

Regulacja kredytu konsumenckiego i upadłości konsumenckiej (inspiracje dla Polski w świetle rozwiązań niektórych krajów UE oraz projektu noweli do dyrektywy UE o kredycie konsumenckim)

Włodzimierz Szpringer, Zofia Szpringer

Perspektywa kontynuacji rozwoju prawa konsumenckiego (czy następuje zmierzch ochrony konsumenta?)

Istnieje pogląd, że główne cele prawa konsumenckiego zostały osiągnięte i dalszy rozwój tego działu prawa nie ma sensu. Nie jest bowiem intencją tego prawa naruszenie równowagi praw i interesów stron umowy, ze wszystkimi wielokrotnie rozważanymi konsekwencjami (*moral hazard*). Przyszedł być może czas na wbudowanie (reintegrację) ochrony konsumenta w system prawa prywatnego (cywilnego i handlowego), który ze swojej strony przejął pewne cele i wartości prawa konsumenckiego – był to wszakże proces wzajemnego korzystnego oddziaływania obu tych sfer prawa.

Ustalił się względnie wysoki poziom ochrony, wymuszany w szczególności przez dyrektywę „drugiej generacji”, nakazującą niemal 100-procentową harmonizację prawa krajowego. Nastąpiło to w dużej mierze z inspiracji tych krajów UE, które mają najwyższy poziom ochrony (Dania, Niemcy, Wielka Brytania)¹. Panuje także zgoda co do wizerunku dobrze poinformowanego, racjonalnego i pewnego siebie konsumenta, gdyż taki obraz konsekwentnie podtrzymuje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości².

Istnieją wszelako odmienne poglądy, że:

- **po pierwsze** – prawo konsumenckie nie wyczerpało jeszcze możliwości swojego rozwoju, który

- powinien się opierać na trzech paradygmatach:
 - optymalnej informacji,
 - klauzulach generalnych,
 - preferencji dla samoregulacji (czy może – współistnienia regulacji i samoregulacji);
- **po drugie** – ostry zwrot na pełną (100-procentową) harmonizację budzi wątpliwości co do możliwości realizacji celów ochrony tylko na szczeblu Wspólnoty³.

Warto odnotować fakt, że w Niemczech ustawa o kredycie konsumenckim została zniesiona i od 1 stycznia 2002 r. jej istotne przepisy włączono do BGB (Kodeks cywilny). U podstaw tego posunięcia leży myśl istotna dla prawa konsumenckiego jako całości – że prawo konsumenckie spełniło przypisywaną mu rolę na określonym etapie rozwoju gospodarki rynkowej, a teraz, nie rezygnując z wysokich standardów ochrony, należy ponownie wkomponować rozwiązania prokonsumenckie w ogólne ramy prawa cywilnego. Reintegracji tej posłużyła specjalna ustawa (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz).

Dla rynku kredytu konsumenckiego duże znaczenie mają także inne dyrektywy sprzyjające integracji wspólnego rynku finansowego UE. Należy do nich dyrektywa o uznawalności zabezpieczeń⁴. Przewiduje ona wyjątki w zakresie prawa upadłościowego krajów członkowskich i maksymalne odformalizowanie możliwości skorzystania z zabezpieczenia w razie takiej konieczności (np. bez zgody sądu, bez przetargu czy dodatkowych terminów oczekiwania po wezwaniu dłużnika do zapłaty, możliwości dokonania nettingu)⁵.

Poczucie bezpieczeństwa jest istotne zarówno dla kredytobiorcy, jak i kredytodawcy. Tylko wówczas bo-

¹ Nadmierne ujednoczanie (a zarazem podwyższanie) poziomu ochrony napotyka krytykę, np. fakt niewielkiej liczby transgranicznie udzielanych kredytów konsumenckich nie wypływa wyłącznie ze zróżnicowania prawa krajowego. Zbyt duża harmonizacja, motywowana fałszywymi przesłankami, nie przyczynia się do integracji wspólnego rynku, lecz spowodować nawet zubożenie oferty rynkowej. A. Danco: *Die Novellierung der Verbraucherreditrichtlinie*. „Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” Nr 18/2003, s. 853 i nast.

² Por. H.W. Micklitz: *Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU*. „Verbraucher und Recht” Nr 1/2003, s. 2 i nast.; H. Rösler: *Europäische Integration durch Verbraucherschutz: Entwicklungsursachen und Beschränkungen* j.w. s. 12 i nast.; E. Günther: *Verbraucherinformation – mehr als Zugangsrechte*. j.w., s. 25 i nast.; N. Fischer: *Europäischer Verbraucherschutz im deutschen Privatrecht*. j. w., s. 20 i nast.

³ Por. G. Howells, T. Wilhelmsson: *EC Consumer Law: Has It Come of Age?* „European Law Review” Vol. 28, No 3/2003, s. 370 i nast.

⁴ OJ L 168 z 27. VI. 2002 r.

⁵ Por. S. Eder, J. Zwitter-Tehovnik: *Die Finanzsicherheitenrichtlinie und ihre Umsetzung (Ein Überblick)*. „Österreichische Juristen Zeitung” Nr 5/2003, s. 345 i nast.

wiem oferta transgraniczna może być realną alternatywą dla oferty krajowej⁶. Kontekst rozwoju rynku usług bankowości detalicznej jest określony przez wiele dyrektyw, które pojawiły się niedawno i służą integracji wspólnego rynku, np. dyrektywę o reorganizacji i likwidacji instytucji kredytowych⁷, dyrektywę o dodatkowym nadzorze nad konglomeratami finansowymi⁸, dyrektywę o sprzedaży konsumenckich usług finansowych na odległość⁹, dyrektywę o przelewach transgranicznych¹⁰ oraz rozporządzenie o płatnościach w euro¹¹, dyrektywę o opodatkowaniu dochodów z oszczędności¹² i wiele innych.

Cechy rynku kredytu konsumenckiego – czy istnieje potrzeba regulacji?

Instrukcje chroniące konsumenta od dawna są interesującym przedmiotem badań ekonomicznej analizy prawa. Modele ekonomiczne mogą być bowiem pomocne w kształtowaniu wzajemnych relacji między stronami. Istotna byłaby zwłaszcza próba odpowiedzi na pytanie, czy ingerencja w stosunki umowne – oprócz tego, że chce chronić klienta – opłaca się także z ogólnego punktu widzenia. Chodzi bowiem o to, czy niektóre z nich nie pomniejszają dobrobytu¹³. Wątpliwości dotyczące nadmiernie rozbudowanej, „sztucznej” ochrony (tzn. istotnie naruszającej podstawową dla prawa cywilnego zasadę swobody umów) kwestionuje się także z punktu widzenia ich podstawowego celu (ochrona konsumenta kieruje się – paradoksalnie – przeciwko interesom konsumenta!)¹⁴.

Najważniejszą przesłanką wzmocnienia pozycji konsumenta na rynku bankowym jest asymetria informacji. Konceptji tej trudno odmówić racji. Usługi finansowe to ponadto „dobra zaufania”, których jakość trudno jest konsumentom zrozumieć i oszacować przed podjęciem decyzji o zakupie. Cecha ta dotyczy zarówno ilościowych, jak i jakościowych cech oferty kredytowej. Nawet gdy jest formalnie wyliczony tzw. roczny koszt kredytu, konsumentom niełatwo jest zorientować się w różnych planach spłaty, metodach liczenia procentu, opłat i prowizji, kapitalizacji odsetek, okresach karencji, zabezpieczeniach itp. Nie podlega dysku-

sji, że porównywanie ofert różnych banków jest dla amatora skomplikowane.

Z perspektywy ekonomicznej mówi się nawet o swoistym „rynku ogólnych warunków umów, wzorców umownych i regulaminów”. Niedoskonała przejrzystość sprawia, że w istocie nie ma na tym rynku konkurencji jakościowej. Banki dobrze wiedzą, że klient nie jest w stanie w pełni ocenić jakości oferty kredytowej, proponują przeto przeciętną jakość za rozsądną cenę, tzn. taką cenę, którą zainteresowany klient przypuszczalnie zaakceptuje. Potencjalni dostawcy „lepszycy” kredytów muszą obniżyć standard, ponieważ w innym razie nie mieliby zysku.

