Ochrona konsumencka dla niektórych przedsiębiorców. Rozwiązanie godne pochwały czy chybiony pomysł legislacyjny?

Celem artykułu jest ocena nowych przepisów rozszerzających ochronę konsumencką na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi. O ile cel nowej regulacji należy uznać za słuszny, jego realizacja może budzić zastrzeżenia. Nowa regulacja ma bowiem charakter selektywny i nie prowadzi do objęcia przedsiębiorców konsumentów ochroną instytucjonalną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowi ona w istocie rozwiązanie pośrednie między uznaniem osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą w określonych okolicznościach nie za przedsiębiorców, lecz za konsumentów, a przyznaniem ochrony konsumenckiej podmiotom, które są przedsiębiorcami. Dodatkowo nowa regulacja nie jest w pełni skorelowana z definiującym konsumenta art. 22¹ kodeksu cywilnego, co może prowadzić do problemów w praktyce stosowania tych przepisów. W związku z powyższym nowe przepisy wymagają zmiany. Należy również rozważyć bardziej kompleksowe podejście do problemu rozszerzenia ochrony konsumenckiej na przedsiębiorców, mając na uwadze problem asymetrii pozycji rynkowej występujący również w relacjach między przedsiębiorcami.

SŁOWA KLUCZOWE: konsument, przedsiębiorca, ochrona konsumencka, przedsiębiorca konsument, osoba fizyczna

Consumer protection for some entrepreneurs. A praiseworthy solution or unsuccessful legislative idea?

The aim of this article is to evaluate the new provisions extending consumer protection to entrepreneurs who are natural persons. While the purpose of the new regulation should be considered legitimate, its implementation may raise objections. Namely, the new regulation has a selective character and does not lead to institutional protection for entrepreneurs-consumers pursuant to the Anti-Trust and Consumer Protection Act. This regulation constitutes in fact a halfway solution between the recognition of natural persons conducting economic activity in certain circumstances not as entrepreneurs but as consumers on the one hand and the granting of consumer protection to persons that are (in the strict sense) entrepreneurs on the other hand. Additionally, the new regulation is not fully correlated with the provision of article 22¹ of the Polish Civil Code defining the concept of consumer, which may lead to problems in the application of these provisions. For the above reasons the new provisions need to be changed. It is also recommended to consider a more holistic approach to the problem of extending consumer protection to entrepreneurs, taking into account the problem of market position asymmetry, which is common also in relations between entrepreneurs.

KEY WORDS: consumer, entrepreneur, consumer protection, entrepreneur-consumer, natural person

* **Dr hab. Piotr Marcin Wiórek, LL.M.**, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, piotr.wiorek@uwr.edu.pl, <http://orcid.org/0000-0003-2478-8341>

I. Uwagi wstępne

Dnia 31 lipca 2019 r. została uchwalona ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych¹, zwana w skrócie ustawą deregulacyjną². Przewidziano w niej m.in. zmianę ustawy z dnia 24 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny³ [dalej: k.c.] oraz ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta [dalej: u.p.k.]⁴ polegającą na selektywnym, bo ograniczonym do pojedynczych przepisów, rozszerzeniu cywilnoprawnej ochrony konsumenckiej na niektóre kategorie przedsiębiorców — osoby fizyczne zawierające umowy bezpośrednio związane z ich działalnością gospodarczą, gdy z treści tych umów wynika, że nie mają one dla nich charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nie działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Przepisy te wejdą w życie w dniu 1 czerwca 2020 r.⁵

Celem niniejszego artykułu jest ocena nowej regulacji, w szczególności odpowiedź na pytania, czy jest ona celowa, dopuszczalna, właściwa (prawidłowa, optymalna) pod względem jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego oraz wystarczająca⁶.

II. Historia prac nad projektem ustawy i treść przepisów

Przed przystąpieniem do właściwych rozważań na temat nowej regulacji należy w skrócie przedstawić historię prac nad projektem ustawy na etapie prac legislacyjnych Rady Ministrów. Projekt opracowało Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii i był on procedowany pod numerem z wykazu UD494. Na tym etapie prac opracowano

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1495.

² Projekt tej ustawy wpłynął do Sejmu RP 12 lipca 2019 r. (druk nr 3622).

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 287, ze zm.

⁵ Art. 86 pkt 5 ustawy deregulacyjnej. Art. 70 ustawy deregulacyjnej stanowi przepis przejściowy, zgodnie z którym nowych przepisów kodeksu cywilnego i ustawy o prawach konsumenta chroniących przedsiębiorców jednoosobowych nie stosuje się do umów zawartych przed 1 czerwca 2020 r.

⁶ Niniejszy artykuł stanowi powtórzenie i rozwinięcie uwag autora sformułowanych w ramach projektu opinii Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów o projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych przyjętej w trybie obiegowym w 28 lipca 2019 r., po uprzednim jej omówieniu na posiedzeniu Rady Legislacyjnej 5 lipca 2019 r. *Vide* opinia Rady Legislacyjnej RL-033-19/19, dostępna na stronie <<https://radalegisacyjna.gov.pl/opinie/>>, dostęp 25 VII 2019 [dalej: opinia RL-033-19/19].

łącznie trzy wersje projektu wraz z uzasadnieniem i oceną skutków regulacji (z 20 marca 2019 r., z 23 maja 2019 r. oraz projekt w wersji przyjętej przez Radę Ministrów 9 lipca 2019 r.⁷), dostępne na stronach Rządowego Centrum Legislacji⁸, w tym ostatnią, skierowaną do Sejmu RP.

W wersji z 20 marca 2019 r.⁹ oraz z 23 maja 2019 r.¹⁰ w projekcie ustawy deregulacyjnej przewidywano dodanie do art. 22¹ k.c. nowego § 2 o następującej treści¹¹: „§ 2. Przepisy o ochronie konsumentów stosuje się do przedsiębiorcy, będącego osobą fizyczną, dokonującego czynności prawnej z innym przedsiębiorcą, gdy z treści tej czynności wynika, że nie posiada ona dla niego charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez niego działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.” W pierwotnych wersjach projektu ustawy deregulacyjnej przewidywano zatem wprowadzenie do art. 22¹ k.c. przepisu o charakterze ogólnym, stanowiącego w istocie rozwinięcie definicji konsumenta. Dodatkowo w pierwszej i drugiej wersji projektu ustawy deregulacyjnej przewidywano zmianę art. 4 pkt 12 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów [dalej: u.o.k.i.k.]¹² przez wprowadzenie nowej definicji konsumenta, obejmującej również przedsiębiorców, do których stosuje się przepisy o ochronie konsumentów na podstawie kodeksu cywilnego¹³, co oznaczało rozszerzenie ochrony konsumenckiej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na tę kategorię przedsiębiorców.

