

Banki i parabanki na polskim rynku kredytu konsumenckiego (na tle pojęcia „instytucji kredytowej”)

Włodzimierz Szpringer

W artykule wskazuję kierunki zmian w dyrektywie o kredycie konsumenckim na tle przekształceń prawa konsumenckiego w UE. Przedmiotem analizy jest problem tzw. parabanków w kontekście pojęcia banku (instytucji kredytowej). Nawiązuję do aktywizacji działalności „na przedpolu” upadłości (odpowiedzialne udzielanie kredytu), by nie dopuszczać do nadmiernego zadłużenia konsumenta. Wiele uwagi poświęca się ostatnio nie tylko limitom lichwy, ale też odsetkom karnym, odsetkom od (zaległych) odsetek, wysokości rat miesięcznych, sytuacji rodziny konsumenta, a także problematyce reguł zmian zmiennej stopy procentowej, wypowiedzenia umowy przez bank, zmiany warunków umowy lub jej przedłużenia oraz odmowy kredytowania.. Problemy te powinny być badane na szerokim tle rozwoju wspólnego rynku finansowego UE, a także szans i zagrożeń związanych ze świadczeniem usług finansowych na odległość oraz nowych, groźnych form zadłużania się konsumenta. Rozważam, czy regulacja umów oraz wzorców umownych wystarcza do zapewnienia równych reguł gry na rynku kredytu konsumenckiego, czy też konieczne jest nadzorowanie parabanków. Regulacje krajowe, np. limity lichwy, są możliwe w pewnym stopniu, chociaż w świetle doświadczeń światowych nie są skuteczne. Regulacje te mogą oznaczać narażanie się na zarzut utrudniania swobody przepływu usług i kapitału na wspólnym rynku UE, naruszania zasady wolności gospodarczej oraz dyskryminacji krajowych dostawców. Nadmierne skrzywienie relacji umownych na rzecz jednej strony (konsumenta) może wywoływać zjawisko hazardu moralnego, postaw roszczeniowych, braku odpowiedzialności, a w pewnym sensie – ubezpieślowolnienia konsumenta. Fundamentalne pytanie, na które bardzo trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi, brzmi: czy ochrona konsumenta na rynku kredytu konsumenckiego powinna tylko „wyrównywać” zawodności rynku (np. asymetrii informacyjnej), czy także iść dalej – w kierunku „bankowości socjalnej” (zapobiegania efektowi wykluczenia z rynku bankowego biedniejszych konsumentów i popychania ich w objęcia parabanków, w których potencjał zagrożeń dla interesów konsumenta jest znacznie większy).

1. Parabanki jako kontekst definiowania banku

Rynki finansowe, na których „kropla kapitału własnego uruchamia morze kapitałów cudzych”, są atrakcyjne nie tylko dla banków. Pojęcie parabanków nie

jest do końca jasne. Stanowi ono jednak przedmiot regulacji w wielu krajach. Prawodawca posługuje się niekiedy terminem „instytucji kredytowych” lub „instytucji finansowych”. Istnieje pogląd, iż pojęcia te obejmują również parabanki – rozumiane jako instytucje świadczące usługi podobne do bankowych¹.

W tym sensie parabankami byłyby wszelkie instytucje finansowe świadczące usługi podobne do bankowych. Parabanki stanowią tu kategorię nadrzędną, obejmującą bowiem również banki². Zalicza się do nich m.in. kasy oszczędnościowo-zapomogowe, kasy oszczędnościowe, budowlane czy komunalne, spółki inwestycyjne i inne spółki finansowe oraz różnego rodzaju specjalistyczne instytucje finansowe (np. instytucje sprzedaży ratalnej).

Instytucje takie powinny podlegać licencjonowaniu, podobnie jak banki. Jeżeli przedmiotem ich stałej działalności są usługi bankowe objęte monopolem banków, powinny mieć przewidzianą formę prawną, być kierowane przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach i posiadać pewne minimalne wyposażenie kapitałowe. Powstaje pytanie, czy należy je poddać nadzorowi Komisji Nadzoru Bankowego, czy innej instytucji publicznej (np. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów).

Parabanki mogą być rozumiane nieco szerzej, jeżeli uwzględnimy instytucje działające na podstawie przepisów szczególnych wobec prawa bankowego oraz nie w pełni poddane procedurze licencjonowania i nadzorowania ze strony Komisji Nadzoru Bankowego. W Polsce można do nich zaliczyć: Narodowe Fundusze Inwestycyjne, Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe oraz (obecnie już zniesione) Kasy Oszczędnościowo-Budowlane lub Kasy Mieszkaniaowe³, kantory wymiany walut, firmy leasingowe, factoringowe, informatyczne, doradcze, obrotu wierzytelnościami itp⁴. Niektóre fundusze udzielają pożyczek pieniężnych (np. Fundusz Pracy, Fundusz „Mikro”). Można także wskazać parabanki próbujące „obchodzić” prawo bankowe (np. Bezpieczna Kasa Oszczędności).

Coraz częściej spotykamy się także z niebankowymi instytucjami pośredniczącymi lub udzielającymi pożyczek i kredytów na zakupy towarów lub działalność gospodarczą. Są to z reguły duże firmy korzystające ze środków banków lub innych instytucji finansowych.

Przykładem parabanku świadczącego pożyczki pieniężne jest firma Provident. Są to bardzo drogie pożyczki, lecz za to maksymalnie uproszczone w porównaniu z procedurami bankowymi. Niektóre parabanki rozwijają się w kierunku pełnoprawnego banku. Firma Lukas nabyła Bank Świętokrzyski, w wyniku czego powstał Lukas Bank. Istnieje jednak przykład przeciwny: Kredyt Bank kupił firmę Żagiel, z którą od dawna współpracował⁵.

Na polski rynek wchodzi również wiele parabanków zagranicznych, zwłaszcza zajmujących się sprzedażą ratalną (Cetelem). Parabanki lub banki są zakładane przez wielkie międzynarodowe konglomeraty (General Electric, Lucky Gold Star), a także koncerny samochodowe. Kredyty ratalne to obszar intensywnej konkurencji banków i parabanków: na tym rynku silne pozycje zajmują: PKO B.P, PBK, Pekao S.A., Kredyt Bank, GE Capital Banki inne⁶.

2. Pierwsza koncepcja regulacji – problem zezwoleń dla parabanków oraz pośredników kredytowych

Powstaje kluczowa kwestia: czy regulacja kredytu konsumenckiego w Polsce powinna oznaczać złamanie monopolu banków na udzielanie kredytów. Istnieją w tym zakresie trzy warianty⁷:

- złamanie monopolu banków na udzielanie kredytów, w tym kredytów konsumenckich, i uchwalenie odrębnej ustawy o kredycie konsumenckim, która dotyczy udzielania tych kredytów (pożyczek) zarówno przez banki, jak i inne firmy,
- złamanie monopolu banków na udzielanie kredytów, w tym kredytów konsumenckich, i uchwalenie odrębnej ustawy o kredycie konsumenckim, która obejmowałaby wszelako tylko kredyty (pożyczki) konsumenckie udzielane przez firmy niebędące bankami, natomiast kredyt konsumencki – nadal udzielany przez banki – byłby uregulowany przez ustawę Prawo bankowe,
- utrzymanie monopolu banków na udzielanie kredytów, co logicznie oznacza regulację kredytu konsumpcyjnego wyłącznie w ustawie Prawo bankowe.

Komisja Nadzoru Bankowego opowiadała się za tym ostatnim wariantem. KNB uzasadniała to m.in. szerszym zakresem pojęcia „instytucji kredytowej” w dyrektywach bankowych UE niż w ustawie Prawo bankowe (niektóre polskie parabanki, np. kasy czy SKOK, niebędące bankami *sensu stricto*, mieściłyby się w tej definicji, chociaż formalnie mogłyby być z niej wyłączone, gdyż obsługują tylko własnych członków)⁸.

Należy jednak pamiętać, że pojęcia „kredyt konsumencki” w świetle dyrektywy o kredycie konsumenckim nie można zawężać jedynie do kredytów udzielanych przez banki. Należy to pojęcie tłumaczyć szeroko, jako kredyty lub pożyczki konsumenckie. Z tego punktu widzenia nie dało się bronić stanowiska KNB, gdyż przeczyło ono koncepcji wspomnianej dyrektywy.

Pożyczki natomiast – zgodnie z ustawą Prawo bankowe – zalicza się do drugiej grupy czynności bankowych, które mogą wykonywać także inne firmy (są to czynności bankowe tylko wtedy, gdy wykonują je banki). Lista czynności nie objętych monopolem banków jest bardzo szeroka. W ten sposób powraca problem definicji banku w kontekście pojęcia parabank.

W tym zakresie parabanki można podzielić na dwie główne grupy:

- A. tzw. pośredników kredytowych, którzy sami nie udzielają kredytów i pożyczek, działają natomiast w imieniu i na rzecz banków;
- B. innych firm, które udzielają samodzielnie pożyczek (np. Provident)⁹.

Należy w tym miejscu odpowiedzieć na pytanie, jaki organ i na podstawie jakich kryteriów licencjonowałby pośredników kredytowych, a także inne parabanki działające na rynku pożyczek konsumenckich. Dyrektywa o kredycie konsumenckim wymaga poddania określonym rygorom wszystkie podmioty świadczące usługi finansowe zbliżone do kredytów (pożyczek) konsumenckich. Nie wydaje się to wszelako równoznaczne z wymogiem licencjonowania, chociaż art.12 dyrektywy dopuszcza taką możliwość.

Problem zezwoleń jest w centrum dyskusji; można orientować się w tej mierze na doświadczenia pośrednictwa ubezpieczeniowego. Pozostaje problem kryteriów dopuszczania do pośrednictwa kredytowego (np. wymogów kapitałowych, formy prawnej, poddania się nadzorowi za pośrednictwem współpracującego banku, kwalifikacji personelu). W tym układzie licencjonowanie i nadzorowanie można powierzyć KNB lub UOKiK.

Banki korzystają ze sprzedaży bezpośredniej, lecz także z usług agentów (pośredników). W PKO B.P. agenci działają od dawna na podstawie zawartej z bankiem umowy agencji. Dla wielu z nich rola agenta stanowi zajęcie dodatkowe. Powstał na tym tle problem prawny¹⁰, obecnie już wyjaśniony, czy agenci powinni rejestrować działalność gospodarczą. Często są to układy podobne do franchisingu.

Agenci zajmują się przyjmowaniem wpłat, realizowaniem wypłat – za każdą operację bank płaci im prowizję. Sieć agentów jest wielkim atutem banku. Część czynności wykonywanych przez agentów można realizować inaczej (np. w bankomatach). Dlatego podstawową funkcją agentów „nowego typu” staje się pośrednictwo kredytowe. To oni aktywnie szukają kontaktu z klientem¹¹.

Pierwszym bankiem w Polsce korzystającym na szeroką skalę z tej formy kontaktów z klientami był Citibank, który w 1997 r. uruchomił sprzedaż tą drogą karty kredytowej. Zatrudnianie agentów poza bankiem pozwala obniżyć koszty dystrybucji. Doświadczenia z agentami (zwanymi „doradcami”) ma Deutsche Bank Polska. Agenci pośredniczyli w zawieraniu umów kredytowych, prowadząc samodzielną działalność gospodarczą.

Należy zbadać, czy takie zbiorcze pojęcie „kredytu konsumenckiego”, jakim posługuje się dyrektywa, a które obejmuje kredyty bankowe, pożyczki według prawa cywilnego czy sprzedaż na raty, nie wymaga dodatkowych regulacji, by konsument mógł realnie korzystać z wszelkich przywilejów przewidzianych w dyrektywie¹².

3. Problemy konkurencji ze strony parabanków

Konkurencja ze strony parabanków istnieje od dawna. Parabanki są to przede wszystkim towarzystwa ubezpieczeniowe, firmy oferujące pożyczki pieniężne lub inwestycje kapitałowe oraz niebankowi wydawcy kart płatniczych, a ostatnio także dostawcy różnych dóbr lub usług, domy towarowe i sieci handlowe, producenci samochodów. Dochodzą do tego także firmy kurierskie (Masterlink), które wchodzi na rynek płatności i rozliczeń, a także hipermarkety, które stają się rywalami banków i poczty w przyjmowaniu okresowych opłat od ludności.

Wbrew dość powszechnemu mniemaniu, dotychczas w niewielkim stopniu rywalami banków stawały się firmy telekomunikacyjne, dostawcy mediów elektronicznych, technologii informacyjnych, np. Internetu. Podobne procesy krzyżowania się różnych form działalności gospodarczej występują w wielu innych sferach, np. na rynku usług telekomunikacyjnych, gdzie konkurują koleje, energetyka czy ostatnio – hipermarkety¹³.

Nowi rywale banków korzystają z faktu otwartości, liberalizacji i przejrzystości rynku bankowego. Droga od banków tradycyjnych do internetowych, coraz większa rola technologii IT w świadczeniu usług finansowych, potaniecie początkowo kosztownych innowacji technologicznych powodują możliwość konkurencyjnego walki niewielkich firm z wielokrotnie większymi bankami.