W ten sposób przeciętna jakość oferty kredytowej ma tendencję do obniżania się (dotyczy to również zdolności płatniczej klientów). Warunki umowne „gorsze” z konsumenckiego punktu widzenia wypierają te jakościowo „lepsze”. Zjawisko to w literaturze ekonomicznej określono obrazowo jako „*market for lemons*” lub „*adverse selection*”. Oddaje to dobrze istotę zjawiska „rynku ogólnych warunków umów, wzorców umownych i regulaminów”.

Oczywiście konkurencja na rynku bankowym oraz działalność rozmaitych pośredników informacyjnych (prasa ekonomiczna, portale finansowe) przyczyniają się do poprawy tej sytuacji. W dobie spadku lojalności klientów istotne jest kreowanie pozytywnego wizerunku i reputacji instytucji kredytowych i finansowych. Może to być istotna szansa dla sukcesu danego banku. Bankowość detaliczna jawi się jako ważny obszar aktywności, którego nie można lekceważyć. Należy także wspomnieć o biurach informacji kredytowej, w ramach których banki wzajemnie udzielają sobie informacji o potencjalnych kredytobiorcach, jak również o rejestrze zastawów i innych instytucjach podnoszących bezpieczeństwo akcji kredytowej.

Należy wszakże zwrócić uwagę na fakt, że banki nie zawsze są zainteresowane przewyżczeniem asymetrii informacji, gdyż nie mogą w pełni dyskutować efektów takich działań. Istnieje bowiem z reguły problem „jazdy za darmo” (*free riding*) – np. ze strony „pośredników informacyjnych”. Istnieją pewne pozytywne efekty zewnętrzne (dobrze poinformowani konsumenci mogą pomagać gorzej poinformowanym), jednak kredytodawca nie jest w stanie rozróżnić potencjalnych kredytobiorców z tego punktu widzenia. Zakłada jedynie pewne prawdopodobieństwo co do odsetka i stopnia wiedzy drugiej strony i na tej podstawie konstruuje swoją ofertę oraz prognozę trudnych kredytów.

Klient dobry (solidny) uzyskuje więc kredyt po wyższym koszcie. Klient gorszy, który być może oszukuje bank lub zaciąga kredyt lekkomyślnie, dostaje jakby „za dobre” warunki. Bank powinien mu oferować warunki restrykcyjne, a być może – gdyby bank miał pełną wiedzę – w ogóle nie powinien udzielać kredytu temu klientowi.

⁶ Należy jednak przypomnieć, że nowela do dyrektywy o kredycie konsumenckim wyklucza udzielanie tego rodzaju kredytu poza lokalem przedsiębiorstwa. Por. K. Nemeth, H. Ortner: *Der Vorschlag für eine neue Richtlinie über den Verbraucher kredit*. „Österreichische Juristen Zeitung” Nr 11/2003, s. 829 i nast.

⁷ OJ L 125 z 5 V 2001 r.

⁸ OJ L 035 z 11 II 2003 r.

⁹ OJ L 271 z 9 X 2002 r.

¹⁰ OJ L 043 z 14 II 1997 r.

¹¹ OJ L 344 z 28 XII 2001 r.

¹² OJ L 157 z 26 VI 2003 r.

¹³ Por. J.U. Franck: *Bessere Konditionen für Verbraucher durch mehr Regulierung?* „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” Nr 57 2003, s. 334 i nast.

¹⁴ Por. W. Kösters, S. Paul, S. Stein: *Ordnungspolitische Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine EU-Verbraucherkreditrichtlinie (Statt Verbraucherschutz Gesetz gegen den Verbraucher)*. Bochum, August, 2003.

Paternalistyczna ochrona konsumenta to ochrona istotnie skrzywiająca relacje umowne między stronami na niekorzyść (kosztem) banku, wywołująca postawy roszczeniowe i poczucie nieodpowiedzialności po stronie klienta, określane w literaturze ekonomicznej jako „hazard moralny” (*moral hazard*). Innym przejawem tej postawy – szkodliwej z perspektywy dobrobytu – jest krótkookresowa wizja maksymalizacji konsumpcji, bez oglądania się na własną sytuację finansową, a często po prostu – jak w przypadku tzw. upadłości konsumenckiej – kosztom wszystkich podatników.

Często nie docenia się znanej od dawna w psychologii prawidłowości, że konsumenci nadmiernie optymistycznie oceniają swoją przyszłość, a także mają skłonność do bagatelizowania istniejących zagrożeń. Nie docenia tego faktu zarówno nadmiernie ingerujące państwo (paternalistyczne uregulowania przyczyniają się do „ubezwłasnowolnienia” konsumenta), jak i banki, firmy udzielające kredytu konsumenckiego. Powoduje to koszty ogólnospołeczne, podrożenie kredytów i pożyczek, wykluczenie części konsumentów z rynku bankowego.

Kierunki zmian w projekcie dyrektywy o kredycie konsumenckim

Projekt noweli do dyrektywy o kredycie konsumenckim¹⁵ wprowadza kilka nowych rozwiązań. Do istotnych nowości można zaliczyć:

- poszerzenie kręgu podmiotów objętych tymi przepisami; krąg podmiotów zobowiązanych poszerza się o pośredników kredytowych, a grupa osób chronionych – o poręczycieli;
- fakt, że nowe jest ujęcie obowiązków kredytodawcy w sferze informacji i doradztwa na rzecz kredytobiorcy; chodzi o odpowiedzialne udzielanie kredytu, a także prawo do rezygnacji z umowy kredytowej;
- zaostrzenie regulacji w zakresie reklamy;
- zakaz sprzedaży kredytów poza lokalem przedsiębiorstwa¹⁶;
- ułatwienie konsumentowi wcześniejszej spłaty kredytu, kredytodawcy zaś – stosowania niektórych ograniczeń, rzekomo w interesie pomyślnej spłaty;
- doprecyzowanie wzoru obowiązującego w procesie obliczania efektywnej stopy procentowej.

Efektywna stopa procentowa musi być podawana w każdej reklamie, niezależnie od tego, czy jest ona elementem zachęty w reklamie (reklama może bowiem eksploatować inne elementy). Chodzi więc w tym przypadku o istotną konkretyzację – na rynku kredytu konsumenckiego – istniejących przepisów dyrektywy o reklamie wprowadzającej w błąd. Konsument oczywiście sam musi zade-

cydować, jakie kryterium zadłużenia się będzie preferował (np. może się kierować renomą banku, a nie efektywną stopą procentową). Nie może już natomiast uznać, że nie zapoznano go ze wszystkimi istotnymi przesłankami.

Obowiązki informacyjne zostały poszerzone o dokładny opis produktu kredytowego, korzyści i niekorzyści z tym związanych. Celem jest poprawa przejrzystości i osłabienie asymetrii informacyjnej między kredytodawcą a konsumentem, a także sensowne (nienadmierne) uzupełnienie dotychczasowych informacji o efektywnej stopie procentowej. Troska o to, by konsument nie czuł się zakłopotany nadmiarem informacji, wyraża się natomiast w nowej powinności – doradztwie na rzecz konsumenta. Doradztwo ma na celu pełniejsze uwzględnienie całej finansowej i życiowej sytuacji konsumenta.

Intencja jest czytelna. Grozi jednak pomieszaniem sytuacji stron i osłabieniem pola wyboru konsumenta poprzez fakt, że to bank powinien zaproponować produkt „najlepszy w danej sytuacji” (logiczne jest więc, że nie będzie ich oferował wiele). Jest to zapewne jeden ze środków „odpowiedzialnego” udzielania kredytu.

Innym elementem jest obowiązek sporządzenia przez bank „prognozy” dotyczącej danego kredytu, a zwłaszcza związanych z tym rodzajów ryzyka. Nie jest wszelako jasne, jak w szczególności miałyby taka prognoza wyglądać i czym w istocie ma się różnić od dotychczasowych praktyk (np. badania zdolności kredytowej i monitoringu spłaty kredytu).

