

co do zasady. studia i analizy prawne

1 / 2020 [półrocznik]



co do zasady. studia i analizy prawne

1 / 2020 [półrocznik]

Kolegium redakcyjne

dr Przemysław Szymczyk, redaktor naczelny
dr Maciej Kiełbowski, z-ca redaktora naczelnego

Redakcja językowa

Justyna Zandberg-Malec, Joanna Gonczarow

Rada Naukowa

prof. Alexander Bělohlávek, prof. Elżbieta Chojna-
-Duch, prof. Lech Garlicki, prof. Tomasz Giaro,
prof. Roman Hauser, prof. Carlos Flores Juberías,
prof. Bertrand Mathieu, prof. Witold Modzelewski,
prof. Fryderyk Zoll

Zespół recenzentów

prof. Jan Barcz, prof. Andrzej Kidyba, prof. Elżbieta
Kornberger-Sokołowska, prof. Adam Łazowski,
prof. Zygmunt Niewiadomski, prof. Gertruda
Uścińska, prof. Jerzy Zajadło, dr hab. Jarosław
Grykiel (prof. UAM), dr hab. Michał Krakowiak
(prof. UŁ), dr Adam Błachnio, dr Wiktor Klimiuk,
dr Marta Kozłowska, dr Olga Piaskowska,
dr Piotr Piesiewicz, dr Beata Rogalska, dr Mateusz
Tchórzewski, dr Radosław Wiśniewski

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania zmian redakcyjnych w nadsyłanych tekstach, w tym skracania ich, zmiany tytułów, umieszczania śródtytułów, redukowania liczby przypisów, jak również wprowadzania poprawek merytorycznych i stylistycznych. Opracowań niezamówionych redakcja nie zwraca. Z chwilą przekazania tekstu do redakcji Autor przenosi wyłączne prawo do jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze) na wydawcę. Wymogi redakcyjne wobec Autorów, zasady recenzowania opracowań oraz warunki prenumeraty są dostępne na stronie: www.codozasady.pl/studia-analizy.

Wersją podstawową
(referencyjną) czasopisma
jest wersja papierowa.

Co do zasady. Studia i analizy prawne
In principle. Legal studies and analyses

wardynski.com.pl
codozasady.pl

Wydawca

WIW Services
Al. Ujazdowskie 10
00-478 Warszawa
Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00

ISSN 2658-0098

Nakład: 150 egz.

e-mail: redakcja@wardynski.com.pl

od redakcji

1 / 2020

Drodzy Czytelnicy,

niezależnie od zawirowań epidemicznych w Polsce i na świecie oddajemy w Wasze ręce drugi numer naszego czasopisma. Mamy nadzieję, że zastaje on Was w zdrowiu, a jego lektura pozwoli oderwać się nieco od problemów, o których informują polskie i zagraniczne serwisy informacyjne.

Biorąc pod uwagę czas wydania numeru (zdążyliśmy się już nieco oswoić z nową normalnością) oraz naukowy charakter czasopisma, nie chcieliśmy skupiać się na zagadnieniach dotyczących COVID-19. Nie umniejszając bowiem wyzwań prawnych związanych z *lockdownem*, a następnie z odmrażaniem rodzimej i światowej gospodarki, uważamy, że nie samą pandemią prawnik żyje i że w różnych gałęziach prawa jest szereg zagadnień interesujących dla teoretyków i praktyków, które warto poddać studiom i analizom.

Najbliższa spraw pandemicznych w bieżącym numerze jest glosa Stanisława Drozda komentująca wyrok odnoszący się do sytuacji kryzysowej, na którą powołuje się jedna ze stron. Idealnie wpisuje się ona w nurt spraw powiązanych z koronawirusem, choć powstała jeszcze w czasach przedpandemicznych. Oprócz tego autorzy omawiają szereg zagadnień związanych z nielegalną dystrybucją leków, Brexitem, ewolucją pojęcia „przedsiębiorcy” w polskim prawie, wykonalnością wyroków sądów polubownych, uchwałami światopoglądowymi organów jednostek samorządu terytorialnego, rynkiem mocy, schematami podatkowymi czy

konwencją CMR (tak istotną dla międzynarodowej logistyki). Zachęcamy również do lektury wywiadu z prof. dr. Alexandrem J. Bělohávkem poświęconego trendom w arbitrażu międzynarodowym.