Ostatecznie jednak projektodawca zdecydował się na dokonanie punktowej regulacji w kilku artykułach kodeksu cywilnego oraz w jednym artykule ustawy o prawach konsumenta, świadomie rezygnując z objęcia przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, którzy działają w warunkach określonych w tych przepisach, ochroną konsumencką na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁴. Ustawą deregulacyjną rozszerzono ochronę konsumencką przewidzianą w przepisach o niedozwolonych postanowieniach umownych (klauzulach abuzywnych), zawartych w art. 385¹–385³ k.c., oraz w przepisach o rękojmi za wady przy umowie sprzedaży, zawartych w art. 556–576 k.c., a także w przepisach ustawy o prawach konsumenta regulujących prawo odstąpienia od

⁷ W uproszczeniu: projekt z 9 lipca 2019 r. Ilekroć w niniejszym artykule jest mowa o projekcie ustawy deregulacyjnej lub o jej uzasadnieniu bez wskazania daty projektu, chodzi o projekt i jego uzasadnienie w ostatecznej wersji przyjętej przez Radę Ministrów 9 lipca 2019 r., a więc w wersji skierowanej do Sejmu RP.

⁸ Strona internetowa Rządowego Centrum Legislacji, <<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321366>>, dostęp 25 VII 2019.

⁹ Art. 2 pkt 1 projektu z 20 marca 2019 r.

¹⁰ Art. 3 pkt 1 projektu z 23 maja 2019 r.

¹¹ Dotychczasowa treść przepisu art. 22¹ k.c. została natomiast oznaczona jako § 1.

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 369, ze zm.

¹³ Art. 45 pkt 1 projektu z 20 marca 2019 r. oraz art. 51 pkt 1 projektu z 23 maja 2019 r. nadawały nowe brzmienie definicji konsumenta z art. 4 pkt 12 u.o.k.i.k., nakazując rozumieć pod tym pojęciem „konsumenta w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025, ze zm.) oraz przedsiębiorcę, do którego stosuje się przepisy o ochronie konsumentów na podstawie przepisów ustawy — Kodeks cywilny”.

¹⁴ *Vide* opinia RL-033-19/19.

umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa (nowy art. 38a u.p.k.) na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi zawierającymi umowę w sytuacjach (i warunkach) określonych w tych przepisach. Przepisy te stosuje się bowiem do „osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”. Dodatkowo nowo wprowadzony art. 576⁵ k.c. umożliwia dochodzenie roszczeń regresowych sprzedawcy wobec poprzednich sprzedawców w związku z wadą rzeczy sprzedanej, jeżeli sprzedawca poniósł koszty wykonania uprawnień z tytułu rękojmi przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi objętymi ochroną konsumencką¹⁵.

III. Cel nowej regulacji

Wprowadzając nowe przepisy, ustawodawca wyszedł z założenia, że niezgodne z doświadczeniem życiowym jest „uznawanie, że każdy przedsiębiorca osoba fizyczna,

¹⁵ Treść nowych przepisów jest następująca:

1. Zmiany w Kodeksie cywilnym (art. 1 pkt 1–3 ustawy deregulacyjnej):

„Art. 385⁵. Przepisy dotyczące konsumenta, zawarte w art. 3851–3853, stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”.

„Art. 556⁴. Zawarte w niniejszym dziale przepisy dotyczące konsumenta, z wyjątkiem art. 558 § 1 zdanie drugie, stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Art. 556⁵. Przepisów art. 563 oraz art. 567 § 2 dotyczących kupującego nie stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.”

„Art. 576⁵. Przepisy dotyczące konsumenta, zawarte w niniejszym dziale, stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”.

2. Zmiany w ustawie o prawach konsumenta (art. 55 ustawy deregulacyjnej):

„Art. 38a. Przepisy dotyczące konsumenta zawarte w niniejszym rozdziale stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla tej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”.

bez względu na przedmiot umowy, jest profesjonalistą, co skutkuje brakiem ochrony konsumenckiej nawet wtedy, gdy faktycznie przedsiębiorca zawiera daną umowę poza swoją profesją”¹⁶. Dodatkowo w projekcie ustawy deregulacyjnej podkreśla się, że konieczność rozszerzenia ochrony konsumenckiej na osoby fizyczne będące przedsiębiorcami wynika z motywu 17 preambuły do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów [dalej: dyrektywa 2011/83/UE], a rozwiązania takie przyjęte zostały już w kilku państwach członkowskich UE¹⁷. Dlatego też wprowadzane ustawą deregulacyjną zmiany w kodeksie cywilnym oraz w ustawie o prawach konsumenta mają na celu objęcie ochroną konsumencką „osoby fizycznej, która zawiera z innym przedsiębiorcą umowę związaną bezpośrednio z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą lub zawodową, lecz nieposiadającą dla niej charakteru zawodowego. Przedsiębiorcy ci byłiby objęci ochroną przewidzianą dla konsumentów, w zakresie stosowania klauzul abuzywnych, rękojmi za wady oraz w zakresie prawa odstąpienia od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta)”¹⁸.

Nowo wprowadzane przepisy — jak podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy deregulacyjnej — mają rozwiązać problem polegający na tym, „że osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, zawierając umowę z innym przedsiębiorcą — profesjonalistą (oferującym świadczenie z zakresu swojej branży lub specjalizacji), jest traktowana także jako podmiot profesjonalny, nawet wtedy, gdy umowa ta

¹⁶ *Vide* ocenę skutków regulacji [dalej: OSR] do projektu z 8 lipca 2019 r., s. 2–3.

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 64).

W OSR do projektu z 8 lipca 2019 r., s. 13 projektodawca wskazuje, że: „W motywie 17 preambuły do Dyrektywy PE i Rady 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów napisano, że: «Definicja konsumenta powinna obejmować osoby fizyczne działające w celach niezwiązanych z ich działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonywaniem wolnego zawodu. Jednakże w przypadku umów o podwójnym charakterze, gdy umowa zawierana jest w celach, które częściowo są związane z działalnością handlową danej osoby, a częściowo nie są z nią związane, a cel handlowy jest do tego stopnia ograniczony, że nie jest dominujący w ogólnym kontekście umowy, taka osoba również powinna być uznawana za konsumenta». Podobnie w pkt 16 preambuły do Rozporządzenia PE i Rady 2018/302 w sprawie nieuzasadnionego blokowania geograficznego oraz innych form dyskryminacji klientów ze względu na przynależność państwową, miejsce zamieszkania lub miejsce prowadzenia działalności na rynku wewnętrznym, dostrzega się także to, że przedsiębiorcy, szczególnie z sektora MŚP, w pewnych stosunkach prawnych powinni być traktowani tak samo jak konsumenci (gdy są tzw. użytkownikami końcowymi towaru lub usługi).

Rozwiązania prawne, w których zakłada się stosowanie instrumentów ochrony konsumenckiej w czynnościach prawnych zawieranych między przedsiębiorcami, stosują np. Francja, Niemcy, Dania, Słowacja, Grecja, Włochy. We Francji np. ochroną, tak jak konsument, objęty jest przedsiębiorca zawierający czynność prawną z innym przedsiębiorcą, jeśli jej przedmiot nie jest związany z jego główną działalnością gospodarczą”.