Jednym z najbardziej nasyconych parabankami rynków bankowych UE jest Wielka Brytania¹⁴. Do krajów, w których rola parabanków jest relatywnie duża, należą: Francja, Finlandia, Niemcy, Irlandia, Włochy, Portugalia i Szwecja.

Największą rolę w osmieleniu i zachęcaniu parabanków do wchodzenia na rynek jest niewątpliwie technologia. Inną przesłanką jest wąski profil i niszowy charakter licznych parabanków i ich zdolność do oferowania niższych cen. Głównym obszarem ich działania jest rynek kredytu konsumenckiego, pożyczek hipotecznych, inwestycji kapitałowych oraz gromadzenia oszczędności. Firmy te unikają prowadzenia rachunków typu ROR i systemów płatności i rozliczeń z tytułu transakcji kupna-sprzedaży dóbr lub usług. Często wszakże to czynią, by pozyskać lub nie stracić klientów.

Nie wszystkie parabanki odnoszą sukcesy rynkowe, wykazując długookresową stabilność i rentowność. Wznoszą się natomiast na fali zmian obejmujących sektor bankowy, będąc istotnymi rywalami dla banków. Nie wszystkie parabanki wszelako bezpośrednio rywalizują z bankami. Często parabanki wchodzą w aliansy i fuzje z bankami, by kształtować swój wizerunek przy użyciu renomy banku oraz uzyskać priorytetowy dostęp do systemów płatniczych oraz usług zastrzeżonych tylko dla banków.

Zwiększona ochrona konsumenta, systemy gwarancyjne, poszerzanie oferty rynkowej, znaczenie pośrednictwa kredytowego mogą być dla obu stron argumentem na rzecz współpracy lub koncentracji. Parabanki są często własnością banków lub odwrotnie – w obu przypadkach działają w ramach jednolitej grupy kapitałowej.

Definicja parabanku nie jest do końca jasna. Przyczyną jest różne rozumienie pojęcia banku w systemach prawnych krajów członkowskich. Przykładowo – w Niemczech skład sektora bankowego zalicza się firmy inwestycyjne. Przybycie nowych konkurentów z USA, np. w sferze bankowości inwestycyjnej, którzy nie są bankami w ścisłym znaczeniu, prowadzi natomiast do pewnej postaci konkurencji „parabankowej”.

We Francji poczta nie jest traktowana jako bank (nie podlega wielu rygorom typowym dla banków), dzięki czemu może ona oferować atrakcyjne konta oszczędnościowe i przelewy pieniężne. W Danii czy Włoszech koncerny działające w przemyśle oferują własnym pracownikom możliwość oszczędzania na atrakcyjnie oprocentowanych rachunkach.

Spośród parabanków obecnych w licznych krajach UE można wskazać na jeden z najbardziej aktywnych: GE Capital Europe – spółkę koncernu General Electric. Główne pola jej działań to: kredyty konsumenckie i karty płatnicze (Global Consumer Finance). W dalszej perspektywie firma chce oferować produkty inwestycyjne i emerytalne.

Geograficznie obecność firmy jest wprawdzie większa w Europie Pd., wszak największe interesy robi na rynku brytyjskim – najbardziej liberalnym i przejrzystym rynku bankowym UE (o czym świadczy m.in. obecność w Wielkiej Brytanii ponad 500. banków zagranicznych). Współpracuje tam z wielkimi sieciami handlowymi (np. Harrods i House of Fraser). Z innych parabanków należy wymienić te związane z handlem: Marks&Spencer, Safeway, Sainsbury, Tesco, Prudential, Virgin One.

W Austrii parabanki to przede wszystkim: producenci samochodów, hipermarkety, domy towarowe (np. dom Quelle nabył bank wirtualny i rozbudował sferę jego usług). Sieci handlowe dominują także wśród parabanków w Finlandii. We Francji duże grupy bankowe ograniczają wprawdzie możliwości konkurencji ze strony parabanków, mimo to wiele firm świadczy takie usługi, w szczególności na rynku kredytu konsumenckiego. Firmy te są natomiast przeważnie w posiadaniu banków (Cetelem, Sofinco, Cofinoga).

Wiodące sieci handlowe posiadają nierzadko własną obsługę bankową, chociaż realizowaną we współpracy z dużymi bankami (np. S2P – Carrefour, Edel – Leclerc). Carrefour oferuje atrakcyjne pożyczki i depozyty dla klientów – we współpracy z Cetelem, także w ramach kanału elektronicznego. Często duże banki zostawiają posiadającym firmom autonomię (np. ponad 70% interesów Sofinco prowadzi poza obszarem kontroli Crédit Agricole). Galerie Lafayette oferuje usługi finansowe przez spółkę-córkę Cofinoga, w połowie będącej własnością Cetelem.

Spśród innych parabanków na uwagę zasługuje firma E-Loan, która połączyła się z grupą Arnault i oferuje pożyczki hipoteczne, także w ramach kanału elektronicznego. Rogal Duch Shell utworzyła brytyjsko-holenderską spółkę Shell Capital, która świadczy usługi kredytowe i płatnicze, oferuje karty klienta w sieci stacji benzynowych Shell. Poza rynkiem konsumenckim spółka finansuje wydobycie ropy i gazu, oferując m.in. leasing urządzeń.

British Airways we współpracy z Royal Bank of Canada oferuje zamożnym klientom konta *offshore*, pomagając zarządzać ich majątkiem, a także dodając do tego usługi telefoniczne oraz internetowe.

W Niemczech, gdzie dominacja wielkich banków nie jest tak wyraźna i panuje żywotna konkurencja, rozwinął się szereg parabanków. W ramach firmy Volkswagen, która od 1949r. była w posiadaniu firmy finansowej, rozwinął się Volkswagen-Bank, który sprzedaje produkty pożyczkowe i obejmujące oszczędzanie. Na uwagę zasługuje bank internetowy Volkswagen-bank Direkt. Do banków internetowych należy irlandzki First-e, który oferuje szeroką gamę produktów bankowych w wielu krajach UE.

Parabanki rozwijają się także we Włoszech, gdzie rynek – dotychczas silnie regulowany – został zliberalizowany. Działa wiele banków i parabanków. Często występują fuzje banków i niebanków – sieci handlowych i ubezpieczeń (OnBanca). W Portugalii wiele usług finansowych oferowanych jest poprzez sklepy (Banco Universo, Banco Expresso Atlantico).

Podobne zjawisko obserwowane jest w USA („*Supermarket Banking*”). Sieci K. Mart i Wal-Mart posiadają firmy udzielające pożyczek i przyjmujące depozyty.

Aktywni w tej mierze są amerykańscy producenci samochodów. Często banki przekształcają się w parabanki, starając się uciec spod restrykcyjnych regulacji.

W Hiszpanii ze względu na szerokie ujęcie usług bankowych, parabanki mogą mieć nawet ok. 20% rynku kredytowego. Także działalność banków w sieciach handlowych skutecznie zniechęca całkiem nowe firmy od wejścia na rynek. Rynek szwedzki jest zdominowany przez sieci 4 głównych banków. Szereg banków można również kwalifikować jako parabanki, np. IKANO Banken, WasaBanken i SkandiaBanken, związane z siecią IKEA, ICA, Konsum, a także z ubezpieczeniami.

Istotnym czynnikiem rozwoju kredytu konsumenckiego oraz wchodzenia na ten rynek parabanków jest coraz lepszy, tańszy i wspomagany technologicznie scoring kredytowy, który służy także monitoringowi rachunków prowadzonych przez gospodarstwa domowe. Poszerza się zakres i poprawia dokładność scoringu.

Ten kierunek rozwoju jest wspierany przez biura informacji kredytowej. Zwłaszcza w zakresie niezabezpieczonych, odnawialnych pożyczek, np. w kartach kredytowych, rola tych biur jest duża. Chodzi tutaj bowiem o wgląd w historię kredytową, która ma istotne znaczenie prognostyczne.

Skorzarzenie w ramach modelu scoringowego informacji historycznej z indywidualną oceną środowiska życia i pracy konsumenta pozwala na ujęcie ogółu elementów koniecznej ewaluacji scoringowej. Scoring kredytowy jest w istocie korzystny zarówno dla kredytodawcy, jak i kredytobiorcy. Brak skutecznych ocen wywołuje dodatkowe straty z tytułu trudnych kredytów, wyższe ceny kredytów lub odmowę udzielenia kredytu pewnej części wnioskodawców. Modele indywidualizujące poszczególnych klientów wychodzą naprzeciw koncepcji Układu Bazylejskiego II¹⁵.

W krajach o największym nasyceniu kredytem konsumenckim (Wielka Brytania, Niemcy) ma miejsce stagnacja, w pozostałych mamy do czynienia z dynamicznym rozwojem rynku kredytu konsumenckiego¹⁶. Efektywność podmiotów udzielających kredytu konsumenckiego ma istotne znaczenie makroekonomiczne. Gdy są one mniej efektywne, dyktują z reguły wyższe stopy procentowe. Niższe stopy powiększają natomiast rozmiary akcji kredytowej, wpływając korzystnie na inwestycje i zatrudnienie¹⁷.

Niestety, na rynku usług bankowości detalicznej mogą się długotrwale utrzymywać różnice w efektywności firm z poszczególnych krajów UE, gdyż konkurencja rzadko przychodzi z zewnątrz. Integracja tego rynku posuwa się bardzo powoli – mimo rozwoju świadczenia usług finansowych na odległość (tradycja jest bowiem załatwianie przez konsumentów spraw finansowych niedaleko od miejsca zatrudnienia lub zamieszkania). Okazuje się, że nie ma większego znaczenia fakt, iż dyrektywy bankowe wprowadzają zasadę jednolitej licencji („europejskiego paszportu”) oraz zasadę nadzoru ze strony kraju pochodzenia.

Istotne znaczenie może mieć natomiast krajowa konkurencja dla kredytu bankowego ze strony innych firm uprawnionych do udzielania kredytu konsumenckiego (parabanków). Powiększa się również przejrzystość rynku i stopniowo

następuje proces „doganiania” najlepszych usługodawców oraz upowszechniania się najlepszych praktyk handlowych. Należy wreszcie podkreślić kierunki rozwoju regulacji prokonsumenckich, które wymuszają coraz wyższy poziom harmonizacji prawa (a nawet – w pewnych kwestiach – całkowitą jego unifikację).

Należy ponadto pamiętać, iż w sektorze bankowym nie ma bezpośredniej, jednoznacznej relacji między konkurencją a efektywnością. Liczy się czynnik zaufania (przewaga banków), prawne bariery wejścia (coraz wyższa poprzeczka np. ochrony konsumenta), faktyczne czynniki rynkowe (postępująca koncentracja, nowoczesne technologie).

W Polsce sektor bankowy pozostaje największym segmentem rynku finansowego, mimo dynamicznego rozwoju od połowy lat 90. niebankowych instytucji finansowych (ubezpieczeń oraz funduszy inwestycyjnych i emerytalnych).

Cechą odróżniającą polski sektor bankowy od krajów UE jest słabiej rozwinięta sieć ze względu na inny charakter tradycyjnych placówek (duże oddziały z funkcjami „back office”). Obecnie coraz częściej są one zastępowane małymi oddziałami typu „front office”¹⁸.

Należy wszelako pamiętać, iż niektóre kraje (np. skandynawskie), o mniejszej gęstości sieci, mają wysoki udział bankowości internetowej. Wiele banków rozwija obecnie (lub zamierza rozwijać) sieć detaliczną. Przykładowo, Dominet Bank buduje sieć placówek agencyjnych z wykorzystaniem – jak poprzednio PKO B.P. – elementów franchisingu¹⁹.

Wiele dużych banków i coraz więcej mniejszych (np. spółdzielczych) oferuje swoim klientom usługi za pomocą Internetu – BRE Bank, PKO B.P. oraz Volkswagen Bank prowadzą banki wirtualne²⁰. Banki w Polsce oferują wszystkie rodzaje kart płatniczych (debetowe, kredytowe, obciążeniowe i przedpłacone).

4. Pojęcie instytucji kredytowej (banku) w krajach UE – kierunki interpretacji

Powstaje pytanie, jaki jest słuszny kierunek wykładni pojęcia instytucji kredytowej? Dyrektywa 2000/12 stanowi wyraźnie, iż instytucje kredytowe prowadzą obie dziedziny biznesu bankowego; w teście użyto spójnika „i”. Prowadzi to do konkluzji, iż wskazane czynności muszą być możliwie łączne. Ani samo przyjmowanie wkładów, ani samo udzielanie kredytów nie wystarcza do starania się o status instytucji kredytowej. Tak sądzi większość autorów.