Należy również doprecyzować wzór, który obowiązuje w procesie obliczania efektywnej stopy procentowej. Istnieje postulat włączenia do rachunku niektórych transakcji ubocznych (subsydiarnych) wobec operacji kredytowej. Niektórzy domagają się przepisów skierowanych przeciwko lichwie¹⁷.

Ciekawą kwestią, coraz częściej analizowaną w literaturze, jest współodpowiedzialność kredytobiorcy oraz kredytodawcy za udzielony kredyt. Chodzi tutaj zwłaszcza o kredyty, które powodują nadmierne zadłużenie konsumenta. Orzecznictwo w tych sprawach nie jest jednolite i różni się w poszczególnych krajach. Możliwe są tu różne punkty widzenia.

Koncepcja współodpowiedzialności kredytodawcy i kredytobiorcy (czy „współodpowiedzialność” oznacza ubezwłasnowolnienie konsumenta?)

Niektórzy sądzą, że to konsument ponosi wyłącznie winę za sytuację, w której się znalazł – skoro zadłużył się, mimo iż dobrze wiedział o swoim trudnym położeniu. Inni wszelako podkreślają, że to przecież bank bada

¹⁵ KOM (2002) 443 final, 2002/0222 (COC).

¹⁶ Z projektu nie wynika wszelako wyraźnie, by było również zakazane udzielanie kredytów „na odległość”, tzn. za pośrednictwem mediów elektronicznych.

¹⁷ Por. K. Riesenhuber: *Information – Beratung – Fürsorge (Kritische Bemerkungen zum Vorschlag einer neuen Verbraucherrichtlinie)*. „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” Nr 5/2003, s. 325 i nast.; U. Reifner: *Empfehlungen zum Vorschlag einer EU-Richtlinie zum Konsumentenkredit*. „Verbraucher und Recht” Nr 1/2004, s. 11 i nast.

zdolność kredytową potencjalnego kredytobiorcy. Ponadto to właśnie bank jest fachowcem, a konsument – amatorem, co powinno być przesłanką wniosku o potrzebie mocniejszej ochrony konsumenta jako strony słabszej w stosunkach umownych¹⁸.

Ustawodawca belgijski już w 1991 r. wprowadził obowiązek banków w dziedzinie odpowiedzialnego udzielania kredytów. W 2001 r. podobne zobowiązanie dla banków wprowadziła Szwajcaria – w ustawie o kredycie konsumenckim. W stosunkach kredytowych Niemcy idą w kierunku swojego rodzaju współodpowiedzialności kredytodawcy i kredytobiorcy za udzielenie kredytu (tzw. odpowiedzialne udzielanie kredytu), by zminimalizować przypadki trudnych kredytów, ponadto istnieją obecnie przepisy o tzw. upadłości konsumentkiej, które mogą uwolnić konsumenta od reszty długu. Taka idea współodpowiedzialności była podstawą projektu noweli dyrektywy o kredycie konsumenckim 2002 r.¹⁹

Koncepcja Komisji polega jednak na zachowaniu równowagi w ponoszeniu odpowiedzialności za udzielanie trudnych kredytów. Komisja uważa, że należy działać przede wszystkim na przedpolu działalności kredytowej, by nie dopuszczać do nadmiernego zadłużenia gospodarstw domowych.

„Informacja zamiast zakazów” – tak można określić motto prawodawcy europejskiego. Jest to problem ochrony nie tylko samego konsumenta i jego rodziny, ale wszystkich podatników, gdyż nadmierne zadłużanie się oznacza najczęściej „życie ponad stan” – na koszt społeczeństwa. W gruncie rzeczy do tego samego sprowadzają się spotykane rozwiązania w dziedzinie tzw. upadłości konsumentkiej (oznacza to darowanie części lub całości długu kosztem banku, a więc i innych klientów).

Istotnym argumentem przeciwników obarczania banków dodatkową odpowiedzialnością za kredyt jest postulat suwerenności konsumenta w relacjach rynkowych, gdyż jego ubezwłasnowolnienie może być szkodliwe dla rozwoju rynku. Należy się wówczas liczyć również z podrożeniem kosztów kredytu oraz efektem wykluczenia uboższych i słabszych ekonomicznie konsumentów.

Trzeba dodać, że bank ma ograniczone możliwości sprawdzania danych „u źródła” Istnieje tym samym możliwość udzielenia przez konsumenta informacji nie w pełni odzwierciedlających jego położenie, czy wręcz informacji fałszywych. Zagrożenie to może częściowo zmniejszyć standaryzacja informacji i ich wartości dowodowej w zakresie ewaluacji zdolności kredytowej potencjalnego kredytobiorcy (doświadczenia biur informacji кредито-

wej). Z tego punktu widzenia na uwagę zasługuje również propozycja wprowadzenia ratingów wewnętrznych oraz zewnętrznych (projekt Umowy Bazylejskiej II²⁰).

Zwolennicy zmiany konstrukcji odpowiedzialności za kredyt na niekorzyść banków wskazują natomiast na wnioski wypływające z badań społecznych, że w dzisiejszych czasach konsument nie jest w stanie „na zimno” i racjonalnie oceniać własnej zdolności kredytowej, gdyż:

– przybierają nowe formy zadłużenia np. sprzedaż ratalna, karty kredytowe i tzw. karty klienta, konsorcja konsumentkie, leasing konsumentki;

– nadmierne zadłużanie się wynika z cech subiektywnych dużej części klientów – osób fizycznych, takich jak: naiwność, brak doświadczenia, nadmiar zaufania do dostawcy i niemożność opierania się natrącej reklamie zarówno dóbr, jak i usług (w tym usług finansowych).

Bank a klient w obliczu kredytów trudnych (przeniesienie doświadczeń ze stosunków: bank – przedsiębiorca na relacje: bank – konsument)

Odrębną kwestią, wykraczającą poza relacje prawne banku z osobą fizyczną (konsumentem), jest sposób zachowania się banku w obliczu trudności klienta. Ta tematyka obejmuje tradycyjnie przede wszystkim stosunki między bankiem a przedsiębiorcą. Rozważania te są przenoszone na stosunki bank – konsument.

Można wszelako mówić o elementach wspólnych. W szczególności chodzi o problem współodpowiedzialności banku za trudny kredyt i ewentualną współzależność między przypisaniem bankowi winy za np. udzielenie kredytu firmie nie mającej zdolności kredytowej lub niedostateczne monitorowanie sytuacji finansowej kredytobiorcy a obowiązkiem ratowania tej firmy przed upadłością. Bank ma w zasadzie swobodę decyzji, co zrobić w obliczu kłopotów ze spłatą kredytu.

Nie musi on od razu wypowiedzieć umowy kredytowej czy cofać prawa dłużnika do wykorzystania pozostającej jeszcze części przyznanego kredytu. Tylko z tego powodu nie będzie raczej skuteczna ewentualna skarga innych wierzycieli na „opóźnienie upadłości”. Takie zagrożenie istnieje natomiast w przypadku aktywnego zaangażowania się banku w zarządzanie majątkiem chylącego się ku upadkowi kredytobiorcy, np. poprzez decydowanie, które zobowiązania obsługiwać wcześniej, a które później, czy uzgodnienie kolejności realizacji roszczeń własnych i zgłaszanych przez pozostałych wierzycieli.

Działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami byłoby np. udzielenie nowego kredytu (po uzyskaniu wiadomości o złym stanie spraw dłużnika), nie tyle w celu wspierania koncepcji restrukturyzacji (sanacji) przed-

¹⁸ Por. P. Rott: *Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – warum eigentlich nicht?* „Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht” Nr 21/2003, s. 851 i nast.

¹⁹ KOM (2002) 443 final, 2002/0222 (COC)

²⁰ Por. www.bis.org, a także: P. Dziekański: *Nowa Bazylejska Umowa Kapitałowa – konsekwencje dla rynku kredytowego*. Materiały i Studia NBP, Zeszyt Nr 164/2003 r.

siębiorcy, ile w partykularnym, egoistycznym celu odzyskania większej kwoty długów – kosztem innych uprawnionych. Wskazane jest, by bank, antycypując oskarżenia ze strony pozostałych wierzycieli, zabezpieczył się na tę okoliczność – np. zasięgając opinii niezależnych ekspertów co do celowości planu restrukturyzacji kredytobiorcy lub zakwalifikowania nowego kredytu jako tzw. kredytu pomostowego²¹.

