

Maciej Aleksander Kędziński¹

Uwagi dotyczące analizy ryzyka AML/CFT² na tle wyroku V SA/Wa 2574/21 z dnia 10 sierpnia 2021 r. WSA w Warszawie

*„Normalność jest jak utwardzona droga,
wygodnie się nią idzie,
ale kwiaty na niej nie rosną”
Vincent van Gogh*

Streszczenie

Wydany w 2021 r. wyrok WSA w Warszawie, w sprawie wyników kontroli przeprowadzonej przez Generalnego Inspektora (GIIF) w instytucji obowiązanej, wskazuje na wiele kwestii związanych ze stosowaniem i interpretacją przepisów ustawy o p.p.p.f.t. Przede wszystkim ważnym pozostaje zrozumienie, zrealizowanie i sformalizowanie obowiązku instytucji obowiązanej w zakresie oceny ryzyka instytucjonalnego oraz ryzyka indywidualnego (operacyjnego) związanego ze stosowaniem środków bezpieczeństwa finansowego wobec klientów tej instytucji. Podstawy do realizacji tych obowiązków zostały umieszczone w dwóch odrębnych jednostkach redakcyjnych tj. w art. 27 i w art. 33 ustawy o p.p.p.f.t.

Słowa kluczowe

Wyrok, ryzyko instytucjonalne, ryzyko indywidualne, ryzyko związane ze stosunkami gospodarczymi, ryzyko związane z transakcją okazjonalną, wewnętrzna procedura instytucji obowiązanej.

1. Wprowadzenie

Przedmiotowy artykuł nie stanowi glosy wobec wyroku z dnia 10 sierpnia 2021 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w sprawie V SA/Wa 2574/21³. Niniejszy wyrok jest jedynie przyczynkiem do zgłoszenia kilku uwag w od-

¹ Dr Maciej Aleksander Kędziński, radca prawny, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3074-1355>.

² Ang. AML/CFT – Anti-Money Laundering/Counter Financing of Terrorism, skrótowiec z j. angielskiego, oznacza: „Przeciw działanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu”. ML/FT – to odpowiednio: „pranie pieniędzy/finansowanie terroryzmu”.

³ V SA/Wa 2574/21 – Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2021 r., (w:) <http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/v-sa-wa-2574-21/21a0b39.html>.

niesieniu do analizy ryzyka, której podstawy zostały umieszczone w art. 27 i 33 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (dalej zwanej ustawą o p.p.p.f.t.)⁴ oraz oceny niektórych przepisów tej ustawy, jakiej dokonał Generalny Inspektor Informacji finansowej (dalej: GIIF) i Sąd.

Obowiązek związany z dokonaniem oceny ryzyka instytucjonalnego, przez instytucję obowiązana, uregulowany został w art. 27 ustawy o p.p.p.f.t. i jest konsekwencją zapisów zawartych w art. 8 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE⁵. Natomiast, zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2015/849, korespondującym z treścią rekomendacji FATF nr 10, na instytucjach obowiązanych ciąży obowiązek zastosowania każdego ze środków bezpieczeństwa finansowego. Ponadto, art. 33 ust. 4 ustawy o p.p.p.f.t. transponuje do krajowego porządku prawnego, wynikającą również z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2015/849 zasadę, że zakres środków bezpieczeństwa finansowego zastosowanych w danym przypadku jest uzależniony od stopnia rozpoznanego ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu związanego z danymi stosunkami gospodarczymi lub transakcją okazjonalną⁶.

Rozpoczynając prezentację stanowiska, należy zwrócić uwagę na to, że ustawodawca wprowadził do ustawy o p.p.p.f.t. dwa rodzaje podstawowych ocen ryzyka dla instytucji obowiązanych, które mają obowiązek przeprowadzać. W rozdziale 4 – jest to wspomniana ocena ryzyka instytucji obowiązanych (art. 27 ustawy o p.p.p.f.t.) oraz w rozdziale 5 ocena (rozpoznanie) ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną, która odnosi się do sprawy indywidualnej klientów. W tym zakresie instytucje obowiązane również oceniają poziom rozpoznanego ryzyka (art. 33 ust. 2). Dla ułatwienia pierwsza z nich nazywana jest oceną ryzyka instytucjonalnego, druga zaś oceną ryzyka indywidualnego czy operacyjnego. Zgodnie z treścią zapisu art. 27 ust. 1 – instytucje obowiązane identyfikują i oceniają ryzyko związane z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu odnoszące się do ich działalności, z uwzględnieniem czynników ryzyka dotyczących klientów, państw lub

⁴ Dz. U. z 2023 r., poz. 1124, 1285, 1723, 1843.

⁵ Zob. Stanowisko UKNF dotyczące oceny ryzyka instytucji obowiązanej z dnia 15 kwietnia 2020 r., (w:) https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Stanowisko_UKNF_dot_oceny_ryzyka_instytucji_obowiazanej.pdf.

⁶ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (druk 2233, Sejmu VIII kadencji), s. 21.

obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji lub kanałów ich dostaw. Prezentowany katalog nie jest katalogiem zamkniętym i instytucja obowiązana może, uznając swoją specyfikę, dołączyć do prezentowanej listy (wymaganej) także inne czynniki ryzyka, które w jej opinii mogą mieć wpływ i kształtować ryzyko instytucjonalne. Podobnie może skorzystać (w całości lub części) przy identyfikacji i ocenie ryzyka instytucjonalnego z takich dokumentów, jak: krajowa ocena ryzyka (dalej: KOR), jak również sprawozdania Komisji Europejskiej, o którym mowa w art. 6 ust. 1–3 dyrektywy 2015/849 (art. 27 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t.). Wymienienie tych, przykładowych, czynników ryzyka (ust. 1) ma charakter bardziej nakazowy, aby zwolnić obowiązek jego analizy pod tym kątem w instytucji obowiązanej⁷.

Czynności instytucji wskazane jako określona reguła w zdaniu drugim niniejszego przepisu art. 27 ust. 1 – jako „działania”, które są proporcjonalne do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej należy traktować zarówno *in plus*, jak i *in minus* wobec podstawowej reguły obowiązkowej wyeksponowanej w zdaniu pierwszym. Jednakże bardziej o proporcjonalności i wielkości instytucji obowiązanej należałoby mówić nie w kontekście „głębokości” zastosowanej analizy, a w kontekście indywidualizacji analizy w danej instytucji. Czyli indywidualnej ocenie czynników ryzyka ustalonej na tle zagrożenia ML/FT jako całości oraz odnoszącej się do specyfiki tej konkretnej instytucji. Ta specyfika może wynikać np. z jej rodzaju, charakteru osób zatrudnionych, liczby podmiotów obsługiwanych, złożoności materii merytorycznej świadczonych usług, kwestii wielkości organizacyjnej, posiadania oddziałów na poziomie krajowym, czy międzynarodowym. Ocena w kontekście „głębokości” czynników może być myląca i subiektywnie kwalifikować czynniki bez ich własnie głębszej analizy, nie różnicując ich ze względu na rodzaj charakteru instytucjonalnego. Niemniej należy także zauważyć, że sama regulacja FATF powołuje się też na ocenę „głębokości” oceny. Stanowi, że: „głębokość i zakres oceny ryzyka będzie zależał od rodzaju przedsiębiorstwa lub zawodu, sektora lub działalności, produktu lub usługi oferowanych usług oraz zasięgu geograficznego działań, które mogą skorzystać w zakresie zwolnienia”⁸. Zapis ten prezentowany jest jednak w kontekście – gdy poszczególne kraje będą chciały zwolnić określonych przedstawicieli zawodów prawniczych, sektory lub rodzaje działalności z niektórych zobowiązań w zakresie AML/CFT. Takie zwolnienie powinno być poprzedzone analizą ryzyka w tych sektorach. Oznacza to więc nie

⁷ W zakresie innych możliwych czynników ryzyka pozwalających ocenić ryzyko instytucjonalne zob. Stanowisko UKNF dotyczące oceny ryzyka instytucji obowiązanej z dnia 15 kwietnia 2020 r., s. 2.

⁸ Consultation on the Draft Risk-Based Approach Guidance for Legal Professionals, opracowanie FATF, akapit 78, s. 22, (w:) file:///C:/Users/HP/Downloads/FATF-RBA_Guidance_for_Legal_Professionals%20(2).pdf.

badanie „wielkości” organizacyjnej instytucji, ale jej skali narażenia na ryzyko i ustalenie jego rodzaju.

Ta więc omawiana regulacja zawiera ponadto istotną regułę, która umożliwia dostosowanie zakresu identyfikacji i oceny ryzyka do charakteru instytucji obowiązanej. Stąd też przedmiotowa regulacja oceny ryzyka instytucjonalnego posiada charakter dualistyczny. Z jednej strony wprowadza ogólną zasadę oceny ryzyka, a jednocześnie umożliwia jej dostosowanie do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej. Takie rozwiązanie jest niejako „ukłonem” wobec instytucji obowiązanych, których zarówno wielkość, jak i charakter jest wysoce zróżnicowany co jest widoczne w ich katalogu wymienionym w art. 2 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Należy zaznaczyć, że materiałem wyjściowym dla analizy ryzyka instytucjonalnego nie jest ocena charakteru i wielkości swojej instytucji, a zrozumienie ryzyka związanego z ML/FT, na które narażone są instytucje. Podstawowy jest więc motyw narażenia i bezpieczeństwa, nie zaś wielkość i charakter instytucji (co wyraża się w odniesieniu do identyfikacji i oceny ryzyka). W sprawie V SA/Wa 2574/21 kwestia dotyczyła niewielkiej (w zakresie liczby obsługiwanych klientów) instytucji obowiązanej – radcy prawnego. Zarówno FATF, jak i polski ustawodawca nie wskazuje wprost, jakiego rodzaju instytucje obowiązane są bardziej lub mniej narażone na ryzyko instytucjonalne. Sam fakt umieszczenia (nawet z ograniczeniami) danego podmiotu w zbiorze rodzajów instytucji obowiązanych, pasuje je specyficznie wobec możliwości narażenia ich, bardziej niż podmiotów nieumieszczonych, na możliwość wykorzystania w procedurze ML/FT. W konsekwencji, także, a może zwłaszcza dla ich obrony przed zagrożeniem i spójności samego systemu AML/CFT, wprowadzone zostały określone prawem obowiązki, jakie musi spełnić instytucja obowiązana na potrzeby oceny ryzyka. To „dobro” spełnienia obowiązków wyzwala w danej instytucji obowiązanej (a przynajmniej powinno wyzwolić) świadomości zagrożenia, a tym samym przygotowania samej instytucji na „obronę” przed tym zagrożeniem. Jednym z takich instrumentów obronnych jest uświadomienie sobie zagrożenia i przygotowanie identyfikacji oraz oceny ryzyka instytucjonalnego. Nie jest i nie powinien to być dokument oderwany od stanu instytucji, jego charakteru i wielkości. Nie należy ponadto lekceważyć jeszcze jednego czynnika związanego z obowiązkiem oceny ryzyka instytucjonalnego, wiąże się on dodatkowo z kreowaniem gwarancji dla instytucji obowiązanych jako instytucji zaufania publicznego (do takich należałoby zaliczyć m.in. radców prawnych), które utwierdzają swoje bezpieczeństwo zarówno wobec obrotu prawnego, gospodarczego, finansowego, ale również bezpośrednio wobec swoich klientów. Dlatego też ocena ryzyka instytucjonalnego nie jest budowana wyłącznie poprzez klientów, ale także dla klientów tej instytucji. To klient godząc się na korzystanie z usług takiej instytucji, powinien mieć gwarancję tego, że niniejsza instytucja, usługodawca wobec niego nie jest uwikłana w procedurę ML/FT i relacje z nią nie