Istnieją jednak poglądy przeciwnie, które akcentują kierunek rozważań, iż użycie spójnika „i” miało na celu odróżnienie dwóch kluczowych płaszczyzn działalności banków (i nic ponadto). Wskazanie na te płaszczyzny niekoniecznie trzeba uznać za kumulatywne. Można również powołać się na szerszy kontekst – minimalnej harmonizacji. Zakłada ona – jak wiadomo – najmniejszy wspólny mianownik. Systemy bankowe w poszczególnych krajach nie są bowiem jednako-

Można wskazać model włoski z silną i restrykcyjną regulacją, zawierającą nawet elementy „klauzuli zapotrzebowania”, model brytyjski z elastyczną regulacją, a w istocie współlistnieniem regulacji i samoregulacji. Można badać model

niemiecki, wzorcowy dla bankowości uniwersalnej, oraz model belgijski, zaliczany do bankowości specjalistycznej.

W rezultacie prawodawca europejski nie mógł postąpić inaczej, jak tylko określić główne obszary usług bankowych, które tradycyjnie ukształtowały się w bankowości europejskiej (światowej). Są to cechy usług banków jako pośredników finansowych.

Wielu autorów obawia się zbyt wąskiej interpretacji pojęcia instytucji kredytowej, wypływającej z koncepcji kumulatywnej. Ta ostatnia stawia bowiem poza nawiasem definicji dyrektywy 2000/12 wiele podmiotów, np. udzielających pożyczek ze środków własnych lub przyjmujących wkłady bez zamiaru kredytowania. Wiele z tych firm działa na rynku jako tzw. *micro-lenders*, którzy pełnią ważną rolę w obsłudze małych i średnich przedsiębiorstw.

Powstaje pytanie, czy jest realna alternatywa. Mimo licznych narzekania kraje członkowskie okazują się nie tylko niezdolne do uzgodnienia nowej definicji, ale wręcz wiele z nich domaga się dalszych wyłączeń i zwolnień spod ogólnych wymogów dyrektywy. W przededniu uchwalenia dyrektywy 2000/12 trwały na ten temat ożywione dyskusje, które jednak nie zakończyły się konkretnymi ustaleniami.

Skoro definicji instytucji kredytowej nie rozszerzono, najbardziej logiczną wykładnią jest jednak interpretacja łączna (kumulatywna). Tym niemniej proponuje się coraz częściej „pośrednią” wykładnię, w świetle której nie chodzi o to, by dany podmiot np. faktycznie świadczył kredyt. Wystarczy, że mógłby to czynić (ma w tej mierze dostateczny potencjał, który może udokumentować).

Więcej wątpliwości powstaje, gdy ktoś chce tylko prowadzić biznes kredytowy. Wówczas z reguły podmiot taki spotka się z odmową przyznania statusu instytucji kredytowej – w zgodzie z dyrektywą 2000/12 (*euro-credit institution*).

Również kraje członkowskie mogą poddać te podmioty nadzorowi lub przeciwnie – zwolnić je z pewnych obciążeń przewidzianych dla banków. Nie podlega to bowiem harmonizacji, gdyż te instytucje (*micro-lenders*) są traktowane jako wyłączone spod dyrektywy. Jeżeli przemawiają za tym „przeważające względy dobra publicznego”, jest zachowana zasada proporcjonalności i nie ma dyskryminacji (przesłanki różnego statusu są wyłącznie natury bankowej), nie ma podstaw do kwestionowania wskazanych regulacji krajowych w kategoriach naruszenia swobody usług czy reguł konkurencji TWE²¹.

W świetle niemieckiej ustawy Prawo bankowe (KWG) podmioty, które uzyskały licencję w innym kraju członkowskim, zgodnie z dyrektywą 2000/12, nie podlegają niemieckiemu nadzorowi bankowemu, lecz nadzorowi kraju pochodzenia. Nadzór ten jest traktowany jako ekwiwalentny.

Zasada wzajemności obejmuje natomiast tylko instytucje kredytowe w rozumieniu art.1 dyrektywy 2000/12 lub art.1 KWG. Ten ostatni przepis przejął definicję instytucji kredytowej, lecz określił ją jako „instytucję kredytową przyjmującą depozyty”.

A zatem tylko takie instytucje kredytowe, które zarówno udzielają kredytów, jak i przyjmują depozyty, korzystają z przywileju – zasady wzajemności i „eu-

ropejskiego paszportu”. Nie jest wszelako rozstrzygające, by instytucja ta faktycznie prowadziła obie formy działalności.

Istotniejsze jest to, by otrzymała ona w kraju pochodzenia licencję umożliwiającą oba rodzaje czynności bankowych. Tylko o takiej instytucji mówi się, że ma pełną licencję (*full licence*), a więc jest instytucją kredytową w sensie dyrektywy 2000/12 (*euro-credit institution*)²².

W wielu krajach próbuje się rozciągać regulacje bankowe na wszelkiego rodzaju „pośredników finansowych”²³. Przykładowo rozdział V włoskiej ustawy Prawo bankowe obejmuje różne formy działalności parabanków na rynku finansowym, także te, które nie są ściśle bankowe. Celem jest stworzenie równych reguł gry, gdyż także banki – obok usług ściśle bankowych – mogą wykonywać wszelkie usługi finansowe (część z nich podlega regulacji szczególnej).

W definicji banku włoskie prawo bankowe orientuje się głównie na kryterium przyjmowania depozytów. Można dopatrywać się nierównego traktowania, jeżeli np. pożyczki pieniężne (*money lending*) podlegają regulacji bankowej, podczas gdy odraczanie płatności czy sprzedaż ratalna nie.

Prawo włoskie dokonuje wszelako rozróżnienia między instytucjami przyjmującymi wkłady od szerokiej publiczności a formami opartymi na prawie spółdzielczym bądź handlowym, kumulującym środki od własnych członków, które są one następnie centralnie inwestowane (*risk capital*).

Kwestia, jak należy odróżniać takie środki od depozytów, rozwinęła się we Włoszech pod hasłem „*de facto banking*”. Nie jest to proste, gdyż prawo nie wyjaśnia do końca, czym w istocie jest „publiczne” pozyskiwanie środków.

Firmy, które udzielają pożyczek ze środków własnych, nie podlegają prawu bankowemu – z wyjątkiem kredytu konsumenckiego. Istnieje więc duże pole konkurencji na rynku mikropożyczek (dla małych i średnich przedsiębiorstw). Zwolnieniu z prawa bankowego podlegają instytucje gwarancyjne i poręczeniowe działające jako spółdzielnie, a także instytucje przyjmujące wkłady w zamian za papiery dłużne (np. obligacje). Nie znaczy to, iż nie muszą one spełniać żadnych wymogów. Np. instytucje gwarancyjne i poręczeniowe działające jako spółdzielnie podlegają rejestracji w Min. Skarbu, a instytucje przyjmujące wkłady w zamian za papiery dłużne podlegają nadzorowi bankowemu, muszą spełniać wymogi fachowości i mieć co najmniej 500.000 euro kapitału.

We Francji zarówno przyjmowanie wkładów, jak i udzielanie kredytów objęte jest monopolem banków. Instytucje udzielające pożyczek ze środków własnych, ale nieprzyjmujące wkładów, korzystają wszelako ze zwolnień w ramach prawa bankowego (PFIL, ADIE).

Rozróżnia się natomiast instytucje mające pełną licencję (*banks*) oraz częściową licencję (*finance companies*). Te drugie nie mogą przyjmować depozytów na okres krótszy niż dwa lata, mogą mieć także niższe kapitały²⁴.

Istnieją specjalne (publiczne) instytucje powołane przez państwo dla pewnych celów. Niektóre spośród nich udzielają kredytu socjalnego, by zapobiegać społecznemu wykluczeniu (np. Nouvelle Economie Fraternelle, Caisse Soli-

daire du Nord Pas de Calaise). Poza systemem bankowym działa wiele takich firm, zasilanych przez Caisse des Dépôts et Consignation lub Caisse d'épargne et de prévoyance. Specjalne programy dotyczą mikropożyczek (Sofaris, Eden, PCE).

W Belgii instytucje udzielające pożyczek ze środków własnych, a także niektóre instytucje publiczne (Post Office Bank) nie podlegają prawu bankowemu. Lista takich podmiotów jest szeroka (Mont-de-Piété, Fond de Participation). Korzysta się w tej dziedzinie z instytucji fundacji i spółdzielni (także z powodów podatkowych i dotacyjnych). Pojęcie banku oparte jest w zasadzie na kryterium przyjmowania wkładów.

Zwolnione z prawa bankowego są również instytucje przyjmujące oszczędności od nie więcej niż 49 osób, a także pewne instytucje wspierania celów publicznych, np. gromadzenia środków w celu założenia rodziny (*pre-marital savings schemes*). Podobnie jest z instytucjami udzielającymi mikropożyczek – także dla nie więcej niż 45 osób. Jest to w Belgii w dużej mierze oparte na uznaniu Banking Commission²⁵.

W Irlandii istnieje silna konkurencja dla banków, głównie w sferach usług leasingowych i mikropożyczek. Mamy do czynienia z szeroką gamą podmiotów, które nie podlegają regulacji bankowej, a często działają na gruncie przepisów szczególnych. Dotyczy to zwłaszcza rynku kredytów i pożyczek (różne formy spółdzielczości kredytowej, np. *credit unions, savings and loans*).

Pod presją państwa banki angażują się w programy wspierania regionów zafansowanych oraz małych i średnich przedsiębiorstw, by zwalczać bezrobocie (Country Enterprise Board, Area Based Partnership Companies). Bank Irlandii wspiera również instytucje kredytu socjalnego, zapobiegające społecznemu wykluczeniu (First Step, Inner City). Banki i kasy budowlane skarżą się jednak na nierówną konkurencję, gdyż spółdzielnie kredytowe nie są tak restrykcyjnie uregulowane²⁶.

W Wielkiej Brytanii uznano, iż nie wystarczy pozostawienie usług bankowych tylko autoryzowanym bankom. Monopol banków byłby w sumie szkodliwy dla rynku – także z punktu widzenia mikropożyczek dla małych i średnich firm i „bankowości socjalnej” (*social banking*). Dlatego Wielką Brytanię określa się czasami jako „raj” dla parabanków.

Podmioty przyjmujące depozyty powinny być licencjonowane, lecz zakres regulacji musi być proporcjonalny do wielkości tych firm oraz rozmiarów świadczonych usług. Wśród parabanków można wymienić formy spółdzielcze (np. *credit unions, cooperative societies, mutual guarantee societies*)²⁷.

W Wielkiej Brytanii pojęcie banku, który wymaga licencji, jest skojarzone z instytucją przyjmującą depozyty. Pożyczanie pieniędzy innym – samo w sobie – nie wymaga zezwolenia. Szerokie pojęcie banku obejmuje natomiast szereg różnych instytucji pełniących rozmaite funkcje (*clearing banks, merchant banks, discount houses*). Na przykład *clearing banks* zajmują się – poza tradycyjnym biznesem bankowym – ubezpieczeniami, funduszami itp. *Discount houses* pełnią rolę pośredników między bankami, firmami, skarbem państwa itp.²⁸.

5. Pojęcie instytucji kredytowej – implikacje dla Polski

W kontekście pojęcia instytucji kredytowej powraca kwestia konkurencji regulacyjnej (arbitrażu prawnego). W UE nie ma bowiem jednolitego prawa bankowego. Europejskie prawo bankowe opiera się na regulacji w drodze dyrektywy, a to oznacza, że każdy kraj członkowski dokonuje implementacji – uchwała własną ustawę Prawo bankowe, ew. jeszcze inne ustawy, których może być wiele (np. polska ustawa o SKOK, o bankach spółdzielczych, hipotecznych, o BGK i inne). Powstaje pytanie, jakie na tym tle są (mogą być) implikacje dla konkurencji i dla stabilności rynku bankowego w Polsce oraz w UE.

Zwraca uwagę ograniczenie pojęcia instytucji kredytowej do podmiotów mających siedzibę za granicą na terytorium jednego z krajów UE. Pojęcie to nie ma zatem zastosowania ani do banków polskich, ani do jednostek innych niż banki, które mogą wykonywać czynności zastrzeżone dla banków, jeżeli odrębne ustawy je do tego upoważniają.

W polskich warunkach pojęcie instytucji kredytowej oznacza de facto parabanki, które trudno byłoby nawet ściśle określić. Zdziwienie budzi więc fakt, że w ustawie Prawo bankowe nie zastosowano dla banków, a także parabanków w Polsce tego ogólnie znanego w UE określenia.

Powstała paradoksalna sytuacja, w której polskie prawo nie zalicza polskich banków do kategorii instytucji kredytowych, a są one tak traktowane w rozumieniu prawa europejskiego. W pewnym sensie polska ustawa Prawo bankowe jest sprzeczna z dyrektywami bankowymi, a zwłaszcza z dyrektywą 2000/12.

Całość tej terminologii jest bardzo skomplikowana i może wywoływać trudności interpretacyjne. Wprowadzono np. pojęcie banku zagranicznego, który ma siedzibę za granicą, w kraju niebędącym krajem UE. Powstała więc potrzeba różnicowania banków krajowych, banków zagranicznych oraz instytucji kredytowych. Łatwiejsze z pewnością byłoby wyróżnienie instytucji kredytowych krajowych, zagranicznych z innych krajów członkowskich oraz z krajów trzecich²⁹.

