Mariusz Korpalski

„Nieprofesjonalista", czyli kodeks cywilny pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą

Mariusz Korpalski

Radca prawny, doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego i Rodzinnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Civil Code between consumer and entrepreneur.

The division between consumer and sole trader under Polish Civil Code is not dichotomous. Its provisions provide for protection of every natural person being consumer within actions that are not directly connected with his scope of business. The question what actions lie outside the course of the business of such person is left unanswered or even overlooked in jurisprudence. This question cries for an answer as the term „directly connected" is a statutory one. The answer proposed in the article is that only the actions concerning branch or specialization of the sole trader are covered by his scope of business. It follows, that the sole trader acting outside his core business should be treated as a consumer.

Tytułowe pojęcie „nieprofesjonalista" jest próbą dopełnienia definicji konsumenta, która z pewnymi modyfikacjami funkcjonuje w polskim kodeksie cywilnym od 1 lipca 2000 roku[1]. Przez cały ten czas pojęcie „konsument" oznacza osobę (obecnie tylko osobę fizyczną) zawierającą umowę[2] z przedsiębiorcą-profesjonalistą, niezwiązaną[3] bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Pojęcie umowy „niezwiązanej bezpośrednio" z działalnością gospodarczą pozostaje nietknięte w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Niewiele jest też głosów doktryny co do wykładni tego pojęcia. W rezultacie do tego negatywnego sformułowania łatwiej się odnieść przez omówienie jego przeciwieństwa – umowy

1 Definicję wprowadzono w art. 384 § 3 k.c., by po nowelizacji z 25 września 2003 r. przenieść ją z pewnymi zmianami do art. 22^1 k.c.

2 Po nowelizacji k.c. z 2003 r. – „dokonującą czynności prawnej".

3 Do nowelizacji k.c. 25 września 2003 r. – „w celu niezwiązanym".

„związanej pośrednio"[4] z działalnością gospodarczą. Użyte w niniejszym artykule pojęcie „nieprofesjonalista"[5] oznacza właśnie podmiot prowadzący działalność gospodarczą (przedsiębiorcę w rozumieniu art. 43^1 k.c.), zawierający umowę „związaną pośrednio" z tąż działalnością.

1. *Tendencje unijne w definiowaniu konsumenta*

Prawodawca unijny posługuje się wąską definicją konsumenta[6]. Umowy choćby pośrednio związane z prowadzeniem działalności gospodarczej nie są według prawa unijnego nigdy umowami konsumenckimi. To kategoryczne stwierdzenie należy złagodzić uwagą, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE; potocznie: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS) nie zajmował się dotąd objęciem ochroną konsumencką „nieprofesjonalisty" – osoby fizycznej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Patrice di Pinto* przyjął, że przedsiębiorca jest zawsze dobrze poinformowany i wobec tego nie zawiera umowy pod wpływem niespodziewanego działania ze strony swojego kontrahenta. Trybunał nie wyjaśnia jednak, jak ocenić sytuację, gdy do zawarcia niekorzystnej umowy doszło nie w wyniku braku wiedzy, ale obiektywnej konieczności i przy braku możliwości negocjacji warunków umowy.

Restrykcyjna definicja konsumenta w prawie unijnym i orzecznictwie TSUE poddawana jest niekiedy krytyce *de lege ferenda*. Thierry Bourgoignie przyjmuje np. że „konsument to osoba fizyczna (w tym mały przedsiębiorca)"[7], a objęcie małych przedsiębiorców ochroną konsumencką jest słuszne, gdyż stopień zagrożenia ich interesów nieuczciwymi praktykami handlowymi jest taki jak „zwykłego" konsumenta. Podobnie John Dickie „opowiada się za szeroką definicją konsumenta wykluczającą z zakresu podmiotowego jedynie przedsiębiorców nabywających dobra i usługi w celu **bezpośrednio** (wyróżn. MK) związanym z prowadzoną przez nich działalnością gospodarczą"[8]. Również Nicholas Bamfoth stwierdza, że prawo unijne słabiej chroni konsumenta niż prawo anglosaskie, które cechuje wąskie rozumienie pojęcia konsumenta i generalna niechęć do przyznawania rozbudowanych środków ochronnych[9]. Warto podkreślić, że prawo unijne nie zakazuje objęcia w prawie krajowym pojęciem umów konsumenckich również umów „pośrednio związanych" z działalnością gospodarczą. Nie ma też w tym zakresie żadnej normy interpretacyjnej, a porządki prawne państw członkowskich wykazują tu dużą rozbieżność.

2. *Art. 22^1 k.c. jako definicja konsumenta dla całego systemu prawa*

Pojęcie konsumenta przyjęte w art. 22^1 k.c. jest definicją uniwersalną, do której odnoszą się inne przepisy prawa regulujące status konsumenta. Własnej definicji konsumenta jest pozbawiona Konstytucja RP, mimo że o nim stanowi (art. 76). Do regulacji kodeksowej odsyła wprost ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 12). Regulację kodeksową powtarza co do zasady ustawa z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (art. 2.4). Wyjątek stanowi tu ustawa o sprzedaży konsumenc-

4 Szersze rozumienie używanego tutaj pojęcia pośredniości prezentują: S. Koroluk, *Zmiana definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym – propozycja interpretacji*, „Monitor Prawniczy" 2003, nr 10, s. 439 i n.; J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2006, s. 55 oraz E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów*, Warszawa 2001, s. 91; węższe rozumienie prezentują: P. Babiarz, *Pojęcie konsumenta usług bankowych*, „Monitor Prawniczy" 2001, nr 6; M. Pecyna, *Komentarz do art. 22^1 k.c.* (w:) M. Olczyk, M. Pecyna, *Komentarz do niektórych przepisów kodeksu cywilnego zmienionych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2003.

5 Pojęcie „nieprofesjonalista" przytaczają za doktryną francuską jako sporne: K. Kańska, *Pojęcie konsumenta w kodeksie cywilnym na tle tendencji europejskich*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2004, z. 1, s. 18–19; jako ugruntowane: F. Grzegorczyk, *Prawo konsumenckie w Unii Europejskiej. Aspekty systemowe harmonizacji*, Warszawa 2009, s. 111.