Koncepcja upadłości konsumenckiej

Należy wskazać – także ze względu na prace nad polskim projektem ustawy²² – na rozwiązania w zakresie sanacji i upadłości konsumenckiej. Celowość regulacji zagadnienia upadłości konsumenckiej nie jest jasna. Tylko nieliczne kraje decydują się na tego rodzaju rozwiązania. Powstaje pytanie, czy celowa byłaby regulacja tego problemu jednolicie w skali UE²³.

Analogia upadłości konsumenckiej do upadłości przedsiębiorcy nigdy nie będzie pełna. Konsument nie „umiera”, gdy stanie się niewypłacalny. Punktem ciężkości jest wszelako zmiana stosunków umownych między stronami. Można powiedzieć, że są one kontynuowane, lecz na odmiennych warunkach. Obie strony są traktowane jako „odpowiedzialne” za niepożądany efekt kontraktowania – niewypłacalności. W ten sposób można podsumować europejską (kontynentalną) myśl prawniczą w tej dziedzinie.

Oznacza to nakaz ponownego przemyślenia pierwotnego kontraktu, by uwzględnić nowe okoliczności, których wcześniej nie było (lub można je było przewidzieć na gruncie wiedzy ekonomicznej czy psychologicznej, lecz zostały one zignorowane). Dotyczy to zwłaszcza tzw. pasywnego nadmiernego zadłużenia konsumenta, za które trudno byłoby obciążać go „winą” (nie miał bowiem wpływu na tę sytuację).

W USA proponuje się uwzględnianie w umowie kredytowej dwóch pozornie sprzecznych elementów: w miarę równego dostępu do kredytu i rozkładu ryzyka niewypłacalności na wszystkich członków społeczności. Jest to element „kolektywnego porozumienia” między kredytodawcami a kredytobiorcami, zawarty w każdej umowie indywidualnej. Wyraża on solidaryzm społeczny, podobnie jak to się dzieje w układach zbiorowych pracy, ubezpieczeniach zdrowotnych.

Przyjmuje to nierzadko formalną postać umów między władzą publiczną a bankami z danego regionu, np. w ramach US Community Reinvestment Act²⁴. Problem upadłości konsumenckiej jest w centrum uwagi, zarówno w ramach ogólnych procedur upadłościowych, jak i specjalnych procedur obliczonych na stosowanie wobec konsumenta²⁵.

W Polsce powstaje pytanie, czy nie wystarczy odpowiednio prowadzona informatyczna baza danych o niesolidnych dłużnikach (niesolidny dłużnik nie może się nadal zadłużać) oraz nowelizacja do ustawy o kredycie konsumenckim (tzw. odpowiedzialne udzielenie kredytu).

Czy nie należy wyraźnie powiedzieć, że przywilej upadłości konsumenckiej obejmuje tylko beznadziejnie zadłużonych z przyczyn losowych? Wymaga to dokładnego wykazania w relacji do obecnego długu i badania np. solidności spłaty poprzednich długów (por. przykład Niemiec). Przywilej ten zapewnia bowiem restytucję statusu uczciwego obywatela.

Pasywne nadmierne zadłużanie zasada się nie na zachowaniu się samego kredytobiorcy, lecz na zdarzeniach, które znajdują się poza jego kontrolą (np. bezrobocie, inwalidztwo). Należy wykluczyć lekkomyślność i hazard moralny (świadome życie ponad stan kosztem reszty podatników).

Nie jest do końca prawdziwe twierdzenie, że koszty ponosi dłużnik. Musi on wprawdzie wnieść opłatę, ale skutki orzeczenia upadłości tylko pozornie służą ochronie wierzycieli. W istocie koszty są rozpraszane na społeczeństwo. Bank, który nie otrzyma zwrotu kredytu wraz z odsetkami, rozłoży poniesione straty na innych klientów; wierzyciel publiczny uwzględni to w budżecie, czyli „rozłoży” straty na wszystkich podatników.

Czy konsumenckie postępowanie upadłościowe nie powinno być procedurą sądową? Ingeruje się tutaj w sferę wolności wielu podmiotów prawa (np. banków). Może się pojawić zarzut niekonstytucyjności – ograniczania wolności gospodarczej kredytodawcy.

Czy nie należy wyraźnie zaznaczyć, że upadłość konsumencka jest możliwa tylko raz w życiu?

Czy prawa wszczęcia postępowania nie powinien mieć także wierzyciel? Dlaczego miałby to być wyłącznie przywilej dłużnika? Dlaczego w tej kwestii miałyby być uzasadnione zróżnicowane traktowanie osób fizycznych i prawnych?

Czy konsumenckie postępowanie naprawcze nie powinno obligatoryjnie poprzedzać procedury upadłościowej?

²¹ Por. E. M. Theewen: *Haftungsrisiken der Kreditinstitute in der Krise ihrer Schuldner*. „Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht” Nr 4/2003, s. 141 i nast.

²² Por. Projekt ustawy o przeciwdziałaniu niewypłacalności osoby fizycznej oraz o upadłości konsumenckiej, Sejm RP, Druk nr 2668 z 22 XII 2003 r.

²³ Byłoby to logiczne, jeżeli zważyć fakt, że problem likwidacji (upadłości) drugiej strony kontraktu jest uregulowany w formie dyrektywy – por. dyrektywę o reorganizacji oraz likwidacji instytucji kredytowych, OJ L 125 z 5 V 2001. Na razie nie ma wszakże projektu takiej regulacji.

²⁴ Por. U. Reifner: *Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law. W: Consumer Bankruptcy in Global Perspective*. Praca pod redakcją: J. N. Kieseläinen, I. Ramsay, W. Whitford, Oxford and Portland (Oregon), 2003, s. 160 i nast.

²⁵ Por. I. Ramsay: *Consumer Credit Society and Consumer Bankruptcy: Reflections on Credit Cards and Bankruptcy in the Informational Economy. oraz Collective or individual? Constructions of Debtors and Creditors in Consumer Bankruptcy*. W: *Consumer Bankruptcy*...op.cit., s. 17 i nast.

ściowej (jak np. w Niemczech). Czy niepowodzenie sanacji nie powinno być w jakiś sposób powiązane z postępowaniem upadłościowym (np. obowiązkiem wszczęcia tego postępowania)? Regulacja procedury sanacyjnej powinna być w ustawie wcześniej niż regulacja postępowania upadłościowego. Procedurę naprawczą mógłby prowadzić organ pozasądowy, a upadłościową – sąd.

Słuszne jest umożliwienie zawarcia układu z przeważającą większością wierzycieli – czy nie powinno się tego przenieść do procedury naprawczej? Słuszne wydaje się pozostawienie konsumentowi części majątku i dochodu koniecznego do życia codziennego. Czy nie należałoby tego odnieść do tzw. minimum socjalnego?

Słusznie proponuje się zawieszenie innych postępowań w momencie wszczęcia procedury upadłościowej i wstrzymanie naliczania odsetek. Czy nie trzeba wyraźnie stwierdzić, że dotyczy to również państwa, np. urzędów skarbowych, które działają na gruncie innych ustaw (przymusowa egzekucja podatkowa może np. blokować plan naprawczy czy układ z wierzycielami)?

Regulacja upadłości konsumentekiej – Francja

Od dnia 2 VIII 2003 r. obowiązuje we Francji nowe postępowanie wobec nadmiernie zadłużonych osób fizycznych. Dokonała się w istocie przemiana paradygmatu (celu) postępowania. O ile dotychczas było ono ukierunkowane na pomoc w sprawie kształtowania samej umowy i jej ewentualnej renegeacji między stronami, o tyle obecnie celem wyrażonym *expressis verbis* jest oddłużenie konsumenta – uwolnienie go od pozostałej części długu. Skutkiem tego działania jest natomiast wycena majątku dłużnika i jego podział między wierzycieli. Zbliżyła to zasady procedury oddłużania konsumenta do procedury upadłościowej dla przedsiębiorców²⁶.