spowoduje szkody dla jego osoby. Budowanie oceny ryzyka instytucjonalnego jest wyjściem wobec potrzeby jego ustalenia i obrony przed nim między innymi poprzez ustanowienie odpowiednich procedur wewnętrznych, sformalizowanych i przygotowanych do wdrożenia w przypadku wystąpienia zagrożenia, ale także wykonywania czynności gwarancyjnych zapewnienia zgodności z przyjętymi regułami (zob. art. 8 zd. pierwsze w zw. z art. 9 ustawy o p.p.p.f.t.). Zadanie to jest prowadzone zwłaszcza prewencyjnie wobec przypuszczalnego ryzyka i podejrzanego zdarzenia oraz stabilności instytucji jako jednostki organizacyjnej. Nośnikiem ryzyka, a tym samym także przyczynkiem do wystąpienia niebezpiecznego zdarzenia, może być każdy element wymieniony w art. 27 ust. 1 zd. pierwsze ustawy o p.p.p.f.t., ale także każdy inny, który zostanie zidentyfikowany (lub nie) przez instytucję obowiązującą i wdrożony do realizacji w ramach wewnętrznej procedury. W każdym z tych czynników, ontologicznie, tkwi wydaje się *in abstracto* źródło zagrożenia, którego jednak wystąpienie może stać się w każdej chwili realne *in concreto*, i na jego neutralizację instytucja obowiązująca musi być odpowiednio przygotowana. Obowiązkiem więc w tym przypadku nie jest jedynie formalne wywiązanie się ze sporządzenia procedury, ale przede wszystkim jej merytoryczna zawartość pozostająca w zgodzie z przepisami ustawy o p.p.p.f.t. Wewnętrzna procedura (art. 50 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.) powinna działać jak instrukcja na wypadek zidentyfikowania niebezpiecznego zdarzenia. Ocena ryzyka instytucjonalnego oraz jej następstwa zbliżają postępowanie do kreowania norm *compliance* w instytucji w kierunku wyeliminowania możliwości wykorzystania instytucji do przestępczego procederu ML/FT, ale także zapobiegnięciu udziału pracowników tej instytucji w przestępczej działalności. Zgodnie z podejściem opartym na ryzyku ustawodawca nie wskazał, jak skalować wymiar ryzyka instytucjonalnego oraz które środki bezpieczeństwa finansowego i z jaką intensywnością należy zastosować w ramach przeciwdziałania ryzyku indywidualnemu. Zespół reguł postępowania powinien jednak zostać określony w wewnętrznej procedurze instytucji obowiązanej. Jest to więc przypadek, gdy wewnętrzne przepisy instytucji obowiązanej, realizowane jako obowiązek na podstawie przepisów administracyjnych, mają zapobiec zdarzeniom o charakterze kryminalnym (art. 165a i 299 k.k.). Ten ustalony w instytucji obowiązanej wzorzec postępowania, między innymi ze względu na zapis art. 8 w zw. z art. 9 ustawy o p.p.p.f.t. stanowi także o regułach postępowania i monitorowania działalności instytucji obowiązanej z tym regułami w ramach wypełniania obowiązku odpowiedzialności za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej z przepisami, w zakresie *compliance*. Wobec tak odpowiedzialnego zadania, jakie powierzono instytucji obowiązanej nie można budować zarówno wewnętrznej procedury, jak i zapisów dotyczących oceny ryzyka instytucjonalnego w strukturze chaosu, czy używania w sprzeczności z logiką i zapisami ustawy o p.p.p.f.t. nazewnictwa, a także starania się

upraszczać procedury do krytycznego (zwłaszcza dla samej instytucji), minimum wykonania obowiązku. Niewłaściwie sporządzona i nieprzestrzegana procedura może doprowadzić do stanu narażenia instytucji obowiązanej na realne zagrożenie ze strony procederu ML/FT. Prawidłowe stosowanie powinno zabezpieczyć przedsiębiorcę (instytucję) przed udziałem, choćby nieświadomym, w tych procederach. Ustawodawca tym samym wprowadza pewne reguły, które w jego ocenie powinny doprowadzić do uchronienia danego dobra prawnego przed bezprawną ingerencją⁹. Zwłaszcza, że mimo, iż reguły te wskazuje sama kierunkowa ustawa, to ostateczny kształt, w granicach prawa wyznaczonych przez ustawę o p.p.p.f.t., nadawany jest zapisom w samej instytucji obowiązanej. Ten konstrukt wykonawczy nie może być jednak realizowany w sposób dowolny, a w zgodności z zapisami ustawy o p.p.p.f.t. Nie jest właściwym takie budowanie wiodącego w instytucji obowiązanej dokumentu – wewnętrznej procedury – aby jej przepisy i struktura wykonawcza *in abstracto*, nie potrafiła zadziałać w określonej sprawie *in concreto*. Przepisy tej procedury powinny jasno precyzować swoje „wykorzystanie”, w sytuacji, czy identyfikujemy i oceniamy ryzyko instytucjonalne, czy też indywidualne lub też „część wspólną” tych obu ryzyk. Ocena ryzyka instytucjonalnego jest rzeczywistym prewencyjnym działaniem wobec możliwości wykorzystania: instytucji jako jej obszaru zawodowego, świadczonych usług, posiadanych środków, na rzecz sprawców ML/FT. Wtedy ocena ta dotyczy instytucji jako całości, posiadanych lub projektowanych produktów, schematów relacji wobec powstania sytuacji zwiększenia ryzyka instytucjonalnego. To inny walor ryzyka niż ten, który dotyczy poszczególnego klienta/transakcji lub zespołu klientów, których ryzyko wyceniane jest na potrzeby zastosowania z adekwatnym natężeniem środków bezpieczeństwa finansowego. Ocena ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego są istotą tego samego, tj. zagrożenia ze strony procederów ML/FT, niemniej podejście do nich pozostaje zróżnicowane, na co wskazał także ustawodawca lokując tę problematykę w oddzielnych rozdziałach ustawy.

Najczęściej ryzyka ML/TF są klasyfikowane jako niskie, średnie i wysokie. Raczej nie występuje w ocenie ryzyka AML/CFT określenie „ryzyka normalnego”¹⁰. Taką ocenę ryzyka zastosował Skarżący w sprawie rozpatrywanej przez WSA w Warszawie. W KOR przyjęto czteroskalową ocenę ryzyka: ni-

⁹ A. Górski, Normy *compliance* w strukturze odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2021, Rok/Volume XXV, nr 1, s. 37, (w:) file:///C:/Users/HP/Downloads/Gorski_2021.1%20(5).pdf.

¹⁰ Ryzyko normalne – pojęcie odnoszące się raczej do procesów gospodarczych – jest to ryzyko, które trzeba podjąć, ponieważ tkwi ono w naturze procesów gospodarczych. W rolnictwie np. dotyczy kwestii ubezpieczeń, w prowadzono określenie – ryzyko normalne – co oznacza: straty małe, ale powtarzalne zob. Evaluation on the EU Common Agriculture Policy (CAP) 2014–2020, OECD, Paryż 2017. Inaczej ryzyko normalne określa się jako to, które musi być podjęte, bo jest ono naturalne dla danego typu działalności.

skie, średnie, wysokie, bardzo wysokie. Wydaje się, że szacowanie skali ryzyka w instytucji obowiązanej powinno być podobne i opierać się na podobnych założeniach metodycznych, jak w przypadku krajowej oceny ryzyka w zakresie zwłaszcza ryzyka instytucjonalnego. W szczególności, że metodyka KOR jest dość szczegółowo opisana nie tylko co do skali samego ryzyka, ale także w odniesieniu do podatności, poziomu zagrożenia i poszczególnych rodzajów ryzyk. Należy jednak zauważyć, że w projekcie wzoru – wewnętrznej procedury – który został umieszczony w przestrzeni teleinformatycznej Internetu, pod egidą Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych – występuje pojęcie „ryzyka normalnego”. § 7 Normalne ryzyko. Do grupy normalnego ryzyka należą ci klienci, z którymi współpraca może oznaczać normalne ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu¹¹. Dokument dotyczy obowiązków wykonywanych na podstawie ustawy o p.p.p.f.t. przez radców prawnych. Z § 4 Obowiązki Radcy prawnego można wywnioskować, że również w zakresie przepisów art. 27 i 33 przygotowano dwa odrębne załączniki nr 2 i nr 3, co oznaczałoby odrębne potraktowanie przedmiotowych rozwiązań. Załącznik nr 2 Wzór przykładowej oceny ryzyka (§ 4 pkt 1 Procedury) oraz Załącznik nr 3 Wzór dokumentu zawierającego ocenę rozpoznanego ryzyka związanego z praniem pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu związanego ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną (§ 4 pkt 3 lit. f) Procedury). Jak można zauważyć, również w tym przypadku autorzy wyróżnili dwie odrębne oceny ryzyka – instytucjonalną i indywidualną. Przy czym, co ważne, w tym drugim przypadku – oceny ryzyka indywidualnego, posłużyli się nazewnictwem wyróżniającym powołującym się na określenia: ryzyko związane z „ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną”. Należy jednak zauważyć, że już w pierwszym akapicie Załącznik nr 2 Wzór przykładowej oceny – zawarty w nim zapis może być mylący: „Radca prawny rozpoznaje i dokumentuje ryzyko prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu zidentyfikowane w ramach stosunków gospodarczych z klientami oraz transakcji okazjonalnych. Od poziomu oceny ryzyka uzależniony jest zakres stosowanych wobec klienta środków bezpieczeństwa finansowego” odnosząc go jednocześnie do treści art. 27 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Takie zaprezentowanie „wzoru” rozwiązań dla Kancelarii radców prawnych może być jednak my-

¹¹ Projekt/wzór, wewnętrzna procedura w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu na podstawie art. 50 ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1132 ze zm.) – stan prawny na dzień 31 października 2021 r., (w:) <http://obsil.kirp.pl/aktualności/wzor-wewnetrznej-procedury-zakresie-przeciwdzialania-praniu-pieniedzy-oraz-finansowaniu-terroryzmu>. W Załączniku nr 2 do niniejszej procedury wprowadzono zapis: „Na tej podstawie oceniam, że ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub transakcjami okazjonalnymi jest następujące: ryzyko niskie, ryzyko normalne, ryzyko wysokie”.

