania S. Grzybowskiego, *Konstrukcja...*, s. 256 i n., prowadzone przed uregulowaniem umowy kredytowej w ustawie – Prawo bankowe.

⁸² Brak większej doniosłości odgraniczeniu umów pożyczki i kredytu przypisuje również G. Tracz, *Umowa...*, s. 157.

1.2. Ujęcie kredytu na gruncie regulacji kredytu konsumentckiego

Współczesny sposób rozumienia kredytu istotnie modyfikuje legislacja w zakresie prawa konsumentckiego. W ujęciu dyrektyw Unii Europejskiej dotyczących kredytu konsumentckiego, w szczególności dyrektywy 87/102/EWG oraz dyrektywy 2008/48/WE o kredycie konsumentckim, pojęcie kredytu konsumentckiego obejmuje znacznie szerszy katalog czynności w porównaniu z tradycyjnym cywilnoprawnym rozumieniem kredytu, znanym również z przepisów ustawy – Prawo bankowe⁸³. Za kredyt konsumentcki uważa się zatem każde odsunięcie w czasie terminu zapłaty, umowę pożyczki lub inne podobne świadczenia (por. art. 3 lit. c dyrektywy 2008/48/WE oraz art. 3 u.k.k.)⁸⁴. Pojęcie kredytu konsumentckiego odnosi się więc również do czynności pożyczki, najmu, leasingu, sprzedaży na raty, karty płatniczej i kredytowej, przekroczenia rachunku bieżącego⁸⁵. Kredyt może mieć charakter pieniężny lub materialny⁸⁶. Kwalifikacja danej umowy jako umowy kredytowej następuje więc w świetle kryterium funkcji ekonomicznej, a mianowicie odsunięcia w czasie terminu świadczenia. Rozstrzygające znaczenie ma udzielenie pomocy finansowej kredytobiorcy-konsumentowi przez profesjonalnego kredytodawcę⁸⁷.

1.3. Praktyka bankowa

We współczesnej praktyce bankowej występują niewątpliwie bardzo liczne i zróżnicowane formy umowy kredytowej, które mogą istotnie odbiegać od paradygmatycznej konstrukcji pożyczki⁸⁸. Spośród czyn-

⁸³ O regulacji kredytu konsumentckiego w prawie UE por. J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 389 i n.

⁸⁴ Bliżej o definicji kredytu na gruncie dyrektywy 2008/48/WE i jej polskiej implementacji J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 418 i n.; B. Gneta, *Umowa konsumentcka...*, s. 319 i n.

⁸⁵ Na ewolucję pojęcia kredytu w kontekście kredytu konsumentckiego trafnie zwraca uwagę E. Łętowska, *Prawo europejskie inspiracją dla dogmatyki prawa cywilnego*, SP 2001, nr 3–4, s. 203.

⁸⁶ J. Pisuliński, *Financjal...*, s. 316.

⁸⁷ J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 397.

⁸⁸ Por. Z. Krzyżkiewicz (w:) W.L. Jaworski, Z. Krzyżkiewicz, B. Kosiński, *Banki, rynek, operacje, polityka*, Warszawa 1995, s. 80 i n.; G. Tracz, *Umowa...*, s. 143, wskazując

ności, w których zobowiązanie kredytodawcy do udzielenia kredytu stanowi przedmiotowo istotny element czynności, można przykładowo wskazać na umowę o otwarcie kredytu, której reżym prawny wciąż wywołuje wątpliwości w piśmiennictwie europejskim. W piśmiennictwie polskim umowę tę określono jako definitywne zobowiązanie się banku do przyznania kontrahentowi kredytu w określonej formie prawnej, w sposób i na warunkach określonych w tej umowie⁸⁹. Otwarty charakter tej definicji wynika z wielu form udzielenia kredytu, jakie może ona obejmować. Orzecznictwo francuskie ujmuje umowę otwarcia kredytu jako promesę kredytową, przyznającą klientowi opcję, której wykorzystanie pozwoli na wypłacenie mu kwoty kredytu, albowiem związanie banku ma charakter definitywny i nieodwołalny⁹⁰.

1.4. Typowe ryzyka stron umowy kredytu

Kredyt udzielany jest w rezultacie oceny indywidualnej sytuacji finansowej klienta banku. Jest on czynnością prawną o charakterze osobistym (*intuitu personae*)⁹¹. Ryzyko niewypłacalności (ryzyko kredytowe, łac. *credere* – wierzyć, ufać), którego źródłem jest sytuacja finansowa dłużnika, ma fundamentalne znaczenie z perspektywy kredytodawcy. Przyznanie kredytobiorcy prawa do korzystania ze środków majątkowych udostępnionych mu przez kredytodawcę w określonym czasie i związane z tym odsunięcie wymagalności świadczenia kredytobiorcy prowadzi do tego, że powstaje niepewność, czy kredytobiorca wypełni swoje świadczenie. Przesunięta w czasie wymagalność świadczenia kredytobiorcy względem poprzedzającego je świadczenia kredytodawcy sprawia, że kredytodawca ponosi immanentne ryzyko, iż kredytobiorca nie spełni swojego świadczenia. Ryzyko to wzrasta szczególnie w wypadku długoterminowych kredytów, w których niemożliwa jest dokładna prognoza stabilności sytuacji majątkowej kredytobiorcy. W piśmien-

m.in. na kredyt w rachunku bieżącym, linię kredytową, debet w rachunku bieżącym. J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 356–357, wskazuje na kilkanaście kryteriów wyróżniania rodzajów kredytów.