Jeśli zaś ciekawią Państwa prawne aspekty pandemii, polecamy poświęcony im serwis [AgainstCovid.law](https://www.againstcovid.law), gdzie zamieszczamy zwięzłe odpowiedzi na najczęstsze pytania oraz obszerniejsze omówienia prawno-pandemicznych zagadnień.

Czytelnikom, autorom, członkom Rady Naukowej czasopisma oraz wszystkim zaangażowanym w ten projekt i ich bliskim życzymy dużo zdrowia i spokoju na nadchodzące miesiące. Numer trzeci ukaże się późną jesienią 2020 r.

adw. dr Maciej Kiełbowski
zastępca redaktora naczelnego



artykuły i studia

- 7 Penalizacja odwróconego łańcucha dystrybucji leków w Polsce

ARTUR PIETRYKA, MAGDALENA KOTOWICZ

- 23 Koncepcja obywatelstwa Unii Europejskiej jako pojęcia prawnego i politycznego niezależnego od przynależności do państwa członkowskiego. Rozważania dotyczące kwestii utraty praw przez jednostki w kontekście Brexitu

MAREK DANIKOWSKI

- 39 Wybrane schematy międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego a legitymacja czynna do wytoczenia powództwa o zapłatę z tytułu uszczerbku majątkowego na gruncie konwencji CMR

MATEUSZ KOSIOROWSKI

- 61 Uchwały niewładcze organów jednostek samorządu terytorialnego

MAGDALENA NIZIOŁEK

analizy i opinie

- 75 Czemu rosną ceny energii w Polsce? Zasady działania europejskiego systemu handlu uprawnieniami do emisji (EU ETS) i jego wpływ na rynek energii w Polsce

RADOSŁAW WASIAK,
MAREK DOLATOWSKI

- 91 Zwolnienie od akcyzy zakładów energochłonnych – wybrane problemy interpretacyjne

MATEUSZ TCHÓRZEWSKI

- 105 100 lat pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie polskim – ewolucja i stan obecny. Część 2 – od przełomu wieków do dnia dzisiejszego

ANDRZEJ MADAŁA

judykatura i glosy

- 147 Praktyki korupcyjne w umowach a wykonalność wyroków sądów polubownych. Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 10 kwietnia 2018 r. w sprawie Alstom Transport SA i Alstom Network UK przeciwko Alexander Brothers Ltd (sygn. 16/11182)