łące i wprowadzające brak wyróżnienia w kwestii odrębności rozumienia prowadzenia oceny ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego. Czym innym jest bycie instytucją obowiązaną jako radca prawny, a czym innym jest definiowanie ryzyka poprzez wykonywanie czynności radcowskich na rzecz klientów. Konkludując można zaproponować, aby przy sporządzaniu podobnych dokumentów przez samorządy korporacyjne ich treść była uzgadniana z przedstawicielami GIIF lub też GIIF reagował – nie tylko kontrolą – na „wzory” dokumentów zwłaszcza odnoszących się do całej populacji zawodowej w sprawie ich prawidłowego sporządzania i interpretacji. W konsekwencji braku takiego podejścia kwestie tego typu rozwiązywane są w ramach czynności kontrolnych lub w sądzie. Ponadto, gdy określone przedstawicielstwo korporacji wprowadza w zakresie oceny ryzyka pewną jego gradację, powinno także przedstawić metodykę jego oceny i zaszeregowania zagrożeń w zaproponowanym skalowaniu zagrożenia. Należy zaznaczyć, że instytucje obowiązane mogą kierować się własną metodyką oceny ryzyka zarówno opartą na kwestiach jakościowych, ilościowych, jak i wykorzystując obydwa te podejścia ocenne łącznie. Taki stan rzeczy powinien być jednak odpowiednio udokumentowany w skalowaniu ryzyk. Niekoniecznie też przyjęta skala ryzyka instytucjonalnego będzie się musiała pokrywać ze skalą ryzyka indywidualnego. Dodatkowo należy zauważyć, że ustawodawca przyznał inną rolę dla organów samorządów zawodowych lub stowarzyszeń skupiających instytucje obowiązane, niż kreowanie ogólnych dyrektyw dla oceny ryzyka instytucjonalnego. Jeszcze raz należy podkreślić, że ta powinna wyjść od samej instytucji obowiązanej. Uznanie takich „wzorów” za pewnik nie wydaje się właściwym rozwiązaniem. Zwłaszcza gdy ustawodawca kreuje inny kierunek rozwiązań, wychodząc od oceny własnej instytucji obowiązanej. Instytucje obowiązane, sporządzone – *a priori* analizy – mogą udostępniać – *a posteriori* – organom samorządów zawodowych lub stowarzyszeń skupiających te instytucje obowiązane.

W omawianej sprawie pojęcie „normalnego ryzyka” Skarżący odniósł do ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego ze stosunkami gospodarczymi lub transakcjami okazjonalnymi w prowadzonej Kancelarii¹². W tym przypadku jednak Sąd wskazał, że badając wywiązanie się z omawianego obowiązku nie można przedkładać wymogów formalnych, które co do formy pisemnej zostały przecież zachowane, nad merytoryczną zawartość sporządzonego przez Skarżącego dokumentu. Można natomiast odnieść wrażenie, że kontrolujący (pracownicy GIIF – przyp. Autora), a za nimi organy, skoncentrowały swoją uwagę wyłącznie na użyciu w dokumen-

¹² Cytat z uzasadnienia WSA w Warszawie w sprawie V SA/Wa 2574/21: „Na tej podstawie oceniam, że ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub transakcjami okazjonalnymi w prowadzonej przez mnie Kancelarii jest ryzykiem normalnym”, s. 7/10.

cie z dnia 13 lipca 2018 r. sformułowań zawartych w przepisach art. 33 ustawy, tj. „stosunki gospodarcze” czy „transakcja okazjonalna” i na tej tylko podstawie zdyskwalifikowały ów dokument, jako ocenę ryzyka, o której mowa w art. 27 ust. 3 ustawy. Zdecydowanie nie można się zgodzić z argumentacją, jaką zaprezentował Sąd, ponieważ właśnie między innymi użycie tego specyficznego nazewnictwa jest wyróżnikiem pomiędzy przynależnemu mu określeniu – oceny ryzyka indywidualnego, a nie ocenie ryzyka instytucjonalnego. Z przedstawionych zapisów art. 33 ustawy o p.p.p.f.t. wprost można wywieść, że ten typ oceny ryzyka wiąże się z indywidualnymi przypadkami. Stąd też treść przedmiotowego orzeczenia może być myląca dla decydentów przygotowujących wewnętrzną procedurę, w której mogą powtórzyć się błędy niepotrzebnego mieszania pojęć przynależnym dwóm odrębnym (ale mogącym mieć część wspólną) ocenom ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego. Trudno też odnieść ocenne czynniki zastosowane w zakresie ryzyka indywidualnego – które ostatecznie są personalizowane, a dotyczą wszak: „swoich klientów” (art. 33 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), nie zaś „klientów” jako całości zbioru czynników wpływających na ocenę ryzyka instytucjonalnego (art. 27 ust. 1 zd. pierwsze). W tym przypadku ryzyko nie koncentruje się personalnie/podmiotowo, a instytucjonalnie (jego przedmiotem jest twór organizacyjny instytucji obowiązanej). Uznając ogólne klasyfikowanie ryzyka – jako „normalnego”, można ocenić iż posłużono się tu kryterium – „postrzeganie ryzyka przez decydenta”¹³. Dokument, w którym umieszczono taki wniosek powinien zawierać także opis metody, która skłoniła decydenta do takiego stwierdzenia.

2. Kilka kwestii na tle wydanego wyroku przez WSA w Warszawie w sprawie V SA/Wa 2574/21

W dniu 10 sierpnia 2021 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wydał wyrok w sprawie V SA/Wa 2574/21 ze skargi P. S. na decyzję Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej w przedmiocie kary pieniężnej, jaka została nałożona na instytucję obowiązaną – radcę prawnego, za niedopełnienie obowiązków wynikających z ustawy o p.p.p.f.t. GILF swoją decyzją nałożył na radcę prawnego P. S. karę pieniężną w wysokości 5000 zł za niedopełnienie obowiązków:

– sporządzenia oceny ryzyka, o której mowa w art. 27 ust. 3 o p.p.p.f.t.

¹³ Postrzeganie ryzyka przez decydenta ryzyko normalne – jest to ryzyko, które trzeba podjąć, ponieważ tkwi ono w naturze procesów gospodarczych, ryzyko dopuszczalne – to ryzyko, na które można sobie pozwolić, ryzyko niedopuszczalne – ryzyko, na które nie można sobie pozwolić, ryzyko niezbędne – ryzyko, na którego niepodjęcie nie można sobie pozwolić. Zob. A. Judkowiak, B. Zaleska, Wybrane zagadnienia dotyczące ryzyka w audycie wewnętrznym, *Studia i prace wydziału nauk ekonomicznych i zarządzania*, nr 16; A. Karmańska (red. nauk.), *Ryzyko w rachunkowości*, Difin, Warszawa 2008, s. 64–70.

- wprowadzenia wewnętrznej procedury instytucji obowiązanej, o której mowa w art. 50 ustawy o p.p.p.f.t.

W wystąpieniu pokontrolnym, kontrolerów GIIF, stwierdzono:

- niedopełnienie obowiązku sporządzenia oceny ryzyka, o której mowa w art. 27 ust. 3 ustawy, z uwagi na brak wszystkich obligatoryjnych elementów w przedstawionym przez Skarżącego dokumencie, tj. czynników ryzyka dotyczących państw lub obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji lub kanałów ich dostaw, błędnym zestawieniem dwóch oddzielnych obowiązków wynikających z ustawy w treści jednego dokumentu oraz dodatkowo wyraźnym wskazaniem w tytule dokumentu na inny obowiązek, wynikający tylko z art. 33 ust. 3 ustawy.

Ponadto w wystąpieniu wskazano na:

- niedopełnienie obowiązku wprowadzenia wewnętrznej procedury instytucji obowiązanej, o której mowa w art. 50 ustawy, wobec tego, że przedstawiona podczas kontroli procedura nie zawiera wszystkich obligatoryjnych elementów, wymienionych w art. 50 ust. 2 ustawy.

Zdaniem GIIF, w toku kontroli jednoznacznie ustalono, że przedstawiony dokument, mający być oceną ryzyka z art. 27 ustawy (ustawy o p.p.p.f.t. – przyp. autora), nie spełnia wymogów ustawy, w związku z czym Skarżący nie dopełnił obowiązku sporządzenia oceny ryzyka, o której mowa w art. 27 ust. 3 ustawy, jak również to, że przedstawiony dokument mający być wewnętrzną procedurą w zakresie przeciwdziałania ML/FT, nie spełnia wymogów ustawy, gdyż dokument ten zawierał poważne błędy w zakresie zapisania sposobu realizacji obowiązków wynikających z art. 27 i art. 33 ust. 2 ustawy oraz w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego (w przypadku identyfikacji osoby upoważnionej do działania w imieniu klienta), w związku z czym należy uznać, że radca prawny nie dopełnił obowiązku wprowadzenia wewnętrznej procedury instytucji obowiązanej, o której mowa w art. 50 ustawy. Sąd nie podzielił stanowiska organu i: 1) uchylił zaskarżoną decyzję oraz 2) zasądził od Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej na rzecz P. S. kwotę 200 zł (dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego.