Wprowadzeniu reformy we Francji towarzyszyła żywa dyskusja nad przyczynami nadmiernego zadłużania się gospodarstw domowych. W kolejnych raportach badano te kwestie. W rezultacie zaproponowano wyróżnienie konsumentów nadmiernie zadłużonych:

- aktywnie,
- pasywnie.

Podział ten nie znalazł wprawdzie bezpośrednio odzwierciedlenia w ustawodawstwie, może mieć wszakże znaczenie dla ewaluacji solidności dłużnika.

Aktywne nadmierne zadłużenie polega na tym, że konsument zwiększa swoje obciążenie finansowe za mocno w relacji do własnych stałych dochodów – lekkomyślnie pogarsza więc swoją sytuację, opierając planowanie finansowe na fałszywych przesłankach.

Pasywne nadmierne zadłużanie zasadza się natomiast nie na zachowaniu się samego kredytobiorcy, lecz na zdarzeniach, które znajdują się poza jego kontrolą (np. bezrobocie, inwalidztwo, choroby, rozwody, a nawet – kasacja samochodu, tzn. nieopłacalność jego naprawy powypadkowej). W tym przypadku nadmiernego zadłużania chodzi zatem o zjawisko biedy i społecznego wykluczenia.

A ponieważ ciągle przybywa pasywnie zadłużonych kredytobiorców, punkt ciężkości regulacji prawnej przesuwają się z celów ochrony konsumenta na cele walki z biedą.

Sytuacja ta wymaga nowych instrumentów. Ułatwienia w zakresie terminarza spłaty i renegeacji umowy (rozłożenie na raty, rezygnacja z odsetek) niewiele pomogą dłużnikowi, który np. utracił stały dochód.

Poprzednio obowiązująca regulacja wrowadzała dwa etapy procedury: pozasądowy i sądowy. Pierwszy etap przebiegał przed specjalną komisją (komisje te działały regionalnie – w departamentach). W tej procedurze kładziono nacisk na nowe ukształtowanie umowy między stronami, z uwzględnieniem wszystkich głównych wierzycieli. Pomyślny rezultat procedury zależał wszelako od gotowości do współpracy i dobrej woli wierzycieli. Komisja nie miała bowiem możliwości narzucenia zmiany kontraktu – wbrew woli wierzyciela.

Na drugim etapie sąd miał niewielkie możliwości wprowadzenia pewnych zmian umowy, np. co do sposobu spłaty, odraczania niektórych elementów zobowiązania. Nie mógł jednak wykroczyć poza cel dostosowania obciążeń do zdolności finansowej dłużnika.

Procedura ta była ukierunkowana na sanację kredytobiorcy, nie zaś na uwolnienie od reszty długu czy pozbawienie go posiadanego mienia. Nie było więc w zasadzie analogii do postępowania upadłościowego dla przedsiębiorców.

Idea włączenia do procedury sanacyjnej także konsumentów długotrwale i w gruncie rzeczy beznadziejnie zadłużonych postawiła na porządku dziennym problem ostatecznego (niepodważalnego dla wierzycieli) uwolnienia konsumenta od reszty długu. Celem było umożliwienie mu na nowo wejście w rolę społeczne obywatela, pracownika i podatnika, a nie skazywanie go do końca życia na wegetację czy bezdomność i obciążanie innych kosztami opieki socjalnej.

Oddłużenie nie jest oczywiście jedynym celem. Sąd na wniosek komisji może zarządzić moratorium na okres do 3 lat i w tym czasie obserwować zachowanie konsumenta i perspektywę jego sanacji – na podstawie planu sanacji. Okres ten może zostać nawet przedłużony do 10 lat. Poprzednio organy fiskalne mogły zakłócać procedurę, ponieważ swobodnie decydowały o redukcji tzw. długu podatkowego. Nowe przepisy odebrały im tę możliwość.

²⁶ Por. M. Köhler: *Reform des Verbrauchersanierungsverfahrens in Frankreich – der lange Weg zur Restschuldbefreiung*. „Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht” Nr 12/2003, s. 626 i nast.

Regulacja upadłości konsumenckiej – Niemcy

W Niemczech od 1 I 1999 r. w rozporządzeniu o prawie upadłościowym istnieje procedura sanacyjna przewidziana dla osób fizycznych. Jest w niej zawarta również instytucja oddłużenia klienta (uwolnienia go od reszty długu) i podziału posiadanego majątku między wierzycieli. Od 1 XII 2001 r. system ten został jeszcze raz zmieniony. Chodzi m.in. o uproszczenie postępowania w wyniku powszechnego korzystania z jednolitych formularzy, a także o przejrzystość i możliwość kontroli ze strony pozostałych wierzycieli dzięki udostępnianiu tych danych w Internecie. Celem procedury jest oczywiście wycena majątku kredytobiorcy i jego podział między wierzycieli. Solidny dłużnik może jednak liczyć na to, że w krańcowej sytuacji, gdy stanie się jasne, że spłata długu nie jest już możliwa, zostanie uwolniony od pozostałej części zobowiązania²⁷.

Charakterystyczne jest stopniowe poszerzanie kręgu osób fizycznych, które mogą być objęte procedurą. Początkowo mogły to być tylko osoby, które nie prowadzą samodzielnej działalności gospodarczej w większym rozmiarze (a więc w istocie konsumenci). W związku z tym uznano, że działalność jest prowadzona w mniejszym rozmiarze tylko wtedy, kiedy nie wymaga prowadzenia zakładu (pojęcie „drobnego kupca”, niewciągniętego do rejestru handlowego). Zmiana polega na poszerzeniu tego kręgu o małe firmy i osoby samodzielnie wykonujące zawód, o słabo przejrzystych stosunkach majątkowych. Dla tych podmiotów dostępna jest tylko procedura sądowa, bez poprzedzającej procedury pozasądowej.

Procedura upadłościowa dla osób fizycznych (konsumenckie postępowanie upadłościowe) obejmuje osoby fizyczne, przeciwko którym nie ma roszczeń ze stosunku pracy, pod warunkiem że jest mniej niż 20 wierzycieli. Dla postępowania nie jest istotne, w jakiej sytuacji majątkowej znajduje się dana osoba – fakt, że jest to osoba zamężna, np. będąca udziałowcem czy akcjonariuszem spółki, nie stanowi przeszkody²⁸.

Przesłanką wszczęcia procedury jest dostarczenie przez konsumenta zaświadczenia o bezskutecznej próbie ułożenia się z wierzycielem. W tym celu przewidziano postępowanie przed specjalną komisją. Istnieje wymóg sporządzenia planu sanacyjnego (*Schuldberedigungsplan*), który powinien zawierać wszystkie istotne informacje, np. o dochodach, stanie majątko-

wym, wykazie wierzycieli i ich wierzytelności (zobowiązań konsumenta). W planie należy także zamieścić propozycje co do sposobu dostosowania mechanizmu spłaty długu do sytuacji finansowej dłużnika (odroczenia spłaty, rezygnacja z odsetek, rozłożenie na raty, upłynnianie zabezpieczeń).

Dla prowadzenia tego postępowania pozasądowego istotne jest także to, by wierzyciel powstrzymał się od innych form wymuszenia spłaty długu. Wierzyciele muszą się także zgodzić na prowadzenie postępowania. Prawo do wszczęcia procedury ma zarówno wierzyciel, jak i dłużnik. Istotna, ostatnio dokonana zmiana polega na tym, że postępowanie pozasądowe nie jest obligatoryjne. Postępowanie sądowe może się zatem składać z dwóch etapów: próby restrukturyzacji długu i renegocjacji umowy z wierzycielami oraz oddłużenia, czyli uwolnienia od spłaty reszty długu.

Sąd ma w każdej fazie postępowania szeroki zakres uznania – może zarządzić różne środki bezpieczeństwa, np. zakaz sprzedaży składników majątkowych, ustanowienie powiernika czy nakaz zawieszenia innych postępowań wobec mienia dłużnika. Sąd może uznać, że kredytobiorca jest beznadziejnie zadłużony i przejść od razu do fazy oddłużenia.