ALEKSANDRA STĘPNIEWSKA

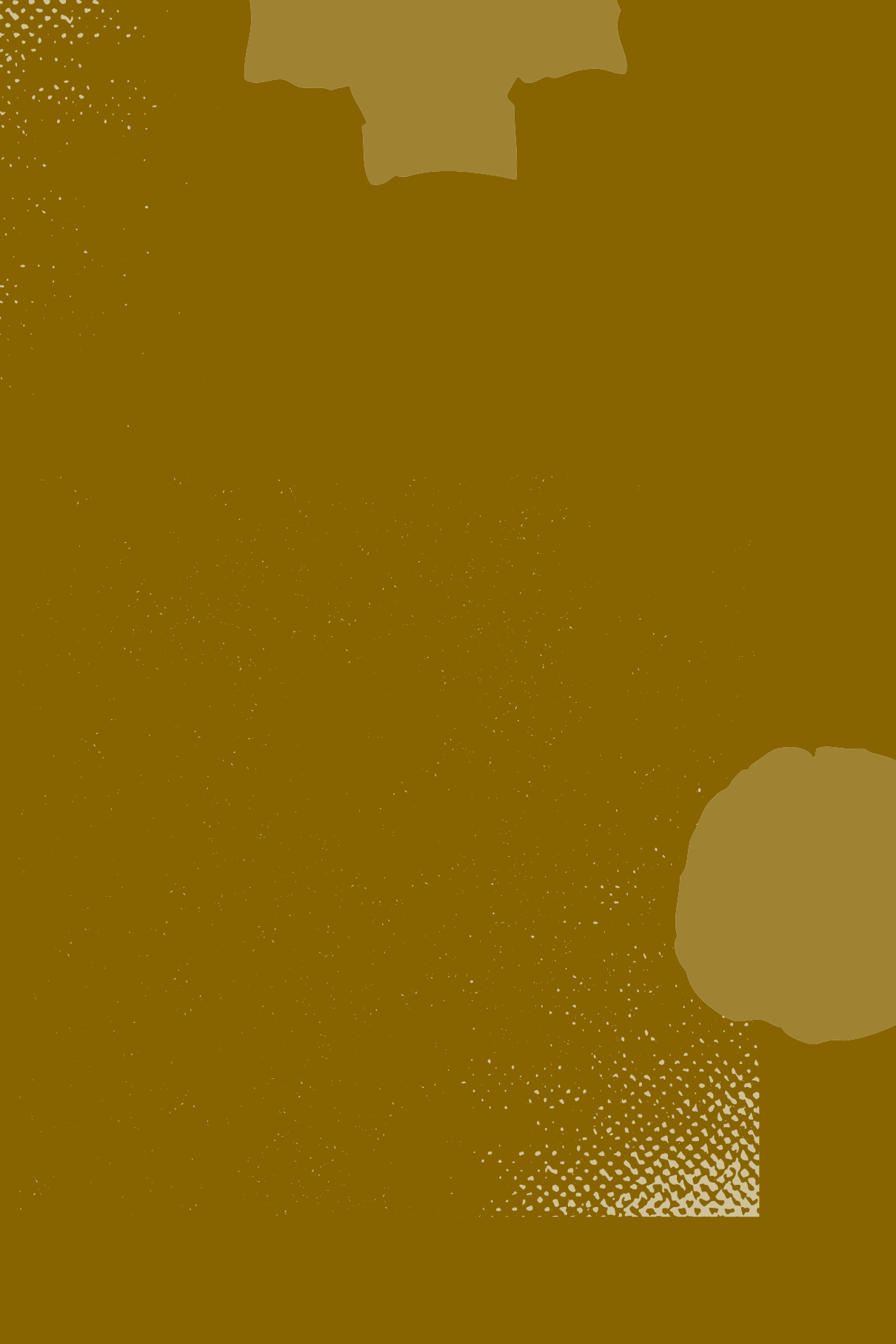
- 163 „Ważne powody” rozwiązywania umowy. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22 sierpnia 2012 r.

STANISŁAW DROZD

wywiad

- 173 Trendy w arbitrażu międzynarodowym

ROZMOWA
Z PROF. DR. ALEXANDREM
J. BĚLOHLÁVKIEM





Artur PIETRYKA

[adwokat, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]



Magdalena KOTOWICZ

[aplikantka adwokacka]

Penalizacja odwróconego łańcucha dystrybucji leków w Polsce

Prawo farmaceutyczne jest jednym z najczęściej zmienianych ostatnio aktów prawnych. Jednym z powodów zmian dokonywanych w latach 2015-2019 była konieczność walki z od lat znanym problemem tzw. odwróconego łańcucha dystrybucji leków. Mowa o sytuacji, gdy leki – zamiast trafić do pacjentów – są masowo skupowane i sprzedawane z zyskiem za granicą. Walkę z tym problemem miały ułatwić najpierw tzw. ustawa antywywózowa, a następnie nowelizacja Prawa farmaceutycznego z kwietnia 2019 r. Wprowadziły one szereg zmian przepisów dotyczących odpowiedzialności karnej i administracyjnej uczestników procesu dystrybucji leków w Polsce. Wprowadzenie tych zmian należy ocenić jako celowe i uzasadnione, jednakże kształt konkretnych rozwiązań budzi wątpliwości.