⁸⁹ Tak M. Bączyk, *Odpowiedzialność umowna...*, s. 122–123. Ostrożnie J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 374–375, stwierdzając, że konkretna kwalifikacja prawna zależy od faktycznego zachowania stron.

⁹⁰ T. Bonneau, *Droit bancaire*, wyd. 9, Paryż 2011, s. 412.

⁹¹ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 314.

nictwie podkreśla się, że element ryzyka polegający na niepewności co do świadczenia kredytobiorcy czyni z umowy kredytu stosunek zaufania o szczególnej doniosłości⁹².

Ryzyko kredytowe odnosi się w równym stopniu do sfery prawnej kredytobiorcy. Zasadniczym ryzykiem ponoszonym przez kredytobiorcę jest brak możliwości spłaty kredytu i popadnięcie w związku z tym w stan niewypłacalności czy permanentnego zadłużenia. Zjawisko zadłużenia kredytobiorców, w szczególności z tytułu kredytu konsumencijskiego, uznawane jest współcześnie za istotny problem społeczny, wywołujący potrzebę specyficznych instrumentów prawnych, w szczególności regulacji w zakresie upadłości konsumenckiej⁹³. Ponadto konstrukcja umowy kredytu wywołuje z perspektywy banku ryzyko braku uruchomienia kredytu udzielonego⁹⁴. Ryzyko to zachodzi wówczas, gdy bank, który udzielił kredytu, nie może dokonać refinansowania, uruchamiając wierzycelność wynikającą z kredytu uzyskanego od podmiotu trzeciego, np. banku centralnego.

Czynnikiem istotnie wpływającym na ryzyko niewypłacalności jest ryzyko wzrostu oprocentowania kredytu (fr. *risque de taux*), jaki może wystąpić w trakcie okresu jego spłaty⁹⁵. W określonych rodzajach kredytu ryzyko to wpisane jest w konstrukcję umowy, albowiem kredytodawca zastrzega sobie prawo do jednostronnej zmiany wysokości oprocentowania. Odrębną postacią ryzyka w umowie kredytu jest również ryzyko walutowe w wypadku kredytów zaciąganych w walutach obcych. Strony ponoszą wówczas ryzyko zmiany kursu waluty, w której kredytu udzielono. Istotne znaczenie mają wówczas klauzule regulujące sposób przeliczania kursu walut oraz ustalanie wysokości rat kredytowych.

⁹² C.-W. Canaris, *Bankvertragsrecht*, t. 1, Berlin–Nowy Jork 1988, nb. 1195; K.P. Berger (w:) F.J. Säcker, R. Rixecker, *Münchener Kommentar BGB*, t. 3, wyd. 6, Monachium 2012, uwagi przed § 488, nb. 7.

⁹³ Por. bliżej moje opracowanie *Zwolnienie z długów w prawie upadłościowym i tzw. upadłość konsumencka – rozważania teoretyczne i prawnoporównawcze z perspektywy polskiego porządku prawnego*, Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego 2008, z. 2, s. 217 i n.

⁹⁴ T. Bonneau, *Droit bancaire...*, s. 407: „un risque de non-mobilisation des crédits octroyés. Ce risque se réalise lorsque la banque, qui a accorde un crédit, ne peut pas se refinancer en mobilisant la créance résultant du crédit auprès d'un tiers, en particulier de la Banque de France”.

⁹⁵ *Ibidem*.

Wyeliminowanie powyższych ryzyk nie jest całkowicie możliwe. Wyróżnić należy dwa zasadnicze sposoby redukcji ryzyka wynikającego z czynności kredytu: po pierwsze, środki o charakterze weryfikacyjnym, a więc w szczególności badanie zdolności kredytowej klienta banku (współcześnie często określone jako *scoring*)⁹⁶; po drugie, środki polegające na zastosowaniu zabezpieczeń kredytowych względnie ubezpieczenia kredytu. Oba te sposoby redukcji ryzyka kredytowego pozostają w bezpośrednim związku z głównym nurtem rozważań w tej pracy, albowiem ich zastosowanie skutkuje nałożeniem na bank obowiązków o naturze informacyjnej.