Na etapie restrukturyzacji długu wierzyciele mają prawo wglądu i zgłaszania zastrzeżeń do planu sanacyjnego w określonym przez sąd terminie. Wszyscy wierzyciele powinni ten plan zaakceptować. W drodze wyjątku może to uczynić tylko ponad połowa ogółu wierzycieli, pod warunkiem, że pozostali wierzyciele nie będą nieproporcjonalnie poszkodowani, a także nie stracą więcej niż w przypadku upadłości konsumenckiej.

Wprowadzenie konsumenckiego postępowania upadłościowego wiązało się z oczekiwaniem, że znaczna część nadmiernie zadłużonych gospodarstw domowych ułoży się z wierzycielami bez angażowania sądów. Oczekiwania wobec pierwszego, pozasądowego etapu procedury nie zostały natomiast spełnione. Liczba zakończonych sukcesem spraw na pozasądowym etapie jest niewielka. Powstaje pytanie, dlaczego tak się dzieje.

Pozasądowe postępowanie oddłużeniowe miało na celu przede wszystkim:

- proporcjonalne (sprawiedliwe) zaspokojenie roszczeń wierzycieli w drodze podziału majątku dłużnika,
- zachowanie lub odtworzenie ekonomicznej samodzielności kredytobiorcy oraz, co się z tym wiąże,
- społeczną rehabilitację dzięki oddłużeniu (uwolnieniu od reszty zadłużenia) – po upływie przewidzianego okresu (*Wohlverhaltensperiode*) koniecznego do stwierdzenia faktu, że kredytobiorca jest „solidnym, uczciwym i chętnym do współpracy dłużnikiem” lub – alternatywnie – poprzez układ z wierzycielami.

²⁷ Por. R. Reimann: *Die InsO-Novelle 2001 und ihre Auswirkungen auf den Privatkundengeschäft*. „Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht” Nr 1/2003, s. 1 i nast.; K. Hofmeister, C. Richter: *Vertretungsbefugnis geeigneter Stellen im Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren*. „Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht” Nr 11/2003, s. 588 i nast.

²⁸ Próby poszerzania kategorii konsumenta poza „typowego konsumenta”, który nie działa w charakterze przedsiębiorcy i zaspokaja swoje osobiste potrzeby, podejmowane są od pewnego czasu. Por. K.R. Wagner: *Sind Kapitalanleger Verbraucher?* „Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht” Nr 16/2003, s. 649 i nast.; Ch. Ellsner, M. Schirnbacher: *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Verbraucher?* „Verbraucher und Recht” Nr 7/2003, s. 247 i nast.

²⁹ W Niemczech jest około 2,8 mln nadmiernie zadłużonych gospodarstw domowych, czyli około 6 mln obywateli. Por. K. Hofmeister: *Top oder Flopp? (Die aussergerichtliche Einigungsversuch nach der InsO)*. „Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht” Nr 1/2003, s. 12 i nast.

Przyjęto założenie, że takie postawienie sprawy jest korzystne nie tylko z punktu widzenia indywidualnego losu dłużnika, lecz także z perspektywy ogólnospołecznej²⁹. Wskazuje się natomiast na pewne mankamenty praktyki postępowania pozasądowego. Brakuje np. jednoznacznych wskazań, kto ma się tym zajmować (robią to nie zawsze osoby czy firmy merytorycznie kompetentne). Niejednolity jest zakres danych, które powinny się znajdować w planie sanacyjnym (*Schuldbereinigungsplan*). Dane te bywają ponadto niepełne i dopiero później okazuje się, że przybywa nowych roszczeń lub składniki majątku wyszczególnione na początku przez dłużnika nie są kompletne.

Podkreśla się też nieskuteczną ochronę przed przymusową egzekucją niektórych roszczeń w czasie prowadzenia postępowania oddłużeniowego. Istnieje również zjawisko nakładania na dłużnika kar pieniężnych (grzywnien) z różnych tytułów, przy czym organy wymierzające te kary kierują się „suchym” przepisem prawa (np. podatkowego), nie biorąc pod uwagę sytuacji ekonomicznej dłużnika.

Inny problem to trudne do upłynnienia zabezpieczenia (*Schrottmobilien*), które należy włączyć do masy majątkowej w celu zaspokojenia wierzycieli. Wierzycciele szczególnie niechętnie odnoszą się do tzw. planów zerowych („Null-Pläne”) oraz do wyłączenia niektórych roszczeń (majątku czy dochodu) z postępowania (np. z powodu gwarantowania minimum socjalnego)³⁰.

Problematyka nadmiernego oprocentowania – czy celowa jest regulacja lichwy?

USA

W większości krajów nie reguluje się jednoznacznie i definitywnie górnej granicy procentu od kredytu czy tzw. odsetek od zaległych odsetek. Jeżeli nawet kiedyś takie przepisy były traktowane jako uzasadnione, obecnie preferuje się kompleksowe podejście do stosunków między firmą (bankiem) a klientem.

Dynamika zmian we współczesnej gospodarce jest bardzo duża. Konkretny, sztywny limit ilościowy procentu mógłby się bowiem dezaktualizować, nie przystawać do realiów, a co gorsze – nadmiernie ograniczać wolność umów i autonomię woli stron, nie uwzględniać różnorodnych powiązań, interesów i relacji, jakie strony mogą i chcą ukształtować między sobą. Dlatego punktem ciężkości regulacji pozostaje ochrona strony słabszej lub będącej w sytuacji przymusowej.

W wielu stanach USA spotyka się limity ilościowe lichwy (*usury limits*), np. 5% powyżej stopy stanowe-

go lub federalnego banku centralnego (Urzędu Rezerwy Federalnej) lub stopy oprocentowania papierów skarbowych. Często występuje zróżnicowanie tego limitu dla transakcji konsumenckich oraz biznesowych. Limit lichwy dotyczy jednak przeważnie podmiotów niebędących bankami lub innymi instytucjami finansowymi działającymi na podstawie zezwolenia.

Limit lichwy należy odróżniać od tzw. odsetek ustawowych (*legal rate of interest*) lub odsetek sądowych (*judgment rate of interest*). Dość rzadko są one wyrażane sztywną liczbą (np. limit maksymalny 25% dla pożyczek powyżej 250.000 USD w stanie Floryda, limit lichwy w stanie Connecticut – 12%, w stanie Colorado – 45% limit ogólny, i 12% dla konsumentów, New Jersey – 30% dla osób fizycznych i 50% dla przedsiębiorców, Michigan – 7%. W wielu stanach nie ma jednak w ogóle limitu³¹.

Obecnie na rynku kart kredytowych amerykańscy pożyczkobiorcy są coraz bardziej pozostawieni samym sobie. Mniej niż połowa stanów Ameryki określa poziom odsetek od zadłużenia na kartach kredytowych, dlatego niewielu wystawców (emitentów) kart kredytowych ma siedziby w tych stanach.

Większość wydawców kart jest zlokalizowanych w stanach, w których nie ma prawa dotyczącego lichwy oraz ograniczającego poziom odsetek na kartach kredytowych. Tam bowiem banki i wystawcy kart kredytowych mogą pobierać odsetki w wysokości wynikającej z umowy zawartej z pożyczkobiorcą³².

³¹ Por. „State Interest Rates&Usury Limits” www.lectlaw.com

³² Por. www.bankrate.com

³³ Sąd Najwyższy w sprawie *Marquette vs. First Omaha Service Corp* orzekł, że bank krajowy mógł pobrać najwyższe oprocentowanie dozwolone w jego rodzimym stanie od konsumentów mieszkających w jakimkolwiek stanie USA, włączając to stany, gdzie obowiązywały restrykcyjne (ograniczone) stopy procentowe. Oznacza to, że obowiązują reguły zawarte w umowie, a także możliwość eksportu do innych stanów nadmiernych limitów kredytowych. Po tym orzeczeniu najwięksi emitenci kart kredytowych zaczęli się przenosić do stanów z liberalnym prawem dotyczącym lichwy lub też niemającym takich regulacji (np. Citibank przeprowadził się do Południowej Dakoty w 1981 r., a w 1982 r. cztery największe banki z Maryland przeniosły swoją działalność dotyczącą kart kredytowych do Delaware z uwagi na korzystne stanowe regulacje). Jednocześnie obserwowano rozluźnianie limitów (ograniczeń) dotyczących kart kredytowych w innych stanach. We wczesnych latach 80., większość stanów ograniczała wysokość odsetek na kartach kredytowych do poziomu między 12% a 18%. Dwadzieścia lat później oprocentowanie to zwiększyło się, a limity wynoszą od 18% do 24%.