¹⁸ *Vide* OSR do projektu z 8 lipca 2019 r., s. 7.

nie jest bezpośrednio związana z branżą lub specjalizacją, którą ta osoba wykonuje/reprezentuje”. W praktyce bowiem „Wystawienie faktury za towar lub usługę «na firmę» jest równoznaczne z uznaniem, że dokonano tego w ramach obrotu z udziałem obu podmiotów profesjonalnych (każda czynność prawna potwierdzona fakturą wystawioną na przedsiębiorcę jest uznawana za czynność bezpośrednio związaną z jego działalnością gospodarczą lub zawodową). Rodzi to dysproporcję w zakresie praw i obowiązków podmiotów występujących w danej czynności prawnej. Przedsiębiorca dokonujący czynności prawnej z innym przedsiębiorcą, gdy nie dysponuje on odpowiednią wiedzą i doświadczeniem koniecznym do oceny przedmiotu tej czynności, nie może korzystać z ochrony konsumenckiej, mimo że znajduje się w tym zakresie w tej samej sytuacji, w jakiej znajduje się konsument (z założenia podmiot nieprofesjonalny)”¹⁹.

Ustawodawca, odnosząc się w nowych przepisach do zawierania między przedsiębiorcami umowy, która dla jednej ze stron, czyli przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, nie ma charakteru zawodowego, odwołuje się do wyrażenia „charakter zawodowy” zawartego w art. 355 § 2 k.c., który to przepis wyznacza miernik należytej staranności oczekiwanej od przedsiębiorcy jako dłużnika. W uzasadnieniu projektu podkreśla się, że: „Przedsiębiorca byłby traktowany w określonych sytuacjach jak konsument jedynie przy zawieraniu umów nieposiadających dla niego charakteru zawodowego, których nie zawiera w ramach dokonywanych codziennie czynności wynikających z przedmiotu działalności gospodarczej, który wskazał w CEIDG. CEIDG jest powszechnie dostępnym źródłem informacji o przedsiębiorcach będących osobami fizycznymi. Tym samym ułatwiona byłaby weryfikacja tego, czy dana czynność wchodzi w zakres czynności zawodowo podejmowanych w ramach rzeczywiście wykonywanej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej”²⁰.

IV. Ocena nowej regulacji

1. Ogólna ocena celowości i dopuszczalności wprowadzenia nowych przepisów

Generalnie rzecz ujmując, dokonywane ustawą deregulacyjną zmiany w kodeksie cywilnym oraz w ustawie o prawach konsumenta zasługują na aprobatę, jeżeli chodzi o ich kierunek. Ochrona przedsiębiorców będących osobami fizycznymi dokonującymi czynności prawnej, która nie mieści się w ramach ich branżowej aktywności, jest bowiem — co do zasady — celowa. Osoby fizyczne będące przedsiębiorcami, zwłaszcza mikroprzedsiębiorcy, często znajdują się w obrocie handlowym w podobnych sytuacjach jak konsumenci, a więc są słabszą stroną stosunków prawnych nawiązywanych z drugą stroną transakcji, czyli przedsiębiorcą, który ma wobec nich silniejszą pozycję

¹⁹ Uzasadnienie projektu, s. 3.

²⁰ Uzasadnienie projektu, s. 3–4.

rynkową, ekonomiczną, negocjacyjną i w zakresie dostępu do informacji²¹. Sytuacje takie cechuje nierównowaga stron i asymetria ich pozycji rynkowej, dlatego też w takich sytuacjach można w uproszczeniu określać przedsiębiorców będących osobami fizycznymi jako przedsiębiorców konsumentów.

Należy podkreślić, że rozszerzenie ochrony konsumenckiej na przedsiębiorców jest dopuszczalne z perspektywy prawa unijnego i to mimo występującej w nim tendencji do maksymalnej (całkowitej) harmonizacji przepisów wspólnotowych dotyczących ochrony konsumentów²². Co więcej, dopuszczalność ta nie wynika z przywołanego w cytowanym uzasadnieniu projektu ustawy deregulacyjnej motywu 17 preambuły do dyrektywy 2011/83/UE, który dotyczy tzw. czynności prawnych o podwójnym celu (*dual use*), ewentualnie umów o podwójnym charakterze, a dokładniej sytuacji, w których podmiot prawa (a w przypadku regulacji polskiej osoba fizyczna) dokonuje czynności prawnej do realizacji zarówno swoich celów zawodowych lub gospodarczych, jak i prywatnych. Klasycznym i często przywoływanym w doktrynie przykładem jest zakup samochodu osobowego przez przedstawiciela wolnego zawodu (np. adwokata), który to samochód osoba ta chce używać zarówno podczas podróży służbowych, jak i do celów prywatnych²³.

Właściwszą podstawę dla rozszerzenia ochrony konsumenckiej na inne podmioty, w tym przedsiębiorców, stanowi motyw 13 zd. 3 preambuły do dyrektywy 2011/83/UE, zgodnie z którym „Państwa członkowskie mogą na przykład postanowić o rozszerzeniu stosowania przepisów niniejszej dyrektywy na osoby prawne lub osoby fizyczne, które nie są «konsumentami» w rozumieniu niniejszej dyrektywy, takie jak: organizacje pozarządowe, przedsiębiorstwa rozpoczynające działalność lub małe i średnie przedsiębiorstwa”²⁴.

W odniesieniu do pozostałych dyrektyw, również tych, w których dokonano całkowitej harmonizacji uregulowanych w nich materii, dopuszczalne jest rozszerzenie przewidzianej w nich ochrony na przedsiębiorców „w sytuacji, gdy dyrektywy stosuje się

²¹ Na temat różnic między pozycją rynkową konsumenta i będącego profesjonalistą w ramach dokonywanych czynności przedsiębiorcy *vide* np. J. Dybińska, A. Jakubowski, P. Mikłaszewicz, A. Orzeł-Jakubowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, wyd. 22, Legalis/el., Warszawa 2019, art. 22¹, nb 5 i 6 i przywołany tam wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 września 2005 r. w sprawie o sygn. akt K 38/04 oraz literaturę przedmiotu.

²² Obszernie na temat tendencji do całkowitej harmonizacji unijnych przepisów z zakresu ochrony konsumentów (*Tendenz zur Vollharmonisierung*) *vide* J. Fritzsche, [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil. Einl zum BGB; §§ 1–14; Verschollenheitsgesetz, Neubearbeitung 2018 von Jörg Fritzsche, Heinrich Honsell, Bernd Kannowski*, red. H. Roth, Berlin 2018, Vorbem zu §§ 13, 14, nb 19.

²³ *Vide* więcej na ten temat J. Fritzsche, *op. cit.*, § 13, nb 44 i n.

²⁴ Na dopuszczalność rozszerzenia obowiązywania reżimu ochronnego dyrektywy 2011/83/UE *ratione personae* zwraca słusznie uwagę P. Mikłaszewicz, [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, red. K. Osajda, wyd. 2, Legalis/el., Warszawa 2019, art. 1, nb 5.1. Należy również podkreślić, że w motywie 13 preambuły dyrektywy 2011/83/UE wyraźnie dopuszczono rozszerzenie jej reżimu ochronnego także w zakresie przedmiotowym, a więc objęcie przepisami prawa krajowego umów nieobjętych zakresem jej zastosowania, a więc umów, które nie są „umowami zawieranym na odległość” (*vide* motyw 13 zd. 2 i 4 preambuły dyrektywy 2011/83/UE).

wyłącznie do umów zawieranych z konsumentami, pod warunkiem że nie naruszy to przepisów traktatowych, w szczególności tych dotyczących podstawowych wolności rynkowych”²⁵. Wówczas nie dochodzi bowiem — jak słusznie podkreśla się w doktrynie — „do podwyższenia poziomu ochrony przewidzianej dyrektywą, lecz do przyjęcia regulacji w sferze nieobjętej zakresem zastosowania dyrektywy”²⁶.