Powstaje zatem pytanie, dlaczego ustawodawca nie poszedł tą drogą i nie uchwalił ustawy o instytucjach kredytowych (o działalności kredytowej)? Odpowiedzi można się tylko domyślać. W takiej regulacji należałoby przecież uwzględnić status różnych istniejących obecnie w Polsce pozabankowych instytucji kredytowych (np. SKOK), a dotąd brakuje – jak wiadomo – jasnej koncepcji w tej mierze.

Pozytywnym efektem takiej nowelizacji byłoby poddanie niektórych parabanków licencjonowaniu i nadzorowi ze strony KNB (tak, jak to niedawno *expressis verbis* zrobiono z instytucjami pieniądza elektronicznego w poprzedniej nowelizacji prawa bankowego i w ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych).

Właściwe, precyzyjne ujęcie redakcyjne przepisów jest tym bardziej celowe, że funkcjonują także inne pojęcia, np. instytucji finansowej, w znaczeniu szerokim i wąskim. Na gruncie wielu innych ustaw instytucje finansowe to wszelkie podmioty rynku finansowego (np. banki, towarzystwa ubezpieczeniowe, firmy inwestycyjne, fundusze). Na podstawie ustawy Prawo bankowe instytucja finansowa nie jest jednak bankiem.

Institucja finansowa to podmiot niebędący bankiem, który łącznie co najmniej 75% przychodów uzyskuje z prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej w zakresie różnych usług finansowych, których katalog nie obejmuje usług zastrzeżonych dla instytucji kredytowych.

Polska definicja instytucji finansowej jest natomiast szersza niż podobne pojęcie w dyrektywie 2000/12, gdyż tam mówi się o podmiocie innym niż instytucja kredytowa (a ta ostatnia obejmuje wszelkie jednostki prowadzące działalność depozytowo-kredytową, a więc – w polskim ujęciu – banki i parabanki)³⁰.

Czy można zatem przewidzieć, jak znaczna będą skutki rozbieżności definicyjnej banku i instytucji kredytowej. Z jednej strony skutki te mogą nie mieć większego znaczenia, bo polskie banki działają na wspólnym rynku usług finansowych, gdzie obowiązuje „europejski paszport” (jednolita licencja), zasada nadzoru ze strony kraju pochodzenia i wzajemna uznawalność prawa krajowego (zasada wzajemności).

A zatem – niezależnie od rozbieżności terminologicznych – bank z danego kraju UE musi mieć możliwość realizacji całej gamy usług, o których mowa w załączniku do dyrektywy 2000/12, na całym wspólnym rynku. Polski bank będzie więc traktowany w innych krajach członkowskich tak, jak instytucje kredytowe z tego kraju czy innych krajów UE, a instytucja kredytowa z jakiegokolwiek kraju członkowskiego także musi mieć możliwość realizacji pełnego zakresu usług – tak jak polskie banki, w przeciwnym razie polskie władze narażałyby się na zarzut dyskryminacji.

Inaczej być nie może, gdyż ustawy bankowe także „starych” krajów członkowskich nie są jednolite pod względem pojęcia banku (np. są kraje, gdzie pod pojęciem instytucji kredytowej rozumie się pocztę; w innych krajach zakres parabanków zaliczanych do kategorii instytucji kredytowej jest węższy). Występuje cały szereg parabanków w formach spółdzielni, fundacji, instytucji non-profit, instytucji publicznych, instytucji wspierania mikropożyczek dla małych i średnich firm, instytucji kredytu socjalnego (*social banking*) itp.

Ujemnym skutkiem wyłączenia niektórych polskich parabanków (np. SKOK) spod reżimu dyrektyw bankowych może być pozbawienie ich „europejskiego paszportu” w sytuacji, gdyby chciały one działać za granicą (a więc musiałyby się w innym kraju UE ubiegać o licencję).

Być może ciężar harmonizacji przesunie się w niedalekiej przyszłości z dyskusji o strukturach (formach) na kwestie wykładni swobody przepływu usług, nowego ujęcia pewnych usług, określenia kategorii usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym itp.³¹.

Rozwiązaniu tych problemów służy dynamiczny rozwój orzecznictwa Komisji i ETS w sprawach reguł konkurencji, ochrony konsumenta i dopuszczalności pomocy publicznej, a także świadczenia usług transgranicznych za pośrednictwem mediów elektronicznych (a zwłaszcza Internetu – por. dyrektywę o handlu elektronicznym czy o świadczeniu konsumenckich usług finansowych na odległość). Należy wskazać na nowe koncepcje harmonizacji prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (oraz podziału czynów w tej mierze na oszukańcze i agresywne)³².

6. Umowa bank-klient na tle wzorców umownych – perspektywa harmonizacji prawa umów

Splot zmian wywołanych globalizacją, integracją i transformacją polaryzuje klientów usług bankowych. Na jednym biegunie są ci, którzy uzyskują dostęp do jakościowo lepszych i tańszych usług bankowych, na drugim zaś osoby prawie w ogóle wykluczone z dostępu rynku bankowego. Paradoksalnie, próby restrykcyjnej regulacji np. limitów lichwy, powiększają zjawisko wykluczenia. Globalizacja pozostaje niewątpliwie w sprzeczności z krajową regulacją praw konsumenta³³.

Można skonstatować zarówno zmiany na lepsze, jak i na gorsze. Z jednej strony w pewnych dziedzinach przełamano monopol banków (np. karty płatnicze, kredyt konsumencki) oraz postępuje proces „odpośredniczenia” i spadku roli banków na rzecz rynku kapitałowego (sekurytyzacja)³⁴. Z drugiej strony – mimo pozorów skutecznej konkurencji na rynku bankowym – można zaobserwować zjawiska kartelowe na rynkach lokalnych (usługi płatnicze, bankowość detaliczna, obsługa małych i średnich firm)³⁵.

Pewne trudności ochrony klientów na rynku bankowym wynikają z faktu, iż kontrola zachowań rynkowych jest ograniczona. Gdy inspektorzy Państwowej Inspekcji Handlowej (PIH) usiłują ustalić, czy np. sprzedaż ratalna jest realizowana zgodnie z treścią reklam, napotykają na barierę tajemnicy bankowej (umowy o kredyt konsumencki, jakie zawierają klienci z bankami, są objęte tajemnicą bankową)³⁶.

Istnieje i rozwija się mocno nurt „socjalny” w doktrynie prawa prywatnego, a także prawa gospodarczego. Obok decydującej roli autonomii woli stron, oświadczenia woli, wolności umów itp. istnieją elementy socjalne, które odgrywają dużą rolę na etapie negocjacji i zawierania umowy. Nie są one natomiast dostatecznie uwzględniane.

Kontekst tej problematyki stanowią: siła ekonomiczna partnerów, asymetria informacji i kwestia „dobrej wiary” (problem oszustwa), ochrona przed wyzykiem (problem lichwy). Elementy te – również pod wpływem dynamicznego rozwoju prawa konsumenckiego – znajdują drogę do systematyki i dogmatyki prawa cywilnego³⁷.

Prawo umów odzwierciedla sprzeczność między problemem racjonalnego wyboru („informacyjna” ochrona konsumenta) oraz zapewnienia opieki socjalnej („socjalna” ochrona konsumenta). Zakłada się, że racjonalny konsument, wsparty adekwatną dozą informacji, korzysta z wolności umów podobnie jak inne podmioty rynkowe.

Po zawarciu ważnej umowy strony muszą jej przestrzegać zgodnie z zasadą „*pacta sunt servanda*”. W tym sensie każda umowa jest mieszanką wolności i konieczności (przymusu), które są współzależne i komplementarne³⁸.

Rola informacji jest istotna dla ograniczania nadmiernego zadłużenia, lecz nie jest możliwa jego całkowita eliminacja. Jest to zjawisko towarzyszące działalności kredytowej i nie przekreśla ono kredytu jako usługi potrzebnej w gospodarce. Trzeba rzecz widzieć we właściwych proporcjach (tak samo istnienie wypadków

nie wywołuje zakazu jazdy samochodem, a pożarów – zakazu wstępu ludzi do mieszkań). Działalność licznych usługodawców współistnieje z problematyką długu (np. operatorów telefonii komórkowej, dostawców prądu czy gazu, emitentów kart płatniczych itp.)³⁹.

Należy wyraźnie rozróżnić kwestie zadłużenia, które przybiera różne postaci jako zjawisko normalne, i nadmiernego zadłużenia, które wymaga przeciwdziałania, zapobiegania i zwalczania. Informacja i edukacja konsumencka może oczywiście sprzyjać kształtowaniu pozytywnych wzorców i zwyczajów w zakresie rozważnej oceny własnej sytuacji finansowej i własnych potrzeb, nieulegania reklamie.

Rola informacji jest niezbędna w celu właściwej informacji kredytowej oraz kumulacji i egzekucji długów, działalności biur (agencji) informacji kredytowej, ochrony prywatności w kontekście propozycji zbierania nie tylko danych negatywnych, ale i pozytywnych.

Coraz częściej pojawia się pytanie, czy prawo umów (prawo prywatne), które dotąd było przede wszystkim krajowe, może być traktowane jako ograniczenie swobody usług w sensie art. 49 TWE⁴⁰. Rosnąca liczba autorów odpowiada pozytywnie, a w UE rozwijają się prace nad harmonizacją prawa prywatnego krajów członkowskich.

Odrębnym problemem są parabanki – instytucje świadczące usługi podobne do bankowych. Polskie pojęcie banku nie w pełni odpowiada kategorii instytucji kredytowej⁴¹. Być może ciężar harmonizacji przesunie się w niedalekiej przyszłości z dyskusji o strukturach (formach) na kwestie wykładni swobody przepływu usług, nowego ujęcia pewnych usług, określenia kategorii usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym itp.

Rozwiązaniu tych problemów służy dynamiczny rozwój orzecznictwa Komisji i ETS w sprawach reguł konkurencji, ochrony konsumenta i dopuszczalności pomocy publicznej, a także świadczenia usług transgranicznych za pośrednictwem mediów elektronicznych (a zwłaszcza Internetu – por. dyrektywę o handlu elektronicznym czy o świadczeniu konsumenckich usług finansowych na odległość). Należy wskazać na nowe koncepcje harmonizacji prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (oraz podziału czynów w tej mierze na: oszukańcze i agresywne).

7. Regulacja granic lichwy narzędziem wpływu na parabanki?

7.1. Regulacja granic lichwy a prawo europejskie (czy środek jest adekwatny do celu?)

Ocena propozycji nowelizacji ustaw o kredycie konsumenckim oraz kodeksu cywilnego⁴² powinna być dokonana nie tylko z perspektywy obowiązującej dyrektywy o kredycie konsumenckim⁴³, lecz także z punktu widzenia dorobku dyskusji nad jej zmianą. Od 2002 r., gdy pojawił się projekt noweli dyrektywy autorstwa Komisji Europejskiej, zaszły w nim głębokie zmiany, wprowadzone

przez Komisję Prawną Parlamentu Europejskiego, a w dalszym ciągu częściowo uwzględnione przez Komisję⁴⁴.

Limity oprocentowania jako takie (granice lichwy) nie są przedmiotem harmonizacji w UE⁴⁵. Mogą być więc one przedmiotem przepisów krajowych. Nie znaczy to, że ich zakres i wielkość są obojętne z punktu widzenia Traktatu, a w szczególności w kontekście ogólnych zasad równości (niedyskryminacji), wolności gospodarczej usługodawcy oraz suwerenności konsumenta, swobody przepływu usług, dóbr ludzi czy kapitału, orzeczniczego zasady umiaru, czyli adekwatności środków i celów (proporcjonalności)⁴⁶.

Zastrzeżenia budzą w szczególności próby liczbowego ujęcia limitów lichwy, nawet gdy nie jest to całkiem sztywny limit, lecz mający wbudowany mechanizm adaptacji do warunków rynkowych⁴⁷.

Doświadczenia wskazują wszelako, iż ingerencja w rynek na ogół nie spełniała nadziei (np. przedwojenne regulacje antylichwiarskie w Polsce, reglamentacja w gospodarce planowej, prohibicja w Stanach Zjednoczonych Ameryki). Należy brać bowiem pod uwagę nie tylko skutki bezpośrednie, ale też długofalowe (powiększenie „szarej strefy”, rozkwit zorganizowanej przestępczości)⁴⁸.

W krajach, w których istnieją ustawowe (Francja) lub orzecznicze (Niemcy) limity oprocentowania kredytów, z nielegalnych pożyczek korzysta więcej konsumentów niż np. w Wielkiej Brytanii, gdzie takich ograniczeń nie ma. Banki są bowiem zmuszone ograniczyć obsługę biedniejszych konsumentów, co popycha ich w objęcia parabanków. Taka jest konkluzja niedawnego raportu opracowanego na zlecenie rządu brytyjskiego.

Po wprowadzeniu takich limitów banki mają ograniczoną możliwość oferowania kredytów klientom z grup wyższego ryzyka, którzy będą zmuszeni korzystać z usług parabanków, a nawet firm działających nielegalnie (np. obchodzących prawo bankowe). Paradoksalnie, biedniejsi klienci banków mogą stracić „lepszą” ochronę, którą daje prawo bankowe⁴⁹.