ŁAŃCUCH DYSTRYBUCJI LEKÓW | APTEKA | HURTOWNIA FARMACEUTYCZNA |
PENALIZACJA HANDLU LEKAMI | LEKI ZAGROŻONE BRAKIEM DOSTĘPNOŚCI

Zasady dystrybucji leków w Unii Europejskiej i w Polsce

W niniejszej publikacji za leki uznawane będą wszelkie produkty spełniające kryteria produktu leczniczego określone w Prawie farmaceutycznym. Przewiduje ono, że lekiem jest substancja lub mieszanina substancji przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących

u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne¹.

¹ Art. 2 pkt 32 ustawy Prawo farmaceutyczne z dnia 6 września 2001 r., Dz.U. z 2001 r. nr 126, poz. 1381.

Tym samym lekami będą te sprzedawane na receptę, jak i bez recepty (tzw. leki *over-the-counter*, OTC). Za leki nie należy natomiast uznawać suplementów diety będących produktami spożywczymi.

Obrót lekami w Polsce, podobnie jak w innych krajach UE, jest ściśle reglamentowanym obszarem działalności gospodarczej i może odbywać się jedynie według określonych zasad. Na poziomie UE zasady te reguluje dyrektywa 2001/83/WE². W jej preambule wskazano, że istnieje konieczność sprawowania kontroli całego łańcucha dystrybucji produktów leczniczych – od ich wyprodukowania lub przywozu do UE aż do zaopatrzenia ludności – celem zagwarantowania odpowiednich warunków składowania, transportu i obrotu tymi produktami³. W Polsce przejawami tej ochrony są: licencjonowanie podmiotów uczestniczących w obrocie, ściśle określenie kierunku dozwolonej sprzedaży, a także kontrolowanie rynku przez organy Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Licencjonowanie obrotu wymaga, by w łańcuchu dystrybucji pojawiały się wyłącznie podmioty posiadające zezwolenie. Może to być co do zasady zezwolenie na obrót hurtowy (*wholesale distribution licence*, WDL) mające zastosowanie do hurtowni farmaceutycznych lub różnego rodzaju zezwolenia na obrót detaliczny (*retail distribution license*, RDL) stosowane w szczególności

do aptek. Dozwolony kierunek dystrybucji oznacza, że obrót lekiem może przebiegać tylko w jednym kierunku, od podmiotu odpowiedzialnego (lub jego przedstawiciela – najczęściej producenta) do hurtowni farmaceutycznych oraz z hurtowni do apteki, a następnie do klienta apteki (w Polsce zasadniczo do pacjenta lub podmiotu leczniczego). Leki przeznaczone przez podmiot odpowiedzialny do obrotu na rynek polski nie mogą co do zasady tego rynku opuścić. Zaś produkty, które opuściły jedno ogniwo w obrocie (np. hurtownię), co do zasady nie mogą do niego wrócić, tj. nie mogą zostać sprzedane⁴.

Dodatkowo tworzone są listy leków deficytowych (np. ratujących życie lub mających szczególne znaczenie dla pacjentów), których celem jest przeciwdziałanie ich niedostępności. Zamiar wywozu takich leków poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub ich zbycia podmiotowi prowadzącemu działalność poza tym terytorium należy zgłosić Głównemu Inspektorowi Farmaceutycznemu, który ma prawo wyrazić sprzeciw.

Handel równoległy lekami a odwrócony łańcuch dystrybucji

Ze względu na ścisłą reglamentację dystrybucji, zarówno na poziomie UE, jak i poszczególnych krajów członkowskich, koncerny farmaceutyczne dostosowują ceny swoich produktów

² Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. U. UE L 311, 28/11/2001 s. 67–128.

³ Motyw nr 35 preambuły ww. dyrektywy.

⁴ J. Krakowiak, *Dystrybucja leków – nowe regulacje w Prawie farmaceutycznym*, codozasady.pl, 13 czerwca 2019 r. <http://www.codozasady.pl/dystrybucja-lekow-nowe-regulacje-w-prawie-farmaceutycznym/> (dostęp 3.06.2020 r.).

leczniczych do każdego kraju z osobna. W ten sposób powstają różnice cenowe w zakupie produktów leczniczych w zależności od tego, w jakim kraju lek ten jest sprzedawany. Powoduje to, że konsumenci chcą kupować lek w innych krajach, za niższą cenę, a sprzedawca chce go zbyć za cenę wyższą, również za granicą. Tak powstaje handel równoległy lekami, który polega na tym, że licencjonowane hurtownie farmaceutyczne kupują leki w kraju, gdzie są one tańsze i sprzedają tam, gdzie ich cena jest wyższa. Co do zasady taki handel jest dozwolony w UE na podstawie swobody przepływu towarów oraz na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego na mocy Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁵.