6 Zob. M. Bednarek (w:) E. Łętowska (red.) *Prawo zobowiązań. Część ogólna. System prawa prywatnego*, t. V, Warszawa 2006, s. 634–635 i powołane tam orzeczenia ETS: z 14.03.1991 w sprawie *Patrice di Pinto*, C-361/89, Zb. Orz. 1991, s. I-1189; z 17.03.1998 w sprawie *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v E. Dietzinger*, C-45/96, Zb. Orz. 1998, s.I-1199.

7 Za F. Grzegorczyk, *Prawo konsumenckie w Unii...*, s. 101.

8 *Ibidem*, s. 105.

9 *Ibidem*, s. 107.

kiej[10], która w zakresie tej sprzedaży definiuje konsumenta jako osobę dokonującą czynności „w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą" (art. 1 ust. 1); umowy „związane pośrednio" pozostają więc w tym jednym wypadku poza zakresem

łowaniach języka ogólnego[12]. Słowo „pośredni" ma zasadniczo trzy znaczenia: 1. „niedotyczący czegoś bezpośrednio"; 2. „w porównaniu z dwiema rzeczami, dwoma zjawiskami itp.: mający **niektóre cechy wspólne** im obu"; 3. „mający charakter przejściowy,

Definicja kodeksowa konsumenta jest definicją centralną dla całego systemu prawa. Dlatego tak istotne jest sprecyzowanie tego pojęcia.

definicji konsumenta. Można więc przyjąć, że definicja kodeksowa konsumenta jest definicją centralną dla całego systemu prawa. Dlatego tak istotne jest sprecyzowanie tego pojęcia. O ile bowiem istnieje zbiór osób oraz umów, co do których na pewno wiadomo, że są objęte statusem konsumenta, o tyle w pozostałym zakresie kwalifikacja ta dokonywana jest raczej intuicyjnie.

3. Związek bezpośredni i pośredni w języku ustawy

Niestety, pojęcie „bezpośredniego związku" w ogóle, a „bezpośredniego związku z działalnością" w szczególności nie jest wyjaśnione w języku prawnym. Kodeks cywilny mówi wprawdzie o umowie ubezpieczenia bezpośrednio związanej z działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 805 § 4 i art. 808 § 5 k.c.), ale z wykładnią tego sformułowania związane są dylematy podobne do tych, które wyłaniają się z art. 22^1 k.c.[11].

W związku z tym odpowiedzi na pytanie, jakie czynności należy uznać za związane tylko pośrednio z działalnością gospodarczą, poszukiwać należy w sformu-

znajdujący się **między dwoma etapami**, elementami, stopniami jakiegoś procesu, zjawiska, jakiejś struktury itp." (wyróżn. MK)[13]. Pomijając pierwsze z tych znaczeń – odnoszące się do antynomii z „bezpośredniością", czyli zbieżne z treścią przepisu i przez to nieprzydatne dla rozważań, należy pokrótce odnieść się do dwóch pozostałych. Drugie znaczenie („pośredni" jako mający cechy wspólne obu zakresom pojęć) ma charakter statyczny. Podkreśla stan pozostawania na granicy, pomiędzy dwoma zakresami. Może to więc oznaczać pozostawanie pomiędzy sprawnością przedsiębiorcy i nieporadnością konsumenta. Z jednej strony stoi wtedy możliwość aktywnego poszukiwania najlepszych rozwiązań, z drugiej – skazanie na bierne korzystanie z ujednoliconych możliwości, tak że poszukiwanie lepszego rozwiązania jest w świetle doświadczenia życiowego tylko stratą czasu. Stan taki występuje nie tylko w układzie profesjonalista – konsument, ale i w umowach zawieranych w obrocie profesjonalnym. Chodzi o takie umowy, przy których wybór jednej ze stron jest jednak ograniczony do decyzji o zawarciu umowy lub rezygnacji z niej. Ma to miejsce przy takim układzie sił rynkowych (typowym np. dla danej branży), który pozbawia jedną ze stron możliwości negocjacji warunków umowy. Czasami ten stan dotyczy jedynie części postanowień w umowach zawieranych przez taką silniejszą grupę

10 Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 14, poz. 1176, z późn. zm.).

11 Kodeks cywilny mówi jeszcze o „bezpośrednim związku" jednej umowy z drugą umową (art. 385^3 pkt 7 k.c.) oraz „okolicznościach bezpośrednio związanych" z wykonywaniem czynności zleconych agentowi (art. 758^1 § 3 k.c.), co jednak nie ma wprost przełożenia na omawianą problematykę.

12 Podobnie postąpił SN, np. w wyroku z dnia 18 czerwca 1999 r., II CKN 378/98, OSN 2000/1/12.

13 Internetowy *Słownik języka polskiego*, www.sjp.pwn.pl (dostęp: 24 lipca 2012).

przedsiębiorców[14]. Trzecie znaczenie („przejściowy" jako znajdujący się w fazie zmiany, przejścia z jednego do drugiego zakresu) jest dynamiczne. Może to więc oznaczać konsumenta, który staje się przedsiębiorcą, czyli osobę rozpoczynającą działalność gospodarczą.

Pozostaje więc ustalić, które z tych dwóch znaczeń (a może obydwa) należy przypisać art. 22[1] k.c. Aby tego dokonać, należy przeprowadzić jeszcze wykładnię funkcjonalną[15] tego przepisu.