Część gospodarstw domowych nie spłaca kredytu tylko dlatego, iż lekkomyślnie się zadłużyła, licząc, że „jakoś to będzie”. Powstaje pytanie, jak odróżniać je w praktyce od konsumentów, którzy nie mogą spłacać pożyczki właśnie z powodu „lichwiarskich” odsetek?

Ewentualne funkcjonowanie górnych limitów nie jest selektywne z tego punktu widzenia i służy zarówno niedostatecznie poinformowanym, jak i lekkomyślnym konsumentom (a ci ostatni przecież nie zasługują na taką ochronę). Nie mniejszym problemem jest wypaczanie rynku, gdyż duszeni restrykcjami bankowcy będą chcieli „wyjść na swoje” i zawyżą być może ceny kredytów dla przedsiębiorców, a zwłaszcza dla małych i średnich firm⁵⁰.

Koncepcja Komisji UE polega jednak na zachowaniu określonej równowagi w lokalizacji odpowiedzialności za udzielanie trudnych kredytów. Należy działać przede wszystkim na przedpolu działalności kredytowej, by nie dopuszczać do nadmiernego zadłużenia gospodarstw domowych. Istotną rolę należy przypisać edukacji konsumenckiej, redukowaniu asymetrii informacyjnej, wyjaśnianiu istoty oraz ułatwianiu dokonywania porównań produktów finansowych.

„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 przedmiocie tzw. upadłości konsumenckiej (oznacza to darowanie części lub całości długu kosztem innych klientów).

Istotnym argumentem podnoszonym przez 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 również wówczas liczyć z podrożeniem kosztów kredytu oraz efektem wykluczenia dla uboższych i słabszych ekonomicznie konsumentów⁵¹.

Współczesny rynek kredytu konsumenckiego, na którym działają również parabanki, jest bowiem pod silną presją konkurencji; dochodzą nowe formy zadłużenia (np. karty kredytowe, leasing konsumencki), nie zawsze uczciwa reklama itp. Wszelako następuje stopniowo standaryzacja informacji i ich wartości dowodowej w zakresie ewaluacji zdolności kredytowej potencjalnego kredytobiorcy (doświadczenia biur informacji kredytowej, rating i scoring w świetle Umowy Bazylejskiej II⁵²).

Wątpliwości dotyczą przede wszystkim objęcia reżimem ustawy o kredycie konsumenckim kredytów krótkoterminowych (spłacanych do 3 miesięcy), niskokwotowych (poniżej kwoty 500 PLN), a także kredytów mieszkaniowych (w tym zabezpieczonych hipoteką). Optymalna byłaby zatem rezygnacja ustawodawcy z wprowadzania tego rozwiązania⁵³.

Jeżeli celem wnioskodawców jest przeciwdziałanie obchodzeniu prawa, to można do tych kredytów stosować tylko niektóre przepisy ustawy, a nie jej całość. Na pewno można sugerować w takim przypadku stosowanie w odniesieniu do tych kredytów przepisów zapewniających przejrzystość (adekwatna, lecz nie nadmierna informacja, tzn. taka, którą konsument zrozumie i wykorzysta, została zdefiniowana w projekcie noweli do dyrektywy o kredycie konsumenckim)⁵⁴.

Wiele uwagi poświęca się ostatnio nie tylko limitom lichwy, ale też odsetkom karnym od zaległych odsetek, wysokości rat miesięcznych, sytuacji rodziny konsumenta (gospodarstwa domowego), a także problematyce reguł zmiennej stopy procentowej, wypowiedzenia umowy przez bank, zmiany warunków umowy lub jej przedłużenia oraz odmowy kredytowania, gdy konsument znalazł się w trudnej sytuacji finansowej⁵⁵.

Należy wskazać, że niektórych propozycji (np. obowiązku podawania do wiadomości ewentualnych karnych odsetek) nie ma w obecnej dyrektywie. Nie korzysta się natomiast w Polsce z innych możliwości stworzonych w ramach dyrektywy (np. licencjonowania parabanków oferujących kredyt konsumencki – na podstawie art. 12 dyrektywy o kredycie konsumenckim)⁵⁶.

Należy wskazać – także ze względu na prace nad polskim projektem ustawy⁵⁷ – 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. Nie są one przedmiotem harmonizacji europejskiej⁵⁸.

Regulacja granic oprocentowania mogłaby postawić polskie banki w obliczu przewagi konkurencyjnej usługodawców pochodzących z innych krajów członkowskich, którzy – zgodnie z dyrektywą 12/2000 – kierują się prawem kraju pochodzenia i mają prawo świadczyć pełen zakres usług zamieszczonych w aneksie do dyrektywy.

Lichwa jest traktowana jako szczególny przypadek sprzeczności transakcji z dobrymi obyczajami. Kluczowym elementem definiującym lichwę jest drastyczna dysproporcja między wzajemnymi świadczeniami stron umowy lub ścieżki dojścia do nawiązania kontraktu (zakłócenie wolnej woli strony i jej zdolności widzenia sprawy we właściwym świetle z tytułu sytuacji przymusowej lub manipulacji emocjonalnej i wyzyskania obu tych elementów przez stronę silniejszą)⁵⁹.

Nie jest do końca jasna kwestia, czy wystarczy rażąca dysproporcja świadczeń stron kontraktu, czy też bardzo duże odchylenie od rynkowej stopy dla pożyczek pewnego typu w danym miejscu i czasie, czy musi być udowodniona „niegodziwa postawa” lub „zły zamiar” pożyczkodawcy, np. wykorzystania zależności czy przymusowego położenia czy nieporadności drugiej osoby. Istnieją wyroki, które ów nieuczciwy zamiar interpretują z samego faktu ogromnej rozpiętości między żadaną stopą a stopą „rynkową”. Korzyścią tego podejścia jest brak potrzeby wykazania winy⁶⁰.

Należy zwrócić uwagę na trudności wykazania tak ujmowanej lichwy w złożonych relacjach prawnych i faktycznych łączących strony, nierzadkiego istnienia i celowości rozróżnienia świadczenia głównego oraz świadczeń dodatkowych lub rozpatrywania względnej korzystności lub niekorzystności danego świadczenia w sytuacji pakietu usług (jest to w pewnym sensie poszerzenie problematyki kredytu konsumenckiego, w którym np. procent czy określona prowizja – sama w sobie – nie mówi jeszcze o korzyściach czy stratach strony)⁶¹.

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 sekwencji działań, których efekt nie jest w pełni przewidywalny, a korzyści niepewne (fundusze)⁶².

W większości krajów nie reguluje się jednoznacznie i definitywnie górnej granicy oprocentowania 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.

Próby wyjścia poza klauzule generalne i uściślenia limitów lichwy nigdy nie przyniosły pełnego sukcesu. Mniej zjawisk patologicznych na rynku bankowym jest – paradoksalnie – w krajach bez limitów lichwy (Wielka Brytania) lub w krajach, gdzie limity te dotyczą tylko parabanków (prawo stanowe w niektórych stanach USA)⁶³.

Dynamika zmian we współczesnej gospodarce jest bardzo duża. Konkretny, czy nawet odniesiony do innych stóp, 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,

relacji, interesów, jakie strony mogą i chcą ukształtować między sobą w ramach wolności umów.

Dlatego punktem ciężkości regulacji pozostaje ochrona strony słabszej, będącej w sytuacji przymusowej i podatnej na nadużycia (klauzule generalne). Odrębną kwestią, która wykracza poza omawianą problematykę, chociaż może się z nią krzyżować czy zająć, jest ochrona konkurencji oraz ochrona socjalna.

Ustawowe, liczbowe limity oprocentowania istnieją jedynie w nielicznych krajach (np. we Francji)⁶⁴. Dla zwolenników regulacji granic lichwy inspirujący może być natomiast niedawny przykład RPA⁶⁵.

Liczbowe (ustawowe) limity lichwy w większości krajów nie występują (w Austrii, Belgii, Finlandii, Litwie, Łotwie, Niemczech, Portugalii, Słowenii, Słowacji, Szwecji, Wielka Brytania i na Cyprze). O ile się mówi o limitach, to najczęściej w rozumieniu orzecznictwym, a przesłanek merytorycznych takich orzeczeń sądowych należy szukać w klauzulach generalnych.

W Niemczech istotny z tego punktu widzenia ma 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 czy słabość majątkową czy dochodową drugiej osoby lub odnosi korzyści nieproporcjonalne do oferowanego świadczenia⁶⁶.

Orzecznictwo niemieckie opiera się na:

- elementach obiektywnych⁶⁷,
- elementach subiektywnych⁶⁸.

7.2. Celowość regulacji granic lichwy a problem nadmiernego zadłużenia

Nie jest sporna sama celowość ochrony konsumentów, którzy są stroną słabszą w relacjach umownych. Ochrona konsumentów znajduje mocne uzasadnienie zarówno w Traktacie WE, jak i w naszej Konstytucji. Lepsza ochrona konsumentów niż przedsiębiorców nie jest uznawana za dyskryminację (ci ostatni – jako profesjonaliści – nie muszą być w równym stopniu pod ochroną, chociaż spotykane są koncepcje rozciągania porównywalnej ochrony np. na małe i średnie firmy).

Nie jest sprzeczna z prawem UE także regulacja bardziej rygorystyczna – w ramach standardów minimalnych obecnej dyrektywy. Pozostaje natomiast kwestia proporcji i adekwatności środków do celów. Zamiast mnożenia nowych limitów, np. 5% dla opłat i prowizji, czy nowych informacji, np. o karnej stopie procentowej, lepiej jest skupić się na nowej procedurze – proponowanej w projekcie dyrektywy – „odpowiedzialnego udzielania i zaciągania kredytu” (*responsible lending and borrowing*).

Ustawodawca nie może czynić tego w sposób całkiem dowolny. Interes publiczny, któremu służyć powinny takie regulacje, wymaga wyważenia z jednej strony interesów konsumentów, z drugiej zaś strony – usługodawców. Konstrukcje, które jednostronnie preferowałyby pożyczkobiorców, mogłyby być uznane

przez TK za nadmierną ingerencję w wolność gospodarczą pożyczkodawców⁶⁹.

Nie bez znaczenia jest również argument prakseologiczny (efektywności czy skuteczności). Przyczyny nadmiernego zadłużenia konsumentów leżą w dużej mierze poza rynkiem bankowym. Kluczową przyczyną nie jest kredyt konsumencki, lecz wiele innych obciążeń gospodarstw domowych, rynku pracy, okresu transformacji. Skoro te czynniki leżą poza rynkiem, idea „psucia” rynku – poprzez limity lichwy – nie zasługuje na poparcie.

W omawianej dziedzinie jesteśmy skazani na nieustanne poszukiwanie „złotego środka” między szczegółową, kazuistyczną regulacją (z natury rzeczy nieskuteczną) a jej brakiem w ogóle. Skrajne rozwiązania są istotnym zagrożeniem dla rozwoju rynku.

Nie można stawiać przed prawem bankowym czy prawem konkurencji celów, do których się one nie nadają (np. walki z biedą). W dalszym ciągu logiczną konsekwencją takiego rozumowania byłoby stworzenie systemu, w którym każdy chętny dostawałby kredyt. Nie jest to możliwe do pogodzenia z istotą norm ostrożnościowych oraz biznesu bankowego. Nie jest to również praktykowane nigdzie na świecie.

Istotne uwagi budzi wprowadzenie koncepcji odsetek maksymalnych do kodeksu cywilnego. O ile bowiem nowela do ustawy o kredycie konsumenckim jest zrozumiała i – przy zachowaniu zasady proporcjonalności – dopuszczalna w świetle prawa europejskiego, to odsetki maksymalne dotyczą wszelkich podmiotów prawa (nie tylko konsumentów, lecz także przedsiębiorców).

Powstaje pytanie, czy taka ingerencja jest potrzebna? Czy nie jest to ingerencja nadmierna i nieuzasadniona? Każda „sztuczna” ochrona kosztuje i nieradko obraca się przeciwko tym, których chciano chronić (por. ustawę o terminach zapłaty lub ustawę o gwarancjach w obrocie budowlanym)⁷⁰.

Innym problemem jest zakres obowiązywania instytucji odsetek maksymalnych w kodeksie cywilnym. Szereg wątpliwości i zastrzeżeń w tej mierze zgłoszono już dotychczas w opiniach prawnych. Czy słuszne jest np. uchylenie art. 18 ustawy o obligacjach, który dotąd wyłączał zastosowanie odsetek maksymalnych w ramach emisji obligacji?

Czy nie tracimy z pola widzenia celu ochrony⁷¹? W relacji między wierzycielem a dłużnikiem występuje sytuacja odwrotna (wierzycielem jest osoba, która kupiła obligacje, a więc często właśnie konsument, dłużnikiem zaś jest emitent, a więc przedsiębiorca będący profesjonalistą).

