

Spółeczna odpowiedzialność banków

Między ochroną konsumenta
a osłoną socjalną

Włodzimierz Szpringer



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Spółeczna odpowiedzialność banków

**Między ochroną konsumenta
a ostoną socjalną**

Włodzimierz Szpringer



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2009

Stan prawny na 30 czerwca 2009 r.

Wydawca:
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:
Małgorzata Buczna

Opracowanie redakcyjne:
Katarzyna Świerk-Bożek

Skład, łamanie:
Andrzej Gudowski

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2009

ISBN 978-83-7601-763-1

ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	11
Uwagi wstępne	15
Rozdział I	
Konkurencja a regulacja na rynku <i>consumer finance</i>	23
1.1. Wspólny rynek usług finansowych Unii Europejskiej	23
1.2. Zasada kraju pochodzenia dostawcy a problemy ochrony odbiorcy (dyrektywa 2000/31/WE o handlu elektronicznym a dyrektywa 2002/65/WE dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość)	24
1.3. Czy świadczenie konsumenckich usług finansowych na odległość jest realne?	28
1.4. Wpływ Internetu na pośrednictwo finansowe	31
1.5. Czy grozi nam odpośredniczenie? Wzrost znaczenia usług płatniczych	32
1.6. Wpływ nowych technologii na rynek <i>consumer finance</i>	34
1.7. Rynek kart płatniczych – kierunki rozwojowe	35
1.8. Bankowość elektroniczna – problem bezpieczeństwa	38
1.9. Kontekst systemowy wdrażania nowoczesnej technologii – perspektywa dopuszczalności pomocy publicznej, wprowadzania „usług w ogólnym interesie gospodarczym” oraz współpracy kartelowej	41
1.10. Harmonizacja prawa a konkurencja regulacyjna	42
Rozdział II	
Łagodzenie asymetrii informacyjnej na rynku <i>consumer finance</i> (wiedza – umiejętność – zaufanie)	46
2.1. Dorobek ekonomii instytucjonalnej	46
2.2. Prawo informacyjne a ochrona konsumenta	51

2.3. Finansowa umiejętność konsumenta.....	54
2.3.1. Kluczowa koncepcja – unikanie nadmiaru informacji.....	54
2.3.2. Problem optymalnej regulacji kredytu konsumentckiego....	56
2.3.3. Przejrzystość kredytowania – odpowiedzialne udzielanie kredytu – jak pogodzić punkt widzenia konsumentów i dostawców?	58
2.3.4. Główny problem rynku <i>consumer finance</i> – możliwość najlepszego skorzystania z informacji.....	60
2.3.5. Finansowa edukacja konsumenta.....	63

Rozdział III

Ochrona konsumenta – tendencje rozwojowe.....	71
3.1. Ochrona konsumenta – uwagi ogólne.....	71
3.2. Ochrona konsumenta usług bankowych – regulacje europejskie czy krajowe?	76
3.2.1. Wprowadzenie.....	76
3.2.2. Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych.....	77
3.2.3. Problem harmonizacji prawa kontraktowego	78
3.2.4. Odpowiedzialne kredytowanie (kredyt konsumentcki).....	79
3.2.5. Regulacje antylichwiarskie (kontekst nieuczciwych klausz kontraktowych).....	81
3.2.6. Brak harmonizacji upadłości konsumentckiej	83
3.2.7. Dyrektywa o usługach płatniczych	84
3.2.8. Koncepcja rachunku bankowego jako usługi powszechnej	86
3.2.9. Lojalność a mobilność klientów banków – czy istnieje potrzeba regulacji?	88

Rozdział IV

Spółeczna odpowiedzialność banków a bankowość socjalna	91
4.1. Uwagi ogólne	91
4.2. Prawo umów – autonomia woli czy ochrona słabszych?	94
4.3. Ekonomia społeczna	95
4.4. Podejście instytucjonalne w ekonomicznej analizie prawa.....	98
4.5. Wykluczenie społeczne, finansowe i cyfrowe (współzależności)	101
4.6. Finanse socjalne	104
4.7. Problem społecznej odpowiedzialności banków	106

4.8. Doświadczenia Stanów Zjednoczonych	109
4.8.1. <i>Community Reinvestment Act</i>	109
4.8.2. Sprzeczne oceny <i>Community Reinvestment Act</i>	111
4.9. Społeczna odpowiedzialność banków – poczucie misji czy chwyt marketingowy?	113
4.10. Dobre praktyki jako element ładu korporacyjnego – przykłady	118
4.11. Banki alternatywne	125
4.12. Banki spółdzielcze i spółdzielczość kredytowa	131
4.12.1. Banki spółdzielcze a SKOK-i (misja społeczna – <i>ratio legis</i> ?).....	131
4.12.2. Udziały członkowskie w bankach spółdzielczych trwałym elementem kapitałów własnych?	135

Rozdział V

Rachunek bankowy jako usługa powszechna	144
5.1. Celowość regulacji instytucji „rachunku dla każdego” jako instrumentu integracji społecznej osób o niskich dochodach	144
5.2. Rachunek bankowy jako usługa powszechna.....	145
5.3. Rozwój koncepcji „rachunku dla każdego”	148
5.4. Wymogi praktyczne dostępu do rachunku.....	149
5.5. Kierunki regulacji prawnej „rachunku dla każdego”	151
5.5.1. Uwagi wstępne	151
5.5.2. Doświadczenia krajów regulujących „rachunek dla każdego”	152
5.5.3. Doświadczenia krajów nieregulujących „rachunku dla każdego”	153
5.5.4. Faktyczny dostęp do rachunku bankowego	156
5.5.5. Problem zmiany rachunku bankowego.....	158
5.5.6. Rachunek bankowy w Polsce.....	162
5.5.7. Czy można wprowadzić przymus posiadania rachunku bankowego dla świadczeniobiorców ZUS i KRUS?	163
5.6. Kontekst instytucjonalny „rachunku dla każdego”	167
5.6.1. Jednolity Obszar Płatności w Euro (SEPA)	167
5.6.2. Regulacje antylichwiarskie – kontekst systemów scoringowych.....	173
5.7. Wnioski.....	175

Rozdział VI

Dyrektywa o kredycie konsumenckim a rozwój rynku

<i>consumer finance</i>	182
6.1. Problemy konkurencji ze strony parabanków	182
6.2. Pojęcie instytucji kredytowej (banku) w krajach Unii Europejskiej – kierunki interpretacji	186
6.3. Wnioski	191
6.4. Rynek usług <i>consumer finance</i>	192
6.5. Nowa dyrektywa o kredycie konsumenckim – kierunki regulacji	194
6.6. Czy jednolity rynek europejski dla usług <i>consumer finance</i> jest możliwy?	198
6.7. Ocena skutków regulacji i ekonomiczna analiza prawa – uwagi ogólne	202
6.8. Ochrona konsumenta na rynku usług <i>consumer finance</i> – cele a środki i metody	204
6.9. Ocena skutków regulacji dyrektywy o kredycie konsumenckim – uogólnienia i wnioski	209