Należy jednak zwrócić uwagę na to, że czym innym jest rozszerzanie ochrony konsumenckiej na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, jak jest — przynajmniej w założeniu — w nowej regulacji, a czym innym doprecyzowanie czy też rozwinięcie definicji konsumenta, co było pierwotnym zamiarem projektodawcy. Rozszerzając ochronę konsumencką na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, powinno się to czynić w sposób pozwalający uniknąć jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych przy stosowaniu nowej regulacji. Tymczasem nowe przepisy nie zostały w pełni skorelowane z art. 22¹ k.c., a przez to ich stosowanie może wywoływać szereg problemów w praktyce. Tak naprawdę stanowią one rozwiązanie pośrednie między przyjęciem, że w określonych sytuacjach należy traktować przedsiębiorcę jak konsumenta, a więc że w takich sytuacjach przestaje on być *de facto* przedsiębiorcą, a wariantem, w którym rozszerza się ochronę konsumencką na podmioty, których kwalifikacja jako przedsiębiorców nie budzi wątpliwości.

Dodatkowe zastrzeżenia natury ogólnej budzi punktowy i selektywny charakter nowej regulacji, przejawiający się nie tylko w ograniczeniu prywatnoprawnej ochrony konsumenckiej dla przedsiębiorców konsumentów do ochrony w zakresie stosowania klauzul abuzywnych, rękojmi za wady oraz w zakresie prawa odstąpienia od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa, lecz przede wszystkim w świadomej rezygnacji przez projektodawcę z objęcia przedsiębiorców konsumentów instytucjonalną ochroną konsumencką o charakterze publicznoprawnym, realizowaną na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez prezesa UOKiK oraz rzeczników powiatowych²⁷. Pozbawia to przedsiębiorców będących osobami fizycznymi ochrony na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w sytuacjach, w których taka ochrona ze względów aksjologicznych leżących u podstaw projektu byłaby zasadna. Jak zwrócono bowiem uwagę w opinii Rady Legislacyjnej, „Można przecież wyobrazić sobie sytuacje, w których zastosowanie przepisów u.o.k.i.k. o zakazie stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów oraz o praktykach naruszających zbiorowe interesy konsumentów również do przedsiębiorców chronionych na gruncie k.c. jak konsumenci byłoby celowe”, np. w przypadku naruszenia wspomnianych przepisów przez „przedsiębiorcę posiadającego silną pozycję rynkową w stosunku do przedsiębiorców-osób fizycznych, do których adresowane są produkty lub usługi” (odpowiednio) sprzedawane lub świadczone przez tego przedsiębiorcę (np. oferta kredytowa adresowana do adwokatów i radców prawnych)²⁸.

²⁵ Tak słusznie J. Dybińska, A. Jakubowski, P. Mikłaszewicz, A. Orzeł-Jakubowska, *op. cit.*, art. 22¹, nb 13.1. i przywołany tam wyrok TSUE z 14 marca 1991 r. w sprawie Di Pinto, C-361/89.

²⁶ *Vide* J. Dybińska, A. Jakubowski, P. Mikłaszewicz, A. Orzeł-Jakubowska, *op. cit.*, art. 22¹, nb 13.1.

²⁷ *Vide* uzasadnienie projektu, s. 4.

²⁸ *Vide* opinia RL-033-19/19, przypis 49.

2. Problem zakresu podmiotowego nowej regulacji i relacji nowych przepisów do definicji konsumenta z art. 22¹ k.c.

Jak już wspomniano, projektodawca w ostatecznej wersji projektu ustawy deregulacyjnej skierowanego do Sejmu RP zrezygnował ze swego rozwinięcia definicji konsumenta w nowym art. 22¹ § 2 k.c., decydując się na rozszerzenie ochrony konsumenckiej — w jedynie wybranych obszarach — na osoby fizyczne zawierające umowy bezpośrednio związane z ich działalnością gospodarczą, gdy z treści tych umów wynika, że nie mają one dla nich charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nie działalności, udostępnionego w CEIDG.

Takie ujęcie podmiotowe nowych przepisów oznacza — co zresztą potwierdzono w uzasadnieniu projektu — że zamiarem ustawodawcy było rozciągnięcie ochrony konsumenckiej na wybrane kategorie przedsiębiorców, co wynika wprost z bezpośredniego związku zawieranej umowy z działalnością gospodarczą tych osób fizycznych. Ale właśnie to posłużenie się w nowych przepisach przysłówkiem „bezpośrednio” może wywoływać niepotrzebne problemy praktyczne przy ich stosowaniu, zwłaszcza gdy zestawia się je z definicją konsumenta zawartą w art. 22¹ k.c., gdzie przysłówek „bezpośrednio” również odgrywa istotną rolę. Co więcej, nowe przepisy można nawet interpretować w ten sposób, że pod względem funkcjonalnym nie stanowią one znaczącej zmiany i że jedynie zredefiniowano w nich pojęcie konsumenta na potrzeby ich zastosowania. Już w odniesieniu do stosowania art. 22¹ k.c. zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie (krajowym i europejskim) dokonuje się rozróżnienia między działaniem osoby fizycznej jako przedsiębiorcy a występowaniem jej w obrocie jako konsumenta, wykorzystując kryterium bezpośredniego związku dokonywanej przez nią czynności prawnej z jej działalnością gospodarczą lub zawodową i nadając temu kryterium charakter obiektywny. W rezultacie, jak podkreśla się w doktrynie, osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą lub zawodową „zostanie uznana za konsumenta, jeśli działa poza ramami swojej działalności profesjonalnej, w celach niezwiązanych z prowadzoną działalnością gospodarczą lub zawodową”²⁹.

²⁹ Krytykę taką wobec projektu w jego pierwotnej wersji wyrazili J. Dybińska, A. Jakubowski, P. Miklaszewicz, A. Orzeł-Jakubowska, *op. cit.*, art. 22¹, nb 28. Jak natomiast podkreśla J.P. Naworski, w definicji konsumenta z art. 22¹ k.c. pojęcie konsumenta ujęto szeroko, „gdyż jest nim także przedsiębiorca wówczas, gdy dokonuje czynności prawnej z innym przedsiębiorcą pośrednio związanej z jego działalnością gospodarczą”; *vide* J.P. Naworski, *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 1, s. 37–38. Autor ten, analizując zagadnienie, „czy ochroną konsumencką objęta jest osoba fizyczna zawierająca umowę dla potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej, która wykracza poza zwykły zakres wykonywanych w jej ramach czynności”, szeroko omawia problematykę bezpośredniego związku czynności z działalnością gospodarczą przedsiębiorcy, przedstawiając występujące w doktrynie prawa poglądy (a także analizując relewantne orzecznictwo), w tym występujące w niej pojęcie bezpośredniego związku *in abstracto* oraz *in concreto*. Autorzy przyjmujący kryterium bezpośredniego związku *in abstracto* stoją na stanowisku, że „z zakresu ochrony konsumenckiej należy wykluczyć *a priori* osoby, które zawierają umowę na użytek profesjonalny, czyli wszystkie transakcje przyczyniające się do osiągnięcia celu gospodarczego przedsiębiorcy, bez względu na jej przedmiot”. Natomiast zwolennicy posługiwania się kryterium bezpośredniego związku *in concreto*