4. Wykładnia funkcjonalna „związku pośredniego"

Wykładnia funkcjonalna oparta jest na założeniu racjonalności prawodawcy, w tym na jego systemie wartości i idealnej wiedzy. System wartości prawodawcy oparty jest z kolei na wiedzy o stosunkach społecznych, w tym o przeważających tendencjach co do postaw społecznych[16]. Idealny prawodawca wie, że nie wystarczy zostać przedsiębiorcą, by uzyskać jakąkolwiek siłę negocjacyjną względem przedsiębiorcy o pozycji silniejszej, np. z racji reprezentowanej branży lub wagi zaspokajanych potrzeb. Zawieranie w obrocie profesjonalnym umów obiektywnie niekorzystnych dla klienta nie zawsze wynika z braku wiedzy o skutkach prawnych umowy. Równie często dochodzi do tego w wyniku świadomie podjętej decyzji, wynikającej z konieczności zawarcia konkretnego typu umowy (np. umowy ubezpieczenia, o dostawę mediów) i braku realnej możliwości wynegocjowania korzystniejszych warunków na ograniczonym rynku. Z wykładni funkcjonalnej wynika raczej, że „związek pośredni" z działalnością gospodarczą oznacza umiejscowienie umowy (strony umowy), między reżimem konsumenckim a profesjonalnym. Wzgląd na ochronę słabszej strony umowy każe stosować do profesjonalnego podmiotu ochronę konsumencką. Osobę o tak określonej pozycji można nazywać „nieprofesjonalistą". Z dwóch leksykalnych znaczeń pośredniości – umiejscowienia między dwoma zakresami lub przechodzenia z jednego zakresu do drugiego – należy więc wskazać na znaczenie pierwsze, statyczne, odnoszące się do cech trwałych.

Nie wystarczy zostać przedsiębiorcą, by uzyskać jakąkolwiek siłę negocjacyjną względem przedsiębiorcy o pozycji silniejszej.

5. Pojęcie konsumenta a pojęcie przedsiębiorcy w kodeksie cywilnym

Zakres i znaczenie pojęć

Pojęcie konsumenta jest w kodeksie cywilnym jednolicie zdefiniowane (art. 22[1] k.c.). Jako konsumenta określa się osobę fizyczną, która dokonuje czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. Natomiast pojęcie „przedsiębiorca" według kodeksu cywilnego oznacza osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową (art. 43[1] k.c.). Definicje konsumenta i przedsiębiorcy, wbrew pozorom, nie są sformułowane rozdzielnie (przeciwstawnie). Inaczej mówiąc, może się okazać, że dana osoba spełni zarówno wymienione kryteria konsumenta, jak i przedsiębiorcy; może się też okazać, że dana osoba nie należy ani do grupy konsumentów, ani przedsiębiorców. Spełnienie obydwu kryteriów jest możliwe przez osobę fizyczną,

14 Np. ogólne warunki umów bankowych co do zasady negocjowalne nie są, ale już poszczególne koszty usług bankowych – owszem.

15 Wykładnia systemowa jest tu o tyle nieprzydatna, że jak wskazano, pojęcie konsumenta jest dla systemu prawa pojęciem centralnym, do którego odsyłają (wprost lub nie wprost) normy z innych dziedzin prawa, łącznie z Konstytucją RP.

16 Tak Z. Radwański i M. Zieliński (w:) M. Safjan (red.) *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. 1, Warszawa 2007, s. 458.

która wprawdzie prowadzi działalność gospodarczą, ale konkretna umowa nie jest bezpośrednio związana z prowadzeniem działalności gospodarczej. Sens przepisów o ochronie konsumentów oznaczać powinien, że osoba zakwalifikowana jako konsument powinna, co do zasady, korzystać z wszelkich dobrodziejstw prawa konsumenckiego, nawet jeśli jest przedsiębiorcą. Niespełnienie żadnego z kryteriów jest możliwe, gdy dana osoba nie prowadzi działalności gospodarczej i nie dokonuje czynności prawnej (ale np. jest adresatem ofert, na które nie odpowiada).

Już z tego wstępu wynika, że odpowiedź na pytanie: Czy osoba prowadząca działalność gospodarczą w swojej branży lub specjalizacji jest w umowie z profesjonalistą-specjalistą z innej dziedziny profesjonalistą czy konsumentem? – musi być złożona[17].

Proste jest przyporządkowanie osób prawnych (oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej) prowadzących działalność gospodarczą do kategorii przedsiębiorców, a to dlatego, że art. 22^1 k.c. wyraźnie ogranicza możliwość bycia konsumentem do osób fizycznych. Trudniejsze jest ustalenie, czy przedsiębiorca – osoba fizyczna, zawierająca umowę z innym profesjonalistą, ale poza swoją branżą (lub specjalizacją) – jest konsumentem. Ustawowa definicja konsumenta nie mówi bowiem o osobie nieprowadzącej działalności gospodarczej czy o osobie zawierającej czynność prawną niezwiązaną z jej działalnością gospodarczą, ale o osobie zawierającej czynność prawną niezwiązaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą. Nie można wykładać art. 22^1 k.c. w taki sposób, że zwrot „niezwiązana bezpośrednio" pozostanie nic nieznaczącym wtrętem. Wykładnia tego przepisu musi zakładać istnienie czynności: bezpośrednio związanych z prowadzoną działalnością, pośrednio związanych z prowadzoną działalnością i niezwiązanych z prowadzoną działalnością.

Decydujące powinno być (choć w praktyce zwykle nie jest) rozgraniczenie pomiędzy czynnościami bezpośrednio i pośrednio związanymi z prowadzeniem działalności gospodarczej przez daną osobę. „Pomocne w tym zakresie może się okazać (...) kryterium typowości stosunków prawnych, w których uczestniczy przedsiębiorca, ze względu na rodzaj prowadzonej działalności"[18]. Przyjmuje się więc, że w razie wątpliwości należy konkretną czynność zaliczać raczej do czynności prawnych pośrednio związanych z działalnością gospodarczą[19]. Można jedynie dodać, że bezpośredniość to cecha, której występowanie z istoty rzeczy nie powinno nasuwać wątpliwości. Ponadto zbyt szerokie rozumienie bezpośredniości powoduje, że trudno jest wskazać jakikolwiek przykład czynności pośrednio związanej z działalnością gospodarczą.