Rozdział VII

Regulacje antylichwiarskie a nadmierne zadłużenie	213
7.1. Regulacje antylichwiarskie – historia zwalczania lichwy	213
7.2. Czy limitowanie oprocentowania może skutecznie zapobiegać nadmiernemu zadłużeniu?	216
7.3. Przedmiot, zakres i rodzaj regulacji	218
7.4. Czy klauzule generalne są skuteczne?	222
7.5. Problemy regulacji limitów maksymalnych – doświadczenia światowe	224
7.6. Lichwa – ocena skutków regulacji	227
7.7. Wnioski	233

Rozdział VIII

Kredyt związany – pułapki regulacji. Jak daleko powinna

sięgać ochrona konsumenta?	239
8.1. Punkt widzenia banków – możliwość żądania zwrotu kredytu udzielonego sprzedawcy również od konsumenta	239
8.2. Niejasność regulacji – problem wzajemnych relacji między ustawą o kredycie konsumenckim a kodeksem cywilnym – rozbieżne możliwości interpretacji	241

8.3. Sposób myślenia i charakter argumentacji UOKiK w sprawach przeciwko Kredyt Bank S.A. i HSBC Bank Polski S.A.	242
8.4. Problem realizacji uprawnienia konsumenta do wycofania się z umowy kredytowej w ciągu 10 dni – czy przywilej konsumenta może być bezwarunkowy?	248
8.5. Wnioski.....	252

Rozdział IX

Instytucja upadłości konsumenckiej – ochrona konsumenta

czy osłona socjalna?	259
9.1. Zjawisko zadłużenia a problem nadmiernego zadłużenia	259
9.2. Model amerykański a europejski – różne punkty widzenia	262
9.3. Dwa główne modele upadłości konsumenckiej – <i>fresh start</i> oraz <i>earned fresh start</i>	268
9.4. Rozwiązania europejskie – podobieństwa i różnice	270
9.5. Konwergencja modeli amerykańskiego oraz europejskiego – moralność płatnicza jako wspólny mianownik.....	272
9.6. Możliwości praktycznego wdrożenia „testu uczciwości”	273
9.7. Perspektywa harmonizacji	276
9.8. Wnioski.....	278
9.9. Regulacja upadłości konsumenckiej w Polsce	279

Bibliografia	289
---------------------------	-----

Wykaz stron internetowych	308
--	-----

Wykaz aktów prawnych	308
-----------------------------------	-----

Wykaz skrótów

Akty prawne

BGB	– <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CRA	– <i>Community Reinvestment Act</i>
d.u.o.k.k.	– ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.)
dyrektywa CCD	– dyrektywa 2008/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki (Dz. Urz. L 133 z 22.05.2008)
dyrektywa PSD	– dyrektywa 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (Dz. Urz. L 319 z 5.12.2007)
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.r.o.	– ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.)
pr. bank	– ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.)
p.u.n.	– ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.)
TWE	– traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.)
u.k.k.	– ustawa z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081 z późn. zm.)

- | | |
|---------------------------|---|
| u. oblig. | – ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 z późn. zm.) |
| ustawa
antylichwiarska | – ustawa z dnia 7 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 157, poz. 1316) |

Inne

- | | |
|-------|---|
| B2B | – Business to Business, |
| B2C | – Business to Consumer |
| BBS | – <i>Basic Banking Services</i> |
| BIG | – Biuro Informacji Gospodarczej |
| BIK | – Biuro Informacji Kredytowej |
| CSR | – Corporate Social Responsibility |
| EACB | – European Association of Co-operative Banks – Europejskie Stowarzyszenie Banków Spółdzielczych |
| EBPP | – Electronic Bill Presentment and Payment |
| FASB | – Financial Accounting Standards Board – Rada Standardów Rachunkowości Finansowej |
| FSA | – Financial Services Authority – brytyjski urząd nadzoru nad rynkiem finansowym |
| GPW | – Giełda Papierów Wartościowych |
| IASB | – International Accounting Standards Board – Rada Międzynarodowych Standardów Rachunkowości |
| KIR | – Krajowa Izba Rozliczeniowa |
| KNF | – Komisja Nadzoru Finansowego |
| KPF | – Konfederacja Przedsiębiorstw Finansowych |
| KRS | – Krajowy Rejestr Sądowy |
| KSKOK | – Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa |
| KZBS | – Krajowy Związek Banków Spółdzielczych |
| MFRC | – Micro-Finance Regulatory Council |
| MSR | – Międzynarodowe Standardy Rachunkowości |
| PR | – Public Relations |
| RPP | – Rada Polityki Pieniężnej |

SEPA	– Single European Payment Area – Jednolity Obszar Płatności w Euro
SKOK	– Społeczna Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
ZBP	– Związek Banków Polskich
Zopa	– Zone of Possible Agreement
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Uwagi wstępne

1. W okresie kryzysu rodzą się fundamentalne pytania o sens istnienia przedsiębiorstwa i o „dobrego” właściciela. Pierwsze pytanie jest podstawą dla tworzenia przez radę nadzorczą norm ładu korporacyjnego, drugie dotyczy tego, czy właściciel – instytucjonalny inwestor, który z reguły dominuje w spółce publicznej, zaakceptuje te normy. Jednoznaczność odpowiedzi na pytanie, po co istnieje przedsiębiorstwo, która mówi, że po to, aby generować zyski i wartość dla akcjonariuszy, jest wielką siłą amerykańskiego modelu zarządzania. Zakłada wszelako moralną indyferencję, o której mówi się obecnie jako o największej słabości: liczy się tylko pieniądź. Jednak wszystko w nadmiarze szkodzi i dlatego od lat szukamy innej odpowiedzi. Dobrze się stało, że Europa nie poddała się dyktatowi modelu amerykańskiego¹. Już wiele lat temu P. Drucker argumentował, że zysk jako długofalowy cel firmy to odpowiedź pusta i niesłuszna. Celem firmy jest tworzenie produktów i usług, a zysk jest tylko jednym ze środków do tego celu. Można pójść jeszcze dalej i powiedzieć, że celem firmy jest tworzenie społeczności – właścicieli, pracowników, dostawców i odbiorców. Ich cele nie zawsze są i muszą być zgodne, ale mają najczęściej wspólny interes w przetrwaniu i rozwoju firmy. Problem z tymi odpowiedziami polega na tym, że są słuszne, moralnie lepsze, ale bardziej skomplikowane i przez to mniej skuteczne z punktu widzenia rynkowego w krótkim okresie. Powstaje pytanie, jaka strategia w bankowości powinna być odpowiedzią na czas kryzysu? Jeżeli „turbokapitalizm” (określany także obrazowo jako *casino*)²

¹ Por. K. Oblój, *Ład korporacyjny – zapowiedź nowych wartości*, Magazyn CEO 2003, nr 5; www.ceo.cxo.pl.