Orzeczenie w sprawie V SA/Wa 2574/21 było także przedmiotem dyskusji w mediach internetowych¹⁴. Nie ulega wątpliwości, że sądowa ocena orzeczeń organów administracji państwowej, a do takiego trzeba zaliczyć GIIF, jest gwarancją prawidłowości tych orzeczeń w obrocie prawnym, a jednocześnie kształtuje na poziomie sądowym także interpretację przepisów i postępowania

¹⁴ M. Sawczuk i W. Majkowski, Kary administracyjne nie zawsze uzasadnione, (w:) <https://www.prawo.pl/podatki/wyrok-wsa-dla-instytucji-obowiazanej-z-ustawy-aml,511099.html> (dostęp 23 stycznia 2023 r.). Zob. także: D. Frey, Radca prawny wygrał z ministrem finansów ws. finansowania terroryzmu, Rzeczpospolita 19 października 2021 r., (w:) <https://www.rp.pl/prawnicy/art19026941-radca-prawny-wygrał-z-ministrem-finansow-w-s-finansowania-terroryzmu> (dostęp: 23 stycznia 2023 r.).

organu wobec tych ocen, jakie prezentuje sam organ. Wskazany w artykule wyrok jest natomiast wydany jako jeden z pierwszych wobec czynności kontrolnych prowadzonych na podstawie nowej ustawy o p.p.p.f.t. Tym samym pozostaje on istotny z punktu widzenia nie tylko sądowej oceny poprawności funkcjonowania GIIF jako organu kontrolującego, ale także w ważny sposób interpretuje – z punktu widzenia sądowego przepisy i rozumienie tych przepisów jako realizacji obowiązków instytucji obowiązanej. W tym zakresie należy być nad wyraz ostrożnym i nie traktować przedmiotowego wyroku jako powszechnie obowiązującego standardu realizacji obowiązków przez instytucje obowiązane. Każdy przypadek powinien być taktowany odrębnie wobec czynności kontrolnych podejmowanych przez kontrolerów GIIF. Przez co „przypadek” nie powinien być traktowany jako „powszechna reguła”. Z pewnością regułą będzie stan wyjściowy instytucji na potrzeby dokonania oceny ryzyka. Aktualny stan prawny zwiększył kompetencje GIIF w zakresie kontroli, między innymi poprzez nadanie mu statusu – koordynatora kontroli (art. 132 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.). Ponadto w ramach koordynacji, GIIF opracowuje i udostępnia, w terminie do dnia 15 listopada każdego roku, informacje o obszarach i sektorach szczególnie narażonych na ryzyko prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. I co ważne z punktu widzenia wyroku WSA – GIIF może przekazywać podmiotom, o których mowa w art. 130 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t., wskazówki dotyczące kontroli przestrzegania przepisów ustawy. W konsekwencji wyrok WSA może mieć wpływ nie tylko na czynności kontrole samego GIIF, ale także na inne podmioty wskazane w ustawie o p.p.p.f.t. jako uprawnione do prowadzenia kontroli. Jednocześnie, co zrozumiałe, istota takiego orzeczenia może mieć wpływ na sposób realizowania obowiązków przez instytucje obowiązane. Przy czym należy zauważyć, że obowiązki, jakie zostały ustanowione w art. 27 i 33 ustawy o p.p.p.f.t. mają zdecydowanie istotny wpływ na innego rodzaju czynności, takie jak: analiza oceny ryzyka, jej skalowanie, kwalifikacja klienta/transakcji do intensywności stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, czy monitorowanie klienta, stosunków gospodarczych, weryfikacja i identyfikacja – co także posiada przełożenie nie tylko na przeciwdziałanie praniu pieniędzy, ale także na stosowanie szczególnych środków ograniczających wobec ML/FT. Sąd, jak w tym przypadku, nie może być traktowany jako drugi podmiot uprawniony (oprócz GIIF) do przekazywania „wskazówek dotyczących kontroli przestrzegania przepisów ustawy”. Odbiorcą „uwag” sądu jest tu GIIF, który także posiada prawo do kreowania polityki bezpieczeństwa i przestrzegania przepisów AML/CFT w ramach posiadanych kompetencji. Dlatego też należałoby być ostrożnym w kreowaniu zasad stosowania przepisów ustawy o p.p.p.f.t. w oparciu o sposób wykonania obowiązku przez instytucję obowiązaną, jaką można wywieść ze sprawy indywidualnej, na rzecz jej uogólnienia. Takie podejście obniża prestiż GIIF, a jednocześnie ogranicza moż-

liwości indywidualnej oceny tego organu wobec nadzorowanych instytucji i innych podmiotów uprawnionych do wykonywania czynności kontrolnych.

H. Sarżyński, wobec treści wydanego wyroku i rozstrzygnięcia, zauważył, że: wskazany w art. 27 ust. 1 ustawa o p.p.p.f.t. obowiązek ma charakter *stricte* formalny i jego realizacja pozwala na stwierdzenie, że radca prawny dochował obowiązku przygotowania oceny ryzyka zgodnie z przepisami. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 sierpnia 2021 r. (sygn. V SA/Wa 2574/21, LEX nr 3229016) ocena realizacji obowiązku sporządzenia oceny ryzyka opiera się wyłącznie o kryteria wskazane w art. 27 Ustawy i jest to pogląd jak najbardziej uzasadniony¹⁵. Ponadto dodaje, że istnieje jeszcze aspekt praktyczny, który rzetelnie przygotowana ocena ryzyka powinna zawierać, aby stanowiła kompletną podstawę do działań AML/CFT każdej instytucji obowiązanej. Tym aspektem praktycznym jest zamieszczenie w treści oceny ryzyka swoistych narzędzi, które umożliwią pracownikom i współpracownikom instytucji obowiązanych odpowiedzialnych za działania AML/CFT ocenę ryzyka transakcji albo stosunków gospodarczych wykraczających poza okoliczności wskazane w jej treści. Niestety należy zauważyć, że niewłaściwym jest ocenianie procedury jedynie pod względem formalnym. W trakcie kontroli oprócz, co oczywiste, ścisłości ustaleń i ich skrupulatnego wyjaśnienia, kontrolujący powinni także zwrócić uwagę na możliwość „skuteczności” zawartych w procedurze zapisów, a zwłaszcza wprowadzonych mechanizmów przeciwdziałania. Dlatego też, gdy konstrukcja procedury jest jedynie „przepisaniem” treści poszczególnych artykułów z ustawy o p.p.p.f.t. nie spełnia waloru użyteczności. W samej procedurze powinna być także zawarta „myśl” logicznego postępowania z ryzykiem, w tym nim zarządzanie, co wyzwała potrzebę również np. przedstawienia procesu decyzyjnego na wypadek wystąpienia zagrożenia. Naruszenie wpisanych reguł przepisów w sensie formalnym powinno być sprzężone z odpowiednim wykonawstwem niedopuszczającym do powstania zagrożenia lub jego neutralizacji do poziomu tolerancji/stabilnego zarządzania ryzykiem. Ponadto same zapisy art. 27 ustawy o p.p.p.f.t. wskazują zarówno na walor merytoryczny, jak i formalną stronę analizy ryzyka instytucjonalnego. Treść określona słowami: „identyfikują i oceniają ryzyko związane z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu odnoszące się do ich działalności, z uwzględnieniem czynników ryzyka”, wprost wskazuje na potrzebę podjęcia merytorycznych czynności identyfikacyjnych i ocennych wobec „ryzyka” jakie instytucja otrzymała korzystając między innymi z jego kwalifikacji poprzez wskazane w przepisie „czynniki ryzyka” oraz wyniki analiz oceny umieszczone w KOR i sprawozdaniu Komisji Europejskiej. Dopiero w ust. 3 następuje

¹⁵ H. Sarżyński, Ocena ryzyka w praktyce działalności radców prawnych, Przegląd Radcow ski Kwartalnik Okręgowej Izby Radców Prawnych we Wrocławiu 2022, nr 34, s. 36, (w:) https://oirp.wroclaw.pl/uploads/pdf/przeglad-radcow-ski/Przeglad_radcow-ski_34.pdf.

odnośnik do formalnej strony tych czynności poprzez zapis: „instytucje obowiązane sporządzają (analizę ryzyka – przyp. autora) w postaci papierowej lub elektronicznej”. Niestety mylącym w zakresie nałożenia kary na instytucję obowiązaną, może być zapis art. 147 pkt 2 (sporządzania oceny ryzyka oraz jej aktualizacji, o którym mowa w art. 27 ust. 3), który można odczuć jako sugestię, że kontrola ze strony GIIF może dotyczyć wyłącznie warstwy formalnej, a nie merytorycznej oceny ryzyka instytucjonalnego. Stąd też należałoby się zastanowić *de lege ferenda*, czy zapisu pkt 2 nie odnieść do całości art. 27, a przynajmniej także do ust. 1 tego artykułu). Odniesienie się do ust. 3 art. 27 ma jeszcze jeden walor – pozwala kontrolującemu określić dynamikę zmian w ocenie ryzyka instytucjonalnego. Tym samym możliwym jest prowadzenie kontroli analizy ryzyka instytucjonalnego co do jej aktualizacji związanej tak z upływem terminów, zmianą wartości czynników, jakie na nią wpływają, a także związanej z aktualizacją krajowej, czy unijnej oceny ryzyka. O ile „potrzeba” dokonania aktualizacji oceny ryzyka jest wynikiem własnej analizy instytucji obowiązanej to pozostałe warunki, jak upływ terminu, zmiana w postaci nowej KOR i sprawozdania Komisji, jest impulsem zewnętrznym wymuszającym temporalnie i merytorycznie aktualizację obowiązku decydenta instytucji obowiązanej.

Sąd, w przedmiotowym wyroku, wskazał również, że w omawianych przepisach nie można dopatrzeć się jakichkolwiek obligatoryjnych elementów materialnych, jakie ma w sobie zawierać ocena ryzyka. Prócz zastrzeżonej przez ust. 3 art. 27 ustawy o p.p.p.f.t. – formy pisemnej oraz wymienionych czynników ryzyka, które należy uwzględnić przy jej sporządzaniu, nie sposób uznać, by ustawodawca zabraniał dokonania oceny, o której mowa w art. 27 ust. 3 ustawy łącznie ze stosowaniem wobec swoich klientów środków bezpieczeństwa finansowego polegających na rozpoznaniu ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, o którym mowa w art. 33 ustawy. Badając wywiązanie się z omawianego obowiązku nie można przedkładać wymogów formalnych, które co do formy pisemnej zostały przecież zachowane, nad merytoryczną zawartość sporządzonego przez Skarżącego dokumentu. Można natomiast odnieść wrażenie, że kontrolujący, a za nimi organy, skoncentrowały swoją uwagę wyłącznie na użyciu w dokumencie z dnia 13 lipca 2018 r. sformułowań zawartych w przepisach art. 33 ustawy, tj. „stosunki gospodarcze” czy „transakcja okazjonalna” i na tej tylko podstawie zdyskwalifikowały ów dokument jako ocenę ryzyka, o której mowa w art. 27 ust. 3 ustawy. Na tle tego stanowiska należy zauważyć, że ustawodawca świadomie wyodrębnił dwa rodzaje analiz ryzyka, tj. ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego, umieszczając przepisy w tym zakresie w odrębnych jednostkach redakcyjnych. Kwestia zapisów art. 27 wiąże się z określaniem ryzyka (instytucjonalnego), natomiast zapis art. 33 odnosi się do stosowania wobec swoich klientów instytucji obowiązanych środków bez-