1.5. Konkluzja

Przyjęte w tej pracy rozumienie czynności kredytu opiera się na kryteriach funkcjonalnych. W centrum uwagi znajduje się paradygmatyczna sytuacja przekazania do dyspozycji kredytobiorcy określonej sumy pieniężnej na warunkach określonych umownie w zamian za zapłatę wynagrodzenia⁹⁷. Funkcjonalnie kredytodawca powierza kredytobiorcy określony produkt – możliwość korzystania ze środków pieniężnych na warunkach określonych umownie, którego niewłaściwe wykorzystanie może prowadzić do trudności finansowych czy wręcz niewypłacalności kredytobiorcy. Równocześnie kredytodawca odnosi pełną korzyść z umowy w postaci spłaty kredytu wraz z odsetkami tylko wówczas, gdy zachowanie się kredytobiorcy w zakresie spłaty kredytu pozostaje zgodne z treścią umowy. Zachowanie informacyjno-doradcze kredytodawcy służy więc optymalizacji sytuacji majątkowej obydwu stron umowy w stadium jej wykonywania (a więc spłaty). Zasadne jest twierdzenie, że obowiązki kredytodawcy o charakterze informacyjno-doradczym stanowią instrument przygotowania realizacji celu umownego przez jej strony.

⁹⁶ W. Szpringer, *Kredyt konsumencki i upadłość konsumencka*, Warszawa 2005, s. 47 i n.; T. Bonneau, *Droit bancaire...*, s. 408.

⁹⁷ Podobnie G. Tracz, *Umowa...*, s. 141.

2. Przegląd stanowisk praw narodowych w zakresie obowiązków informacyjnych i doradczych kredytodawcy

Zasadniczym przedmiotem poniższej analizy są normy profesjonalnego zachowania się kredytodawców sformułowane przez doktrynę i orzecznictwo w świetle ogólnych przepisów i instytucji prawa obligacyjnego. Analiza stanu prawnego na gruncie ogólnych norm prawa prywatnego umożliwi następnie krytyczną ocenę instrumentów o charakterze regulacyjnym, pochodzących zasadniczo z ustawodawstwa unijnego.

2.1. Prawo francuskie

2.1.1. Wprowadzenie

Stanowisko prawa francuskiego w odniesieniu do ochrony kredytobiorcy za pomocą szeroko rozumianej informacji zasługuje na uwagę ze względu na szczególnie rozbudowane orzecznictwo oraz obszerne wypowiedzi doktryny w omawianym zakresie. Obowiązki banku wobec klienta znajdują głębokie umocowanie w normach deontologicznych nakładających na bank wymogi staranności w ramach prowadzonej działalności kredytowej. Doprecyzowanie treści obowiązków banku w relacjach z klientem dokonywane jest przy uwzględnieniu profesjonalnych obowiązków banku jako wyspecjalizowanej instytucji finansowej, w tym także zasad działalności banku o charakterze wewnętrznym⁹⁸.

Zachowanie się rozsądnego bankiera oceniane jest zasadniczo w świetle dwóch fundamentalnych zasad. Po pierwsze, podstawą normatywnej oceny zachowania się banku jest profesjonalny obowiązek ostrożności (*devoir de vigilance*), nakazujący bankowi respektowanie odpowiedniej miary ostrożności w celu ograniczenia ryzyka szkody po stronie klienta⁹⁹. Obowiązek ostrożności nie ma szczegółowej podstawy ustawowej, orzecznictwo powszechnie nadaje mu jednak charakter

⁹⁸ Tzw. *règle de gestion interne*. R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, wyd. 3, Paryż 2011, s. 329.

⁹⁹ Por. C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 166.

umowny, uznając art. 1147 C. civ. za podstawę roszczeń klienta banku¹⁰⁰. Ostrożność w udzielaniu kredytu jest fundamentalnym obowiązkiem profesjonalnym banku, stanowiąc dogmatyczną podstawę formułowania bardziej szczegółowych obowiązków o naturze informacyjnej.

Po drugie, profesjonalną granicę obowiązków banku względem klienta wyznacza zakaz ingerowania w sprawy klienta i stawiania się w jego sytuacji (tzw. zasada *non-immixation* lub *non-ingérence*)¹⁰¹. Bank nie jest powołany do oceny ekonomicznej zasadności transakcji lub inwestycji dokonywanych przez klienta, w związku z czym nie powinien zastępować klienta w decyzjach dotyczących prowadzenia spraw tego ostatniego. Zakaz ingerencji implikuje neutralność banku wobec zamierzeń klienta, nawet jeżeli te zamierzenia są ryzykowne lub nierozsądne¹⁰². Zakaz ingerencji relatywizuje więc doniosłość nakazu ostrożności, ograniczając ingerencję banku do sytuacji, w których występują nadzwyczajne ryzyka lub oczywiste anomalie. Funkcją zakazu ingerencji jest zarówno ochrona banku przed nadmierną odpowiedzialnością wobec klienta, jak i ochrona klienta przed nieuzasadnionym wpływem banku¹⁰³.