Podobne pytania można mnożyć. Skoro koncepcja odsetek maksymalnych ma dotyczyć wszelkich czynności prawnych, czy zatem chcemy także limitować oprocentowanie depozytów. Deponentami są wszakże osoby fizyczne, czyli konsumenci, którzy nie mieliby nic przeciwko wyższemu odsetkom. Nielogiczne byłoby np. odnoszenie idei odsetek maksymalnych do kredytu refinansowego NBP⁷².

Wydaje się, iż należy zalecić polskiemu ustawodawcy skorzystanie z doświadczeń niemieckich, gdzie zwalczanie lichwy opiera się nie na zakazie ustawowym, lecz na interpretacji orzeczniczej, opartej – tak jak to ma miejsce obecnie w Polsce⁷³ – na klauzulach generalnych. Stanowi to główny punkt przeciwdziałania

nadmiernemu zadłużeniu (instytucją obliczoną na sytuacje krańcowe jest upadłość konsumencka).

Prawdą jest, iż unieważnienie konkretnej umowy na bazie klauzul generalnych nie jest łatwe. Nie należy wszelako ulegać złudzeniu, iż sytuacja rynkowa poprawi się w efekcie wprowadzenia limitów lichwy. Nie jest to rozwiązanie jednoznacznie lepsze ani dla konsumentów, ani dla usługodawców. Nie należy podejmować ryzyka psucia rynku kredytowego, skoro przyczyny nadmiernego zadłużenia są natury socjalnej, dotyczą walki z biedą i obszarami wykluczenia społecznego.

Opiniowane propozycje legislacyjne mogą być sprzeczne z prawem europejskim, zarówno z aktualną dyrektywą o kredycie konsumenckim, jak i z ostatnimi 2 projektami jej nowelizacji. Próby ścisłej regulacji limitów lichwy, wykraczające poza klauzule generalne, podejmowane wprawdzie w niektórych krajach, nie sprawdziły się dotychczas w żadnym z nich.

Nadmierne zadłużenie konsumenta jest powodowane przez różne przyczyny, kredyt konsumencki nie jest głównym czynnikiem tego zjawiska. Część gospodarstw domowych nie spłaca kredytu tylko dlatego, iż lekkomyślnie się zadłużyła bądź z powodu obciążeń gospodarstwa domowego innymi świadczeniami stałymi lub okresowymi. Praktycznie rozróżnienie obu kategorii konsumentów jest bardzo trudne i grozi powstawaniem zjawiska hazardu moralnego.

Wątpliwości dotyczą objęcia reżimem ustawy o kredycie konsumenckim kredytów krótkoterminowych (spłacanych do 3 miesięcy), niskokwotowych (poniżej kwoty 500 PLN), a także kredytów mieszkaniowych (w tym zabezpieczonych hipoteką). Optymalna byłaby zatem rezygnacja ustawodawcy z wprowadzania tego rozwiązania.

Jeżeli celem wnioskodawców jest przeciwdziałanie obchodzeniu prawa, to można do tych kredytów stosować tylko niektóre przepisy ustawy, a nie jej całość (np. w zakresie adekwatnej informacji).

Należy wskazać, że niektórych propozycji (np. obowiązku podawania do wiadomości ewentualnych karnych odsetek) nie ma w obecnej dyrektywie. Nie korzysta się natomiast w Polsce z innych możliwości stworzonych w ramach dyrektywy, np. licencjonowania parabanków oferujących kredyt konsumencki (art. 12 dyrektywy).

Wiele wskazuje na to, że zjawiska, które są przedstawiane w kategoriach ochrony konsumenta, dotyczą w istocie walki z biedą i obszarami wykluczenia społecznego. Nie jest to kwestia ani prawa bankowego, ani prawa konkurencji, a raczej – o ile to w ogóle celowe – legislacji socjalnej.

Należy podkreślić, iż limitowanie oprocentowania nie jest skutecznym instrumentem przeciwdziałania nadmiernemu zadłużeniu. Ustawodawca często ulega złudzeniu, iż negatywne zjawiska społeczne (np. lichwę) można wyeliminować poprzez wprowadzenie jakiegoś ustawowego zakazu (np. poprzez instytucję odsetek maksymalnych).

Limity oprocentowania jako takie – granice lichwy – nie są przedmiotem harmonizacji w UE. Nie znaczy to, iż nie można ich wprowadzać. W ostatnim projek-

cie dyrektywy jest propozycja, by granicą lichwy były odsetki maksymalne, o ile prawo kraju członkowskiego to przewiduje. Istotne pytanie polega na tym, czy warto to uczynić? Czy będzie to korzystne dla konsumentów, usługodawców oraz rozwoju rynku kredytowego?

Jak to już wcześniej pokazano na przykładach, doświadczenia wskazują, iż ingerencja w rynek na ogół nie spełniała nadziei, gdyż istotne są nie tylko skutki bezpośrednie i doraźne efekty, ale też długofalowe zmiany, które takie działania mogą wywołać (powiększenie „szarej strefy”, rozkwit zorganizowanej przestępczości).

Po wprowadzeniu limitów oprocentowania banki mają ograniczoną możliwość oferowania kredytów klientom z grup wyższego ryzyka, którzy będą zmuszeni korzystać z usług parabanków, a nawet firm działających nielegalnie (np. obchodzących prawo bankowe). Co za tym idzie, biedniejsi klienci banków mogą stracić tę ochronę, którą daje prawo bankowe.

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

Złożoności relacji stron umowy nie można bowiem zredukować tylko do jednego elementu. Różne są bowiem zarówno potrzeby ludzi, jak i oferty rynku usług finansowych. Często należy dokonać ewaluacji kompleksowego pakietu, który zawiera elementy o różnym stopniu korzyści.

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

Próby wyjścia poza klauzule generalne i uściślenia limitów lichwy nigdzie nie przyniosły pełnego sukcesu. Mniej zjawisk patologicznych na rynku bankowym jest – paradoksalnie – w krajach bez limitów lichwy (Wielka Brytania) lub w krajach, gdzie limity te dotyczą tylko parabanków (prawo stanowe w niektórych stanach USA).

Należy pamiętać, że tylko niektóre kraje członkowskie narzucają limity lichwy, lecz nie jest to obecnie przedmiotem harmonizacji. Większość krajów bazuje w tym zakresie na klauzulach generalnych, nie traktując ścisłych limitów jako rozwiązania optymalnego.

Rozwiązaniem pośrednim między klauzulami generalnymi a ścisłymi, liczbowymi limitami lichwy mogłyby być wytyczne wydawane np. przez UOKiK lub – na wzór Bundesbanku – przez NBP (stopy referencyjne dla różnych rodzajów pożyczek)⁷⁴.

Istotnym zagrożeniem w skali UE jest obniżenie konkurencyjności polskich banków na wspólnym rynku oraz narażanie się Polski na zarzuty blokowania swobód wspólnego rynku. Ograniczanie wolności gospodarczej powinno mieć zatem bardzo silne uzasadnienie interesem publicznym.

Polski sektor bankowy mógłby się znaleźć w obliczu przewagi konkurencyjnej usługodawców pochodzących z innych krajów członkowskich, którzy – zgodnie z dyrektywą 12/2000 – kierują się prawem kraju pochodzenia i mają prawo świadczyć pełen zakres usług zamieszczonych w aneksie do dyrektywy.

W świetle orzecznictwa ETS kraje członkowskie mogą wprawdzie uzasadnić regulacje krajowe ochrony konsumenta (jest to jeden z dopuszczalnych celów przepisów krajowych motywowanych „dobrem publicznym” danego kraju), jest to wszelako w każdym przypadku analizowane z perspektywy zapobiegania „obchodzeniu” oraz kluczowych zasad Traktatu, np. swobody przepływu usług.

Informacje o autorze

Prof. dr hab. Włodzimierz Szpringer - pracownik Katedry Prawnych Problemów Zarządzania WZ UW oraz Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw SGH.

Przypisy

- ¹ Por. Szpringer W. *Wpływ instytucji parabankowych na bezpieczeństwo i stabilność rynków finansowych*, Bezpieczny Bank, Nr 4/1998.
- ² Por. Kosikowski C., Góral L. *Zakres rynku finansowego i nadzoru państwa nad jego funkcjonowaniem w krajach o gospodarce rynkowej*, Raport nr 96 BSE Kancelarii Sejmu, Warszawa, 1995.
- ³ Por. Solarz J. K., Wyczański P. *Wewnętrzne i zewnętrzne uwarunkowania rozwoju instytucji kredytowych i parabankowych*, materiały konferencji NBP: „System bankowy oraz polityka pieniężna wobec wyzwań rynkowych w Polsce”, Stara Wieś, 1996, s.11 i n.
- ⁴ Por. Heropolitańska I., Kawaler P., Kozioł A., *Skup i sprzedaż wierzytelności przez banki*, Warszawa, 1998r., s.32 i n.
- ⁵ Jednym z powodów poszukiwania przez agentów kredytowych partnerów strategicznych jest potrzeba zapewnienia tańszych niż zazwyczaj źródeł finansowania oraz powiększenia możliwości dystrybucji swoich produktów finansowych. Por. Kurasz K., *Kupuje Kredyt Bank (pośrednicy kredytowi)*, Rzeczpospolita z 9.VIII.2000.
- ⁶ Por. Kurasz K., *Żagiel zwiększa udziały w rynku (agenci kredytowi)*, Rzeczpospolita z 2-3.V.2000r.
- ⁷ Por. Śleszyńska-Charewicz E., *Kredyt konsumencki - propozycje zmian prawnych*, w: *Kredyt konsumencki - konieczne zmiany?*, BIK-FEiBB, Warszawa, 17.XIII.1999r., s.63.
- ⁸ Pewną pomocą w przypadku nadzoru i kontroli grup mieszanych mogą być dokonane w ostatnich latach zmiany polskiego prawa bankowego w niektórych kwestiach (np. nadzoru skonsolidowanego lub outsourcingu czynności bankowych).
- ⁹ Por. Żurawik W., *Rola i udział firm pośrednictwa kredytowego w rynku finansowych usług detalicznych*, w: *Kredyt konsumencki - konieczne zmiany?*, BIK-FEiBB, Warszawa, 17.XIII.1999r., s.38 i n.
- ¹⁰ „Pośrednictwo w zawieraniu umów kredytowych na rzecz banku” nie w każdym przypadku było traktowane przez urzędy gminne jako działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy o działalności gospodarczej. Niektóre z nich odmawiały rejestracji. Dlatego powstała potrzeba zmian legislacyjnych, zrealizowanych w ustawie o działalności gospodarczej.
- ¹¹ Rozwijają się doświadczenia franchisingu w działalności bankowej. Por. Morawiecka A., *Bankowiec na cudzych włościach*, Rzeczpospolita (dodatek: „Dobra firma”) z 27.VIII.2004
- ¹² Por. Bańka J., *Projekt ustawy o kredycie konsumenckim w ocenie banków*, w: *Kredyt konsumencki - konieczne zmiany?*, BIK-FEiBB, Warszawa, 17.XIII.1999r., s. 67.
- ¹³ Na rynek tych usług weszła ostatnio firma Geant. Por. *Śladem brytyjskiego Tesco (telekomunikacja)*, Rzeczpospolita z 11.VI.2004r.
- ¹⁴ Według szacunków mogą one szybko osiągnąć nawet 10% brytyjskiego rynku usług bankowych. Por. Lascelles D., *Europas neue Banken: Das „Nichtbanken“-Phänomen*, Centre for the Study of Financial Innovation, London, 1999 www.union-network.org.