Natomiast w nowo wprowadzonych przepisach podkreślono — w istocie w opozycji do definicji konsumenta — bezpośredni związek umów zawieranych przez przedsiębiorców będących osobami fizycznymi z ich działalnością gospodarczą, umożliwiając jednak objęcie tych osób ochroną konsumencką, jeżeli umowy te nie mają dla nich zawodowego (profesjonalnego)³⁰ charakteru. W ten sposób nowa regulacja łagodzi wywołaną — przez podkreślenie bezpośredniego związku zawieranej umowy z działalnością gospodarczą osoby fizycznej — konfuzję, „przy czym niewystępowanie po stronie przedsiębiorcy-osoby fizycznej cechy zawodowości (profesjonalizmu), jako przesłanki umożliwiającej objęcie jej ochroną konsumencką, Projektodawca osiąga przez utożsamienie zawodowości (profesjonalizmu) z branżą, w której działa przedsiębiorca-osoba fizyczna”³¹. Rozwiązanie takie budzi jednak zastrzeżenia, ponieważ — jak już wspomniano — w dotychczas obowiązującej regulacji przyjmuje się, że występowanie przez osobę fizyczną będącą przedsiębiorcą poza ramami jej działalności profesjonalnej, rozumianej właśnie jako działalność branżowa, uznawane jest za działanie — w odniesieniu do definicji konsumenta — niezwiązane bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową³².

uważają, że należy każdorazowo badać, „czy umowa została zawarta w dziedzinie, w której przedsiębiorca jest rzeczywistym profesjonalistą”. Zgodnie z tą drugą koncepcją chodzi zatem „o objęcie ochroną konsumencką stroną umowy, która nie dysponuje doświadczeniem zawodowym odnoszącym się do danej transakcji, czyli występuje w pozycji z gruntu słabszej” (*vide* J.P. Naworski, *op. cit.*, s. 38; należy przy tym dodać, że J.P. Naworski pozycjonuje się jako zwolennik posługiwania się kryterium bezpośredniego związku *in abstracto*; *vide ibidem*, s. 48–49, 50).

Jak więc widać, nowa regulacja prowadzi do rezultatu, który można uzyskać obecnie, posługując się kryterium bezpośredniego związku *in concreto*, przy czym zawężono w niej zakres ochrony do punktuowo objętych nią sytuacji, co może prowadzić do konfuzji i do powstania problemów interpretacyjnych przy stosowaniu przepisów prywatnoprawnych chroniących konsumentów, na co zwracam uwagę w niniejszym artykule.

³⁰ Tak rozumianego zawodowego charakteru nie należy jednak utożsamiać z działalnością zawodową, która stanowi odmianę działalności gospodarczej i której wyróżnikiem jest to, że może być ona wykonywana wyłącznie przez osoby fizyczne. Problem jest szeroko omawiany w opracowaniach z zakresu prawa cywilnego poświęconych pojęciu konsumenta i przedsiębiorcy. W takim ujęciu wyrażenie „działalność zawodowa” stanowi w literaturze przedmiotu swego rodzaju synonim pojęcia „działalność gospodarcza”. W drugim zaś ujęciu „zawodowość” jest utożsamiana z niepisaną cechą działalności gospodarczej, jaką jest jej profesjonalizm. Z nowszej literatury przedmiotu *confer* Ł. Zelechowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el., Warszawa 2019, art. 43¹, nb 33.

³¹ *Vide* opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

³² Nie można zgodzić się z krytyką wyrażoną przez T. Pajora, który wyraża obawę, że rozróżnianie bezpośredniego i pośredniego związku czynności prawnej (umowy) z działalnością gospodarczą osoby fizycznej może być wykorzystywane do nadmiernego rozszerzania pojęcia konsumenta. Autor ten podnosi, że „W szczególności nie byłoby uzasadnione uznawanie czynności dokonanych w zakresie przedsiębiorstwa za związane tylko pośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową przedsiębiorcy z tego względu, że działał on poza swą specjalnością lub kompetencją (np. księgarz nabył system alarmowy do księgarni). Wypada zauważyć, że w takim wypadku przedsiębiorca powinien (i na ogół jest w stanie) zapewnić sobie pomoc odpowiedniego specjalisty, nie może więc powoływać się na swą niekompetencję i domagać się ochrony konsumenckiej”; *vide* T. Pajor, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część Ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, LEX/el., Warszawa 2014, art. 22¹, nb 27.

Nowe przepisy prowadzą zatem do tego samego rezultatu, jaki można było do tej pory (i nadal można) osiągnąć, stosując art. 22¹ k.c. Tym samym ustawodawca, chcąc poprawić sytuację przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, zdecydował się na karkołomny zabieg, tworząc rozwiązanie *de facto* hybrydalne. W istocie bowiem chciał on osiągnąć efekt zbliżony do pierwotnego, czyli uznać w określonych okolicznościach osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą za konsumentów. Używając przysłówka „bezpośrednio”, nakazuje ich jednak (nadal) traktować jako przedsiębiorców, do których (jednak) stosuje się przepisy chroniące konsumentów. Co więcej, nowa regulacja — nawet jeżeli przyjmie się, nieco na siłę i mimo podniesionych zastrzeżeń, jej klaryfikujący i rozwiewający wszelkie ewentualne wątpliwości³³ charakter — nakazująca stosowanie wobec przedsiębiorców osób fizycznych przepisów o klauzulach abuzywnych, przepisów o rękojmi oraz przepisów o odstępowaniu od umów zawieranych na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa, które do tej pory służyły wyłącznie ochronie konsumentów, nie rozwiąże niestety problemów interpretacyjnych związanych z uznaniem takich osób za konsumentów w zakresie nieobjętym tą regulacją.

O ile bowiem użycie w nowych przepisach orzecznika „bezpośrednio” czyni zbytecznym ustalanie w sytuacjach granicznych, czy i kiedy osoby fizyczne dokonują danej czynności prawnej w konstelacjach pośrednio związanych z ich działalnością gospodarczą, a więc zasługują na ogólną ochronę konsumencką na podstawie art. 22¹ k.c. jako zwyczajni konsumenci³⁴, o tyle w pozostałych przypadkach uczestnictwa przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w obrocie, a więc w zakresie nieobjętym nową regulacją, „nadal będzie trzeba stosować art. 22¹ k.c. w celu ustalenia, czy dana czynność prawna osoby fizycznej ma dla niej charakter bezpośrednio czy pośrednio związany z jej działalnością gospodarczą i czy w związku z ową «pośredniością» można uznać ją za konsumenta (ewentualnie szerzej: za uczestnika obrotu powszechnego), a zatem nie stosuje się do takiej osoby fizycznej przepisów dotyczących przedsiębiorców lub odwołujących się do prowadzenia działalności gospodarczej (w tym przepisów o przedawnieniu roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej)”³⁵.