Doniosłość obydwu powyższych zasad, a mianowicie obowiązku ostrożności oraz zakazu ingerencji, dla określenia treści obowiązków informacyjnych banku wobec klienta pozostaje sporna i podlega konkretyzacji w danym wypadku. Przykładowo reprezentowane jest stanowisko, że zakaz ingerencji banku uzasadnia jedynie udzielenie klientowi negatywnej rady, czyli w gruncie rzeczy ostrzeżenia przed ryzykami, jakie wywołuje określona transakcja finansowa¹⁰⁴. Ponadto bank udzielający klientowi kredytu w celu dokonania inwestycji nie ma obowiązku weryfikacji przedmiotu inwestycji, chyba że podjął w tym kierunku szczególne zobowiązanie. Z drugiej strony obowiązek

¹⁰⁰ R. Routier, *Obligations...*, s. 330.

¹⁰¹ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 165 i n.

¹⁰² Bank nie jest więc zasadniczo obowiązany do interwencji w celu przeszkodzenia klientowi w dokonaniu czynności ryzykownej.

¹⁰³ N. Bourdalle, J. Lasserre Capdeville, *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier*, Banque & Droit 2006, nr 3, s. 17.

¹⁰⁴ Tak A. le Goff, *Extension de l'obligation de mise en garde aux emprunteurs professionnels*, Droit et Patrimoine 2007, nr 10, poz. 163, s. 42. Por. także J. Stoufflet, *L'évolution du droit bancaire et financier en France* (w:) *Synthèses de droit bancaire et financier. Liber amicorum André Bruyneel*, Paryż 2009, s. 586: obowiązek ostrzegawczy jest lepszym rozwiązaniem niż obowiązek doradczy, ponieważ trafniej pozwala ograniczyć ingerencję banku w sprawy klienta.

ostrożności może nakazywać udzielenie rady (objaśnień) klientowi w wypadku bardzo skomplikowanych transakcji¹⁰⁵.

Poniższa analiza poświęcona jest umowie kredytu jako podstawowej transakcji w prywatnoprawnym obrocie bankowym. Należy podkreślić, że obowiązki banków sformułowane przez Sąd Kasacyjny na gruncie umowy kredytu rozszerzono następnie na inne postaci umów dotyczących usług finansowych: poręczenie, ubezpieczenie i czynności inwestycyjne. Uzasadnienie i konstrukcja dogmatyczna rozwinięta na gruncie umowy kredytu znajdują zastosowanie do innych postaci usług finansowych.

Poza zakresem niniejszych rozważań pozostają istotne zagadnienia dotyczące odpowiedzialności banku w wypadkach wykraczających poza naruszenie obowiązków informacyjnych. Dotyczą one odpowiedzialności banku w wypadku naruszenia zakazu ingerencji w sprawy klienta¹⁰⁶ względnie odpowiedzialności w wypadku tzw. abuzywnego przyznania kredytu, w szczególności zaś odpowiedzialność banku-kredytodawcy wobec osób trzecich (wierzycieli kredytobiorcy).

2.1.2. Obowiązek ostrzegawczy banku

2.1.2.1. Ewolucja orzecznictwa

W latach 80. i 90. minionego wieku istniały zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie poważne wątpliwości dotyczące dokładnej treści obowiązków banku wobec kredytobiorcy. Izba Cywilna Sądu Kasacyjnego reprezentowała zasadniczo stanowisko, że na banku ciąży obowiązek doradczy wobec kredytobiorcy, oznaczający, że bank winien orientować wybór klienta w kierunku optymalnej formy kredytu¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Sąd Kasacyjny w określonych sytuacjach nakłada na bank obowiązek doradczy, którego treścią jest sformułowanie pozytywnej rekomendacji określonego zachowania się, C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 169 i n.

¹⁰⁶ SK opowiada się za ścisłą koncepcją *l'immixtion* (ingerencji w sprawy klienta) jako źródła odpowiedzialności banku – bank musi posiadać bezpośrednią możliwość wpływania na działalność swojego klienta, np. poprzez swojego przedstawiciela w zarządzie przedsiębiorstwa kredytobiorcy, orzeczenie SK z dnia 19 września 2007 r., RTDcom 2007, s. 821, z głosem D. Legeais. Sama kontrola zastosowania środków pochodzących z kredytu bankowego, dokonana przez bank, nie pozwala na przyjęcie, że bank posiada bezpośrednią możliwość wpływania na działalność swojego klienta.

¹⁰⁷ SK z dnia 27 czerwca 1995 r., Defrenois 1995, s. 385, z głosem D. Mazeaud.

Identyczne stanowisko przeważało również w doktrynie¹⁰⁸. Według Izby Handlowej Sądu Kasacyjnego obowiązek banku ograniczał się – na zasadzie wyjątku – do udzielenia ostrzeżenia, zaś nie obejmował udzielenia rady w powyższym znaczeniu¹⁰⁹. Istotna różnica stanowisk między izbami SK wywoływała w praktyce brak pewności prawa i krytykę, istniały również kontrowersje co do dokładnej treści obowiązku doradczego.