² Znamienne jest określanie bankowości inwestycyjnej jako *casino*, a tradycyjnej bankowości komercyjnej jako *utility*. Na tym tle coraz częściej jest wyrażany pogląd, że celowy jest powrót do odrębnych obszarów bankowości: inwestycyjnej oraz komercyjnej. Por. niektóre wypowiedzi na 8th International Conference on Financial Services („Responsible Credit Conference”), London, UK, The New Connaught Rooms, 13–14 grudnia 2008.

wywołał kryzys globalny, to należy powrócić do korzeni bankowości: „złej reguły bankowej”, oparcia akcji kredytowej na stabilnej bazie depozytów, zabiegania o klienta detalicznego, ograniczania spekulacji rynkowej, budowania długofalowych relacji z klientami. Takie wzorce przezorności przetrwały w bankowości spółdzielczej i spółdzielczości kredytowej³.

Preferencję dla tych wartości widać ostatnio wyraźnie w edukacji finansowej konsumenta⁴. Nie można jednak abstrahować od pewnych wzorców kulturowych i społecznych (*risk-taking society*), które – ukształtowane w świecie anglosaskim – stały się motorem rozwoju kapitalizmu, lecz niestety również przekraczając granicę rozsądku, zachłanności i chciwości wywołały kryzys zaufania. Te postawy i wzorce znalazły odzwierciedlenie w naukach o zarządzaniu jako dylemat „pewności” oraz „gry”, który dobrze odpowiada kulturze zapobiegliwości, przezorności i oszczędzania albo zadłużania się, życia na kredyt i spekulacji rynkowej⁵.

Doświadczenia kryzysów doprowadziły do ukształtowania się stanowiska różnego od marksistowskiej analizy problemów społecznych: wyzysk ludzkiej pracy nie ma swoich źródeł w prywatnej własności środków produkcji, ale raczej istnieje przede wszystkim w sferze dystrybucji jako rezultat wad w strukturze systemu pieniężnego.

Dostrzeżono wewnętrznie sprzeczną, dwoistą rolę pieniądza jako środka wymiany ułatwiającego aktywność gospodarczą z jednej strony i narzędzia siły będącego w stanie zdominować rynek z drugiej strony. Punktem wyjścia tych badań było następujące pytanie: jak można przezwyciężyć charakterystyczną cechę pieniądza jako „lichwiarskiego” narzędzia władzy, nie eliminując przy tym jego pozytywnych właściwości jako neutralnego środka wymiany⁶?

³ Por. przeciwstawienie bankowości relacyjnej (*relationship banking*) oraz bankowości transakcyjnej (*transactional banking*): S. Heffernan, *Nowoczesna bankowość*, Warszawa 2007, s. XVIII (wstęp), a także: G. Szulczewski, *Darwinizm*, Gazeta Bankowa 2009, nr 5, s. 64.

⁴ Ang. *ants* (preferowanie bezpieczeństwa i przezorności), *grasshoppers* (postawa hedonizmu i poczucia siły). Por. C. Frade, C. Lopes, *The Psychological Determinants of Consumer Financial Profiles*, a także: E. Kempson, S. Collard, N. Moore, *Measuring Financial Capability. An Exploratory Study for the FSA* oraz D. Noël, *Evaluation of the Consumer's Financial Capability. The Criteria, Liability or Method*, First Consumer Financial Capability Workshop, ECRI, Brussels, 8 listopada 2005.

⁵ Por. A.K. Koźmiński, A.M. Zawiślak, *Pewność i gra. Wstęp do teorii zachowań organizacyjnych*, Warszawa, 1979; M. Crozier, E. Friedberg, *Człowiek i system. Ograniczenia działania zespołowego*, Warszawa 1982.

⁶ Teoria Gesella dotycząca gospodarki opartej na reformie monetarnej i ziemskiej może być rozumiana właśnie jako reakcja zarówno na zasadę *laissez-faire* klasycznego liberalizmu, jak i na marksistowskie wizje gospodarki centralnie planowanej. Koncepcja ta nie była wszelako traktowana jako „trzecia droga”, a raczej – w kategoriach politycznych – została opisana jako „gospodarka rynkowa

Niepewność w erze globalizacji jest potęgowana brakiem teorii, która w sposób dojrzały tłumaczyłaby nowe zjawiska i procesy. Ekonomia czeka na nowe paradygmaty. Tak jak zasadnicze zmiany nastąpiły w latach trzydziestych po wielkim kryzysie, gdy na gospodarkę zaczęto patrzeć nie tylko z punktu widzenia całej gospodarki narodowej, tak samo i obecnie powinny nastąpić poważne zmiany. Nieprzystosowanie współczesnej ekonomii do tłumaczenia obecnych procesów i prawidłowości związanych z globalizacją oraz niepewnością rodzi spreczne opinie: od wiary w zbawcze możliwości globalizacji do obaw o jej negatywne skutki⁷.

Mianem instytucji gospodarki społecznej (*social economy*) lub organizacji trzeciego sektora określa się te instytucje i organizacje, które tworzą nowe usługi dla osób indywidualnych, samorządów, organizacji społecznych i przedsiębiorców oraz nowe miejsca pracy w ramach przedsięwzięć łączących w sobie ekonomiczne i społeczne aspekty aktywności obywatelskiej (spółdzielczość)⁸.

W krajach Unii Europejskiej inicjatywy w zakresie gospodarki społecznej są postrzegane jako rozwinięcie idei przedsiębiorczości o zobowiązania społeczne⁹. W wypadku inicjatyw gospodarki społecznej zysk z inwestycji nie stanowi wyłącznego celu działania. Instytucje gospodarki obywatelskiej wspierają taki model gospodarki, który przez prowadzone działania

bez kapitalizmu". Por. S. Gesell, *Die Natürliche Wirtschaftsordnung durch Freiland und Freigeld*, Berlin 1916; W. Onken, *A Market Economy without Capitalism*, *American Journal of Economics and Sociology* 2000, vol. 59, nr 4, October; C. Sardoni, *Some Notes on the Nature of Money and the Future of Monetary Policy*, *Review of Social Economy* 2008, vol. 66, Issue 3, December.

⁷ Por. A. Toffler, *Zmiana władzy. Wiedza, bogactwo i przemoc u progu XXI stulecia*, Poznań 2003; G. Soros, *The New Paradigm for Financial Markets. The Credit Crisis of 2008 and What It Means*, Public Affairs Publishers, New York 2008; N. Klein, *The Shock Doctrine. The Rise of Disaster Capitalism*, Henry Holt and Company, New York 2007; G.W. Kołodko, *Wędrujący świat*, Warszawa 2008; *Granice konkurencji (Grupa Lizbońska)*, Warszawa 1996; W. Szymański, *Globalizacja. Wyzwania i zagrożenia*, Warszawa 2001; T.P. Tkaczyk, *Rynek, konkurencja i jej wspieranie*, Monografie i Opracowania IFGN nr 38 (445), Warszawa 1999; E. Mączyńska, *Czynniki kreatywności i destrukcji w gospodarce przelomu* (w:) B. Piontek (red.), *Rozwój – godność człowieka – gospodarowanie – poszanowanie przyrody*, Warszawa 2007, s. 297 i n.; A.M. Zawisłak *Ekonomia uzależnień*, Warszawa 2003.