Jak podkreśla Rada Legislacyjna, „Wprowadzenie cechy «bezpośredniości» związku danej umowy z działalnością gospodarczą, łagodzonego przez brak jej zawodowego

³³ Zwłaszcza w sytuacji, gdy dana osoba fizyczna zawierająca umowę niezwiązaną z jej branżą prosi o wystawienie na nią jako kupującego faktury „na firmę”, a więc ujawni jej zamiar występowania w obrocie — przynajmniej formalnie, do celów podatkowych — jako przedsiębiorca. Należy jednak pamiętać, że dotychczas w doktrynie przyjmowano, że uzgodnienie między stronami, że zapłata nastąpi na podstawie wystawionej przez sprzedawcę faktury VAT, pozwalało na przyjęcie, że dana czynność wykazuje bezpośredni związek z działalnością gospodarczą przedsiębiorcy, pozbawiając go ochrony konsumenckiej (*vide* J.P. Naworski, *op. cit.*, 38). A zatem *de facto* nowa regulacja zaburza dotychczasowe rozumienie pojęcia przedsiębiorcy i konsumenta i w istocie pozwala przedsiębiorcy będącemu osobą fizyczną „zjeść ciastko i mieć ciastko”, skoro, jak należy rozumieć, otrzymując fakturę, będzie mógł on wliczyć zakup danego towaru w koszty swojej działalności gospodarczej, korzystając jednocześnie z ochrony konsumenckiej.

³⁴ Do którego to wniosku dojdziemy, posługując się opisanym wcześniej w przyp. 29 kryterium bezpośredniego związku *in concreto*.

³⁵ Opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

(branżowego) charakteru w celu uzyskania efektu takiego samego, jak przy «pośredniości» związku z działalnością gospodarczą albo braku takiego związku na gruncie stosowania art. 22¹ k.c., prowadzi do niepotrzebnych rozbieżności i może w rezultacie negatywnie wpływać i komplikować praktykę stosowania art. 22¹ k.c.»³⁶

Należy wreszcie, co podkreśla Rada Legislacyjna, stanowczo stwierdzić, że skoro sam brak zawodowego (branżowego) charakteru umowy zawieranej przez osobę fizyczną w związku z jej działalnością gospodarczą pozwala zgodnie z nową regulacją traktować taką osobę jak konsumenta, posłużenie się w nowo wprowadzanych przepisach przysłówkiem „bezpośrednio” jest w istocie zbyteczne³⁷. Osoba fizyczna zawierająca umowę związaną z jej działalnością gospodarczą będzie bowiem traktowana jak konsument nawet wówczas, gdyby umowa ta nie była bezpośrednio związana z tą działalnością, bo decydujący dla ochrony konsumenckiej jest brak zawodowego (branżowego) charakteru tej umowy³⁸. Usunięcie z nowych przepisów przysłówka „bezpośrednio” pozwoli — jak podkreśla Rada Legislacyjna — o tyle skorelować nowe przepisy z art. 22¹ k.c., że „brak zawodowego (branżowego) charakteru umowy będzie stanowić odpowiednik braku jej bezpośredniego związku z działalnością gospodarczą osoby fizycznej na gruncie stosowania art. 22¹ k.c.”³⁹ Wówczas przepis w istocie nabierze charakteru rozszerzającego pojęcie konsumenta, a nie przepisu, który nakazuje chronić przedsiębiorców jak konsumentów⁴⁰.

Odnosząc się do pojęcia „zawodowy charakter” działalności zawartego w nowych przepisach, należy stwierdzić, że zostało ono użyte w znaczeniu branżowości danej działalności i to określonej w szczególności przez odwołanie się do kryterium przedmiotu działalności gospodarczej ujawnianego w CEIDG, co stanowi znaczne zawężenie tego pojęcia w porównaniu do przyjętej w kontekście stosowania art. 355 § 2 k.c. interpretacji wyrażenia „zawodowy charakter”. Może to potencjalnie prowadzić do problemów interpretacyjnych w praktyce stosowania przepisów kodeksu cywilnego zawierających to pojęcie i jego swoistego rozbicia, z czym jednak doktryna i orzecznictwo powinny sobie poradzić⁴¹.

Podsumowując ten fragment rozważań, należy stwierdzić, że o ile ustawodawcy wolno rozszerzyć ochronę konsumencką na przedsiębiorców, w tym przedsiębiorców

³⁶ *Vide* opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

³⁷ *Vide ibidem*. Należy jedynie zasygnalizować, że w doktrynie postuluje się, choć z innym uzasadnieniem, zrezygnowanie *de lege ferenda* z przysłówka „bezpośrednio” użytego w definicji konsumenta zawartej w art. 22¹ k.c. *Vide* J.P. Naworski, *op. cit.*, s. 49. Potwierdza to tylko potrzebę podjęcia dyskusji dotyczącej lepszego skorelowania ze sobą przepisów Kodeksu cywilnego odnoszących się do przedsiębiorcy, konsumenta i prowadzenia działalności gospodarczej, relacji pojęcia „konsumenta” do pojęcia „przedsiębiorcy” (i być może przeddefiniowania pojęcia „przedsiębiorcy” oraz „konsumenta”, a zwłaszcza zmiany tego ostatniego), a także rozszerzenia ochrony konsumenckiej na (wybrane kategorie) przedsiębiorców.

³⁸ *Vide* opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Jak już wyżej wspomniano, taki zabieg byłby jak najbardziej dopuszczalny, jednak wymagałoby to innego zredagowania przepisów, o czym dalej.

⁴¹ *Vide* opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

będących osobami fizycznymi, oraz doprecyzować warunki stosowania tej ochrony, o tyle powinno to nastąpić w sposób, który nie będzie wywoływać problemów w stosowaniu nowych przepisów oraz przepisu definiującego pojęcie konsumenta, czyli art. 22¹ k.c. A nowo wprowadzana regulacja do takich właśnie, opisanych wcześniej problemów może prowadzić.

Ujmując omawiane zagadnienie z perspektywy komparatystycznej, należy podkreślić, że o ile polska definicja konsumenta zawarta w art. 22¹ k.c. wzorowana jest na niemieckiej definicji konsumenta (*Verbraucher*) zawartej w § 13 niemieckiego kodeksu cywilnego (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)⁴², o tyle nowe przepisy rozszerzające ochronę konsumencką wydają się — co prawda dość luźno — wzorować na francuskim modelu ochronnym i funkcjonującym w orzecznictwie francuskim pojmowaniu ustawowych pojęć *non-professionell* oraz *consommateur*⁴³, choć projektodawca nie powołał się na nie w uzasadnieniu projektu.