Ważne więc, żeby nie utożsamiać czynności „bezpośrednio związanych" z czynnościami niezbędnymi do prowadzenia działalności. Łatwo można dojść do wniosku, że wszystko, co przedsiębiorca czyni, jest niezbędne, gdyż nie pracuje dla przyjemności, lecz dla zysku (utrzymania się na rynku, utrzymania źródła zarobkowania, miejsc pracy itp.). Gdyby przedsiębiorca podejmował w ramach działalności gospodarczej czynności zbędne zamiast niezbędnych lub zamiast udania się na odpoczynek, zachowywałby się nieracjonalnie. Niektóre doktrynalne próby zawężania pojęcia „pośredniość" rażą sztucznością. Tak na przykład nie jest przekonujące wskazanie umowy kredytu inwestycyjnego jako czynności „bezpośrednio" związanej z działalnością gospodarczą, wobec niewskazania czynności związanej „pośrednio"[20]. Także ograniczenie katalogu czynności pośrednio związanych do: lokaty kapitałowej, umowy kredytu na sfinansowanie szkoleń zawodowych, czynności przygotowawczych do rozpoczęcia działalności[21] jest rozwiązaniem nieprzekonującym, a przy tym odbiegającym od praktyki działalności gospodarczej. Próba

17 Zob. A. Chłopecki, *Opinia prawna na temat projektów ustaw dotyczących rozwiązania problemu opcji walutowych*, druki sejmowe nr 1926, 1927 i 1928, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1926 (dostęp: 24 lipca 2012). Jak się wydaje, A. Chłopecki stoi na stanowisku, że w takiej sytuacji przedsiębiorca-klient banku nie jest konsumentem. Autor podaje przykład samochodu zakupionego na potrzeby kancelarii prawnej. Nie jest jednak jasne, czy autor odnosi się do brzmienia art. 22^1 k.c., czy raczej do braku jego recepcji w praktyce.

18 J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek, *Kodeks...*, s. 54, za S. Koroluk, *Zmiana definicji...*, s. 439 i n.

19 *Ibidem*.

20 P. Babiarz, *Pojęcie konsumenta...*

21 M. Pecyna, *Komentarz...*

traktowania jak konsumenta wyłącznie przedsiębiorcy rozpoczynającego działalność (założyciela) prowadzi i tak do pytania o wyposażenie informacyjne i siłę negocjacyjną słabszej strony umowy. Okazuje się wtedy, że właściwym kryterium jest słabsza pozycja informacyjna i negocjacyjna, a znalezienie się na początku drogi do własnej działalności jest tylko okolicznością ułatwiającą identyfikację tego stanu. Zrównanie „pośredniości" z rozpoczynaniem działalności gospodarczej bynajmniej nie upraszcza oceny w konkretnym stanie faktycznym, a tworzy nowe dylematy interpretacyjne. Nietrafne jest też kryterium braku związku skutków czynności prawnej z działalnością gospodarczą. Tak np. nie można traktować jako czynności związanych „pośrednio" z działalnością gospodarczą czynności prowadzących do powstania kosztów nie stanowiących podatkowych kosztów uzyskania przychodu. Jeżeli czynność prawna nie wywołuje skutków w działalności gospodarczej, to nie jest wcale z nią związana. Zresztą kryterium podatkowych kosztów uzyskania przychodów nie jest, zgodnie z ustawą podatkową, wcale związane z kryterium bezpośredniości. Dlatego uzależnianie statusu nieprofesjonalisty od nieuznawania kosztów generowanych przez czynność prawną za koszty uzyskania przychodu lub podatkowego zakwalifikowania przychodów uzyskanych z czynności prawnej do kategorii przychodów z kapitałów lub z papierów wartościowych oraz zakwalifikowania czynności do czynności przygotowawczych do wykonywania działalności gospodarczej oznaczałoby wprowadzanie nowych kryteriów podziału podmiotów stosunków cywilnoprawnych, tym trudniejsze do stosowania, że niemające żadnego oparcia w praktyce gospodarczej[22]. Każdy podmiot rozpoczynający działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej dokonuje czynności prawnych w taki sposób, by potraktować je jako koszt uzyskania przychodu, inne postępowanie jest powszechnie przyjmowane jako nieracjonalne i niegospodarne. Dlatego założenie, że ustawodawca objął ochroną osoby dokonujące akurat takich nieracjonalnych lub niegospodarnych czynności, jest błędne. Powstawałyby tu dalsze problemy interpretacyjne, dotyczące choćby czynności zmierzających do zakończenia działalności gospodarczej.

Nie można konstruować pojęcia pośredniości (czy bezpośredniości) przez proste przenoszenie zbliżonych koncepcji wypracowanych w innych dziedzinach prawa. Przykładowo, przyjęcie nawet ogólnej analogii (np. bez uwzględniania wyłączeń w ustawie podatkowej) pomiędzy pojęciem bezpośredniości czynności a „kosztami poniesionymi w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów"[23] spowodowałoby traktowanie każdej czynności prawnej prowadzącej do powstania podatkowego kosztu uzyskania przychodu – jako czynności bezpośrednio związanej z prowadzoną działalnością. Należy pamiętać, że cele ustawy podatkowej mają przede wszystkim charakter fiskalny, a nie równoważący stosunki umowne. S. Koroluk, poszukując odpowiedzi na pytanie o czynności związane jedynie pośrednio, stwierdza że „działalność gospodarcza (danego) przedsiębiorcy przejawia się przede wszystkim w nawiązywaniu (...) pewnych typowych stosunków prawnych (umów), stanowiących instrumenty takiego przenoszenia dóbr i usług, jakie jest typowe ze względu na prowadzoną przez danego przedsiębiorcę działalność gospodarczą"[24]. Z tej koncepcji wynika więc, że czynnościami bezpośrednio związanymi są z pewnością umowy kupna przez przedsiębiorstwo produkcyjne: maszyn produkcyjnych, pozostałego wyposażenia, materiałów i sprzedaży zapasów. Inaczej rzecz ujmując, byłyby to wszelkie umowy specyficzne dla branży.

„Obok tego zaś przedsiębiorca dokonywać musi – także z podmiotami trzecimi – takich czynności, które nie mają powyższego charakteru, gdyż nie są typowymi formami przenoszenia dóbr i usług ze względu na rodzaj prowadzonej działalności gospodarczej, lecz mają względem tych pierwszych charakter pomoc-

22 Przytoczone tu stanowisko (M. Pecyna, *Komentarz...*) odbiega od funkcjonującego w prawie niemieckim kryterium rozpoczynania działalności (pkt 3.3), gdzie obejmuje się ochroną również czynności wykonywane już po zarejestrowaniu działalności (prawda, że po raz pierwszy).