pieczeństwa finansowego. Mimo, że mamy tu do czynienia z przepisami prawa administracyjnego, jednakże walor tych rozwiązań oddziałuje także na prawo karne. W dogmatyce prawa karnego przyjęło się, że tytuł rozdziału przesądza o przedmiocie ochrony. W doktrynie prawa karnego wskazuje się, że rozdział, a ściślej nazwa rozdziału lub tytuł ustawy przesądza o *ratio legis*, a więc przedmiocie ochrony typu rodzajowego czynu zabronionego¹⁶. Podobnie jest w przypadku rozwiązań przyjętych w ustawie o p.p.p.f.t. Tu także „dobra” są odmiennie chronione. Przepisy art. 27 to identyfikacja i ocena ryzyka instytucjonalnego (dobro – bezpośrednio – podmiotu organizacyjnego), znajduje się on w rozdziale 4 pt.: „Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu oraz ocena ryzyka instytucji obowiązanych”. Natomiast przepisy art. 33 – prezentujące rozwiązania w zakresie oceny ryzyka indywidualnego związanego ze „stosunkami gospodarczymi” lub z „transakcją okazjonalną” umieszczone zostały w rozdziale 5, noszącym tytuł: „Środki bezpieczeństwa finansowego oraz inne obowiązki instytucji obowiązanych” (ochrona – bezpośrednio – dobra indywidualnego klienta, pośrednia podmiotu organizacyjnego). W przedmiotowych przypadkach mamy do czynienia z podobnymi, ale odrębnymi „dobra chronionymi”. W pierwszym (art. 27) dobrem chronionym jest instytucja obowiązana jako całość, jej prestiż, zaufanie publiczne, ale także potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa jako podmiotu zbiorowego (gdy instytucja spełnia ten warunek). W drugim przypadku (art. 33) dobrem chronionym jest klient, relacje pomiędzy klientem a instytucją obowiązaną, środki finansowe zgromadzone na rachunku, inni klienci itp. Ochrona tych dóbr nie jest tak mocna jak w przypadku przepisów prawa karnego. Niemniej ochrona ta odbywa się poprzez wprowadzanie reguł funkcjonowania instytucji zarówno na poziomie *compliance* (jako całości instytucji), reguł *compliance* na poziomie AML/CFT, wewnętrznej procedury (art. 50) czy wewnętrznych regulacji odnoszących się do zakładania rachunku bankowego, udzielania kredytów, korzystania z bankowości internetowej, mobilnej, formalizowania obrotu nieruchomościami itp. W omawianym zakresie dobra chronione powinny być przede wszystkim „zabezpieczane” poprzez wymogi formalne i zapisy merytoryczne zawarte w przepisach wewnętrznych instytucji obowiązanej, które odnoszą się do art. 27 i 33 ustawy o p.p.p.f.t. Drogi do ich ochrony, nie powinny być więc błędne i przeznaczane. Kwestie merytorycznej działalności zawodowej instytucji obowiązanej i jej bezpieczeństwa wobec procedury ML/FT to nie dwa odrębne byty,

¹⁶ W. Wróbel, Pojęcie «dobra prawnego» w wykładni przepisów prawa karnego, (w:) Ł. Pohl (red.), Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca, Poznań 2009, Wydawnictwo Naukowe UAM, s. 623–629, (w:) M. Filipczak, Odpowiedzialność karna a brak zagrożenia dla dobra prawnego przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica 2016, nr 77, s. 60.

a jeden spójny system bezpieczeństwa „na wewnątrz” i „na zewnątrz” tego podmiotu i innych podmiotów wchodzących z nim w relacje. Przede wszystkim instytucja obowiązana musi się sprawdzić wobec samej siebie – temu służy identyfikacja i ocena ryzyka instytucjonalnego. To efekt pozytywny czy stabilizujący to ryzyko daje jej status bycia aktywnym wobec klienta w wiążących je relacjach długofalowych (stosunkach gospodarczych), czy epizodycznych (transakcjach okazjonalnych). Ten status nabywa się właśnie poprzez identyfikację i ocenę ryzyka instytucjonalnego, sformalizowanie reguł wewnątrzinstytucjonalnych oraz poprzez działania mieszczące się w zakresie *compliance*. Ponadto należy zauważyć, że całość procedury AML/CFT zmierza do wykazania kierunkowych nieprawidłowości, a tym samym działania administracyjno-decyzyjne tej instytucji zmierzają do wsparcia wykazania możliwości popełnienia deliktu karnego z art. 165a lub 299 k.k.

Z treści art. 33 ustawy o p.p.p.f.t., wynika, iż aby zastosować określone środki bezpieczeństwa finansowego pierwotnie instytucja obowiązana powinna dokonać oceny ryzyka indywidualnego w ramach dłuższej relacji (stosunków gospodarczych) lub krótszej (transakcji okazjonalnej). Mimo tego, że zarówno w jednym, jak i w drugim przepisie krajowej ustawy o p.p.p.f.t. jest mowa o „klientie”, to niekoniecznie zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku należałoby ten zapis traktować tak samo. O ile w przypadku art. 27 ust. 1 – „klienta” można oceniać jako określony zbiór podmiotów obsługiwanych przez instytucję obowiązana – czyli w sposób generalny, uśredniony rodzajowo. To w przypadku art. 33 to podejście musi być zdecydowanie zindywidualizowane, ponieważ w tym przypadku ocena ryzyka różni się ewidentnie wobec odmienności każdego z klientów (*ad specifica persona* – przyp. autora). Należy ponadto zauważyć, że zarówno zapisy art. 27, jak i 33 odnoszą się do zagadnienia oceny ryzyka jako całości. I jako takie występują zarówno wobec małych, jak i dużych podmiotów mających status instytucji obowiązanych. Są jednak od tego pewne rozróżnienia, a zwłaszcza wynika to z zapisu art. 27 ust. 1 zd. 2 – działania te (identyfikujące i oceniające ryzyko – przyp. autora) są proporcjonalne do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej. Jednakże zapis ten należałoby oceniać w integracji z zapisem zdania pierwszego tegoż ustępu, a więc odnoszącego się do oceny ryzyka instytucjonalnego, a nie ryzyka indywidualnego. Pewne odstępstwa wobec oceny ryzyka indywidualnego umieszczone zostały w zdecydowanie innym przepisie art. 42 ustawy o p.p.p.f.t. (dotyczy możliwości stosowania uproszczonych środków bezpieczeństwa finansowego). Jak można więc zauważyć ocena ryzyka z art. 33 jest stanem wyjściowym wobec stosowania – wskazanych w ustawie – środków bezpieczeństwa finansowego, co nie jest przewidziane dla ryzyka instytucjonalnego. Ocena ryzyka uplasowana w zapisie art. 27 odnosi się do stwierdzeń

nia ryzyka inherentnego¹⁷ tej instytucji i rozważenia potrzeby ustalenia i zastosowania mitygantów, aby ryzyko to doprowadzić do poziomu ryzyka rezydualnego, czy ustanawiania ryzyka rezydualnego przy wycenie apetytu na ryzyko w tej instytucji. Te działania neutralizujące ryzyko inherentne mogą oczywiście dotyczyć także klienta instytucji obowiązanej i możliwości skorzystania z wiedzy uzyskanej w ramach stosowania przepisów art. 33 i nast. Tym samym relacje pomiędzy jednym, jak i drugim przepisem tj. art. 27 i 33 powinny być jasno określone w ramach wewnętrznej procedury wskazanej w art. 50 ustawy o p.p.p.f.t. To wyróżnienie powinno być także związane ze ścisłym posługiwaniem się określeniami „relacji gospodarczych” oraz „transakcji okazjonalnej” jako odnoszących się do oceny ryzyka indywidualnego. Dlatego też, jeżeli instytucja obowiązana zdecyduje się na jeden dokument odnoszący się do tych dwóch rodzajów ryzyk, to powinna w nim również zawrzeć logiczną kontynuację obowiązków w zakresie mitygacji ryzyka instytucjonalnego oraz właściwego doboru środków bezpieczeństwa finansowego wobec ustalonej skali ryzyka indywidualnego. Inaczej, jeżeli taki jeden wspólny dokument nie zawiera tego odrębnego podejścia i możliwych wspólnych wniosków, to nie spełnia któregoś z warunków obowiązkowych wobec bycia instytucją obowiązaną w systemie AML/CFT. Nie jest możliwym doprowadzenie do stanu uogólnienia tych kwestii, skoro ustawodawca wprost pewne kwestie generalizuje jako wyniki oceny zbiorczej analizy ryzyka, a w innych przypadkach świadomie skłania się do dokonywania indywidualnej oceny klienta, transakcji, beneficjenta rzeczywistego itp. Wprowadzenie jedynie ogólnych zapisów nie zwalnia z obowiązku instytucji obowiązanej co do wprowadzenia przepisów wewnętrznej procedury przeciwdziałania wobec obsługiwanych klientów. Z tego punktu widzenia kontrola takiego dokumentu powinna być kompleksowa i przeprowadzona w kwestii zgodności merytorycznej oraz formalnej z przepisami ustawy o p.p.p.f.t. Jeżeli dokument taki jest sporządzony niedokładnie, nie wyróżnia spraw oceny ryzyka instytucjonalnego, indywidualnego czy wpływu ryzyka indywidualnego na skalę ryzyka instytucjonalnego – nie jest możliwym do odnotowania, iż został on sporządzony prawidłowo. Organ kontroli nie może się domyślać, co decydent instytucji obowiązanej miał na myśli tworząc taki jeden skonsolidowany dokument wewnątrzinstytucjonalny. Jednym z możliwych sposobów pogodzenia tych rozwiązań w jednym dokumencie jest podzielenie go na poszczególne działy/rozdziały itp. ze wspólnymi oraz indywidualnymi wnioskami i wskazaniem przedsięwzięć w ramach przeciwdziałania. Inaczej można dokument taki ocenić jako chaotyczny i niespełniający warunków ustawowych. Mając na względzie niniejsze rozwiązania sam ustawodawca wprowadził w słowniczku ustawy definicję pojęć: „stosunków gospodarczych” (art. 2 ust. 2 pkt 20) oraz „transakcji okazjonalnej” (art. 2 ust. 2 pkt 22). Te dwa pojęcia są

¹⁷ Ryzyko inherentne oznacza samoistne ryzyko wystąpienia danego zdarzenia.

też świadomymi wyróżnikami jedynie relacji, jakie zachodzą pomiędzy klientem a instytucją obowiązaną, nie zaś pomiędzy instytucją „samą w sobie”, jak należałoby to rozumieć w kontekście art. 27 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Dlatego też organ kontrolny wykonując swoje czynności wobec instytucji obowiązanej musi ściśle przestrzegać tych dwóch wyróżnień. Organ kontrolny jedynie w kilku kwestiach może mieć pewność, dotyczą one takich sytuacji, jak: 1) całkowitego braku sporządzenia analizy ryzyka instytucji obowiązanej, tak ryzyka instytucjonalnego, jak i indywidualnego; 2) sporządzenia analizy ryzyka instytucjonalnego oraz indywidualnego jako dwóch odrębnych dokumentów; 3) sporządzenia analizy ryzyka instytucjonalnego oraz indywidualnego jako jednego dokumentu, w którym w sposób jasny wyodrębniono zagadnienie oceny ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego, przy czym dopuszczalne są wspólne wnioski. Ponadto w art. 33 ust. 2 i 3 ustawy o p.p.p.f.t. – czyli w zakresie rozpoznania ryzyka – nie ma odniesienia do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej.