W sekwencji orzeczeń w latach 2005–2007 obydwie izby Sądu Kasacyjnego ujednoliciły swoje stanowisko, formułując tzw. obowiązek ostrzegawczy banku (*devoir de mise en garde*)¹¹⁰. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na dwa orzeczenia. W precedensowym orzeczeniu *Jauleski* bank udzielił małżonkom kredytu mieszkaniowego. Ze względu na opóźnienie w spłacie rat kredytu, w jakie małżonkowie popadli, wystąpili oni z powództwem przeciw bankowi, podnosząc, że udzielono im wadliwego (niedostosowanego) kredytu. Sąd Kasacyjny orzekł, że „bank naruszył swoje obowiązki wobec kredytobiorców wymagających ochrony, nie weryfikując ich zdolności płatniczych, i przyznał im kredyt nadmierny w stosunku do ich zdolności kredytowej. Tym samym naruszył swój obowiązek ostrzegawczy”.

Orzeczenie *Jauleski* uznawane jest za precedens wyznaczający zwrot Sądu Kasacyjnego w kierunku obowiązku ostrzegawczego kosztem innych, dalej sięgających obowiązków, w szczególności obowiązku doradczego. Powyższe orzeczenie należy odróżnić od orzeczenia *Grimaldi*¹¹¹, które wywołało istotne kontrowersje w doktrynie. Sąd Kasacyjny orzekł, że obowiązek kredytodawcy polega na poinformowaniu każdego klienta o zaletach i wadach oferowanego mu kredytu w kontekście sytuacji klienta oraz innych dostępnych produktów kredytowych względnie możliwości finansowania oferowanych przez bank. Teoretycznie obowiązek ten sięgałby dalej niż obowiązek ostrzegawczy

¹⁰⁸ Por. opracowanie sprzed 2005 r., m.in. R. Routier, *La responsabilite du banquier*, Paryż 1997, nb. 120; o ewolucji orzecznictwa C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 169 i n.

¹⁰⁹ Różnice w stanowiskach obydwu izb SK przedstawiają N. Bourdalle, J. Lasserre Capdeville, *Le développement jurisprudentiel...*, s. 17.

¹¹⁰ Precedensowy charakter miało orzeczenie SK z dnia 12 czerwca 2005 r., J.C.P. ed. E 2005, t. II, s. 10140, z głosem A. Gourio.

¹¹¹ SK z dnia 12 maja 2005 r., J.C.P. ed. E 2005, s. 1359 (tzw. orzeczenie *Grimaldi*), z głosem D. Legeais. Alternatywy obejmowały zaciągnięcie kredytu lub użycie oszczędności znajdujących się na innych rachunkach klienta.

z orzeczenia *Jauleski*. W piśmiennictwie wskazuje się jednak, że o intensywności obowiązków banku przesądza jego faktyczna rola w relacjach z klientem. W sprawie *Grimaldi* bank zaproponował klientowi zaciągnięcie kolejnych kredytów w celu wyrównania salda debetowego, nie wskazując klientowi na alternatywną możliwość wykorzystania wkładu oszczędnościowego ulokowanego w tym samym banku. Nie ulega wątpliwości, że rada udzielona przez bank była niewłaściwa¹¹². *Ratio decidendi* przesądzającą o zakresie obowiązków informacyjnych banku w sprawie *Grimaldi* była funkcja zarządcy kont klienta, wykraczająca istotnie poza rolę kredytodawcy¹¹³. Wykroczenie przez bank poza funkcję kredytodawcy powoduje intensyfikację obowiązków wobec klienta. Wydaje się, że tylko taka interpretacja pozwala rozsądnie odróżnić obydwa omawiane orzeczenia.

2.1.2.2. Treść obowiązku banku

Zgodnie z formułą Sądu Kasacyjnego treścią obowiązku banku jest ostrzeżenie klienta w przedmiocie ryzyka zawarcia umowy kredytu przy uwzględnieniu jego możliwości finansowych oraz ryzyka zadłużenia wynikającego z udzielonego kredytu¹¹⁴. Obowiązek ostrzegawczy obejmuje więc następujące elementy:

- a) eksplorację sytuacji majątkowej klienta;
- b) obowiązek ostrzeżenia klienta co do:
 - wykonalności (realności) finansowanego projektu, uwzględniając jego sytuację majątkową oraz
 - ryzyka zadłużenia wynikającego z udzielonego kredytu¹¹⁵. Bank winien dokonać oceny, czy udzielany kredyt jest ryzykowny dla kredytobiorcy w świetle jego sytuacji finansowej (eksploracja). Funkcją udzielanego następnie ostrzeżenia jest zwrócenie uwagi kredytobiorcy na ryzyko wynikające z zadłu-

¹¹² C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 166, 384.

¹¹³ T. Bonneau, *Droit bancaire...*, s. 610.

¹¹⁴ Por. SK z dnia 10 marca 2009 r., nr 08-10.721, cyt. za: A.-M. Barthez, D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, Paryż 2010, s. 253; „obligation au regard des capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt”. Por. też E. Bazin, *Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur*, Banque & Droit 2010, nr 2, s. 14.