23 Z art. 22 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych z dnia 26 lipca 1991 r. (Dz.U. z 2010 r. Nr. 51, poz. 307, z późn. zm.) nie wynika zresztą kryterium bezpośredniości związku kosztów z przychodami.

24 S. Koroluk, *Zmiana definicji...*, s. 439 i n.

niczy. W tej grupie wyróżnić należy w szczególności takie czynności, które są związane z utrzymaniem egzystencji samego podmiotu będącego przedsiębiorcą i zachowaniem prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa, o ile prowadzona działalność gospodarcza przybiera taką formę"[25]. Jako czynności „pośrednio" przedsiębiorcy w zakresie wykonywania obowiązków, których osobiście nie jest w stanie wypełnić (ze względów organizacyjnych, czasowych, merytorycznych lub prawnych). Z tego wynika, że umowy takie również powinny być traktowane jako „pośrednio związane", czyli niespecyficzne dla branży.

Jako czynności „pośrednio" związane można przykładowo wymienić usługi transportowe dla przedsiębiorstwa „nietransportowego", czynności ubezpieczeniowe, czynności bankowe i inne finansowe (dla przedsiębiorstw niefinansowych).

związane można więc przykładowo wymienić: dostawy mediów, nabycie wyposażenia informatycznego i usługi informatyczne otrzymane przez przedsiębiorstwo „nieinformatyczne", usługi transportowe dla przedsiębiorstwa „nietransportowego", czynności ubezpieczeniowe[26], czynności bankowe i inne finansowe, np. umowy leasingowe (dla przedsiębiorstw niefinansowych). Czynności „pośrednio związane" byłyby więc czynnościami niespecyficznymi dla branży[27]. Wśród czynności niespecyficznych dla branży znajdują się zwykle usługi księgowe lub usługi prawne. Osoby świadczące takie usługi zwykle traktowane są jako osoby, co do których przedsiębiorca może, a właściwie powinien, mieć zwiększone zaufanie. Osoby te stanowią niejako przedłużenie kompetencji

Z przeprowadzonej analizy art. 22^1 k.c. wynika, że przedsiębiorca prowadzący działalność jako osoba fizyczna jest konsumentem w umowie z wszystkimi przedsiębiorcami dostarczającymi towarów lub świadczącymi usługi „pośrednio" związane z jego działalnością, mówiąc inaczej: spoza branży lub specjalizacji. Wniosek ten jest tyle jednoznaczny, co nieoczekiwany. Wystarczy jednak podać przykład rolnika – osoby prowadzącej gospodarstwo rolne – który też jest objęty definicją przedsiębiorcy z art. 43^1 k.c., idącego do banku, żeby stwierdzić, że wyodrębnienie kategorii konsumentów-przedsiębiorców, przynajmniej w niektórych przykładach jest oczywiste.

Niestosowanie w praktyce

Mimo obowiązywania art. 22^1 k.c. od 25 września 2003 r., a wcześniej podobnego art. 384 § 3 k.c. (od 1 lipca 2000 r. do 25 września 2003 r.), brak jest pogłębionych analiz prowadzonych przez orzecznictwo i literaturę na temat „czynności prawnych niezwiązanych bezpośrednio z działalnością gospodarczą" osoby fizycznej. Oznacza to też, że treść art. 22^1 k.c. „nie przyjęła się" jak dotąd w obrocie prawnym. Wydaje się, że występuje tu „(...) wartościująca ocena norm prawa obowiązującego, przyjmowana w długotrwałej praktyce organów państwa, której efektem jest odmienne od założonego przez ustawodawcę, ukształtowanie

25 *Ibidem*, s. 439 i n.

26 Takie rozumienie „bezpośredniego związania" czynności prawnej z działalnością gospodarczą podaje w odniesieniu do umów ubezpieczenia D. Fuchs, *Ochrona ubezpieczeniowa a ochrona konsumencka*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe" 2006, z. 1, s. 35 i n.

27 Zob. E. Łętowska, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 93. Zdaniem autorki utrzymanie ochrony właściwej dla konsumenta, m.in. również dla profesjonalistów niebędących specjalistami w danej branży, jest konieczne dla ich ochrony przed zagrożeniami stwarzanymi przez wzorce umowne specjalistów.

sytuacji prawnej uczestników obrotu (...)"[28]. Takie praktyczne niestosowanie przepisu nie może jednak wywołać efektu opisywanego jako *desuetudo* – uchylenia normy prawnej przez jej niestosowanie, wynikające z braku aprobaty organów państwa[29]. Oznacza to tyle, że norma obowiązuje, a przedsiębiorca ma prawo się na nią powoływać. Wydaje się, że sytuacja tu opisywana wynika przynajmniej po części z wprowadzania przepisów konsumenckich do polskiego prawa w ramach implementacji dyrektyw unijnych. Można to traktować w pewnym uproszczeniu jako przyspieszony i wymuszony rozwój polskiego prawa cywilnego.

Problem implementacji unijnych przepisów konsumenckich do polskiego systemu prawa polega też na przyjętym z prawa administracyjnego założeniu, że pojęcie konsumenta nie może odnosić się do przedsiębiorcy[31]. Stąd bierze się bagatelizowanie językowego znaczenia art. 22[1] k.c.; najczęściej problem konsumenta-przedsiębiorcy jest całkowicie pomijany. Tymczasem przyczyny ochrony konsumenta brzmią podobnie jak te dotyczące ochrony słabszego przedsiębiorcy w konfrontacji z przedsiębiorcą silniejszym, np. „jedne podmioty dokonują stale czynności określonego typu, inne zaś czynią to tylko okazjonalnie"[32].

Przedsiębiorca prowadzący działalność jako osoba fizyczna jest konsumentem w umowie z wszystkimi przedsiębiorcami dostarczającymi towary lub świadczącymi usługi „pośrednio" związane z jego działalnością, mówiąc inaczej: spoza branży lub specjalizacji.