⁸ Por. ostatnio: G.E. Shockley, P.M. Frank, R.R. Stough (eds.), *Non-market Entrepreneurship (Interdisciplinary Approaches)*, Edgar Elgar Publishing, Northampton 2008; *An Introduction to Social Entrepreneurship (Voices, Preconditions, Contexts)*, Edgar Elgar Publishing, Northampton 2009.

⁹ W świetle badań w Wielkiej Brytanii za minimalny „społecznie akceptowany” poziom dochodu uznaje się 60% dochodów przeciętnych. Por. J. Bradshaw, S. Middleton, A. Davies, N. Oldfield, N. Smith, L. Cusworth, J. Williams, *A Minimum Income Standard for Britain: What People Think*, Joseph Rowntree Foundation, www.minimumincomestandard.org, a także: D. Figart, J. Marangos, *Introduction to Living Standards and Social Well-Being* oraz S. Lucarelli, A. Fumagalli, *Basic Income and Productivity in Cognitive Capitalism?*, *Review of Social Economy* 2008, vol. 66, Issue 1, March.

przyczynia się nie tylko do osiągnięcia korzyści ekonomicznych, ale także tworzy, podtrzymuje i rozwija lokalne więzi społeczne, promuje postawy aktywne, a nie roszczeniowe środowisk i grup społecznych¹⁰.

Ekonomiczna analiza prawa wymaga uzupełnienia o „prawną analizę ekonomii”. Traktowanie efektywności ekonomicznej jako jedynego kryterium oceny prawa ignoruje fakt, że sama ekonomia jest uwikłana w cele i wartości społeczne, kulturowe czy etyczne, których przekład na regulację jest możliwy w różny sposób (regulacja – koregulacja – samoregulacja). Regulacja powinna umożliwiać ewaluację zachowań ekonomicznych również przez pryzmat tych wartości¹¹.

2. Monografia wychodzi naprzeciw potrzebie ponownego przemyslenia i redefinicji roli banków i parabanków w „społeczeństwie kredytowym”. Mamy do czynienia z demokratyzacją oraz depersonalizacją kredytu.

Po pierwsze, zaciąganie długów, korzystanie z kredytów i pożyczek stało się zjawiskiem masowym. Po drugie, do historii przeszło pożyczanie między konkretnymi osobami, których relacje były oparte na honorze i zaufaniu.

Kredytobiorca ma do czynienia z „instytucją” – zaufanie oraz lojalność doznają uszczerbku i to po obu stronach. Pożyczkodawcy nie zawsze działają w ramach prawa i dobrych praktyk, pożyczkobiorcy często celowo nie spłacają długów, czyniąc z tego wręcz przewrotną strategię zarządzania finansami i nie obawiają się z tego powodu – jak dawniej – ostracyzmu społecznego¹².

Zasady sztuki bankowej nie pozwalają jednak udzielać pożyczek każdemu „na życzenie”. Sytuacja ta rodzi ogromne konflikty i spory. Istnieje presja na banki, by poszerzały akcję kredytową także na rynek drugorzędny

¹⁰ Por. D. Piñkowska, *Ekonomia społeczna – podstawowe informacje*, www.ngo.pl; J. Gosk, *Ekonomia społeczna w Polsce*, www.ekonomaspoeczna.pl; E. Leś, *Gospodarka społeczna. Podstawowe pojęcia i zakres działalności*, www.pozYTEK.gov.pl; J. Ossowski, *Jahnużna i kredyt*, Sopot 2005; A. Alińska, *Instytucje mikrofinansowe w lokalnym rozwoju społeczno-gospodarczym*, Warszawa 2008.

¹¹ Por. U. Reifner, J. Ford (eds.), *Banking for People*, Berlin–New York 1992; L. Schuster (Hrsg.), *Die gesellschaftliche Verantwortung von Banken*, Berlin 1997; P. Mooslechner, H. Schubert, B. Weber, *The Political Economy of Financial Market Regulation. The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, Wien 2006; L. Anderloni, M.D. Braga, E.M. Carluccio (eds.), *New Frontiers in Banking Services. Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, Springer, Berlin–Heidelberg 2007; J. Lendgerwood, V. White, *Transforming Microfinance Institutions: Providing Full Financial Services to the Poor*, The World Bank, Washington D.C. 2006; B. Armendáriz de Aghion, J. Morduch, *The Economics of Microfinance*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts 2005 (wyd. polskie: B. Armendáriz de Aghion, J. Morduch, *Ekonomia mikrofinansów*, Gdańsk 2008).

¹² Por. A. Lewicka-Strzałecka, *Odpowiedzialność moralna w życiu gospodarczym*, Warszawa 2006.

(*sub-prime*), co powoduje zagrożenia dla obu stron kontraktu: banki prześcigają się w oferowaniu coraz nowszych form niezabezpieczonego pożyczania (kosztowne pożyczki gotówkowe, karty kredytowe), konsumenci mogą łatwo przekroczyć granicę nadmiernego zadłużenia, z którego nie mogą już wyjść o własnych siłach.

Dostawcy usług *consumer finance* pod presją konkurencji także chcą poszerzać swoją działalność na nowe segmenty rynku, są wszelako oskarżani o „drapieżne pożyczanie” – sprzedaż drogich usług konsumentom wrażliwym (*vulnerable consumers*), co wpędza tych klientów w pułapkę zadłużenia, nie sprzyja integracji społecznej i zwalczaniu wykluczenia społecznego. Prawodawca proponuje wiele nowych instytucji, które powinny łagodzić ten konflikt interesów i skłaniać banki do akceptacji dobrych praktyk.

Z jednej strony, są to instrumenty ograniczające rynek, np. regulacje antylichwiarskie czy upadłość konsumencka. Niestety, ich ocena w kategoriach skutków regulacji i ekonomicznej analizy prawa jest ambiwalentna.

Z drugiej strony, mamy do czynienia z godnymi uwagi instytucjami obliczonymi na potrzeby biedniejszych kręgów społeczeństwa, których nie respektują w pełni banki globalne, nastawione na produkty dla konsumentów przeciętnych (*mainstream consumers*). Spośród tych instytucji można wymienić bankowość spółdzielczą, spółdzielczość kredytową typu *non-profit* (*credit unions*), banki alternatywne, a także pozabankowe instytucje mikropożyczkowe (*microlenders*). Realizacja „misji” tych instytucji musi wszakże respektować realia gospodarki rynkowej¹³.

W niektórych krajach dużą wagę przykładają się również do rozwoju powszechnych usług finansowych (rachunek bankowy), które – często dotowane przez państwo – pomagają zapobiegać wykluczeniu społecznemu i promować obrót bezgotówkowy, elektroniczne instrumenty płatnicze. Na tym tle ciekawe są badania nad współzależnością wykluczenia społecznego, finansowego i „cyfrowego”.