¹¹⁵ Orzeczenie SK z dnia 29 czerwca 2007 r., nr 05-21.104: „mise en garde au regard des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts”.

żenia, które przekracza możliwość dokonania spłaty kredytu przez kredytobiorcę (przykładowo, jeżeli spłata kredytu ma nastąpić na podstawie dochodów z wynajmu nieruchomości, na której nabycie przyznawany jest kredyt, a nie ulega wątpliwości, że dochody te będą niewystarczające)¹¹⁶;

c) obowiązek przyznania kredytu proporcjonalnego (adekwatnego).

Funkcją obowiązku ostrzegawczego nie jest ochrona przez wszelkimi ryzykami transakcji, lecz jedynie przed ryzykiem o charakterze podstawowym (fundamentalnym), jakie jest wyraźnie rozpoznawalne dla banku nadmierne zadłużenie kredytobiorcy.

Należy wskazać, że sytuacja (możliwości) finansowe kredytobiorcy oraz ryzyko zadłużenia nie odnoszą się do kosztów kredytu. Sytuacja finansowa obejmuje zdolność spłaty, stopę zadłużenia oraz dochody kredytobiorcy, uwzględniając jego ogólną sytuację majątkową¹¹⁷. Ryzyko zadłużenia obejmuje natomiast ryzyka związane ze stanem niewypłacalności i jego konsekwencje majątkowe. Tym samym obowiązek ostrzegawczy istotnie wykracza poza obowiązek informacji o kosztach kredytu. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem w wypadku braku ryzyka zadłużenia kredytobiorcy na banku nie ciąży obowiązek ostrzegawczy¹¹⁸.

2.1.2.3. Wymóg adekwatności kredytu

Najnowsze orzeczenia Sądu Kasacyjnego stopniowo uzupełniają kryterium ryzyka zadłużenia za pomocą kryterium dostosowania (adekwatności) kredytu do możliwości finansowych kredytobiorcy¹¹⁹. Sąd Kasacyjny precyzuje, że udzielony kredyt musi być dostosowany do zadeklarowanych przez klienta możliwości finansowych, których dokładności instytucja kredytowa nie jest obowiązana sprawdzać. Kryterium proporcjonalności kredytu odnosi się do możliwości spłaty

¹¹⁶ E. Bazin, *Retour...*, s. 28.

¹¹⁷ R. Routier, *Obligations...*, s. 835. Reprezentowane jest również stanowisko, że bank winien uwzględniać wyłącznie dochody kredytobiorcy, a nie jego majątek, por. E. Bazin, *Le devoir de mise en garde*, *Banque & Droit* 2009, nr 4, s. 11.

¹¹⁸ T. Bonneau, *Droit bancaire...*, s. 610.

¹¹⁹ Taką interpretację proponuje D. Legeais, glosa, J.C.P. ed. E 2010, poz. 1068, s. 14, omawiając orzeczenia SK z dnia 17 grudnia 2009 r., nr 08-12. 783 oraz nr 08-11.866. Odmienne R. Routier, *Obligations...*, s. 836, który nadal posługuje się terminem „ryzyko”.

kredytu, przy uwzględnieniu konieczności spieniężenia majątku. W odniesieniu do kredytów konsumenckich oznacza to, że obciążenie wynikające z kredytu pozwala na zachowanie minimum egzystencjalnego¹²⁰. W odniesieniu do kredytów profesjonalnych wymóg ten implikuje konieczność uwzględnienia rentowności przedsiębiorstwa.

W najnowszych orzeczeniach Sąd Kasacyjny relatywizuje doniosłość ryzyka zadłużenia jako kryterium naruszenia obowiązku ostrzegawczego¹²¹. Nie ulega wątpliwości, że niemal każda transakcja kredytowa może (współ)prowadzić do zadłużenia kredytobiorcy. Jednocześnie, jak uczy doświadczenie, zadłużenie kredytobiorcy nie musi wynikać z faktu zaciągnięcia kredytu, lecz powstać wskutek zdarzeń natury profesjonalnej lub prywatnej, które wystąpią już po udzieleniu kredytu. W tym zakresie Sąd Kasacyjny wyraźnie orzekł, że okoliczności zewnętrzne, natury profesjonalnej lub rodzinnej, nie podlegają uwzględnieniu przez kredytodawcę w ramach procesu ostrzegawczo-eksploracyjnego w sferze kredytowania¹²². W tym zakresie warto przytoczyć przykład z aktualnego orzecznictwa SK: wspólny dochód obojga małżonków wynosił 5000 euro miesięcznie, a wysokość miesięcznej spłaty 1500 euro, przy czym małżonkowie byli właścicielami zamieszkiwanej przez nich nieruchomości. Spłata kredytu uległa załamaniu ze względu na utratę zatrudnienia przez jednego z małżonków oraz ich późniejszy rozwód. Nie ulegało wątpliwości, że w chwili zawierania umowy wysokość kredytu pozostawała adekwatna w świetle sytuacji majątkowej małżonków, zaś nadmierne obciążenie finansowe wystąpiło z przyczyn zewnętrznych, leżących w sferze ryzyka kredytobiorców, a nie banku¹²³.