Wprowadzane w ten sposób przepisy pozostają długo obcym ciałem w systemie prawa, nie są przedmiotem pogłębionej wykładni, a ich znaczenie jest przyjmowane na zasadzie oczywistych, często banalnych ocen. Takie przypadki dysharmonii prawa krajowego z wprowadzonymi doń elementami prawa unijnego są określane mianem „wysp prawa wspólnotowego"[30]. Jako środek zaradczy proponuje się wprowadzanie stosownych zmian do kodeksów, zamiast tworzenia regulacji pozakodeksowych. Jak widać na przykładzie art. 22[1] k.c., nawet implementacja regulacji unijnej nie zawsze zapobiega odrzuceniu części regulacji unijnych jako „obcego ciała" w krajowym systemie prawa.

Obecną sytuację w zakresie stosowania polskich przepisów konsumenckich można więc sprowadzić do następującej tezy: UE nakazuje chronić konsumenta, to go chronimy; UE nic nie mówi o przedsiębiorcy jako słabszej stronie umów gospodarczych, to i my się tym nie zajmujemy. W ten sposób ujawnia się praktyka stosowania *a contrario* przepisów o ochronie konsumenta do ochrony przedsiębiorcy, nawet pozostającego słabszą stroną umów gospodarczych. Argumentacja *a contrario* jest jednak przydatna tylko w przypadku tych norm, które mają charakter kompletny, czyli określa od początku do końca, jakie podmioty są nią objęte. Jeżeli natomiast norma nie jest kompletna, to nie moż-

28 M. Safjan (w:) M. Safjan (red.) *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. I, Warszawa 2007 s. 191–192.

29 *Ibidem*, t. I, s. 192.

30 A. Brzozowski (w:) E. Łętowska (red.) *Prawo zobowiązań – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. V, Warszawa 2006, s. 397.

31 Co nawet na gruncie prawa administracyjnego nie jest już aktualne, gdyż np., jak już wspominano, art. 4 pkt 12 przywoływanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera osobnej definicji konsumenta, lecz odsyła w tym zakresie do art. 22[1] k.c.

32 J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek, *Kodeks...*, s. 53

na przyjmować, że norma obejmując swoją dyspozycją grupę osób stanowi, że do osób spoza tej grupy należy stosować zasady przeciwne[33]. Unijnych dyrektyw konsumenckich w żaden sposób nie można traktować jako przepisów sztywno wyznaczających zakres zastosowania ochrony konsumenta; możliwa jest ochrona szersza – nie jest możliwa ochrona węższa. Dlatego określenie granic ochrony konsumenta nie oznacza zakazu analogicznego stosowania norm konsumenckich do stosunków cywilnych leżących poza granicami prawa konsumenckiego rozumianego ściśle. „Dyrektywy unijne z założenia wprowadzają jedynie minimalny zakres ochrony (...). Wobec tego, wprowadzenie w porządku prawnym danego państwa członkowskiego dalej idących zapisów (w szczególności obejmujących pojęciem konsumenta także osoby prawne na przykład z zastrzeżeniem, że jedynie w zakresie czynności innych niż bezpośrednio związane z prowadzoną działalnością) nie może i nie mogłoby zostać uznane za jakiekolwiek odstępstwo od dyrektyw"[34]. W tej kwestii dochodzi do jeszcze jednego nieporozumienia. Część doktryny przyjmuje bowiem, że zbytnie poszerzenie zakresu pojęcia „konsument" byłoby niekorzystne dla polskich przedsiębiorców[35]. To stwierdzenie nie uwzględnia faktu, że dany podmiot prowadzący działalność gospodarczą, zakwalifikowany do kategorii konsumentów – prowadzi dalej działalność gospodarczą, tyle że jest chroniony normami konsumenckimi przed nadużyciami ze strony przedsiębiorców-specjalistów chcących nadużyć wobec niego przewagi rynkowej; przewagi, którą zresztą bardzo często uzyskały inaczej niż w wyniku wolnej gry sił rynkowych.

Na podstawie art. 22[1] k.c. przedsiębiorca-osoba fizyczna jest w zakresie umów związanych „pośrednio" konsumentem, natomiast przedsiębiorca-osoba prawna lub przedsiębiorca-osobowa spółka handlowa – konsumentem nie jest.

Na podstawie obecnie obowiązującej treści art. 22[1] k.c. przedsiębiorca-osoba fizyczna jest w zakresie umów związanych „pośrednio" konsumentem, natomiast przedsiębiorca-osoba prawna lub przedsiębiorca-osobowa spółka handlowa – konsumentem nie jest. Złagodzeniu różnic wynikających z tego rozróżnienia służyć może analogiczne stosowanie przepisów o ochronie konsumentów do oceny sytuacji prawnej osób prawnych (szczególnie w zakresie wzorców umownych) oraz stosowanie klauzuli generalnej uczciwego obrotu.

6. Regulacje dotyczące „nieprofesjonalisty" w umowach ubezpieczeniowych – dygresja

Regulacje kodeksowe dotyczące umowy ubezpieczenia przyznają specjalną ochronę przedsiębiorcom-klientom zakładu ubezpieczeń. Jest to jedyny

33 Szerzej na temat argumentacji *a contrario* zob. np. Z. Radwański i M. Zieliński (w:) M. Safjan (red.) *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. 1, Warszawa 2007, s. 437–438; także: uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 24 listopada 1998 r., III CZP 44/98, OSN 1999/5/87.

34 S. Koroluk, *Zmiana definicji...*, s. 439, cyt. za E. Łętowska, *Ustawa o ochronie...*, s. 90–91.

35 Głosy doktryny za i przeciw szerokiemu uregulowaniu pojęcia konsumenta przytacza M. Pazdan (w:) M. Safjan (red.) *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. 1, Warszawa 2007, s. 999, nie zajmuje jednak własnego stanowiska.

przypadek, w którym ustawodawca, w przypadku konkretnego typu umowy, nie zadowala się ogólną definicją konsumenta, lecz przyznaje przedsiębiorcy szczegółowym przepisem ochronę konsumencką. Przepisy kodeksu cywilnego o umowie ubezpieczeniowej stanowią m.in., że do osoby fizycznej zawierającej umowę ubezpieczenia bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą stosuje się przepisy art. 385^1–385^3 k.c., mówiące m.in. o klauzulach narzuconych i klauzulach niedozwolonych (art. 805 § 4 k.c.) oraz że jeżeli umowa ubezpieczenia nie wiąże się bezpośrednio z działalnością gospodarczą lub zawodową ubezpieczonej osoby fizycznej, art. 385^1–385^3 k.c. stosuje się odpowiednio.