W orzecznictwie sądów francuskich dokonano bowiem znaczącego rozszerzenia obydwu przywołanych pojęć konsumenta, uznając, że przy danej czynności (prawnej) przedsiębiorcy musi występować bezpośredni związek (*rapport direct*) z jego właściwą działalnością gospodarczą. Jeśli tak nie jest, przedsiębiorca jest traktowany jak *non-professionell* albo *consommateur*, ponieważ podobnie jak oni działa w warunkach typowej nierównowagi i braku doświadczenia w porównaniu z drugą stroną czynności, którą jest profesjonalista⁴⁴. Innymi słowy, *non-professionnel* to osoba, który w ramach swojej działalności zawiera nietypowe dla jej branży umowy. W takich sytuacjach sądy francuskie uznają, że brakuje bezpośredniego związku danej czynności z działalnością gospodarczą lub zawodową takiej osoby⁴⁵. Dodatkowo pojęcie *rapport direct* jest rozumiane bardzo wąsko. I tak np. Cour de Cassation utrzymał w mocy wyrok Cour d'Appel Douai, w którym sąd uznał, że nie ma bezpośredniego związku umowy o dostawę energii elektrycznej z działalnością drukarni, mimo że prąd był wykorzystywany do celów produkcyjnych i był niezbędny do działalności danego podmiotu. Podobnie sądy zakwalifikowały zakup instalacji alarmowej do sklepu przez przedsiębiorcę prowadzącego sklep z tekstyliami, uznając go w tym zakresie za *non-professionell* względnie *consommateur*⁴⁶. W doktrynie niemieckiej podkreśla się natomiast, że orzecznictwo sądów francuskich jest bardziej restrykcyjne przy kwalifikowaniu danej czynności jako związanej z działalnością gospodarczą lub zawodową przedsiębiorcy, niż w orzecznictwie niemieckim, co prowadzi do odpowiedniego rozszerzenia pojęcia konsumenta na czynności nie związane z branżą danego przedsiębiorcy czy też przedstawiciela wolnego zawodu⁴⁷.

⁴² Zwraca na to słusznie uwagę T. Pajor, *op. cit.*, art. 22¹, nb 13.

⁴³ Pojęcie *non-professionell* jest szersze od pojęcia *consommateur*, ponieważ zgodnie z orzecznictwem sądów francuskich obejmuje również osoby prawne; *vide* J. Fritzsche, *op. cit.*, § 13, nb 19.

⁴⁴ *Vide ibidem*, § 13, nb 19.

⁴⁵ Szerszej na ten temat *vide* H.-W. Micklitz, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil*, §§ 1–240. *AllgPersönlR. ProsG. AGG*, red. C. Schubert, München 2018, § 13, nb 74 i n.

⁴⁶ *Vide ibidem*, § 13, nb 19 i przywołane tam orzeczenia sądów francuskich.

⁴⁷ *Ibidem*, § 13, nb 19.

Jak widać, nowa regulacja przypomina w jej podstawowym założeniu rozwiązania francuskie, choć — co należy podkreślić — w orzecznictwie sądów francuskich niebranżowy charakter danej czynności (prawnej) świadczy o braku jej bezpośredniego związku z działalnością gospodarczą przedsiębiorcy, a więc mieści się również w pojęciu związku pośredniego (lub braku takiego związku), co — przenosząc to na polską regulację — uzasadnia traktowanie danej czynności jak czynności dokonanej przez konsumenta już zgodnie z obowiązującymi przepisami (co wynika już z przeprowadzonej analizy nowych przepisów).

Ten skromny przyczynek komparatystyczny stanowi dodatkowy argument za tym, aby *de lege ferenda*⁴⁸ zrezygnować w nowych przepisach z orzecznika „bezpośrednio”, skoro do osiągnięcia pożądanego przez ustawodawcę rezultatu, czyli do rozciągnięcia ochrony konsumenckiej na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, wystarczy brak związku danej czynności z jego działalnością zawodową, a ściśle z branżą, w której działa dany przedsiębiorca. Innymi słowy, dzięki takiemu rozwiązaniu osiągnie się funkcjonalnie taki sam efekt, jak w orzecznictwie francuskim. Wówczas po prostu będzie się uznawać przedsiębiorców będących osobami fizycznymi za konsumentów, a nie sztucznie i w sposób nieskorelowany z definicją konsumenta z art. 22¹ k.c. uznawać te osoby za przedsiębiorców, do których stosuje się przepisy chroniące konsumentów.

Patrząc na omawiany problem z nieco innej perspektywy, należy stwierdzić, że nowa regulacja i rozszerzenie ochrony na przedsiębiorców konsumentów ma charakter bardzo definicyjny w tym sensie, że aby ustalić, czy dana osoba fizyczna działająca, przynajmniej formalnie, jako przedsiębiorca korzysta z ochrony konsumenckiej, musimy się zmierzyć z tymi samymi pojęciami, które składają się na definicję konsumenta, a dodatkowo odwołać się do pojęcia zawodowego charakteru użytego w art. 355 § 2 k.c. Może więc warto byłoby rozważyć rozwinięcie bardziej kompleksowego podejścia i rezygnację z cechującej nową regulację punktowości przez rozszerzenie ochrony konsumenckiej na określone kategorie przedsiębiorców⁴⁹ albo nawet (po prostu) na wszystkich przedsiębiorców, jak jest chociażby w prawie niemieckim, gdzie niektóre przepisy dotyczące kontroli ogólnych warunków umów (i klauzul abuzywnych) stosuje się również w stosunkach między przedsiębiorcami⁵⁰. Uzasadnieniem dla takiej regulacji byłyby — jak podkreśla Rada Legislacyjna — „(ewentualna) potrzeba wyrównania nierówności ekonomicznej czy też dysproporcji

⁴⁸ Pomijając potrzebę dokonania bardziej kompleksowych zmian w tym zakresie, o czym dalej.

⁴⁹ Można sobie przecież wyobrazić, że ustawodawca w rezultacie rozciągnie ochronę konsumencką np. na mikroprzedsiębiorców, bez potrzeby budowania skomplikowanych i stwarzających problemy interpretacyjne definicji.

⁵⁰ *Vide* § 307 ust. 1 i 2 BGB oraz § 310 ust. 1 zd. 2 *in fine* BGB, a także pośrednio uwzględniane w ramach kontroli treści ogólnych warunków umów w relacjach między przedsiębiorcami (jako tzw. poszlaki) § 308 i 309 BGB, które dotyczą relacji przedsiębiorca–konsument. Więcej na ten temat *vide* wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (*Bundesgerichtshof*, BGH) z 19 września 2007 r. w sprawie VIII ZR 141/06, BGHZ 174, I. Tak samo opinia RL-033-19/19, przyp. 59. Odwołanie się do niniejszych przepisów BGB oraz wyroku BGH w opinii Rady Legislacyjnej i niniejszym przypisie jest wynikiem przeprowadzonej przeze mnie analizy prawnoporównawczej.

w zakresie stanu wiedzy i profesjonalizmu w prywatnoprawnych, zwłaszcza kontraktowych, relacjach między wszystkimi podmiotami prawa cywilnego, a więc również przedsiębiorcami, a nie tylko w stosunkach cywilnoprawnych z udziałem konsumentów”⁵¹. Wprowadzenie stosownych zmian w prawie polskim wymagałoby jednak przeprowadzenia pogłębionej dyskusji przy udziale przedstawicieli doktryny i praktyki, do czego należy zachęcać.