Powyższe orzeczenie Sądu Kasacyjnego zawęży zatem zakres obowiązku ostrzegawczego banku, czyniąc go mniej uciążliwym dla instytucji kredytowej¹²⁴. Obowiązek eksploracyjny i ostrzegawczy banku odnosi się wyłącznie do ryzyka kredytowego, które bank „współkreuje”,

¹²⁰ A. Gourio, *La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier*, RDBF 2001, nr 1, s. 50.

¹²¹ Tak D. Legeais, glosa, J.C.P. ed. E 2010, poz. 1068, s. 14. Przeważające stanowisko jest bardziej powściągliwe, por. R. Routier, *Obligations...*, s. 836.

¹²² Orzeczenie SK z dnia 7 września 2009 r., nr 08-13.536: Juris Data nr 2009-049119, z glosą L. Dumoulin, J.C.P. ed. E 2009, poz. 2020. Por. C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 384.

¹²³ Stan faktyczny orzeczenia SK z dnia 7 września 2009 r., Juris Data nr 2009-049119, J.C.P. ed. E 2009, poz. 1948, z glosą D. Legeais.

¹²⁴ Tak D. Legeais, glosa, J.C.P. ed. E 2010, poz. 1068, s. 14.

udzielając kredytu. W tym kontekście wymóg adekwatności kredytu opiera się na założeniu starannej eksploracji sytuacji majątkowej klienta i ostrzeżenia go o skutkach zadłużenia dla sytuacji majątkowej. Jednocześnie stwierdzenie adekwatnego obciążenia wynikającego z umowy kredytu, a więc brak ryzyka nadmiernego zadłużenia ze względu na sytuację personalną i finansową kredytobiorcy – przy uwzględnieniu okoliczności przewidywalnych dla banku – wyklucza możliwość podnoszenia przez kredytobiorcę, że kredytodawca naruszył obowiązek ostrzegawczy¹²⁵.

Należy wskazać, że obowiązek ostrzegawczy banku nie implikuje weryfikacji przedmiotu udzielanego kredytu. Zakaz ingerencji banku w sprawę klienta stanowi fundamentalną dyrektywę wyznaczającą zakres jego obowiązków. Bank udzielający kredytu w celu sfinansowania inwestycji dokonywanej przez klienta nie jest zobowiązany do oceny jakości tej inwestycji i jej adekwatności względem celów klienta, chyba że zobowiązanie takie wynika z umowy¹²⁶. Z drugiej strony przesłanki odpowiedzialności banku mogą zostać spełnione, jeżeli bank udziela kredytu kredytobiorcy „niepoinformowanemu” na dokonanie inwestycji, która jest wyraźnie dysproporcjonalna względem możliwości finansowych kredytobiorcy.

Ostrzeżenie o nieadekwatności (nieproporcjonalności) kredytu stanowi – zasadniczo – granicę obowiązku banku sankcjonowanego odpowiedzialnością odszkodowawczą. Wydaje się, że przeważa pogląd, że na banku nie ciąży obowiązek (ochronny względem klienta) odmowy udzielenia kredytu, jeżeli udzielony kredyt nieproporcjonalnie obciążałby kredytobiorcę¹²⁷. Przesłanki odpowiedzialności banku z tytułu abuzywnego przyznania kredytu ujęte są bardzo wąsko i mają charakter wyjątku¹²⁸. Ponadto, co wynika z istoty obowiązku ostrzegawczego, bank nie ponosi odpowiedzialności za wybór odpowiedniej formy kredytu, która ma optymalnie odpowiadać sytuacji klienta¹²⁹.

¹²⁵ *Ibidem*. SK z dnia 19 listopada 2009 r., Banque & Droit 2010, nr 1, s. 21.

¹²⁶ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 166.

¹²⁷ D. Legeais, glosa, J.C.P. ed. E 2010, poz. 1068, s. 14; T. Bonneau, *Droit bancaire...*, s. 608.

¹²⁸ Por. D. Legeais, glosa, RTDcom 2008, nr 1, s. 163.

¹²⁹ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 380.

2.1.2.4. Forma udzielenia ostrzeżenia

Sąd Kasacyjny nie wypowiedział się dotychczas co do wymaganej formy udzielenia ostrzeżenia kredytobiorcy. Nie ma również wyraźnych podstaw ustawowych w tym zakresie. W piśmiennictwie wskazuje się, że ostrzeżenie winno być udzielone w formie pisemnej¹³⁰. W tym kontekście warto podkreślić, że Sąd Kasacyjny posługuje się szeroką definicją umowy kredytu, opierając się na kryterium ekonomicznym, a mianowicie celu dokonywanej czynności. Umowa otwarcia rachunku bieżącego uznawana jest za umowę kredytu dla celów obowiązku ostrzegawczego¹³¹.