Kontekst tych problemów stanowi ochrona konkurencji i konsumenta, która na rynku *consumer finance* ma swoją specyfikę – z bankami konkurują bowiem liczne i coraz bardziej zróżnicowane parabanki, np. instytucje płatnicze w rozumieniu dyrektywy PSD, które także mają „europejski paszport”. Na tym tle, a zwłaszcza w obliczu Jednolitego Obszaru Płatności w Euro (SEPA), interesująca jest kwestia, czy wytworzy się wspólny rynek

¹³ „Gospodarka rynkowa stwarza nie tylko wolność zachowań ekonomicznych, ale niesie ze sobą także większą odpowiedzialność i wyższe wymagania kwalifikacyjne, niezbędne dla przetrwania i rozwoju”. Por. J. Szambelańczyk (red.), *Ekonomika banku spółdzielczego*, Warszawa 1999, s. 9.

usług *consumer finance*, czy powstaną w związku z tym problemy wyboru prawa właściwego dla kontraktów itp.

Inny problem to mieszanie ochrony konsumenta z osłoną socjalną, która często wymaga innych środków niż te związane z prawem konsumenckim. Celów socjalnych nie powinno się przypisywać także prawu bankowemu. Brak jasności w tej mierze może być szkodliwy dla rozwoju rynku.

Wspólnym mianownikiem rozważań jest finansowa umiejętność konsumenta i edukacja finansowa, która wszelako wymaga racjonalnego podejścia. Z jednej strony, edukacja finansowa łagodzi asymetrię informacji, typową dla sektora finansowego. Z drugiej strony, nie można wymagać od konsumenta wiedzy właściwej dla profesjonalistów – taki benchmarking nie byłby zatem realistyczny.

Podbudowę teoretyczną daje natomiast ekonomia instytucjonalna (asymetria informacji) oraz tzw. ekonomia społeczna, koncepcja ordoliberalizmu i społecznej gospodarki rynkowej, a także społecznej odpowiedzialności (i etyki) biznesu. W polu widzenia jest także poszerzona wizja interesariuszy (*corporate governance*) i kodeksy dobrych praktyk, w tym etyka, lojalność i zaufanie¹⁴.

Monografia będzie cennym uzupełnieniem podręczników bankowości i prawa bankowego, które już od dawna nie opiera się tylko na ustawie – Prawo bankowe i obejmuje m.in. regulacje kredytu konsumenckiego, elektronicznych instrumentów płatniczych, instytucji specjalnych, nietypowych czy niszowych (np. banki spółdzielcze, SKOK), instytucji „sieci bezpieczeństwa”: banków centralnych, systemów gwarancyjnych, ostateczności rozrachunku, nadzoru nad rynkiem finansowym czy konglomeratami finansowymi.

¹⁴ Banki, oferując coraz bardziej wyrafinowane produkty finansowe, nie powinny się „rozgrzeszać”, powołując się na wolny rynek, wolność wyboru i suwerenność konsumenta, nie interesując się np. nadmiernym zadłużeniem czy wykluczeniem finansowym. Por. J. Dietl, W. Gasparski, *Etyka biznesu*, Warszawa 1997; S. Galata, *Biznes w przestrzeni etycznej*, Warszawa 2007; E. Sternberg, *Czysty biznes. Etyka biznesu w działaniu*, Warszawa 1998; J. Jackson, *Biznes i moralność*, Warszawa 1999; S. Young, *Etyczny kapitalizm*, Warszawa 2005; P. Pratley, *Etyka w biznesie*, Warszawa 2000; ostatnio: K. Gibson, *Ethics and Business An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge 2007; M. Painter-Morland, *Business Ethics as Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2008; P. Ulrich, *Integrative Economic Ethics. Foundations of a Civilized Market Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 2008; H. Spitzcek (ed.), *Humanism in Business*, Cambridge University Press, Cambridge 2009; A. Crane, *Corporations and Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge 2008; D.A. Crocker, *Ethics of Global Development*, Cambridge University Press, Cambridge 2008; A. Hutchens, *Changing Big Business (The Globalisation of the Fair Trade Movement)*, Edgar Elgar Publishing, Northampton 2009.

Autor skorzystał z obfitych doświadczeń współpracy w ramach European Network for Better Regulation, European Coalition for Responsible Credit, European Consumer Debt Network, Consumer Finance Network (European Credit Research Institute), Expert Group „Customer Mobility in Relation to Bank Accounts” (DG Internal Market & Services), a także Konferencji Przedsiębiorstw Finansowych, Związku Banków Polskich i Stowarzyszenia Krzewienia Edukacji Finansowej.

Poszczególne zagadnienia są najpierw zarysowane w sposób ogólny i ramowy, a następnie pogłębiane w dalszych częściach monografii. Pewne myśli i kluczowe kwestie mogą się więc powtarzać w różnych kontekstach, co w zamierzeniu autora powinno służyć możliwie pełnemu naświetleniu omawianych problemów.

Rozdział I

Konkurencja a regulacja na rynku *consumer finance*

1.1. Wspólny rynek usług finansowych Unii Europejskiej

Jednolity rynek usług finansowych Unii Europejskiej to kluczowa sprawa dla dalszego rozwoju gospodarczego. Stanowi to warunek rozwoju handlu elektronicznego oraz usług transgranicznych i w gruncie rzeczy jest logicznym następstwem wprowadzenia waluty euro. Jest to też istotny czynnik konkurencyjności Unii Europejskiej w przyszłości.

Optymizm budzi wiele niedawnych przykładów harmonizacji (wzajemna uznawalność zabezpieczeń, reorganizacja i likwidacja banków, dodatkowa koordynacja transgraniczna nadzoru nad konglomeratami finansowymi, świadczenie konsumenckich usług finansowych na odległość, a także reguły handlu elektronicznego w Unii Europejskiej, europejskiej spółki akcyjnej, rachunkowości, upadłości). Pojawiają się regulacje podnoszące poziom harmonizacji w interesie integracji europejskiej (płatności w euro, kredyt konsumencki, reklama porównawcza czy ochrona prywatności w komunikatach elektronicznych)¹⁵.

Komisja Europejska analizuje, jakiego rodzaju regulacje krajowe można stosować do usług przychodzących z innego kraju członkowskiego – bez naruszania dyrektywy o handlu elektronicznym. Inną kwestią jest sposób korzystania z derogacji zawartych w tej dyrektywie. Niestety, przepisy krajowe znacznie różnią się między sobą, powodując dezintegrację wspólnego rynku.

¹⁵ Do tej pory regulacja w drodze dyrektyw formułowała pewne cele, które mogły być różnie implementowane przez kraje członkowskie. Różnice nasilały się również przez regulacje krajowe uzasadniane tzw. dobrem publicznym danego kraju Unii Europejskiej. Zdarzało się, że przepisy krajowe próbowały „obchodzić” prawo europejskie (np. zaprzeczać europejskim regułom ochrony konkurencji czy pomocy publicznej).

Utworzenie wspólnego rynku stało się także przesłanką wprowadzenia zintegrowanego rynku finansowego. W tym kierunku zmierza rozwój rynku – można wskazać na innowacje technologiczne umożliwiające sprzedaż usług finansowych przez Internet. Korzystanie z Internetu oznacza natomiast konieczność uwzględniania innych dziedzin regulacji¹⁶.