3. Pozostałe zastrzeżenia dotyczące nowej regulacji

Nowa regulacja, aczkolwiek pożądana w kontekście celów, które ustawodawca zamierza osiągnąć, budzi jednak również szereg innych zastrzeżeń, na które zwróciła uwagę Rada Legislacyjna w opinii RL-033-19/19. Mianowicie w nowych przepisach „zbyt dużą wagę przywiązuje się do przedmiotu wykonywanej przez osobę fizyczną działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o CEIDG, jako kryterium pozwalającego ustalić brak charakteru zawodowego zawieranej przez nią umowy. Co prawda, wpis do CEIDG będzie służył jako jedno z kryteriów, pozwalających na dokonanie tego ustalenia, jednak będzie to, jak się wydaje, kryterium podstawowe, o czym świadczy użyty w projektowanych przepisach zwrot «w szczególności». Tymczasem już zgodnie z obowiązującymi przepisami, do ustalenia braku bezpośredniego związku czynności prawnej osoby fizycznej z jej działalnością gospodarczą lub zawodową wpis do CEIDG może mieć znaczenie dowodowe, jednak związek ten (i tak) należy badać «w świetle całokształtu okoliczności zawarcia określonej umowy», a więc nie powinno się temu wpisowi przypisywać szczególnej wagi”⁵². Należy przy tym dodać, że „wpis przedmiotu działalności gospodarczej w CEIDG dokonywany jest przy wykorzystaniu symboli PKD i towarzyszących im opisów, które nie do końca w sposób precyzyjny oddają rodzaj prowadzonej przez daną osobę działalności gospodarczej”⁵³.

Ponadto „proponowane przepisy mogą potencjalnie spowodować również problemy w postępowaniach cywilnych, a mianowicie we wprowadzonym ponownie odrębnym trybie postępowania w sprawach gospodarczych. Można sobie mianowicie wyobrazić sytuacje, w których negowany będzie przymiot działania danej osoby fizycznej w charakterze przedsiębiorcy, co może przyczynić się do przedłużenia postępowania (do czasu rozpatrzenia tej kwestii i rozpoznania sprawy we właściwym trybie albo przekazania właściwemu sądowi na podstawie art. 201 k.p.c.). Ale nawet jeżeli uzna się, że wspomniane przepisy mają umożliwić jedynie konsumencką ochronę przedsiębiorcom w zakresie w nich uregulowanym, nie zmieniając ich statusu jako przedsiębiorców, dojdziemy do sytuacji, w których przedsiębiorcy będą domagać się

⁵¹ *Vide* opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

⁵² Tak słusznie J. Dybińska, A. Jakubowski, P. Mikłaszewicz, A. Orzeł-Jakubowska, *op. cit.*, art. 22¹, nb 28 i 23 i przywołana tam literatura oraz wyrok SA w Warszawie z 2 września 2010 r. (sygn. akt I A/Ca 514/10).

⁵³ Opinia RL-033-19/19, pkt II.4.

ochrony konsumenckiej w postępowaniu w sprawach gospodarczych, przewidzianym dla obrotu dwustronnie profesjonalnego”⁵⁴.

Wreszcie nowe przepisy, w porównaniu do pierwszej wersji projektu ustawy deregulacyjnej, nie wskazują na drugą stronę umowy zawieranej przez przedsiębiorcę osobę fizyczną. Oznacza to, że stroną umowy może być nie tylko przedsiębiorca, lecz również konsument. Jak wskazuje Rada Legislacyjna, nie sposób sobie wyobrazić, „by konsument stosował wobec przedsiębiorcy-osoby fizycznej klauzule abuzywne, ale może on już dokonywać sprzedaży rzeczy ruchomej lub nieruchomości na rzecz przedsiębiorcy-osoby fizycznej. Czy wówczas taki konsument będzie adresatem przepisów konsumencko-ochronnych, których stosowanie jest nakazane wobec przedsiębiorcy-osoby fizycznej zawierającej umowę na warunkach określonych w nowych przepisach?”⁵⁵. Z pewnością nie taki był zamiar ustawodawcy, ponieważ uzasadnienie projektu odnosi się do relacji przedsiębiorców osób fizycznych z innymi przedsiębiorcami. Należy jednak, za Radą Legislacyjną, *de lege ferenda* zalecić, by wola ustawodawcy została również uwidoczniiona w treści przepisów przez wskazanie, że drugą stroną umowy jest przedsiębiorca. *Legis latae* właściwy efekt można uzyskać przy wykorzystaniu wykładni historycznej i celowościowej nowo wprowadzonych przepisów⁵⁶.

V. Podsumowanie

Nowa regulacja rozszerzająca ochronę konsumencką — w zakresie stosowania klauzul abuzywnych, rękojmi za wady oraz w zakresie prawa odstąpienia od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa — na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, którzy zawierają umowy bezpośrednio związane z ich działalnością gospodarczą, gdy z treści tych umów wynika, że nie mają one dla nich charakteru zawodowego — wynikającego z przedmiotu wykonywanej przez nich działalności, udostępnionego w CEIDG — aczkolwiek zasługuje na aprobatę z perspektywy przyświecającej jej celów, wykazuje szereg deficytów. Regulacja ta ma mianowicie charakter punktowy i ogranicza ochronę tylko do wybranych sytuacji, w których przedsiębiorcy konsumenci występują w obrocie jako słabsza strona stosunku prawnego. Należy ubolewać, że ustawodawca całkowicie zrezygnował z objęcia tych podmiotów publicznoprawną ochroną konsumencką na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co byłoby jednak pożądane zwłaszcza w zakresie stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, o zakazie stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów, ale również w przypadku praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Największym mankamentem nowej regulacji jest jednak brak skorelowania nowo wprowadzanych przepisów z definiującym pojęcie konsumenta art. 22¹ k.c., co może prowadzić do problemów interpretacyjnych przy stosowaniu

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

przepisów prywatnoprawnych chroniących konsumentów. Aby przynajmniej częściowo uniknąć tych problemów, należy postulować wykreślenie z treści nowych przepisów przysłówka (orzecznika) „bezpośrednio”.

Odnosząc się zaś do podtytułu niniejszego artykułu, należy stwierdzić, że nowa regulacja nie stanowi chybionego pomysłu legislacyjnego, ale jednak nie zasługuje na pochwałę, ponieważ nie realizuje ona w pełni przyświecającej jej idei. Zalecane jest zatem *de lege ferenda* wprowadzenie rozwiązań, które w sposób bardziej optymalny urzeczywistnią słuszny skądinąd postulat rozszerzenia ochrony konsumenckiej na niektóre kategorie przedsiębiorców.

Bibliografia

ŹRÓDŁO

Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych nr z wykazu UD494, strona internetowa Rządowego Centrum Legislacji, Rządowy Proces Legislacyjny, <<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12321366>>.

PIŚMIENNICTWO

- Dybińska J., Jakubowski A., Mikłaszewicz P., Orzeł-Jakubowska A., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el., Warszawa 2019.
- Fritzsche J., [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil. Einl zum BGB; §§ 1–14; Verschollengesetz, Neubearbeitung 2018 von Jörg Fritzsche, Heinrich Honsell, Bernd Kannowski*, red. H. Roth, Sellier–de Gruyter, Berlin 2018.
- Machnikowski P., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el., Warszawa 2017.
- Micklitz H.-W., [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil, §§ 1–240. AllgPersönlR. ProsG. AGG*, red. C. Schubert, C.H. Beck, München 2018.
- Mikłaszewicz P., [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el., Warszawa 2019.
- Naworski, J.P., *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 1.
- Pajor T., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część Ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, Lex/el., Warszawa 2014.
- Żelechowski Ł., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el., Warszawa 2019.
- Opinia Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów z 28 lipca 2019 r. o projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych, RL-033-19/19, <<https://radalegisacyjna.gov.pl/opinie>>.