Sporządzenie oceny ryzyka określonego w art. 27 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. nie ogranicza się jedynie do wypełnienia formalnych obowiązków, a wręcz przeciwnie istotnym pozostaje przede wszystkim warstwa merytoryczna czynności przełożona na odpowiednie czynności oraz w ramy formalne, czyli przygotowanie stosownego dokumentu. Na formę oceny ryzyka zwraca uwagę zwłaszcza zapis art. 27 ust. 3. Wskazane w ust. 1 czynniki ryzyka są podstawowymi, jakie instytucja obowiązana przy sporządzaniu (zmianie) oceny powinna odnieść do swojej działalności. Ta „podstawowość” związana jest z potrzebą odniesienia się do każdego z nich z osobna, ale także w konfiguracji całościowej, jaka może pozostawać specyficzna dla danej instytucji obowiązanej. Działania te są proporcjonalne do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej, co nie oznacza, iż proporcjonalność równa się nieuwzględnieniu któregoś z czynników wobec subiektywnej oceny decydenta, że ten dany czynnik nie dotyczy jego instytucji. Wewnętrzny dokument, który sporządzony jest w wyniku oceny ryzyka powinien posiadać odzwierciedlenie w ujęciu przez decydenta oceny ryzyka w każdej z kategorii wskazanej w zdaniu pierwszym. Decydent nie może „zwolnić” (się) z obowiązku dokonania całościowej analizy ryzyka instytucjonalnego. Jego sporządzenie, szczegółowość, forma, obiektywność, konsekwencje stwierdzonego ryzyka – pozostają w gestii instytucji. Nie mogą one jednak w jakikolwiek sposób odbiegać od zapisów ustawy o p.p.p.f.t. Zachowanie proporcjonalności działań, które należałoby łączyć z proporcjonalnością do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej – może polegać na więcej lub mniej szerokiej w danym zakresie analizie ryzyka, jednak pełny katalog obszarów ryzyka musi być zawsze wzięty pod uwagę. Żaden z czynników nie może być pominięty ani w zapisie dokumentu nie może być zawarta luka braku odniesienia się do każdego z tych czynników ryzyka (z osobna i w całości). Organ kontroli musi wiedzieć, po zapoznaniu się z dokumentem, że decydent wy-

konał w pełni ocenę ryzyka proporcjonalnie do charakteru i wielkości instytucji i co to dla niego oznacza. Kontrolujący tym samym powinien stwierdzić, czy przeprowadzona analiza ryzyka instytucjonalnego spełnia warunek analizy przeprowadzonej zgodnie z przepisami ustawy o p.p.p.f.t. przy jednoczesnym spełnieniu „wskazówki” wykonania jej proporcjonalnie do charakteru i wielkości. Jeżeli decydent generalnie wskazówki przekształca w „zasadę proporcjonalności” działań na rzecz oceny ryzyka instytucjonalnego, to powinien spełnić określone kwestie: działać w granicach prawa, uzasadnić i określić proporcjonalność charakteru i wielkości, odnieść te „proporcjonalności” do oceny każdego z czynników ryzyka instytucjonalnego, ustalić/skonkretyzować cel działania, ale także nie powinien „osłabiać” oceny wobec wskazanych czynników powołując się na charakter i wielkość instytucji obowiązanej. Przyjęta (indywidualnie) logika postępowania nie może zmierzać, w ocenie ryzyka, od stanu prawdopodobieństwa do stanu niepewności. Ponadto należy zauważyć, że sprawcy ML/FT nie działają w myśl logiki „proporcjonalności” wskazanej w art. 27 ust. 1 zd. drugie – ale typują instytucje obowiązane, która z nich pozwoli jak najbardziej skutecznie osiągnąć im cel przestępczy. Jednym z czynników takiego typowania może być słabość instytucji wobec określenia narażenia jej na ryzyko instytucjonalne ze strony ML/FT. To także należy brać pod uwagę, gdy decydent (subiektywnie) raczej skłania się do preferencji użycia wskazówek proporcjonalności niż do solidnego przygotowania oceny analizy ryzyka instytucjonalnego. Kontrolujący zaś, od którego wymaga się przede wszystkim obiektywnego podejścia, przy stwierdzeniu posłużenia się przez instytucję obowiązaną „wskazówkami proporcjonalności”, które to raczej należy odnieść do przesłanek subiektywnych, jednocześnie powinien ocenić, czy wskazówki te nie zostały nadużyte na potrzeby zniwelowania analizy ryzyka, która w zależności od oceny może zostać uznana jako niespełniająca wymogów ustawowych. W każdym stwierdzonym przypadku niezgodności z obowiązkami, kontrolujący powinien konkretnie wskazać i opisać, na czym polegała stwierdzona nieprawidłowość. Tym samym GIIF nakreśla wobec kontrolowanego swoje stanowisko, a jednocześnie pozwala mu skorzystać z procedury odwoławczej i sądowej. Ta jasna argumentacja jest także elementem „obrony” swoich racji przez organ kontrolujący w kolejnych instancjach. Brak tej solidności w postępowaniu może być negatywnie oceniony, np. w postępowaniu sądowym. Sprawdzanie rzetelności w trakcie kontroli realizacji obowiązków przez instytucję obowiązaną – jako podmiotu kontrolowanego (a jest to jedna z zasad kontroli) wymaga także, aby tą zasadą posługiwał się podmiot kontrolujący. W przedstawionym wyroku stwierdzono, że kontrolujący stwierdzili, iż w wewnętrznej procedurze nie określono „prawidłowo” elementów, o których mowa w art. 50 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy, jednakże w ramach uzasadnienia prawnego nie wyjaśniono, na czym konkretnie polegała

stwierdzona nieprawidłowość, bowiem organ w żadnej mierze nie wskazał, w których konkretnie jednostkach redakcyjnych. Zgodnie z art. 141 ust. 2 pkt 7 w protokole kontroli powinno się znaleźć między innymi opisanie wykonanych czynności kontrolnych, ustaleń faktycznych oraz opis stwierdzonych nieprawidłowości i ich zakres oraz osoby odpowiedzialne za te nieprawidłowości. Niewskazanie przedmiotowych elementów w protokole jest niedokładnym wykonaniem czynności. A w przypadku wątpliwości kontrolujących, czy dana nieprawidłowość wystąpiła, winni ją traktować nie jako „nieprawidłowości”, ale „nieścisłość” i zwrócić uwagę na jej zlikwidowanie w kolejnych wersjach dokumentu (jako zalecenie). W przypadku natomiast danej kwestii poddanej kontroli uznania za „nieprawidłowość” organ kontrolujący powinien zdecydowanie przestrzegać zapisu ustawy jego dotyczącego, a więc zaprezentować ustalenia faktyczne oraz opis stwierdzonych nieprawidłowości i ich zakres oraz osoby odpowiedzialne za te nieprawidłowości. Zwłaszcza, gdy nieprawidłowość jest tak duża, że może przesądzić o stwierdzeniu, iż w tym stanie rzeczy prezentowanego przez decydenta dokumentu nie można zakwalifikować do statusu „wewnętrznej procedury instytucji obowiązanej”, o której mowa w art. 50 ustawy o p.p.p.f.t.

W ustawie o p.p.p.f.t. nie jest ewidentnie stwierdzone, że dokumentowanie analizy ryzyka instytucjonalnego wskazane w art. 27 ust. 3 nie może być częścią dokumentu wskazanego w art. 50 ustawy o p.p.p.f.t. Wewnętrzna procedura odnosi się do każdego rodzaju ryzyka, tak dla instytucjonalnego, jak i indywidualnego. Jednakże ze względu na zapis art. 27 ust. 3, iż oceny ryzyka, o których mowa w ust. 1 tegoż artykułu, instytucje obowiązane sporządzają w postaci papierowej lub elektronicznej i w razie potrzeby, nie rzadziej jednak niż co 2 lata, aktualizują, w szczególności w związku ze zmianami czynników ryzyka dotyczących klientów, państw lub obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji lub kanałów ich dostaw albo dokumentów, o których mowa w ust. 2 – że jeżeli instytucja obowiązana zdecydowała się umieścić zapisy odnośnie ryzyka instytucjonalnego wspólnie z ryzykiem indywidualnym w jednej wewnętrznej procedurze, to te zapisy w procedurze z art. 50 muszą odpowiadać wymogom wskazanym w art. 27 ust. 3 w całości. Użycie sformułowań zawartych w przepisach art. 33 ustawy, tj. „stosunki gospodarcze” czy „transakcja okazjonalna” wobec analizy ryzyka z art. 27 ust. 1 stanowi kolejny oprócz wskazanych w ust. 1 art. 27 czynników ryzyka, wyznacznik wyodrębnienia analizy ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego. Ten wyróżnik działa (zarówno dla wykonawcy, jak i odbiorcy) jak kod zapisu, o którą w rzeczywistości analizę ryzyka chodzi. Jak łatwo zauważyć, ustawodawca w art. 27 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t. odniósł się do kwestii potrzeby aktualizacji analizy ryzyka instytucjonalnego. Ryzyko indywidualne wyróżnione między innymi określeniami sytuacji, do jakich może dochodzić, tj. „stosunki gospodarcze” czy „transakcja okazjonalna” mogą być oceniane

inaczej niż ryzyko instytucjonalne w różnych czasokresach, a niektóre również na bieżąco (np. w przypadku wysokiego apetytu na ryzyko). Stąd też istnieje rozbieżność czasowa dla aktualizowania jednego i drugiego rodzaju ocenianego ryzyka – jaką wprowadził ustawodawca. Oceny więc nie są jednoznaczne, a jeżeli decydent sporządza jedną „ocenę ryzyka” to powinien ewidentnie odnieść się w podsumowaniu efektów odrębnie do każdej z ocen ryzyka (także gdy sporządza jeden dokument z oceny obydwu ryzyk). Zasada powinno być więc nie samo sporządzenie oceny ryzyka, ale racjonalne dokonanie jej oceny i merytoryczne oraz formalne – bez wad logicznych – jej opracowanie zgodne z przepisami ustawy o p.p.p.f.t.