Niektóre segmenty rynku trudno byłoby już dziś uważać za krajowe. Dotyczy to zwłaszcza rynku pieniężnego, którego integrację przyspieszyło wprowadzenie euro, a także rynku bankowości hurtowej (korporacyjnej). Nowe rynki od początku można uznać za globalne (np. rynek instrumentów pochodnych). To samo można powiedzieć o eurorynku obligacji.

Inaczej wygląda kwestia bankowości detalicznej, w której nadal granice krajowe stanowią poważną przeszkodę w świadczeniu usług. Detaliczne usługi finansowe (np. kredyt konsumencki i hipoteczny, ubezpieczenia majątkowe i na życie) rzadko mają charakter transgraniczny i są sprzedawane przede wszystkim na rynkach krajów członkowskich. Oznacza to dla konsumentów koszty, w sensie mniejszych możliwości wyboru i wyższych cen, a ponadto koszty makroekonomiczne – osłabia się potencjał rozwojowy wspólnego rynku. Także wprowadzenie Internetu do świadczenia usług finansowych na odległość – wbrew oczekiwaniom – niewiele posunęło naprzód sprawę integracji.

1.2. Zasada kraju pochodzenia dostawcy a problemy ochrony odbiorcy (dyrektywa 2000/31/WE o handlu elektronicznym¹⁷ a dyrektywa 2002/65/WE dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość¹⁸)

Kierunek regulacji prawnych można określić jako szukanie „złotego środka” między interesami oferenta (dostawcy), który powinien mieć możliwość szacowania i (w pewnej mierze) sterowania ryzykiem związanym

¹⁶ Na przykład, czym jest aktywna lub pasywna strona WWW, jak się chronić przed spammingiem, cybersquattingiem, niechcianym linkingiem czy framingiem, nieuczciwą konkurencją w wyszukiwarkach, jaka jest specyfika reklamy w Internecie, jakie są zasady ochrony innowacji opartych na oprogramowaniu komputerowym, jakie dodatkowe regulacje wchodzi w rachubę, gdy klientem banku jest konsument?

¹⁷ Dz. Urz. WE L 178/1 z 17.07.2000.

¹⁸ Dz. Urz. WE L 271/16 z 9.10.2002.

z istnieniem rozmaitych porządków prawnych, a interesem klientów, którzy z reguły chcą być pod ochroną krajowych systemów prawnych, które są im znane i bliskie¹⁹.

Dopełnieniem dyrektywy 2000/31/WE o handlu elektronicznym (*e-commerce*) jest wydana później dyrektywa 2002/65/WE dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość²⁰. Dyrektywa 2002/65/WE ma przedmiotowo szerszy zasięg, gdyż obejmuje nie tylko internetowe usługi finansowe, lecz wszelkie usługi finansowe świadczone na odległość, podmiotowo natomiast zakres jej jest węższy, gdyż chodzi tutaj tylko o konsumenckie usługi finansowe (a nie np. usługi dla firm). Powyższa dyrektywa wspomaga realizację zasady kraju pochodzenia dostawcy dzięki harmonizacji definicji usług finansowych na odległość, kluczowych elementów umowy, terminów do namysłu oraz rezygnacji z umowy itp.²¹

Dyrektywa o handlu elektronicznym ustanawia zasadę kraju pochodzenia usługi, co oznacza, że w danym przypadku powinien być stosowany porządek prawny kraju pochodzenia. Usługodawca mający siedzibę w którymkolwiek kraju członkowskim może mieć pewność, że nie będzie mu narzucone obce prawo, którego dobrze nie zna (systemy prawa krajów Unii Europejskiej nie są identyczne)²².

¹⁹ W zakresie zasady terytorialności dobrym wzorcem może być prawo antymonopolowe, które pozwala krajowym władzom ochrony konkurencji ingerować również wówczas, gdy firma została utworzona w innym kraju, jeżeli rezultaty jej działania ujawniają się na rynku krajowym. Koncepcja ta pasuje do działania w Internecie, ponieważ przekracza ono granice jednego kraju. Inspiracją w ramach prawa podatkowego może być zasada siedziby (*permanent establishment*) i jej różne modyfikacje powodowane liberalizacją i globalizacją rynku.

²⁰ Dyrektywa 2002/65/WE stanowi regulację szczególną wobec dyrektywy 97/7/WE z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość, Dz. Urz. WE L 144 z 4.06.1997.

²¹ Dyrektywa ma zastosowanie jednak tylko do pierwszej umowy z klientem (umowy ramowej). W konsekwencji tak ukształtowanego pojęcia umowy zawartej na odległość zasadnicza wątpliwość powstaje w wypadku zastosowania dyrektywy do systemów bankowości elektronicznej. Usługi bankowości elektronicznej – w rozumieniu polskiej ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych – mogą być świadczone jako „dodatek” do umowy rachunku bankowego w banku tradycyjnym bądź jako usługi tzw. banku wirtualnego. Jeżeli umowa o świadczenie tych usług zostanie zawarta w warunkach jednoczesnej obecności stron, co jest ogólną praktyką banków tradycyjnych, przepisy dyrektywy nie znajdują do niej zastosowania. Jeżeli natomiast konsument zawrze umowę rachunku bankowego z bankiem wirtualnym, będzie ona podlegała przepisom dyrektywy. Te same czynności będą więc objęte różnymi reżimami prawnymi. Por. P. Litwiński, *Dyrektywa o usługach finansowych na odległość*, Prawo Bankowe 2003, nr 1, s. 63 i n.

²² Można w tym miejscu przypomnieć definicję usług społeczeństwa informacyjnego, do których odnosi się dyrektywa o *e-commerce*, że są to odpłatne usługi świadczone elektronicznie na odległość na indywidualne zamówienie odbiorcy. Nie ma tu wyłączeń przedmiotowych, definicja ta obejmuje więc także usługi finansowe.

Zasada kraju pochodzenia oznacza pewien kompleks zwany „obszarem skoordynowanym”. Dotyczy to świadczenia samej usługi oraz przygotowania się usługodawcy do tej działalności (np. podejmowania działalności gospodarczej, nabycia i poświadczenia nabytych kwalifikacji, uzyskania koncesji lub zezwoleń, promocji i reklamy). W obszarze tym nie mieszczą się natomiast takie elementy dotyczące towarów, jak bezpieczeństwo, warunki dostaw, oznaczania czy opakowań oraz wszelkie inne niemające cechy usługi *online*.

Sytuację komplikuje możliwość odejścia od zasady kraju pochodzenia (możliwość wyboru systemu prawnego przez strony umowy), a także lista wyjątków od tej kluczowej zasady. Idea jest taka, aby było możliwe sprawdzenie, czy kraj goszczący nadmiernie nie ogranicza swobody usług *online* na tle traktatowej zasady swobody przepływu usług. Sytuacji nie ułatwia również tzw. dyrektywa usługowa, która ostatecznie nie przyjęła zasady prawa kraju pochodzenia dostawcy, a ponadto nie ma ona zastosowania do usług finansowych²³.