- ¹⁵ Por. Avery R. B., Calem P. S., Canner G. B. *Consumer Credit Scoring: Do Situational Circumstances Matter?*, BIS Working Papers No 146, January 2004.
- ¹⁶ Parabanki skorzystały z niszy rynkowej, skoro banki globalne do niedawna nie przejawiały zainteresowania bankowością detaliczną dla masowego, „drobnego” klienta. Por. Solski D. A., *Nowy klient masowy*, *Gazeta Bankowa* z 2-8.V.2005, s. 34 i n.
- ¹⁷ Por. Weill L., *Efficiency of Consumer Credit Companies In the European Union*, ECRI Research Report No.7/2004, s.1 i n.
- ¹⁸ Por. *Sytuacja finansowa banków w 2003r. (synteza)*, NBP, Warszawa, maj 2004 r., s. 6 i n.
- ¹⁹ Rozwój tego typu placówek pozwala na ograniczenie zatrudnienia i redukcję kosztów.
- ²⁰ Odpowiednio: mBank, Inteligo oraz Volkswagen Bank Direct.
- ²¹ Por. Bornemann A., *Microlenders and EU-Banking Regulation*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 376 i n.
- ²² Bornemann, A. *Micro-Lending in Germany: Banking Law and European Regulation*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 309 i n.
- ²³ Zalicza się do nich m.in. firmy leasingowe, które w innych krajach nie są licencjonowane. Por. Reifner U. *Micro-Credit by Non-Banks under Italian Bank Law*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 289 i n.
- ²⁴ Por. Rollinde C., Pierrot D. *Credit for Social Purposes. Micro-Lending in France*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 225 i n.
- ²⁵ Por. Guene Ch. *Non-Bank Lending – Belgium Report*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 208 i n.
- ²⁶ Por. Lynch M. *Legal and Political Conditions for Credit Extension for Social Purposes in Ireland*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 185 i n.
- ²⁷ Por. Lynch M., Boyd D. *Legal and Political Conditions for Credit Extension for Social Purposes in the United Kingdom*, w: *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002, s. 79 i n.
- ²⁸ Szerzej: Góral L. *Instytucje parabankowe w ustawodawstwie wybranych krajów UE i w Polsce*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* Nr 10/1997, s. 2 i n.
- ²⁹ Por. Fojcik-Mastalska E. W. *Prawo bankowe. Komentarz*, Fojcik-Mastalska E. (red.), Warszawa, 2003, s. 28 i n.
- ³⁰ Por. Ibidem.
- ³¹ Por. Green Paper on Services of General Interest, Brussels, 21.V.2003, COM(2003) 270 final.
- ³² Por. Schulze R, Schulte-Nölke H. *Rechtsvergleichende Untersuchung des verbraucher-schützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten*, Brüssel, Juni, 2003 (www.europa.eu.int).
- ³³ Por. Pawłowicz L. (red.), *Zagrożenia dla konsumentów na rynku bankowości detalicznej w Polsce*, Raport IBnGR, UOKiK, Warszawa, 2003.
- ³⁴ Depozyty bankowe są zastępowane przez jednostki uczestnictwa w funduszach, kredyty bankowe są zastępowane przez korzystanie z leasingu oraz kart kredytowych, usługi rozliczeniowe są w coraz szerszym zakresie świadczone przez podmioty nie posiadające zezwolenia bankowego, np. firmy informatyczne czy telekomunikacyjne.
- ³⁵ Instytucje ochrony konsumenta, np. możliwość zaskarżania wzorców umownych (regulaminów) czy ochrona zbiorowych interesów konsumentów, mają istotne znaczenie także na rynku kredytu konsumenckiego. Należy wszelako pamiętać, iż wiele zjawisk patologicznych w sektorze finansowym ma źródło w asymetrii informacyjnej, nie zaś w pozycji dominacji czy monopolu dostawcy.
- ³⁶ Formalnie do ich kontroli byłaby uprawniona Komisja Nadzoru Bankowego (KNB) i Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego (GINB) Problem polega jednak na tym, iż KNB i GINB nie

- mają uprawnień do wkraczania w konkretne umowy łączące bank z jego klientem. Co więcej - środki podejmowane w ramach nadzoru nie mogą naruszać umów zawartych przez bank.
- ³⁷ Por. Reifner U. *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung (Realitätsverleugung oder soziale Auslegung im Zivilrecht)*, Neuwied und Darmstadt, 1979, s. 17 i n., Kiesiläinen J. N. *Consumer Bankruptcy in Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem?*, w: *Consumer Bankruptcy in a Comparative Context*, Osgoode Hall Law Journal Vol.37, No.1-2/1999, s. 473 i n.
- ³⁸ Asymetria informacji powoduje akcentowanie zawodności rynku bankowego i nasiloną potrzebę regulacji (konkurencja sama w sobie nie wystarcza). Por. Macho-Stadler J., Pérez-Castillo J. D., *An Introduction to the Economy of Information*, Oxford, 1995, s. 9 i n., Grössl I. *Wirtschaftspolitische Antworten auf Funktionsmängel im Finanzsystem*, w: *Monetäre Institutionenökonomik*, Schriften zu ordnungsfragen der Wirtschaft (Gutman G., Hamel H., Leipold H., Schüller A., Thieme H.J. Hrsg.), Band 67, Stuttgart, 2001, s. 137 i n.
- ³⁹ Zadłużenie gospodarstw domowych w Polsce jest jednak nadal znacznie niższe niż w krajach UE. Można także zauważyć wzrost dojrzałości społeczeństwa w podejmowaniu decyzji kredytowych, tanienie kredytów w miarę rozwoju gospodarczego obniżki stóp procentowych, a także poprawę metod scoringowych, wspartych nowoczesną technologią, ułatwiających lepszą ocenę zdolności kredytowej klientów bankowości detalicznej. Por. Penczar M., Lepczyński B., Gostomski E. *Zadłużenie konsumentów w bankach i instytucjach finansowych*, Raport IBnGR, Gdańsk, 2004, a także: Rytelewska G., Huszczonek E. *Zmiany w popycie na kredyt gospodarstw domowych*, Materiały i Studia NBP, Nr 172/2004.
- ⁴⁰ Chodzi tu w gruncie rzeczy o 2 kwestie, czy mogą być uznane za barierę:
- normy prawa międzynarodowego prywatnego dotyczące zobowiązań umownych, które rządzi ustaleniem priorytetu w przypadku rozbieżnych norm krajowych w sytuacjach transgranicznych,
 - merytoryczne normy prawne, które są zawarte w prawie cywilnym danego kraju członkowskiego.
- Por. Gkoutzinis A. *Free Movement of Services in the EC Treaty and the Law of Contractual Obligations Relating to Banking and Financial Services*, Common Market Law Review, Nr 41/2004, s. 119 i n.
- ⁴¹ Różnice pojęcia banku występują również w „starych” krajach członkowskich UE, nie udało się ich bowiem dotychczas wyeliminować. Por. *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Reifner U. (wyd.), Baden-Baden, 2002.
- ⁴² Por. Druk Sejmowy 3911 z 2005r. (Sprawozdanie Podkomisji i jednolita wersja Druków: 3059 i 3063)
- ⁴³ OJ L 42
- ⁴⁴ COM(2002) 443 final, 2002/0222(COC), COM(2004)747final, także: *Amendments de compromis. Projet de rapport*, J. Wuermeling, Parlement Européen, 11.03.2004 - Consumer Credit Newsletter, European Credit Research Institute (ECRI) Issue No.11/January, 2004 oraz No.12/ April, 2004 i No.13/Juli, 2004
- ⁴⁵ W ostatnim projekcie dyrektywy jest natomiast propozycja, by granicą lichwy były odsetki maksymalne, o ile prawo kraju członkowskiego to przewiduje
- ⁴⁶ Por. zastrzeżenia Komisji w stosunku do regulacji granic lichwy we Włoszech.
- ⁴⁷ Na początku granicą normalnego oprocentowania miało być 150%, a odsetek karnych – 300% odsetek ustawowych. Odsetki maksymalne miały być wyższe o 1/3 od odsetek ustawowych. Obecnie próbuje wprowadzić do Kc elastyczny sposób ich ustalania – limit odsetkowy do wysokości: czterokrotności, a w ostatnim wariancie – pięciokrotności stopy kredytu lombardowego NBP. Trzeba przyznać, że zmiana punktu odniesienia dla granic oprocentowania poszła w dobrym kierunku, gdyż stopa lombardowa NBP w większym stopniu odzwierciedla warunki rynkowe niż – z natury rzeczy bardziej uznaniowe – odsetki ustawowe, uchwalane przez Radę Ministrów.
- ⁴⁸ „Oceniając skutki projektowanych regulacji można z całą odpowiedzialnością stwierdzić, że wbrew intencjom wnioskodawców, przyniosą one skutki odwrotne do zamierzonych. Skutki funkcjonowania cen urzędowych są bowiem zawsze takie same i powodują w większości przypadków ograniczenie dostępu do towarów oraz usług, rozwój szarej strefy i łapówkarstwa i << ceny czarnorynkowe >> wielokrotnie wyższe od urzędowych”. Por. . Penczar M., Lepczyński B., Gostomski E. *Zadłużenie konsumentów w bankach i instytucjach finansowych*, Raport IBnGR, Gdańsk, 2004, s. 63 i n., podobnie: *Opinia z 6.X.2004r.*

- ⁴⁹ Por. *Tackling Overindebtedness*, Action Plan 2004, Department for Work and Pensions, London, 2004 oraz Fedorowicz H. *Brytyjczycy wolą iść do banku (prawo konsumenckie)*, Rzeczpospolita z 18-19.IX.2004
- ⁵⁰ Pyziół W. *Opinia o projektach ustaw: o zmianie ustawy Kodeksu cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Druk Sejmowy nr 3059) oraz o zmianie ustawy o kredycie konsumenckim*, por. też: Staten M. *Argumenty przeciwko limitom oprocentowania kredytów konsumenckich* i Pawłowicz L., Lepczyński B., Penczar M. *Pułapy cenowe kredytów konsumpcyjnych przyniosą więcej szkód niż korzyści*, materiały seminarium „Kredyty – wolny rynek czy czarny rynek” Warszawa, 15.IX.2004
- ⁵¹ Pojęcie odpowiedzialnego udzielania kredytu (*responsible lending*), wprowadzone do projektu dyrektywy o kredycie konsumenckim, oznacza zindywidualizowane, a także wsparte nowoczesną technologią badanie zdolności kredytowej. Ma ono zapobiegać zjawisku nadmiernego zadłużenia konsumenta. Można uznać, że w ramach odpowiedzialnego udzielania kredytu bank ma następujące obowiązki:
- sprawdzić w banku danych (biurze informacji kredytowej), który musi mieć co najmniej charakter rejestru negatywnego (dodatkowo może być urzędzony rejestr pozytywny), jakie są łączne zobowiązania kredytowe wnioskodawcy,
 - skonfrontować informacje uzyskane z banku danych z informacjami udzielonymi przez konsumenta w celu uzyskania pełnego, kompletnego obrazu sytuacji finansowej gospodarstwa domowego,
 - doradzić klientowi, jaki rodzaj kredytu i na jakich warunkach – w świetle sytuacji finansowej konsumenta i oferty kredytowej banku – byłby dla niego najlepszy. Por. Szpringer W. *Kredyt konsumencki i upadłość konsumenta na rynku usług finansowych UE*, Warszawa, 2005, s. 47 i n.
- ⁵² Por. www.bis.org, a także: Dziekoński P. *Nowa Bazylejska Umowa Kapitałowa – konsekwencje dla rynku kredytowego*, Materiały i Studia NBP, Nr 164/2003.
- ⁵³ Mimo poszerzenia zakresu przedmiotowego projektu dyrektywy, nadal sugerowana nowelizacja byłaby z nim sprzeczna. O ile w projekcie Komisji wyłączono kredyty poniżej 1000 EUR, to po poprawce Parlamentu Europejskiego wyłączono kredyty poniżej 500 EUR (obecnie – 200 EUR). Z progiem maksymalnym zrobiono natomiast odwrotnie – zniknął próg 50.000 EUR i zastąpiła go granica 100.000 EUR (obecnie – 20.000 EUR). Zarówno aktualna dyrektywa, jak i oba projekty noweli do dyrektywy, wykluczają kredyty mieszkaniowe, a także zabezpieczone hipoteką, kredyty bezpłatne oraz odnawialne, spłacane w terminie do 3 miesięcy, poświadczone sądownie lub notarialnie, a także leasing konsumencki, przy którym własność nie przechodzi na usługobiorcę.
- ⁵⁴ Nie ma chyba przeszkód, by stosować w tym zakresie również przepisy o przywileju odstąpienia od umowy oraz wcześniejszej spłaty (z pewnymi ograniczeniami dla kredytów o stałej stopie procentowej), a także regulujące problematykę zabezpieczeń w transakcjach kredytowych z konsumentami czy też ochrony konsumenta w transakcjach powiązanych z nabyciem na kredyt dóbr lub usług oraz przy cesji wiarygodności.
- ⁵⁵ W jednych systemach prawnych traktuje się odsetki karne jako element kontraktowy, który strony mogą uzgodnić swobodnie według swojego uznania. W innych systemach są uważane za część odszkodowania, a więc nie powinny przekraczać wyrównania szkody, jakiego ewentualnie mógłby dochodzić kredytodawca. Można zatem mówić wówczas o rynkowej, a nie umownej determinacji wysokości karnych odsetek. Elementów tych w pełni nie da się regulować ustawowo, muszą być one pozostawione orzecznictwu. Por. *Study of the Legislation Relating to Consumer Overindebtedness in all European Union Member States*, Final Report, Vol.1-2, Institut für Finanzdienstleistungen e. V., Hamburg, September, 2003.
- ⁵⁶ Wymaga to natomiast zbadania wykonalności takiej koncepcji, gdyż zakres pojęcia „kredyt konsumencki” w świetle zarówno dyrektywy, jak i naszej ustawy jest bardzo szeroki. Istnieją przykłady licencjonowania parabanków kredytowych (np. pośredników kredytowych) w niektórych krajach UE.
- ⁵⁷ Por. Projekt ustawy o przeciwdziałaniu niewypłacalności osoby fizycznej oraz o upadłości konsumenckiej, Sejm RP, Druk nr 2668 z 22.XII.2003.
- ⁵⁸ Powstaje pytanie, czy nie wystarczy odpowiednio prowadzona informatyczna baza danych o niesolidnych dłużnikach (niesolidny dłużnik nie może się nadal zadłużać) oraz nowela do ustawy o kredycie konsumenckim (tzw. odpowiedzialne udzielanie kredytu).