W polskim systemie prawnym handel równoległy produktami leczniczymi został określony w art. 2 pkt 7b Prawa farmaceutycznego i należy go rozumieć jako sprowadzanie z państw członkowskich UE lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym produktu leczniczego, który spełnia łącznie dwa warunki:

- posiada te same substancje czynne o określonych właściwościach, o tej samej mocy, tej samej drodze podania oraz o tej samej lub zbliżonej postaci,
- jest referencyjnym produktem leczniczym lub odpowiednikiem referencyjnego produktu leczniczego dopuszczonego do obrotu w Polsce⁶.

Metoda wprowadzenia produktów leczniczych na rynek farmaceutyczny przy wykorzystaniu handlu równoległego stanowi dozwoloną prawnie formę konkurencji w przypadku leków podlegających ochronie patentowej. Wzrost konkurencyjności w naturalny sposób przyczynia się do regulacji tej części rynku – głównie ekonomicznej – w ten sposób, że generuje oszczędności dla konsumentów. Tworzy także presję cenową, w wyniku której tańsze produkty pochodzące z importu zmuszają producentów droższych produktów do obniżenia wygórowanych cen. Presja ta zwiększa dostępność leków wśród konsumentów. Takie zjawisko obciążone jest jednak dużym ryzykiem, zwłaszcza w krajach, w których leki można dostać po stosunkowo niskich cenach. Ryzyko to polega na tym, że w krajach tych import tańszych leków i wynikające z niego oszczędności są dużo niższe niż te uzyskane w wyniku eksportu leków. Co za tym idzie, zwiększenie eksportu względem importu często skutkuje brakiem dostępności wybranych produktów leczniczych na rynku ich pochodzenia, co stwarza niebezpieczeństwo niemożności zaspokojenia potrzeb lokalnych konsumentów, a nawet może stanowić zagrożenie dla ich zdrowia i życia⁷.

Ze względu na powyższe zagrożenie UE zezwala na ograniczenie handlu równoległego lekami przez państwa członkowskie – o ile służące temu środki są uzasadnione, racjonalne i proporcjonalne – aby zapewnić ochro-

⁵ W szczególności na podstawie art. 28–30 Traktatu.

⁶ Art. 2 pkt 7b lit. a i b Prawa farmaceutycznego.

⁷ I. Baran-Lewandowska, T. Hermanowski, *Wpływ handlu równoległego na rynek farmaceutyczny w Polsce*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2013, 11 (1), s. 79–88.

nę uzasadnionego interesu publicznego, np. w celu zagwarantowania odpowiednich i ciągłych dostaw produktów farmaceutycznych dla ludności⁸.

Zjawisko odwróconego łańcucha dystrybucji leków polega na tym, że skupowane na rynku detalicznym leki zamiast trafić do pacjentów sprzedawane są z zyskiem za granicą z pominięciem wymogów w zakresie handlu równoległego. Do rozwoju powyższego zjawiska w Polsce doprowadziło m.in. wejście w życie w 2012 r. ustawy refundacyjnej⁹. Na jej mocy ceny leków refundowanych w Polsce są ustalane odgórnie (w obwieszczeniu Ministra Zdrowia – liście leków refundowanych) i nie mają na nie wpływu reguły wolnego rynku. W ten sposób ceny leków refundowanych w całej Polsce stały się identyczne. Ustawa przyczyniła się również do usztywnienia marż aptekarzy i hurtowników farmaceutycznych. W efekcie zyski dystrybutorów i producentów produktów leczniczych zostały znacznie ograniczone, a ceny leków w Polsce obniżone w stosunku do innych krajów członkowskich¹⁰, co spowodowało zwiększenie opłacalności eksportu leków i ich sprzedaży na innych rynkach, a co za tym idzie rozwój w Polsce procederu odwróconej dystrybucji leków.