Ustawodawca, uchwalając przepisy Prawa bankowego z 1997 r., zamierzał wyjść naprzeciw wyzwaniom współczesnego rynku usług bankowych i uregulować kwestię elektronicznej postaci czynności bankowych. Oświadczenia woli składane w związku z dokonaniem czynności bankowych mogą być wyrażone za pomocą elektronicznych nośników informacji.

Ponadto dokumenty związane z czynnościami bankowymi mogą być sporządzone na elektronicznych nośnikach informacji, jeżeli dokumenty te będą w sposób należyty utworzone, utrwalone, przechowywane i zabezpieczone. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie elektronicznej spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma pisemna została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Przepis art. 7 pr. bank. rozstrzyga problem formy pisemnej oświadczeń woli złożonych za pomocą elektronicznych nośników informacji oraz formy pisemnej dokumentów sporządzanych za pomocą tych środków w związku z wykonywaniem czynności bankowych, nie odpowiada natomiast na pytanie, jak „podpisać” oświadczenie woli lub dokument, czyli w jaki sposób powiązać oświadczenie woli z osobą je składającą czy też z osobą sporządzającą dokument²⁴.

²³ Dyrektywa 2006/123/WE z dnia 24 lipca 2006 dotycząca usług na rynku wewnętrznym, Dz. Urz. UE L 376/36 z 27.12.2006; por też: *Bariery prawne dla integracji krajowego rynku usług z jednolitym rynkiem UE*, Warszawa 2007.

²⁴ Por. W. Srokosz, *Zawarcie umowy rachunku bankowego online*, Prawo Bankowe 2001, nr 12; por. też dyrektywę 99/93/WE z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie ramowych warunków Wspólnoty

W sytuacji gdy strony, wykonując czynności bankowe, korzystają, na podstawie wcześniej zawartej umowy w formie pisemnej (np. w oddziale banku) z elektronicznych nośników informacji w celu składania oświadczeń woli i sporządzania dokumentów (np. przy prowadzeniu rachunku bankowego, do którego dostęp ma klient przez Internet), sposób przypisania oświadczenia woli, czy też dokumentu, którego ze stron zostaje określony w umowie zawartej w normalnym trybie.

W takiej sytuacji mógłby zostać zastosowany art. 7 pr. bank., gdyby nie zbyt ogólne sformułowanie warunków, jakie muszą być spełnione, aby można było skutecznie uznać dane oświadczenie woli lub dokument za spełniające wymóg formy pisemnej. Wydaje się, że art. 7 w ogóle nie znajduje zastosowania, jeżeli uprzednio strony nie umówią się co do sposobu sygnowania informacji przekazywanych sobie za pomocą nośników elektronicznych. Można spotkać pogląd, jakoby dla uznania zachowania formy pisemnej oświadczenia woli, wyrażonego za pomocą elektronicznych nośników informacji, wystarczyło jego należyte utworzenie, utrwalenie, zabezpieczenie oraz przechowywanie, a więc nie byłoby już konieczne złożenie podpisu.

Taka interpretacja nie uwzględnia jednak potrzeby identyfikacji strony wymienionej w tym oświadczeniu, co jest przecież niezbędne przy dokonywaniu czynności prawnych przez strony nieprzebywające fizycznie w tym samym miejscu. Nie ma pewności, że oświadczenie woli nie zostało złożone przez jakąś osobę trzecią, podszywającą się pod kontrahenta umowy. Gwarancję może dać jedynie zastosowanie e-podpisu.

Dołączenie do oświadczenia woli, składanego przez internautę, bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu spowoduje, że oświadczenie to, na podstawie ustawy o podpisie elektronicznym, będzie traktowane tak jakby przybrało formę pisemną. Nie ma tu zatem potrzeby stosowania art. 7 pr. bank.

Nie jest także jasne, co oznacza utrwalenie lub zabezpieczenie „w sposób należyty”, który jest zwrotem ocennym i którego treści nie można ustalić na podstawie obiektywnego kryterium. Można zatem wyrazić tezę, że art. 7 pr. bank. jest raczej przepisem martwym. Nie przekonują argumenty, że zakres użytych w tym artykule nieostrych pojęć może być ustalony przez sądy. Taka regulacja nie sprawdza się w obrocie, w którym uczestniczą banki

dla podpisu elektronicznego, Dz. Urz. WE L 13 z 19.01.2000 oraz ustawę z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz. U. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.

– instytucje ze swej natury ostrożne i niechętnie eksperymentujące, szczególnie w obszarach, gdzie można narazić się na sprawy sądowe i związaną z nimi możliwość naruszenia prestiżu i dobrego imienia²⁵.

1.3. Czy świadczenie konsumenckich usług finansowych na odległość jest realne?

Dostosowywanie prawa polskiego do prawa europejskiego w dziedzinie ochrony konsumenta było długotrwałym procesem, który wymagał uchwalenia wielu aktów normatywnych. Wśród przyjętych w Polsce regulacji prawnych znajdują się m.in. ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz. U. Nr 22, poz. 271 z późn. zm.), ustawa z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz. U. Nr 100, poz. 1081 z późn. zm.) czy ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.).

Wraz z nowelizacją ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny z dnia 25 sierpnia 2004 r., proces ten został zakończony implementacją dyrektywy 2002/65/WE dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość. Tym samym Polska przyjęła rozwiązania prawne umożliwiające rozwój usług finansowych na odległość.

Dyrektywa 2002/65/WE ma charakter maksymalny. Oznacza to, że nie stwarza ona dla państw członkowskich możliwości przyjmowania innych rozwiązań niż te, które są w niej zawarte, chyba że w sposób wyraźny stanowi inaczej. Celem implementacji dyrektywy 2002/65/WE jest poszerzenie katalogu umów zawieranych na odległość, do których znajduje zastosowanie ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny²⁶.

Praktyka stosowania dyrektywy 2002/65/WE jest natomiast martwa. Obecnie nie istnieje szersze zjawisko transgranicznego świadczenia usług *consumer finance*. Usługi zdalne są oferowane przez filie lub oddziały banków zagranicznych obecne w Polsce (nie zaś bezpośrednio z zagranicy).

²⁵ Por. *ibidem*.

²⁶ Por. G. Rączka, *Świadczenie usług finansowych na odległość*, Prawo Mediów Elektronicznych 2005, nr 17.

Są to usługi *e-banking*, których podstawą prawną jest ustawa o elektronicznych instrumentach płatniczych, a nie – będący implementacją dyrektywy 65/2002/WE – rozdział 2a ustawy o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, który przenosi dotychczasowe regulacje o sprzedaży na odległość na konsumenckie usługi finansowe²⁷.

Dyrektywa 2000/31/WE stwarza „podstawowe ramy prawne dla handlu elektronicznego na rynku wewnętrznym” oraz usuwa przeszkody w transgranicznym świadczeniu usług *online* i wprowadza stan pewności prawnej dla przedsiębiorstw i obywateli. Uważne spojrzenie na działania (i zaniechania) Komisji Europejskiej prowadzi jednak do wniosku, że nie wykazuje ona szczególnej aktywności legislacyjnej ani organizacyjnej w dziedzinie handlu elektronicznego, co więcej, nie wypełnia swych obowiązków wynikających z dyrektywy 2000/31/WE. Trudno zatem mówić o intensywnym promowaniu na poziomie wspólnotowym rozwoju handlu elektronicznego, niewątpliwie korzystnego dla gospodarki europejskiej.