2.1.2.5. Podmiotowy zakres obowiązku ostrzegawczego

2.1.2.5.1. Kwalifikacja statusu klienta

Formułując obowiązki banku wobec kredytobiorców, orzecznictwo francuskie posługuje się kryterium „potrzeby ochrony” danego kontrahenta. Zakres obowiązków ostrzegawczych (a także doradczych) banku określany jest zasadniczo za pomocą kryterium podziału kredytobiorców na „poinformowanych” (*l'emprunteur averti*) oraz „wymagających ochrony” (*l'emprunteur profane* albo obecnie *non-averti*)¹³². Na banku ciąży obowiązek ostrzegawczy wyłącznie wobec kredytobiorcy „wymagającego ochrony”, a więc takiego, który – według sformułowania Sądu Kasacyjnego – „nie potrafi ocenić doniosłości i zakresu zaciąganego zobowiązania”¹³³. Brak wiedzy i doświadczenia (niekompetencja) klienta banku oceniane są wyłącznie w kontekście danej umowy.

Kryterium statusu podmiotu „wymagającego ochrony” ma charakter materialny, w odróżnieniu od formalnego pojęcia konsumenta, wynikającego z prawa unijnego. Zasadniczo obowiązuje faktyczne domniemanie, że klient jest „niepoinformowany”, zaś kwalifikacja jego statusu jako „poinformowanego” (eksploracja statusu klienta) obciąża

¹³⁰ R. Routier, *Obligations...*, s. 839.

¹³¹ *Ibidem*, s. 832.

¹³² *Ibidem*, s. 830, zwraca uwagę na porzucenie terminu *profane* ze względu na jego wieloznaczność oraz tendencję do uznawania go za antonim terminu *professionnel*.

¹³³ Według C. Gavaldy, J. Stoufflet, *Droit bancaire...*, s. 381, kredytobiorca profesjonalny potrafi skonfrontować własne środki finansowe i sytuację majątkową z zakresem obciążeń wynikających z umowy kredytu.

bank¹³⁴. Ustalając status kredytobiorcy, sądy uwzględniają następujące, przykładowe kryteria:

- a) subiektywne: wiedzę, wiek, kategorię społeczno-zawodową oraz doświadczenie w sprawach finansowych, a także posiadane informacje odnośnie do zamierzonej transakcji (wgląd w możliwości ewolucji transakcji)¹³⁵. Przykładowo umiejętność interpretacji dokumentacji księgowej (bilansowej) przedsiębiorstwa stanowić może kryterium (braku) potrzeby ochrony¹³⁶. Nie ulega wątpliwości, że osoby nieznające języka umowy lub wykazujące słabość intelektualną należą do kategorii „wymagających ochrony”¹³⁷;
- b) obiektywne: stopień skomplikowania danej transakcji kredytowej. Kryterium to pozwala uzasadnić obowiązek ostrzegawczy wobec podmiotów, które mają doświadczenie tylko w zakresie mniej skomplikowanych (bieżących) transakcji¹³⁸. Możliwe jest uznanie określonego kredytobiorcy za „poinformowanego” w odniesieniu do określonego rodzaju kredytu (np. kredytów *in fine*), a za wymagającego ochrony w odniesieniu do innych rodzajów kredytu (np. kredytu amortyzowanego) ze względu na istotne różnice konstrukcyjne między tymi rodzajami kredytu¹³⁹.

Jak wskazałem, kryteria stosowane przez orzecznictwo francuskie przesuwają formalną dychotomię konsument albo przedsiębiorca na dalszy plan, nadając kryterium związku danej umowy z działalnością gospodarczą (zawodową) kredytobiorcy charakter jedynie pomocniczy. Sądy *meriti* obowiązane są szczegółowo uzasadnić, dlaczego w określonym wypadku dany klient uznawany jest za zdolnego do oceny ryzyka.

Rozstrzygnięcia Sądu Kasacyjnego w zakresie podmiotowej kwalifikacji kredytobiorców charakteryzuje wysoki stopień kazuistyki.

¹³⁴ D. Legeais, glosa do orzeczenia SK z dnia 17 listopada 2009 r., J.C.P. ed. E 2010, poz. 1000, s. 17. Podobnie E. Bazin, *Retour...*, s. 27.

¹³⁵ Orzeczenie SK z dnia 8 marca 2011 r., nr 10-11.545, z glosą D. Legeais, RTDcom 2011, nr 2, s. 396.

¹³⁶ N. Mathey, *Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel*, J.C.P. ed. E 2011, poz. 34.

¹³⁷ R. Routier, *Obligations...*, s. 831.

¹³⁸ *Ibidem*, s. 833.

¹³⁹ SK z dnia 8 marca 2011 r., Banque & Droit 2011, nr 3, s. 29, z glosą T. Bonneau, który zwraca uwagę na istotne różnice konstrukcyjne między tymi dwoma rodzajami kredytu.