- ⁵⁹ Przepisy skierowane przeciwko lichwie – wyrażone wprost lub pośrednio – można znaleźć przede wszystkim:
- w kodeksach cywilnych lub w kodeksach karnych,
 - w prawie bankowym lub w ogólnych warunkach umów bankowych
 - w prawie ochrony konsumenta lub lokatora (najemcy),
 - w orzecznictwie dotyczącym stopy procentowej kredytów lub pożyczek. Por. Joening E. *Zentralprobleme des Wuchers in Tatbestand und Rechtsfolgen*, *Österreichische Juristen Zeitung* Nr 1/2003, s. 1 i n.
- ⁶⁰ Por. Knauth K.W. *Entscheidung des BGH zum „Bender-Urteil“*, *Die Bank* Nr 6/1981, s. 299 i n., Münstermann W. *BGH contra OLG Stuttgart*, *Finanzierung-Leasing-Factoring* Nr 3/1981, s. 101 i n., Zwanzig J. *Sondermarkt für Teilzahlungsbanken im Konsumentenratenkredit?*, *Betriebs-Berater* Heft 25/1980, s. 1283 i n., Scholz F.J. *BGH Urteil vom 12.März, 1981*, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* Nr 21/1981, Schulz H. *Kredit mit Restschuldversicherung in der Rechtsprechung des BGH zu §138 BGB*, *Finanzierung-Leasing-Factoring* Nr 4/1981, s. 154 i n., Rittner F. *Zur Sittenwidrigkeit von Teilzahlungskreditverträgen*, *Betriebs-Berater* Heft 16/1981, s. 1381 i n., Canaris C.W. *Schranken der Privatautonomie zum Schutze des Kreditnehmers*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* Nr 9/1980, s. 709 i n., *Es gibt keinen „objektiven Zins“*, *Handelsblatt* vom 2.04.1981, *Karlsruhe setzt für Wucherzinsen keine starren Grenzen*, *FAZ* 1.04.1981
- ⁶¹ Należy zważyć, co jest w istocie obłożone odsetkami czy opłatami (np. opóźnione płatności, przekroczenie limitu, opłaty transakcyjne) i czy jest to uzasadnione. W ramach pakietu usług względnej niekorzystności jednej usługi może być przeciwstawiona korzyść innej. To samo można powiedzieć o warunkach kredytu. Niewielkim wymaganiom co do poręczeń czy zastawów mogą odpowiadać wyższe odsetki i prowizje.
- ⁶² 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 zakresie. 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 n., *Zur Verjährung zuviel gezahlter Zinsen*, *Österreichische Juristen Zeitung* Nr 21/2003, s. 800 i n.
- ⁶³ Por. Istnieje tendencja do wycofywania regulacji w zakresie limitów oprocentowania z wielu stanów. O ile w latach 70. prawie wszystkie stany (z wyjątkiem Massachusetts i New Hampshire) miały tego rodzaju przepisy, obecnie panuje przeciwny kierunek – na deregulację, co może świadczyć o niskiej ocenie skuteczności tych regulacji. „State Interest Rates&Usury Limits” www.lectlaw.com, www.bankrate.com.
- ⁶⁴ 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 o zbliżonym stopniu ryzyka. Nie ma to jednak zastosowania do pożyczek udzielanych osobom prawnym. Por. Cafritz E. „French Usury Law Does Not Apply to Corporate Borrowers” www.friedfrank.com.
- ⁶⁵ W przypadku uznania, iż uściślenie granic lichwy jest jednak celowe, warto bliżej zbadać ostatni przykład RPA. Istnieje tam ustawa skierowana przeciwko lichwie (Usury Act), zgodnie z którą kredytodawca (zarówno bank, jak i parabank) nie może narzucić oprocentowania wyższego niż 20% w stosunku rocznym (dla pożyczek niższych niż 10.000 R) lub 17% (dla pożyczek wyższych niż 10.000 R).
- Nowe przepisy w tym zakresie weszły w życie 17.IX.2004r. Obejmują one także banki, chociaż poprzednio dotyczyły tylko parabanków, zgodnie z ówczesną koncepcją, iż skoro banki działają na podstawie zezwoleń oraz podlegają nadzorowi bankowemu, „drapieżne pożyczki” nie są w tym sektorze zagrożeniem dla konsumenta.
- Nie znaczy to, że przekraczanie granic lichwy jest wykluczone. Może ono mieć miejsce:
- w przypadku małych pożyczek (niższych niż 10.000 R),

- pod warunkiem rejestracji w Micro-Finance Regulatory Council (MFRC),
- okres spłaty nie może być dłuższy niż 36 miesięcy,
- muszą być spełnione wszystkie inne warunki zawarte w Exemption Notice do Usury Act (chodzi o warunki, które u nas od dawna są spełnione na gruncie dyrektywy o kredycie konsumenckim i implementowane do polskiej ustawy: forma pisemna i egzemplarz umowy dla klienta, podanie *expressis verbis* wszelkich obciążeń).

Usury Act ma zastosowanie do wszelkich transakcji związanych z pożyczaniem np. kredytów, pożyczek, leasingu. W przypadku kredytów i pożyczek – o ile kwota transakcji nie przekracza 500.000 R, w przypadku umów leasingowych do 100.000 R. Rodzaje tych transakcji są opisane w obwieszczeniu Ministra Przemysłu i Handlu, w związku z ustawą u umowach kredytowych (Credit Agreements Act).

Exemption Notice do Usury Act obejmuje mikropożyczki (niższe niż 10.000 R) oraz pozwala instytucjom specjalizującym się w małych pożyczkach (*microlenders*) na działalność wykraczającą poza istotne wymogi Usury Act (górne limity lichwy).

Istnieją projekty, by Usury Act, Exemption Notice do Usury Act oraz Credit Agreements Act zastąpić przez jednoliłą ustawę: Consumer Credit Act, na wzór krajów UE. Miałyby ona zastosowanie wobec wszelkich pożyczkodawców, zarówno banków, jak i parabanków, a pod względem przedmiotowym – do wszelkich transakcji polegających na pożyczaniu (także przekroczeń stanu konta, kart kredytowych oraz transakcji powiązanych z pożyczkami oraz tzw. pożyczek oferowanych w domu klienta). Projekt ma poszerzyć paletę praw i przywilejów konsumenta, tak jak to jest obecnie w ramach dyrektywy UE o kredycie konsumenckim.

Należy zaznaczyć, iż Micro-Finance Regulatory Council (MFRC) została ostatnio pozwana do sądu za naruszanie wolności gospodarczej oraz działania „bezpprawne i niekonstytucyjne”, za które powódka uznała regulacje MFRC, które wytwarzają nową, pozaustawową warstwę regulacji, którym muszą się poddać instytucje specjalizujące się w małych pożyczkach – poprzez obowiązek rejestracji (National Loans Register).

Sprawa jest w toku, a MFRC zamierza podkreślić celowość ochrony konsumenta, w szczególności w obliczu „drapieżnego pożyczania” (*predatory – reckless lending*), a także potrzebę nadzoru i kontroli nad przestrzeganiem Exemption Notice do Usury Act.

Chodzi bowiem o eliminowanie sytuacji, gdy pożyczkodawca nie przestrzega zasad odpowiedzialnego udzielania kredytu (*responsible lending*), tzn. pożyczka, mimo iż powinien wiedzieć, że klient będzie miał trudności ze spłatą kredytu, a ponadto występuje drastyczna dysproporcja między świadczeniami stron (zanotowano przypadki, gdy roczna stopa procentowa wynosiła ok. 1000%!).

Prawom konsumenta odpowiadają obowiązki usługodawcy, a przede wszystkim: National Loans Register (kluczowa baza danych), Reckless Lending Rules (testy składające się na tzw. odpowiedzialne udzielanie kredytu) oraz Agents and Employee Rules (zasady nadzoru pośredników, agentów oraz pracowników przez kredytodawców). Por. www.persfin.co.za.

- ⁶⁶ Konkretniej jest to ujęte natomiast 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 przekazał to na inwestycje w tym lokalu). Przekroczenie 20% normalnie mogło być karane grzywną do 100.000 DM (ustawa karna gospodarcza), a 50% - karą pozbawienia wolności do 3 lat (kodeks karny).
- ⁶⁷ a) widoczna na pierwszy rzut oka dysproporcja między świadczeniami stron umowy np. żądanie ceny pożyczki w podwójnej wysokości w porównaniu do typowych cen w danym miejscu i czasie (wymaga to wszelako badania danego przypadku, chodzi o uwzględnienie wartości świadczeń z punktu widzenia stron, a także kontekstu sytuacyjnego, tzn. rynku, zwyczajów, podziału ryzyka, charakteru usługi np. bezpiecznego lub spekulacyjnego).
- b) przymusowego położenia drugiej strony, braku doświadczenia, słabości majątkowej, a także ograniczeń natury racjonalnej lub emocjonalnej (np. narkoman „na głódzie”, który chce pożyczyc pieniądze na kolejną działkę).
- ⁶⁸ Kluczowym pojęciem analizowanych przez sądownictwo jest wyzysk, czyli wyzyskanie bez skrępowań tej przymusowej sytuacji lub niewiedzy drugiego człowieka (a zatem przy założeniu,

iz usługodawca o tym wiedział i świadomie, celowo to wykorzystał, by przysporzyć sobie korzyści).

⁶⁹ Por. Odrowąż-Sypniewski W. Opinia z 14.X.2004r.

⁷⁰ Słuszna jest natomiast uwaga, iż ewentualne wprowadzenie instytucji odsetek maksymalnych nie może dotyczyć stóp wyznaczonych przez Radę Polityki Pieniężnej, których celem jest refinansowanie i regulowanie płynności systemu bankowego. Byłoby to bowiem naruszenie art.227 Konstytucji RP, który w interesie publicznym gwarantuje niezależność oraz wyłączność kompetencyjną RPP i NBP w sferze polityki pieniężnej. Przy tym założeniu odsetki maksymalne nie kolidowałyby z kompetencjami RM, a co najwyżej wpływałyby na faktyczną skuteczność polityki pieniężnej (stopy rynkowe oraz stopy banku centralnego wymienia się zresztą jako punkty orientacyjne ustalania odsetek ustawowych, które z kolei determinują granice odsetek maksymalnych). Por. Bator A. Opinia z 27.X.2004r.

⁷¹ Por. Pisuliński J. Opinia z 13.XII.2004r.

⁷² Jak już wskazano wyżej, naruszałoby to konstytucyjny podział kompetencji, a ściślej wyłączność kompetencyjną RPP w dziedzinie polityki pieniężnej.

⁷³ Mam na myśli przede wszystkim art.58 i 388 Kc, a także art.304 Kk por. opinię Krajowej Rady Sądownictwa z 22.VII.2004., a także linię orzecznictwa powoływaną w opinii Naczelnej Rady Adwokackiej z 16.VII.2004r.

⁷⁴ Por. Modzelewska-Wąchal E. *Efekty kontroli odsetek w innych krajach*, materiały Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych.

Bibliografia (wybrane pozycje)

- Avery, R. B., P. S. Calem i G. B. Canner. 2004. *Canner Consumer Credit Scoring: Do Situational Circumstances Matter?*, BIS Working Papers, Nr 146.
- Dziekoński, P. 2003. Nowa Bazylejska Umowa Kapitałowa – konsekwencje dla rynku kredytowego. *Materiały i Studia NBP*, Nr 164/2003.
- Fojcik-Mastalska, E. (red.) 2003. *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa: LexisNexis.
- Gkoutzinis, A. 2004. Free Movement of Services in the EC Treaty and the Law of Contractual Obligations Relating to Banking and Financial Services. *Common Market Law Review*, Nr 41/2004.
- Lascalles, D. 1999. *Europas neue Banken: Das „Nichtbanken“-Phänomen*, Centre for the Study of Financial Innovation, London, www.union-network.org.
- Pawłowicz, L. (red.) 2003. *Zagrożenia dla konsumentów na rynku bankowości detalicznej w Polsce*, Raport IBnGR, UOKiK, Warszawa.
- Penczar, M., B. Lepczyński i E. Gostomski. 2004. *Zadłużenie konsumentów w bankach i instytucjach finansowych*, Raport IBnGR, Gdańsk.
- Reifner, U. (red.) 2002. *Micro-Lending (a Case for Regulation in Europe)*, Baden-Baden.
- Reifner, U. 1979. *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung (Realitätsverleugnung oder soziale Auslegung im Zivilrecht)*, Neuwied und Darmstadt.
- Rytelewska, G. i E. Huszczonek 2004. Zmiany w popycie na kredyt gospodarstw domowych. *Materiały i Studia NBP*, Nr 172/2004.
- Study of the Legislation Relating to Consumer Overindebtedness in all European Union Member States*, Final Report, Vol.1-2, Institut für Finanzdienstleistungen e.V., Hamburg, September 2003.
- Szpringer, W. 2005. *Kredyt konsumencki i upadłość konsumencka na rynku usług finansowych UE*, Warszawa.
- Tackling Overindebtedness*, Action Plan 2004, Department for Work and Pensions, London.
- Weill, L. 2004. Efficiency of Consumer Credit Companies In the European Union. *ECRI Research Report*, Nr 7/2004.