Przepisy te wydają się nawet wewnętrznie sprzeczne. Powinny być one odczytywane przynajmniej jako wyraz nieufności ustawodawcy do „nowej" definicji konsumenta z art. 22^1 k.c. Mimo nieudolnego sformułowania przepis art. 805 § 4 k.c. wskazuje na jednoznaczny cel ustawodawcy – przyznanie (w zakresie ww. przepisów) ochrony przedsiębiorcy-osobie fizycznej równej konsumentowi. Wskazane regulacje dotyczące umów ubezpieczeniowych można by analogicznie stosować do innych usług finansowych, ze względu na podobną specyfikę ich świadczenia (można by, gdyby nie fakt, że już regulacja ogólna art. 22^1 k.c. obejmuje wszystkie omawiane tu przypadki): wysoki i coraz wyższy stopień skomplikowania w zakresie produktów finansowych, obszerność wzorców umownych, częste reglamentowanie działalności, ze względu na łatwość pokrzywdzenia klientów jako całości (np. w wyniku upadłości ubezpieczyciela) i indywidualnie (np. w wyniku nadużycia pozycji silniejszego)[36], najwyższy poziom zaufania potrzebnego do współpracy między stronami[37].

Wobec istnienia szczególnego przepisu chroniącego przedsiębiorcę-klienta zakładu ubezpieczeń można zaryzykować twierdzenie, że na zasadzie ostrożnej analogii ochrona klienta jest uzasadniona w przypadku wszelkich umów finansowych. Warto w tym miejscu wskazać, że zasada leżąca u podstaw wskazanego tu art. 804 § 5 k.c. nie jest kwestionowana. Podnosi się, że umowa ubezpieczeniowa ma charakter w swojej istocie konsumencki[38]. Dylematy i dyskusja dotyczą raczej pytań: kogo i w jakim zakresie objąć przewidzianą tam ochroną „jak konsumenta"?[39]. Działania ustawodawcy w zakresie „konsumenckiego charakteru" umowy ubezpieczenia cechuje bowiem duża zmienność: w roku 2003 wprowadzono do kodeksu cywilnego art. 384 § 5 k.c., który obejmował ochroną „jak konsumenta" wszystkich klientów zakładu ubezpieczeń w zakresie umów ubezpieczenia, żeby w 2007 r. ograniczyć tę ochronę do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą. Jednakże *ratio legis* art. 805 § 4 k.c. pozostało w odniesieniu do osób fizycznych w zasadzie niezmienione w stosunku do uchylonego art. 384 § 5 k.c. Dlatego warto szerzej – za M. Orlickim – przytoczyć cele, które leżały u podstaw wprowadzenia art. 384 § 5 k.c.: „Zwolennicy nowelizacji dokonanej w 2003 r., w swych wypowiedziach koncentrowali się na podkreślaniu dysproporcji między zakładami ubezpieczeń, które dysponują znacznymi środkami finansowymi i fachową kadrą, a ubezpieczającymi – drobnymi przedsiębiorcami, którzy nie mają dość zasobów ani wiedzy i umiejętności, by stanowić dla ubezpieczycieli skuteczną przeciwwagę. Twierdzili, że przedsiębiorca w konflikcie z ubezpieczycielem nie ma dużo większych szans niż konsument. Rozróżniany bywał »ścisły profesjonalizm« zakładu ubezpieczeń i swoisty »zwykły« profesjonalizm wszystkich innych przedsiębiorców (...). Twierdzono, że zróżnicowanie stopni profesjonalizmu ma swoje uzasadnienie w złożoności materii ubezpieczeniowej, której nikt poza zakładem ubezpieczeń nie może opanować w stopniu dostatecznym

36 Jako „podobny rodzaj aktywności" do działalności ubezpieczeniowej wymienia „usługi bankowe" D. Fuchs, *Ochrona ubezpieczeniowa...*, s. 41.

37 Tak w zakresie umowy ubezpieczenia D. Fuchs, *Ochrona ubezpieczeniowa...*, s. 35.

38 Por. np. obawy D. Fuchsa, który m.in. wyrażał w 2006 r. wątpliwość, czy przewidywane uchylenie art. 384 § 5 k.c. nie „uzasadni refleksji o niedostatecznej ochronie podmiotów stosunku ubezpieczenia", *Ochrona ubezpieczeniowa...*, s. 40, 43.

39 Por. np. E. Kowalewski (współautor T. Sangowski, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 155), który wskazuje, że kryterium formy prawnej („osoba fizyczna") nie jest optymalne, ale w tej chwili trudno o lepsze; podobnie M. Orlicki, *Komentarz do art. 805 Kodeksu cywilnego* (w:) M. Orlicki, J. Pokrzywniak, *Umowa ubezpieczenia. Komentarz do nowelizacji Kodeksu cywilnego*, Warszawa 2008.

(...). Materia ta jest w równym stopniu niedostępna konsumentom, co przedsiębiorcom z innych branż niż ubezpieczenia. Jeśli sytuacja przedsiębiorcy i konsumenta jako strony umowy ubezpieczenia jest równie trudna, to i metody wspomagania tych podmiotów powinny być ujednolicone. Zwolennicy nowelizacji z 2003 r. upatrywali w niej takie właśnie zrównanie oręża – do obrony przed nieuczciwymi praktykami ubezpieczycieli.

7. Podsumowanie

Osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, zawierająca umowę z profesjonalistą poza swoją branżą lub specjalizacją, powinna być traktowana wprost jako konsument (mieć status nieprofesjonalisty). Natomiast do przedsiębiorców działających jako osoby prawne i jednostek nieposiadających osobowości prawnej przepisy konsumenckie (i status nieprofesjonalisty) powinny mieć zastosowanie przez analogię. Analogia ta powinna dotyczyć przede wszystkim podobieństwa do sytuacji osoby fizycznej – konsumenta – przedsiębiorcy na gruncie art. 22^1 k.c. „Przepisy prawa konsumenckiego nie powinny być podstawą do wnioskowań *a contrario* – mają one nierzadko funkcję informacyjną w stosunku do konsumentów, powtarzając zasady prawne odnoszące się w równym stopniu (co nie oznacza, że zawsze w sposób jednakowy) również do obrotu pozakonsumenckiego"[41].