W stanie Arkansas 60 poprawka do konstytucji, zaakceptowana w 1982 r., ustanawia limit oprocentowania na poziomie 5% powyżej federalnej stopy dyskontowej (z tego powodu Arkansas ma najniższą stopę oprocentowania na kartach kredytowych w całej Ameryce). Należy jednak wspomnieć, że co pewien czas banki i izby handlowe chcą zmiany istniejącego ustawodawstwa, czemu przeciwstawia się społeczność. Sądzi się, że pewnym impulsem zmian może być ustawa przyjęta przez Kongres w 1999 r. (Gramm-Leach-Bliley Financial Modernization Act). Ustawa ta zezwala określonym bankom (*state-chartered banks*) pobierać odsetki równe tym, które są pobierane przez inne banki działające w ich stanie. Także inni pożyczkodawcy nie będący tzw. pożyczkodawcami krajowymi (*out of state lenders*) pobierają odsetki powyżej ustanowionego konstytucyjnego limitu. W istniejących okolicznościach zwraca się uwagę pożyczkobiorców na potrzebę zachowania ostrożności przy wyborze pożyczkodawcy, przy zawieraniu umów o pożyczkę (kredyt), a także unikania sytuacji w których dochodzi do obciążenia transakcji wysokimi odsetkami (zaleca się m.in. negocjowanie warunków umowy, terminowe dokonywanie spłat zadłużenia, budowanie dobrej historii spłat). Zob. L. Lazarony: *Credit card companies sidestep usury laws*. March 2002. www.bankrate.com/qfnast.news/cc/2002

³⁰ Por. U. Mäusezahl: *DAV-Workshop zu Verfahrensvereinfachungen in den Insolvenzverfahren natürlicher Personen*. „Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht” Nr 272003, s. 49 i nast.

Po decyzji Sądu Najwyższego z 1978 r. zawyżone poziomy oprocentowania dominują na rynku kart kredytowych. W 26 stanach nie ma w ogóle limitu odsetek czy opłat narzucanych przez wydawców kart. Najmniejsza ochrona w tym zakresie jest w stanach: Delaware, Kalifornia, South Dakota i Tennessee, a największa ochrona – w stanie Arkansas³³.

Unia Europejska

Przepisy skierowane przeciwko lichwie – wyrażone wprost lub pośrednio – można znaleźć przede wszystkim:

- w kodeksach cywilnych lub kodeksach karnych,
- w prawie bankowym lub ogólnych warunkach umów bankowych
- w prawie ochrony konsumenta, klienta banków lub lokatora (najemcy),
- w orzecznictwie dotyczącym stopy procentowej kredytów lub pożyczek.

Lichwa jest traktowana jako szczególny przypadek sprzeczności transakcji z dobrymi obyczajami. Głównym elementem definiującym lichwę jest drastyczna (rażąca) dysproporcja między wzajemnymi świadczeniami stron umowy lub ścieżki dojścia do nawiązania kontraktu (zakłócenie wolnej woli strony i jej zdolności widzenia sprawy we właściwym świetle) i wyzyskanie obu tych elementów przez stronę silniejszą³⁴.

Należy zwrócić uwagę na trudności z wykazaniem tak ujmowanej lichwy w złożonych relacjach prawnych i faktycznych łączących strony, niezadkim istnieniem i celowością rozróżnienia świadczenia głównego oraz świadczeń dodatkowych lub rozpatrywaniem względnej korzystności bądź niekorzystności danego świadczenia w przypadku pakietu usług (jest to w pewnym sensie poszerzenie problematyki kredytu konsumenckiego, w którym np. procent czy określona prowizja – sama w sobie – nie mówią jeszcze o korzyściach lub stratach strony). Należy zważyć, co jest w istocie obłożone odsetkami czy opłatami (np. opóźnione płatności, przekroczenie limitu, opłaty transakcyjne) i czy jest to uzasadnione.

Orzecznictwo w sprawach lichwy obejmuje nie tylko kwestie kredytów lub pożyczek, ale też m.in. ugody zawarte w ważnych sprawach życiowych (rozwód), ubezpieczenia, różnego rodzaju umowy o pośrednictwo (np. maklerskie), umowy w sprawie finansowania procesów (sekwencji działań), których efekt nie jest w pełni przewidywalny, a korzyści niepewne. Wiele jest orzeczeń w sprawie nadmiernej w danych warunkach stopy procentowej, przejrzystości kryteriów zmiany zmiennej stopy oraz powiadomienia o tym klienta

w regulaminie i umowie, kwestii zwrotu stopy nadpłaconej lub przedawnienia roszczeń w tym zakresie³⁵.

We Francji regulacje dotyczące lichwy znajdują się w Kodeksie Konsumenta (*Code de la Consommation*). W świetle przepisów tego kodeksu pożyczka nabiera charakteru lichwiarskiego, jeżeli jest udzielana na procent, który przewyższa w danym czasie o co najmniej 1/3 średnią efektywną stopę procentową stosowaną w poprzednim kwartale roku przez instytucje kredytowe w stosunku do pożyczek tego samego rodzaju i zbliżonym stopniu ryzyka. Nie ma to jednak zastosowania do pożyczek udzielanych osobom prawnym³⁶.

W Niemczech istotny z tego punktu widzenia jest przede wszystkim art. 138 BGB (kodeks cywilny), który mówi, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z dobrymi obyczajami. W szczególności nieważna jest taka czynność, która wykorzystuje przymusową sytuację, brak doświadczenia bądź słabość majątkową czy dochodową drugiej osoby lub obiecuje korzyści nieproporcjonalne do oferowanego świadczenia.

Konkretniej jest to ujęte w stosunkach najmu lokali. Lokator nie musi akceptować zmiany w bieżącej umowie najmu, jeżeli odbiega ona od czynszów stosowanych przeciętnie w danym regionie (nie dotyczy to zawierania nowej umowy – tu nie ma ograniczeń). W bieżącej umowie najmu różnica w relacji do przeciętnych warunków w danym regionie nie może być jednak większa niż 20% (lub wyjątkowo 50%, jeżeli właściciel faktycznie przekazuje to na inwestycje w tym lokalu)³⁷.

Rola stopy procentowej jest istotna nie tylko dla kredytu konsumenckiego. Podlega też regulacji w przypadku opóźnienia płatności. W Niemczech nowelizacja prawa cywilnego (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) była wywołana m. in. koniecznością wprowadzenia dyrektywy 2000/35 o zwalczaniu opóźnień płatności w obrocie handlowym. Jako bazę przyjmuje się podstawową stopę refinansową ustalaną każdego roku przez EBC. Niemiecki kodeks cywilny różnicuje tę stopę dla obrotu konsumenckiego (5 punktów powyżej stopy bazowej) oraz dla obrotu profesjonalnego (8 punktów powyżej stopy bazowej). Zapłata tego procentu jest niezależna od innych roszczeń, np. odszkodowawczych³⁸.

W transakcjach transgranicznych istotne jest wyraźne wskazanie na ogólne warunki umów danego kra-

³⁴ Por. E. Joeinig: *Zentralprobleme des Wuchers in Tatbestand und Rechtsfolgen*. „Österreichische Juristen Zeitung” Nr 1/2003, s. 1 i nast.

³⁵ Por. *Ausgewählte Rechtsfragen zur Rückforderung zuviel bezahlter Zinsen bei mangelnder Bestimmtheit einer Zinsanpassungsklausel*. Besprechung der Entscheidungen des OGH vom 24.06.2003 (4 Ob 7303v) und vom 26.06.2003 (2 Ob 106/03g) *Österreichische Juristen Zeitung* Nr 10/2003, s. 722 i nast., „Zur Verjährung zuviel gezahlter Zinsen” *Österreichische Juristen Zeitung* Nr 21/2003, s. 800 i nast.