Ponadto należy zauważyć, że sama analiza ryzyka jest znacznie głębszym zagadnieniem, niż tylko jej sformalizowanie w określonym jednym czy kilku dokumentach. Jest ona przede wszystkim trwałym elementem bezpieczeństwa instytucji, kultury zarządzania instytucją, wewnętrznej polityki, *compliance* i stabilności wobec siebie samej oraz reprezentowanych lub obsługiwanych klientów. Mając na względzie te ogólne uwagi, instytucja obowiązana podlega niejako dwóm torom kontrolnym. Z jednej strony tym organom i pomiotom, które wymienione zostały w art. 130 ustawie o p.p.p.f.t. i z drugiej wymiernej wobec środowiska, do którego przynależy na podstawie art. 27 ust. 4. Oceny ryzyka instytucjonalnego, instytucje obowiązane mogą udostępniać organom samorządów zawodowych lub stowarzyszeń skupiających te instytucje obowiązane. Sporządzana ocena ryzyka instytucjonalnego nie pozostaje również obojętna z punktu widzenia całości systemu AML/CFT, również ze względu na jej wpływ na pozostałe instytucje obowiązane i budowanie krajowej strategii bezpieczeństwa w obszarze zagrożenia związanego z ML/FT i innego rodzaju przestępstwami, w tym jako przestępstwami bazowymi (czyny zabronione) lub pierwotnymi wobec ML/FT. Dodatkowo, na żądanie GIIF instytucje obowiązane przekazują przygotowane w zakresie swojej właściwości oceny ryzyka instytucjonalnego oraz inne informacje mogące mieć wpływ na KOR. Przekazanie tych ocen ryzyka oraz informacji może nastąpić za pośrednictwem organów samorządów zawodowych lub stowarzyszeń instytucji obowiązanych (art. 28 ustawy o p.p.p.f.t.). W takim przypadku rolą organów samorządu zawodowego lub stowarzyszeń skupiających te instytucje obowiązane powinna być także funkcja doradcza, konsultacyjna, czy pomocnicza wobec potrzeby prawidłowego przygotowania oceny ryzyka i wewnętrznych procedur w instytucjach obowiązanych.

Jak wskazano, ustawodawca świadomie wyróżnił dwa rodzaje analiz ryzyka¹⁸. Jak wskazał w swoim stanowisku UKNF – ustawa o p.p.p.f.t., nie na-

¹⁸ Wobec wprowadzenia do ustawy o p.p.p.f.t. pkt 1b do art. 2 ust. 2, w którym zdefiniowano analizę operacyjną, należałoby w zakresie działań analitycznych instytucji obowiązanej posługiwać się raczej określeniem analizy indywidualnej. Możliwym jest również stwierdzenie, że analiza operacyjna jest dla instytucji obowiązanej analizą indywidualną (art. 2

rzuca konkretnej metodyki, jaką należy zastosować w toku przygotowania oceny ryzyka. Instytucje obowiązane mogą zastosować zarówno metody ilościowe, polegające na określeniu wartości skutku i prawdopodobieństwa materializacji danego ryzyka, jakościowe szacowanie ryzyka, które jest indywidualną oceną, opartą m.in. na dobrych praktykach i doświadczeniu, jak również metody mieszane, wykorzystujące elementy metody jakościowej i ilościowej¹⁹. Jednakże, niezależnie od przyjętej przez instytucję obowiązanej metodyki, jej opis powinien być jednym z elementów oceny ryzyka. W szczególności ocena instytucjonalnego ryzyka koncentruje się na trwałości w czasie, a ocena ryzyka indywidualnego może charakteryzować się stałą zmiennością (nawet przy wskazanych przez Skarżącego obsługiwanych stałych tych samych klientach). Dlatego w przypadku ryzyka instytucjonalnego bierze się pod uwagę podobne czynniki, ale ich występowanie odnosi się przede wszystkim do instytucji (kancelarii radcy prawnego), a nie do zindywidualizowanego (nie tylko z nazwy/personalizacji) klienta. Takie podejście ma także oddziaływać nie tylko na spełnienie wymogów (obowiązkowych) wobec prowadzonego przez siebie podmiotu o statusie instytucji obowiązanej, ale także zapewnieniu sobie jako instytucji bezpieczeństwa wobec „nieoczekiwanego” zachowania klienta, które może, ale nie musi nastąpić. Ponadto wskazanie w treści zd. drugiego w art. 27 ust. 1 – działania proporcjonalnego do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej, nie może usprawiedliwiać osobistego przekonania decydenta instytucji obowiązanej o opuszczeniu niektórych z czynników wskazanych w tym artykule. Status jego obligatoryjności odnosi się do całości zdania pierwszego w art. 27 ust. 1. Ta obligatoryjność nie może być podważana przez „proporcjonalność”, która w tym zakresie potraktowania jej jako „pomysł autorski” na ocenę ryzyka instytucjonalnego. Należy zauważyć, że jest to budowanie swoistego „hybrydowego schematu” postępowania ze sformalizowaniem oceny ryzyka instytucji obowiązanej. O ile można przyjąć, że nie jest to anomalijna nieprawidłowość – za czym optuje także Sąd – to tworzenie tego rodzaju hybrydowego podejścia powinno stać się również przedmiotem kontroli ze strony organu nadzorczego/kontrolującego. Zakres inicjatywy i przeprowadzenia ryzyka instytucjonalnego przez instytucję obowiązaną jest do tego momentu wskazany i uzasadniony, o ile nie narusza ogólnych schematów bezpieczeństwa i adekwatności rozwiązań w powszechnym stosowaniu przepisów ustawy o p.p.p.f.t. Istotne potraktowanie odrębności rozwiązań w przypadku

ust. 2 pkt 1b w zw. z art. 33 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.) oraz analiza operacyjna jest także realizowana w jednostce analityki finansowej, na co wskazuje zapis pkt 1a, a jej wynikiem jako zastosowanej metody jest analiza finansowa, która jest prowadzona wyłącznie przez Generalnego Inspektora Informacji Finansowej w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

¹⁹ Stanowisko UKNF dotyczące oceny ryzyka instytucji obowiązanej (*op. cit.*) s.4.

art. 27 i 33 ustawy powinno być zdecydowanie uwzględnione nawet wtedy, gdy jest ustanowione w przyjętym w instytucji obowiązanej jednolitym dokumencie. O czym powinny świadczyć zapisy w treści dokumentu, w tym: jego tytuł, podział, wnioski i stwierdzenia (wyniki). Indywidualne podejście do oceny ryzyka instytucjonalnego powinno dotyczyć zwłaszcza przyjętej metodyki, która jednak powinna być realizowana w ramach schematu wskazanego w ustawie o p.p.p.f.t. Metodyka nie powinna także mylić sposobu oceny ryzyka instytucjonalnego z indywidualnym.

Należy zważyć na to, że po to ustawodawca wprowadził obligatoryjność sporządzenia analizy wskazując na czynniki ryzyka, jakie mają być w niej uwzględnione, tak aby przy licznych i różnorodnych instytucjach obowiązanych nie dochodziło do indywidualnego modyfikowania ustawowego sposobu podejścia do ustalania ryzyka w postaci identyfikacji i oceny ryzyka instytucjonalnego. Jest to standaryzacja w różnorodności właściwości, a nie odmienności podejścia. Proporcjonalność to zachowanie proporcji, ale do oceny wszystkich czynników, zwłaszcza, że zakłada się także ich aneksowanie w przypadku zmiany. Wobec jakiegoś z wymienionych czynników proporcja może wynieść „0”, a u innego uzyskać jakiś status liczbowy lub cyfrowy, jeżeli instytucja obowiązana oceni te czynniki w kwantyfikacji ilościowej, a nie jakościowej czy opisowej. Równie dobrze może to być uwzględnione jako zapis treści podejścia deskryptywnego. Co do zakresu kontrolowania analizy ryzyka instytucjonalnego w rozumieniu art. 147 ustawy o p.p.p.f.t., to rzeczywiście należałoby przyjąć, że kara dotyczy przypadku niedopełnienia obowiązku sporządzenia oceny ryzyka oraz jej aktualizacji. Zapis taki dotyczy globalnie obowiązku sporządzenia. Niemniej ten obowiązek dotyczy dokumentu jako całości, a nie jego częściowej realizacji. Wydaje się, że zrozumiałym jest, iż kontrolujący, jeżeli nie odnaleźli w treści sporządzonego dokumentu informacji o uwzględnieniu wszystkich czynników, to uznali, iż dokument taki nie spełnia wymogów z art. 27 ust. 3. Można jedynie ocenić to, co jest całościowym dokumentem, jeżeli jest on w części jedynie sporządzony przy obligatoryjności jego części (w tym przypadku czynników ryzyka) – to oznacza, że nie można oceniać czegoś jako spełnionego w całości obowiązku. Analiza ryzyka instytucjonalnego nie jest dowolnym dokumentem, a proporcjonalnym do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej. Kontroler nie może oceniać dokumentu jako autorskiego podejścia do tematyki AML/CFT. A musi go ocenić z punktu widzenia wymogów ustawowych. Przyjęcie jako statusu do uwzględnienia – indywidualnego podejścia do wybiórczego traktowania czynników ryzyka instytucjonalnego nie znajduje uzasadnienia. A więc niepopołnienie obowiązków to także ich złe wykonanie w kontekście nieodniesienia się do wszystkich czynników budujących ocenę analizy. Zgodnie z art. 147 pkt 2 – instytucja obowiązana, która nie dopełnia obowiązku: sporządzania oceny ryzyka oraz jej aktualizacji, o którym mowa

w art. 27 ust. 3, podlega karze administracyjnej. Karze więc podlega fizyczne niewykonanie dokumentu – oceny ryzyka instytucjonalnego i jego aktualizacji. Podlega więc także jej nieprawidłowe sporządzenie, gdy stwierdzona nieprawidłowość może w ocenie kontrolujących przesądzić o stwierdzeniu, że nie dokonano w rzeczywistości sporządzenia oceny ryzyka z art. 27 ust. 1/3 ustawy o p.p.p.f.t., mimo formalnego bytu takiego dokumentu.