„Przepisy prawa konsumenckiego nie powinny być podstawą do wnioskowań *a contrario* – mają one nierzadko funkcję informacyjną w stosunku do konsumentów, powtarzając zasady prawne odnoszące się w równym stopniu (co nie oznacza, że zawsze w sposób jednakowy) również do obrotu pozakonsumenckiego".

Z wypowiedzi zwolenników nowelizacji z 2003 r. można było wnioskować, że traktują oni umowę ubezpieczenia jako kontrakt szczególny, radykalnie różniący się od wszystkich innych i dlatego zasługujący na wyjątkowe traktowanie. »Wyjątkowość« ubezpieczeń polega na drastycznie wysokim stopniu ich skomplikowania. Skoro ani konsument, ani nikt inny nie sprosta tak wysokim wymaganiom, to trzeba dać *handicap* wszystkim. (...) W literaturze przedmiotu (...), jak również w toku prac nowelizacyjnych KKPC [Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego – MK] wyrażano wątpliwości co do celowości dokonania zmiany z 2003 r. Podnoszono, że ogromne rozszerzenie kręgu podmiotów, którym przysługuje ochrona konsumencka, nie znajduje uzasadnienia i paradoksalnie może prowadzić do obniżenia standardu ochrony tych, którzy są wobec ubezpieczycieli słabi i bezradni – konsumentów właśnie. Wskazywano, że brak powodów, dla których wszyscy przedsiębiorcy powinni być lepiej chronieni w kontaktach z ubezpieczycielami, a mogą być chronieni gorzej, gdy zawierają kontrakt z bankiem czy korporacją działającą w dowolnej branży"[40].

Ochrona nieprofesjonalisty musi być wyważona, gdyż zbyt duża – prowadzi do dyskryminacji chro-

40 M. Orlicki, *Komentarz do art. 384 Kodeksu cywilnego* (w:) M. Orlicki, J. Pokrzywniak *Umowa ubezpieczenia...*

41 F. Zoll (w:) F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, Zakamycze 2005, s. 310.

nionego: nikt nie chce zawierać z nim umów (np. w prawie pracy typowym przypadkiem patologii jest w praktyce sytuacja osób w wieku przedemerytalnym), a zbyt mała – do obumarcia rynku, gdy nikt nie chce zawierać umów wystawiających na zbyt duże ryzyko (np. obecna sytuacja na rynku walutowych instrumentów pochodnych po kryzysie „toksycznych" opcji walutowych w latach 2008–2009).

Przedstawiona tu regulacja konsumencka pozostawia miejsce na formułowanie pojęcia nieprofesjonalisty. Wbrew obiegowym opiniom pojęcie konsumenta nie jest przeciwstawne pojęciu przedsiębiorcy, ale może być z nim zbieżne. Istnieje pewna grupa podmiotów, które będąc profesjonalistą – są zarazem konsumentem (niektóre osoby fizyczne) lub powinny być traktowane analogicznie do konsumentów (niektóre osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej). Koncepcja ochrony profesjonalisty działającego poza swoją branżą lub specjalizacją daje się uzasadnić głównie: trudnościami w pozyskiwaniu informacji poza swoją branżą lub specjalizacją, przy czym postulat posługiwania się w każdym takim przypadku doradcą lub pomocnikiem jest niewykonalny organizacyjnie i finansowo, brakiem wpływu na treść proponowanych umów poza swoją branżą lub specjalizacją i ograniczeniem możliwości wyboru do alternatywy: zawarcie umowy lub rezygnacja z niej.

Rezygnacja z jasnego przeciwstawienia konsumenta profesjonaliście oczywiście uderza w bezpieczeństwo obrotu. Zamiast jednak kontestować ważny przepis prawa (art. 22^1 k.c.), co jest niedopuszczalne w państwie prawa, należy poszukiwać takiego jego rozumienia, które w zamian za bezpieczeństwo obrotu zapewnia inne dobro. Bezpieczeństwo obrotu zbyt często używane jest jako pretekst do stosowania zasady *dura lex, sed lex*, bynajmniej nie stanowiącej fundamentu prawa cywilnego. Należy sobie uświadomić, że ze swej natury bezpieczeństwo ogranicza rozwój. Im większy nacisk kładzie się na bezpieczeństwo obrotu, tym bardziej duszony jest rozwój tegoż obrotu. Nie wolno tracić z oczu innej zasady prawa cywilnego, stanowiącej fundament obrotu cywilnego, mianowicie standardu staranności sumiennego kupca. Im większa bowiem rola standardów uczciwego obrotu w tworzeniu i stosowaniu prawa, tym mniejsza potrzeba sztywnych regulacji, uzasadnianych bezpieczeństwem obrotu (czyli potrzebą wtłoczenia stosunków cywilnych w sztywne ramy kazuistycznej regulacji ustawowej lub – co jeszcze gorsze – prywatnej, obowiązującej zwykle na zasadzie adhezji). Jeżeli standardy sumienności kupieckiej mają mieć należną im rangę w procesie tworzenia i stosowania prawa, to powinny być one wystarczającym instrumentem regulującym ochronę słabszego profesjonalisty przed silniejszym profesjonalistą. Nadużycie pozycji przez silniejszego profesjonalistę powinno być traktowane jako naruszenie zasad sumienności kupieckiej i przez to powinno wywoływać sankcje przeciwko naruszającemu. A już zupełnie drugorzędne znaczenie powinien mieć fakt kwalifikacji słabszego profesjonalisty jako „nieprofesjonalisty". Jednak powszechnie występujące w sądach zjawisko ograniczania oceny umów do ich wykładni gramatycznej i równie często wyrażane tam przekonanie o niemal nieograniczonej swobodzie umów rządzącej obrotem gospodarczym wskazują, że takie przepisy jak art. 22^1 k.c. jeszcze długo będą „nieprofesjonalistom" potrzebne.