³⁶ Por. E. Cafritz: *French Usury Law Does Not Apply to Corporate Borrowers*. www.friedfrank.com

³⁷ Przekroczenie 20% normalnie mogło być karane grzywną do 100.000 DEM (ustawa karna gospodarcza), a 50% – karą pozbawienia wolności do 3 lat (kodeks karny).

³⁸ Por. F. Ferrari: *Verzugszinsen nach Art. 78 UN-Kaufrecht*. „Zeitschrift für das Recht des Internationalen Warenkaufs- und Vertriebs” Nr 4/2003, s. 153 i nast.

ju. Dzięki temu można unikać licznych sporów co do prawa właściwego w danym przypadku³⁹. Wątpliwości powstają w szczególności w obrocie elektronicznym. W tym zakresie wyrażane jest często stanowisko, że wystarczy udostępnienie ogólnych warunków umów na stronie www dostawcy⁴⁰.

Nowe kraje Unii Europejskiej (przykład Estonii i Węgier)

W Estonii, jeżeli oprocentowanie nie zostało uzgodnione przez strony, powinno być oparte na stopie dla pożyczek tego samego rodzaju w podobnym czasie i miejscu. W przypadku trudności z określeniem takiej typowej stopy stosuje się stopę z art. 94 Kodeksu zobowiązań, tzn. 7% rocznie.

Oprocentowanie powinno być skalkulowane i zapłacone na koniec roku kalendarzowego. Jeżeli pożyczka będzie spłacona przed końcem roku, oprocentowanie powinno być zapłacone wraz ze spłatą pożyczki.

Przepisy te nie wykluczają ani nie ograniczają praw stron do określenia kar za zwłokę.

Na Węgrzech aspekty lichwy są regulowane w Kodeksie cywilnym. Strony kontraktu mają swobodę w określaniu treści umowy. Umowy łamiące prawo bądź zawierane w celu obejścia prawa są nieważne. Umowa jest nieważna także wtedy, jeśli jawnie pozostaje w sprzeczności z dobrą moralnością.

Jeśli w czasie obowiązywania kontraktu różnica pomiędzy wartością usługi a jej ceną jest znacząco nieuczciwa, przy założeniu, że żadna ze stron nie miała intencji robienia „podarunku” drugiej stronie, poszkodowana strona ma prawo do podważania kontraktu. Strona poszkodowana ma obiektywne podstawy podważenia, jeżeli wystąpiła znacząco nieuczciwa różnica między tymi wartościami – niezależnie od winy drugiej strony.

Jeśli strona umowy osiągnęła nadmierny zysk bądź nieuczciwą korzyść przez wykorzystanie sytuacji drugiej strony, kontrakt jest nieważny (umowa lichwiarska). Jeśli mówimy o umowie lichwiarskiej,

uwzględniamy winę drugiej strony. Jeśli strona jest winna kontrakt jest nieważny.

W praktyce węgierska jurysdykcja ma poważne problemy z identyfikacją „znacząco nieuczciwej” różnicy między wartością usługi a wartością właściwą. Nowy Kodeks cywilny, który jest obecnie w przygotowaniu, utrzymuje kategorię umowy lichwiarskiej i znacząco nieuczciwej różnicy między wartościami jako powody do podważania kontraktu. Każda nieuzasadniona nadmierna stopa procentowa ustanowiona przez strony może być zredukowana przez sąd.

Pozasądowe systemy rozstrzygania sporów konsumenckich

Na świecie rozwijają się systemy rozjemcze znane pod nazwą rzecznika lub ombudsmana. Systemy te występują wprawdzie w wielu sektorach, ale przede wszystkim w bankowości i ubezpieczeniach. Rzecznik interesów klientów banków znany jest m.in. w Niemczech, Belgii, Wielkiej Brytanii, Szwajcarii, Kanadzie, Australii i Nowej Zelandii. Systemy te można podzielić na takie, które przynajmniej w odniesieniu do banków mają moc wiążącą, oraz takie, których rozstrzygnięcia mają tylko charakter zaleceń (np. w Belgii, Szwajcarii, Kanadzie).

W tym ostatnim przypadku rzecznik występuje w roli niezależnego mediatora. Czasami system ma charakter mieszany. W Niemczech orzeczenie rzecznika w sprawie skargi konsumenckiej, kiedy przedmiot nie przekracza 5.000 euro, jest dla banku wiążące, powyżej tej kwoty orzeczenie jest niewiążące dla żadnej ze stron⁴¹ (klient ma natomiast w każdym czasie możliwość wystąpienia na drogę sądową).

Ogólnie biorąc, instrumenty rozstrzygania sporów konsumenckich można podzielić na dwie kategorie:

- mediacja,
- sądownictwo polubowne.

W ramach tego podziału można mówić o wzmoczeniu roli organów mediacyjnych. Pojawiają się nawet specjalne ustawy w tej dziedzinie (np. w USA Uniform Mediation Act). Widoczne to jest także w oprzyrządowaniu instytucji ombudsmana, który z reguły najpierw inicjuje rozwiązanie mediacyjne (o ile pierwszy nie uczyni tego bank, któremu skarga została przekazana).

Istnieją w zasadzie trzy warianty zakończenia procedury prowadzonej przed rzecznikiem:

- ugoda,
- uznanie skargi,
- arbitraż (np. zawarcie nowej umowy).

Postępowanie przed rzecznikiem ma zresztą wiele cech postępowania arbitrażowego, np. unika-

³⁹ Por. F.J. Schillo: *UN-Kaufrecht oder BGB? – Die Qual der Wahl beim internationalen Warenkaufvertrag – Vergleichende Hinweise zur Rechtswahl beim Abschluss von Verträgen*. „Zeitschrift für das Recht des Internationalen Warenkaufs- und Vertriebs” Nr 6/2003, s. 257 i nast. V. Ventsch, P. Kluth: *Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts*. Zeitschrift für das Recht des Internationalen Warenkaufs- und Vertriebs” Nr 2/2003, s. 61 i nast.

⁴⁰ Ze względów dowodowych, na wypadek konfliktu, rekomenduje się natomiast żądanie potwierdzenia przez drugą stronę, że zapoznał się z ogólnymi warunkami umów. Por. V. Ventsch, P. Kluth: *UN-Kaufrecht: Keine Einbeziehung von AGB durch Abrufmöglichkeit im Internet*. „Zeitschrift für das Recht des Internationalen Warenkaufs- und Vertriebs” Nr 5/2003, s. 224 i nast.; A. Stiegele, R. Halter: *Nochmals: Einbeziehung von Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts – Zugänglichmachung im Internet*. „Zeitschrift für das Recht des Internationalen Warenkaufs- und Vertriebs” Nr 4/2003, s. 169 i nast.

⁴¹ Por. R. Jordans: *Der rechtliche Charakter von Ombudsman-Systemen und ihren Entscheidungen*. „Verbraucher und Recht” Nr 7/2003, s. 253 i nast.

nia drogi sądowej, a więc istotnego odciążenia sądów, a także i to, że – w pewnych granicach – orzeczenie ma charakter wiążący.

Także na szczeblu UE dostrzeżono tendencję do pozasądowego rozstrzygania sporów konsumenckich i stworzono sieć organów rozjemczych i mediacyjnych pod nazwą FIN-NET.

Należy zaznaczyć, że coraz częściej publiczna regulacja problematyki ochrony konsumenta jest uzupełniana „kodeksami dobrej praktyki bankowej”. W szczególności w brytyjskim systemie *common law*, który rozwijał się bez ogólnych warunków

umów (w rozumieniu kontynentalnym), „code of conduct” odgrywał bardzo dużą rolę, także w orzecznictwie. Również w relacjach między firmami (media, reklama, *e-commerce*) i w obrębie firmy (*corporate governance*) tego typu ustalenia nabierają znaczenia, tworząc klimat zaufania. Mimo niewiążącego w sensie prawnym charakteru przyczyniają się do pewności prawnej⁴².

⁴² Często są one formułowane dla dość wąskich działów, np. dla bankowości hipotecznej czy kas budowlanych. Por. Ch. Schmies: *Code of Conduct in der Bankwirtschaft*. „Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” Nr 2/2003, s. 277 i nast.