W 2013 r. szacowano, że skala eksportu równoległego wynosiła ok. 2 miliardy złotych¹¹ i już wówczas notowano problem z dostępnością leków wynikający z istnienia zjawiska odwróconego łańcucha dystrybucji. W latach 2012–2015 do Departamentu Polityki Lekowej i Farmacji Ministerstwa Zdrowia wpłynęły łącznie 752 zgłoszenia dotyczące trudności z dostępem do leków refundowanych i nierefundowanych. W tym samym okresie do Rzecznika Praw Pacjenta wpłynęło ich łącznie 126. Zjawisko to w praktyce osiągnęło taką skalę, że w aptekach zaczęło realnie brakować leków, a największe braki dotyczyły środków przeciwwrzepczych¹². Z kolei Najwyższa Izba Kontroli (NIK) w raporcie z 2018 r.¹³ szacowała, że łączna wartość produktów leczniczych eksportowanych do krajów UE wynosiła 3,5 mld złotych, z czego 57% było wywożonych nielegalnie, co również skutkowało ograniczeniem wpływów ze sprzedaży leków do Skarbu Państwa.

Walka z nielegalną dystrybucją leków przed 2015 r.

Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna próbowała początkowo walczyć z opisanym procederem, zawiadamiając prokuratury o nieprawidłowościach wykrytych w trakcie rutynowych kontroli.

⁸ Komunikat Komisji Europejskiej z 17 maja 2018 r. dostępny pod adresem: https://ec.europa.eu/poland/news/180517_drugs_pl (dostęp: 21.03.2020).

⁹ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

¹⁰ Zob. D. Najmoła, K. Liszewski, *Eksport – import równoległy a odwrócony łańcuch dystrybucji leków*, „Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny” 2 (28) 2016; Z. Dobrowolski, *Nadzór państwowy nad obrotem produktów leczniczych*, „Kontrola i Audyty”, nr 3 maj-czerwiec 2016, wyd. Najwyższa Izba Kontroli.

¹¹ Pismo Przewodniczącego Komisji ds. Aptek Szpitalnych Okręgowej Izby Aptekarskiej w Krakowie z 2 lutego 2015 r., dostępne pod adresem: http://www.oia.krakow.pl/images/2019_docs/20190328_MZ_06112017.pdf (dostęp: 21.03.2020).

¹² Z. Dobrowolski, op. cit.

¹³ Informacja o wynikach kontroli, Działalność organów państwa na rzecz zapewnienia dostępności produktów leczniczych (w latach 2016-17), styczeń 2019, dostępna pod adresem: <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/110/> (dostęp: 21.03.2020).

W grudniu 2013 r. Główny Inspektor Farmaceutyczny podpisał z Generalnym Inspektorem Kontroli Skarbowej porozumienie dotyczące współpracy tych organów w zakresie walki z odwróconym łańcuchem dystrybucji leków. Zakładała ona przekazywanie zbiorczych danych dotyczących obrotu produktami leczniczymi oraz wyrobami medycznymi, a także organizowanie szkoleń i spotkań celem omówienia kierunków dalszej współpracy. W ślad za tym porozumieniem urzędy kontroli skarbowej przeprowadziły analizę problematyki odwróconego łańcucha dystrybucji leków z udziałem hurtowni farmaceutycznych i aptek. W związku z tym wszczęto do końca lipca 2014 r. 77 kontroli skarbowych (33 wobec hurtowni i 44 wobec aptek), zaś w 13 przypadkach zawiadomiono o nieprawidłowościach wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego¹⁴.