Praktyka implementacji dyrektywy pokazała, że nie usunęła ona wszystkich barier w transgranicznym handlu elektronicznym ani nie zapewniła odpowiedniego środowiska prawnego dla przedsiębiorców i konsumentów. Wątpliwości dotyczą w szczególności przepisów wyłączających odpowiedzialność usługodawców będących pośrednikami, gdyż zakres stosowania tych przepisów nie jest jasny, a ponadto nie odnoszą się one do podmiotów zapewniających hiperłącza lub wyszukiwarki ani do podmiotów gromadzących treści²⁸.

Dostawcy usług społeczeństwa informacyjnego skarżą się na brak pewności prawnej. Część państw członkowskich objęła bowiem zwolnieniem od odpowiedzialności również tę grupę usługodawców, inne zaś tego nie zrobiły. Takie zróżnicowanie podejść narodowych utrudnia czy wręcz uniemożliwia właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a więc wcześniej czy później ingerencja prawodawcy wspólnotowego w celu zharmonizowania przepisów krajowych stanie się nieodzowna. W praktyce pojawiają się i inne niejasności – nie wiadomo np., w jakim

²⁷ Por. W. Szpringer, *EU-Survey on cross-border financial services – Law Expertise for Poland* (w: *Study on the Impact of the Conclusion of Cross-border Financial Service Contracts Between Professionals and Consumers of Directive 2002/65 Concerning the Distance Marketing of Consumer Financial Services*, Institute for Financial Services Hamburg and European Commission, DG Health & Consumer Protection, Brussels 2008).

²⁸ Por. I. Wróbel, *Instytucjonalno-prawny aspekt promowania handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego UE*, *Prawo Mediów Elektronicznych* 2008, nr 16.

zakresie dyrektywa 2000/31/WE ma zastosowanie do usług o podwyższonej opłacie i do których z nich konkretnie.

Implementując przepisy dyrektywy wprowadzające zasadę kraju pochodzenia, państwa członkowskie (np. Niemcy) przewidziały zbyt wiele wyjątków, co spowodowało, że znikła zamierzona jasność co do prawa właściwego w sporach dotyczących transgranicznego handlu elektronicznego. W ten sposób wyjątki narodowe zredukowały znacząco „wartość dodaną”, jaką niosła ze sobą regulacja wspólnotowa.

Nie należy także zapominać, że sama zasada państwa pochodzenia, sformułowana w dyrektywie 2000/31/WE jako gwarancja swobody świadczenia usług i pewności prawnej przede wszystkim z punktu widzenia potrzeb dostawców, wzbudziła kontrowersje, gdyż stanowiła wyraz innego podejścia niż to, które znalazło odzwierciedlenie w rozwiązaniach chroniących konsumenta jako słabszą stronę stosunku prawnego, a znacząca część transakcji elektronicznych jest dokonywana między przedsiębiorstwami a konsumentami właśnie (B2C). Przepisy dyrektywy 2000/31/WE należy bowiem interpretować i stosować w powiązaniu z aktami zawierającymi normy kolizyjne i jurysdykcyjne.

Konwencja rzymska o prawie właściwym dla zobowiązań umownych²⁹ przewiduje, że w przypadku braku wyboru prawa przez strony umowy konsumenckiej prawem właściwym jest prawo państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu (art. 5 ust. 3). Rozporządzenie (WE) Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych³⁰ statuuje dla umów konsumenckich zasadę, zgodnie z którą konsument może wytoczyć powództwo przeciwko swemu kontrahentowi albo przed sądami państwa członkowskiego, na którego terytorium ten kontrahent ma miejsce zamieszkania, albo przed sądem miejscowości, w której konsument ma miejsce zamieszkania.

Zasada ta wywołała obawy przedsiębiorstw świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego o perspektywy rozwoju handlu elektronicznego, gdyż muszą się one liczyć z ryzykiem powstania sporu w każdym państwie członkowskim, a także mogą być zmuszone określać, do jakich

²⁹ Konwencja rzymska z dnia 19 czerwca 1980 o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, Dz. Urz. UE C 169 z 8.07.2005.

³⁰ Rozporządzenie (WE) Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. Urz. WE L 12 z 16.01.2001.

konsumentów (z których państw członkowskich) kierują swe usługi. Sytuacja ta jest jednak nieuniknioną konsekwencją konfliktu między dążeniem do rozwoju handlu elektronicznego przez tworzenie rozwiązań korzystnych dla dostawców usług społeczeństwa informacyjnego a uznawaniem za priorytet ochrony interesów konsumentów przez zapewnienie im dostępu do sądów miejsca zamieszkania.

1.4. Wpływ Internetu na pośrednictwo finansowe

W coraz większym stopniu proponuje się funkcjonalne, zunifikowane podejście do pośredników finansowych i rynku finansowego. Wychodzi się bowiem z założenia, że istota pośrednictwa finansowego nie ulega zmianie, zmieniają się natomiast formy instytucjonalne. W porównaniu do innych sektorów można powiedzieć, że rynki finansowe działają podobnie jak detaliści, a tradycyjni pośrednicy jak producenci lub hurtownicy. Produkty rynków finansowych są bardziej wystandaryzowane, produkty tradycyjnych pośredników bardziej „skrojone na miarę” i wymagające indywidualnego podejścia do klientów³¹.

Wartość dodana kreowana przez pośrednictwo finansowe nie była obecna w polu widzenia, gdyż mechanizm rynkowy był traktowany jako zewnętrzny. Jest to kluczowa kwestia dla zrozumienia znaczenia sektora finansowego w dobie Internetu, kiedy dotychczasowe rozgraniczenia (np. między bankowością komercyjną a inwestycyjną, między bankami a rynkiem) tracą ostrość, a technologia umożliwia realizację wielu funkcji przez firmy spoza sektora finansowego.

Ekonomia Internetu pozwala zobaczyć pewne elementy z nowej perspektywy. Asymetria informacji może być np. traktowana nie tylko jako niedoskonałość rynku, lecz właśnie jako przewaga konkurencyjna pośredników finansowych. Gdyby każda informacja była swobodna, nie byłoby bodźców do inwestowania w kosztowne technologie IT (problem *free riding*). Informacja jest kluczowym czynnikiem produkcji nowoczesnych usług finansowych i formułowania strategii pośrednictwa finansowego.

Panuje przekonanie, że odpośredniczenie (*disintermediation*) nie grozi nam także w epoce Internetu i zawsze będzie potrzebne pośrednictwo

³¹ Por. Lin Lihui, Geng Xianjun, A. Whinston, *A New Perspective to Finance and Competition and Challenges for Financial Institutions in the Internet Era*, Center for Research in Electronic Commerce, The University of Texas at Austin 2002.