Zgodnie z art. 142 ust. 3 GIIF sporządza wystąpienie pokontrolne. W wystąpieniu tym powinien być zawarty między innymi zwięzły opis ustaleń kontroli, a w przypadku ustalenia nieprawidłowości – wskazanie przepisów prawa, które zostały naruszone. Z treści pkt 3 wynika, że kontrolujący – w przypadku ustalenia nieprawidłowości – powinni wskazać przepisy prawa, które zostały naruszone. Oznacza to, że kontrolujący powinien przedstawić ustalone nieprawidłowości, a więc krótko opisać ich charakter i rodzaj, a w konsekwencji wskazać przepisy prawa, a zwłaszcza przepisy zawarte w ustawie o p.p.p.f.t., które zostały naruszone. Przy takich zapisach każda nieprawidłowość powinna mieć swoje odzwierciedlenie w przepisie, który przez nią został naruszony. Gdy nie ma takiej zgodności to, każda inna nieprawidłowość nie narusza „przepisów prawa”. W konsekwencji może być ona zauważona jako nierelevantna wobec całości przepisów regulujących funkcjonowanie systemu AML/CFT w prawie krajowym i przepisach prawa międzynarodowego, które należy stosować wprost do działalności instytucji obowiązków. Przy ustaleniu takiej nierelevantnej nieprawidłowości wydaje się, że organ kontrolny powinien jedynie zaznaczyć swoje wątpliwości i wyjaśnić je podmiotowi kontrolowanemu. Takie zdarzenie może być również impulsem do wyjaśnienia go w postaci Komunikatu GIIF umieszczonego na stronie organu *post factum*. W kwestii przestrzegania zapisów w Komunikacie należałoby ocenić, na ile takie zapisy mają charakter wiążący strony GIIF i instytucję obowiązaną, a na ile jest on jedynie zapisem instrukcyjnym, na którym instytucja obowiązana może się wzorować na własne potrzeby. Dodatkową konsekwencją ogłaszania takich komunikatów powinny być ich przestrzeganie przez instytucje obowiążane jako wyniku zadań realizowanych przez GIIF na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 13 ustawy o p.p.p.f.t. – tj. inicjowanie innych działań w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. *De lege ferenda* należałoby się zastanowić, czy w przedmiotowym katalogu zadań GIIF nie należałoby umieścić zadania w postaci – ogłaszania komunikatów interpretujących przepisy AML/CFT, wiążących instytucje obowiążane i inne współpracujące podmioty. Komunikaty nie stanowiłyby *quasi*-kontroli ale budowanie modelowych relacji w partnerstwie publiczno-prywatnym. Niejako w odpowiedzi na przedstawiony postulat, GIIF przygotował komunikat odno-

szący się wprost do kwestii oceny ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego oraz do różnic, jakie pomiędzy tymi ryzykami występują²⁰.

Sąd, w przedmiotowej sprawie V SA/Wa 2574/21, stwierdził, że w razie uznania zasadności ukarania Skarżącego karą pieniężną Minister będzie obowiązany wydać należycie uzasadnioną decyzję, w której wyjaśni Skarżącemu, dlaczego sporządzony przez niego dokument z dnia 13 lipca 2018 r. nie spełnia wymogów z art. 27 ust. 3 ustawy – proporcjonalne do charakteru i wielkości działalności prowadzonej przez Skarżącego, jak również które konkretnie zapisy wewnętrznej procedury są błędne, ewentualnie jakich obligatoryjnych elementów z art. 50 ust. 2 ustawy nie realizują i z jakich względów. Już po wydanym wyroku w dniu 14 stycznia 2022 r. GIIF opublikował Komunikat nr 36²¹, w którym wskazał na różnice pomiędzy oceną ryzyka instytucjonalnego, a oceną ryzyka indywidualnego. GIIF przypomniał i podkreślił, że: art. 27 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. dotyczy identyfikacji i oceny ryzyka związanego z ML/FT odnoszącego się do ogólnej działalności instytucji obowiązanej – w oderwaniu od konkretnego i indywidualnego stosunku gospodarczego oraz konkretnej i indywidualnej transakcji okazjonalnej (tzw. „ogólna ocena ryzyka”²²), art. 33 ust. 2 i 3 ustawy AML dotyczy rozpoznania i oceny ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego z konkretnym i indywidualnym stosunkiem gospodarczym instytucji obowiązanej z klientem lub z konkretną i indywidualną transakcją okazjonalną (tzw. „indywidualna ocena ryzyka”). Ponadto dodał, że nie można jednak zapominać, iż ogólna ocena ryzyka wpływa na indywidualną ocenę ryzyka i na odwrót. Instytucja obowiązana podczas rozpoznawania i oceny ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego z konkretnym stosunkiem gospodarczym lub z transakcją okazjonalną powinny wykorzystywać informacje i wnioski wynikające z ogólnej oceny ryzyka. Wnioski wynikające z przeprowadzania indywidualnych ocen ryzyka powinny wpływać na bieżące aktualizacje ogólnej oceny ryzyka. Jednocześnie wskazano, iż należy podkreślić, iż ogólna ocena ryzyka musi być bezwzględnie dostosowana do charakteru i zakresu działalności prowadzonej przez instytucję obowiązaną. GIIF przestrzegł także, iż stosowanie wzorów ogólnych ocen ryzyka (przykładowo dostępnych w źródłach otwartych) bez dokładnego dostosowania ich do konkretnego i indywidualnego charakteru i zakresu działalności naraża instytucję obowiązaną na zarzut niedopełnienia obowiązku ustawowego. Warto podkre-

²⁰ Komunikat GIIF nr 36 z dnia 14 stycznia 2022 r. w sprawie oceny ryzyka instytucji obowiązanej, (w:) <https://www.gov.pl/w eb/finanse/komunikat-nr-36-w-spraw ie-oceny-ryzyka-instytucji-obow iazanej>.

²¹ Komunikat GIIF nr 36 z dnia 14 stycznia 2022 r. w sprawie oceny ryzyka instytucji obowiązanej, (w:) <https://www.gov.pl/w eb/finanse/komunikat-nr-36-w-spraw ie-oceny-ryzyka-instytucji-obow iazanej>.

²² W artykule określana jako ocena ryzyka instytucjonalnego.

ślić, iż w przypadku instytucji obowiązanych prowadzących działalność nawet w zbliżonym zakresie możliwe jest zidentyfikowanie całkowicie odmiennych ryzyk związanych z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu²³.

3. Wnioski

1. Proponuje się, podobnie jak w przypadku analizy operacyjnej i analizy strategicznej, wprowadzić do słowniczka ustawy o p.p.p.f.t. zapisy definiujące ocenę ryzyka instytucjonalnego oraz odrębnie ocenę ryzyka indywidualnego;
2. GIIF, jako jedyny taki organ administracyjny w kraju, w ramach prowadzonych uprawnień kontrolnych powinien kierować się zasadą szczególności i rzetelności w zainicjowanym postępowaniu kontrolnym;
3. Wydaje się, że GIIF powinien w Komunikatach ogłaszanych na stronach organu (<https://www.gov.pl/web/finanse/komunikaty-giif>), częściej zamieszczać swoją linię ocenną wobec przepisów ustawy o p.p.p.f.t., w tym zwłaszcza w zakresie relacji z instytucjami obowiązany. Takie rozwiązanie zapewni utrzymywanie jednolitego toru informacyjnego i lepsze rozumienie intencji organu;
4. Instytucje obowiązane powinny świadomie i w sposób przemyślany, a nie standardowy podchodzić do identyfikacji i oceny ryzyka instytucjonalnego wobec swojego statusu i czynników zarówno wskazanych w ustawie o p.p.p.f.t., jak i innych, które same zaproponują. Jej indywidualność jest przywilejem wykonania obowiązków związanych z AML/CFT pod warunkiem, że nie naruszają tym samym przepisów kierunkowej ustawy.

Bibliografia

1. Filipczak M., Odpowiedzialność karna a brak zagrożenia dla dobra prawnego przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, *Acta universitatis lodzensis folia iuridica* 2016, nr 77.
2. Frey D., Radca prawny wygrał z ministrem finansów ws. finansowania terroryzmu, *Rzeczpospolita* 19 października 2021 r., (w:) <https://www.rp.pl/prawnicy/art19026941-radca-prawny-wygral-z-ministrem-finansow-ws-finansowania-terroryzmu/>.
3. Górski A., Normy *compliance* w strukturze odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2021, Rok/Volume XXV, nr 1, (w:) [file:///C:/Users/HP/Downloads/Gorski_2021.1%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Gorski_2021.1%20(5).pdf).

²³ *Ibidem*.

4. Judkowiak A., Zaleska B., Wybrane zagadnienia dotyczące ryzyka w audycie wewnętrznym, *Studia i prace wydziału nauk ekonomicznych i zarządzania*, nr 16.
5. Karmańska A. (red. nauk.), *Ryzyko w rachunkowości*, Difin, Warszawa 2008.
6. Sarżyński H., Ocena ryzyka w praktyce działalności radców prawnych, *Przegląd Radcowski Kwartalnik Okręgowej Izby Radców Prawnych we Wrocławiu* 2022, nr 34, s. 36, (w:) https://oirp.wroclaw.pl/uploads/pdf/przegląd-radcowski/Przegląd_radcowski_34.pdf.
7. Sawczuk M., Majkowski W., Kary administracyjne nie zawsze uzasadnione, (w:) <https://www.prawo.pl/podatki/wyrok-wsa-dla-instytucji-obowiazanej-z-ustawy-aml,511099.html> (dostęp 23 stycznia 2023 r.).
8. Wróbel W., Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego, (w:) Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, Wydawnictwo Naukowe UAM.

Comments on AML/CFT risk analysis against the background of the judgment V SA/Wa 2574/21 of August 10, 2021 by WSA in Warsaw

Abstract

The judgment of the Provincial Administrative Court in Warsaw, issued in 2021, on the results of the inspection carried out by the Inspector General (GIFI) in the obligated institution, points to many issues related to the application and interpretation of the provisions of the Act on IPL. First of all, it is important to understand, implement and formalize the obligation of the obligated institution in the assessment of institutional risk and individual (operational) risk related to the application of financial security measures towards customers of this institution. The grounds for the implementation of these obligations have been placed in two separate editorial units, i.e. in Art. 27 and in Art. 33 of the act on p.p.p.f.t.

Key words

Judgment, institutional risk, individual risk, risk related to business relations, risk related to occasional transaction, internal procedure of the obligated institutions.