Ponadto w 2014 r. toczyło się kilkaset postępowań karnych, których przedmiotem był nielegalny wywóz leków za granicę. Większość tych postępowań została przekierowana do Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie¹⁵, z których większość została jednak umorzona z uwagi na brak znamion czynu zabronionego¹⁶. Główną przyczyną upatrywano w tym, że ówczesny art. 127 Prawa farmaceutycznego przewidywał jedynie odpowiedzialność karną osób

prowadzących aptekę lub hurtownię farmaceutyczną bez zezwolenia. Uniemożliwiał on natomiast ściganie i karanie uczestników odwróconego łańcucha dostaw (przede wszystkim hurtowników), którzy posiadali zezwolenia, ale brali udział w nielegalnym wywozie leków za granicę¹⁷. Powyższe działania okazały się zatem dalece niewystarczające dla rozwiązania problemu odwróconego łańcucha dystrybucji.

Nowelizacja z 2015 r.

Rozwiązaniem problemu miała być nowelizacja Prawa farmaceutycznego, która weszła w życie w dniu 12 lipca 2015 r.¹⁸ Wprowadziła ona zmiany zarówno w przepisach karnych, jak i administracyjnych. Ustawa ta została nazwana antywywozową, ponieważ wprowadzono ją w celu walki z procederem nielegalnej dystrybucji leków¹⁹.

W zakresie przepisów prawa karnego dodano w art. 126b Prawa farmaceutycznego nowego rodzaju czyn zabroniony polegający na naruszeniu zakazu zbycia produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego do hurtowni farmaceutycznej

¹⁷ M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. II, Lex.

¹⁸ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 788).

¹⁹ W uzasadnieniu wskazano, że: *Konieczne jest wprowadzenie skutecznego nadzoru organów państwowych nad procesem dystrybucji produktów leczniczych, który w chwili obecnej osiąga nieakceptowany społecznie poziom patologii i uniemożliwia zapewnienie stałego dostępu do ważnych produktów leczniczych, których brak może spowodować trwale i niekorzystne następstwa zdrowotne*; dostępne pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2997> (dostęp: 21.03.2020).

¹⁴ Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia na interpelację poselską nr 27514 z 5 września 2014 r., dostępna pod adresem: <http://sejm.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=3DA00D15> (dostęp: 22.03.2020).

¹⁵ M. Grosman, *Co z wywozem? Nadal kwitnie*, „Magazyn Aptekarski”, październik 2017 r.

¹⁶ P. Słowik, *Kryzys lekowy w Polsce*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 10 lipca 2019 r.

nej, innej apteki ogólnodostępnej lub innego punktu aptecznego. Sprzedaż innym podmiotom stanowiła czyn zabroniony, za który groziła kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Zrezygnowano tym samym z odpowiedzialności karnej za czyn określony w art. 127 Prawa farmaceutycznego dotyczący podejmowania działalności w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej, apteki ogólnodostępnej i punktu aptecznego bez zezwolenia. Zamiast niej wprowadzono zaś możliwość nakładania kar pieniężnych w wysokości do 500 000 zł. Powyższe zmiany oznaczały częściową rezygnację z odpowiedzialności karnej, która w dotychczasowym kształcie była nieskuteczna i wprowadzenie możliwości nakładania wysokich kar administracyjnych w drodze decyzji administracyjnych.

Nowelizacja zwiększyła także obowiązki raportowania czynności w ramach obrotu produktami leczniczymi, środkami spożywczymi specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobami medycznymi refundowanymi. Przewidywała stworzenie w tym celu Zintegrowanego Systemu Monitorowania Obrotu Produktami Leczniczymi (ZSMOPL). Hurtownie farmaceutyczne zostały zobowiązane do informowania o przeprowadzanych transakcjach, stanach magazynowych, przesunięciach magazynowych do innych hurtowni farmaceutycznych, zaś apteki – o analogicznych działaniach względem innych aptek, punktów aptecznych lub działów farmacji szpitalnej. Pierwotnie obowiązki raportowania do ZSMOPL miały funkcjonować od 1 stycznia 2017 r. Ostatecznie jednak zaczęły obowiązywać od 1 kwietnia 2019 r.

Powyższe obowiązki informowania miały prowadzić do monitorowania dostępności leków. Jeżeli bowiem w ciągu trzech dni 5% aptek zgłosi brak leku, wojewódzka inspekcja farmaceutyczna ma obowiązek ustalić przyczynę braku dostępności tego leku. Ma również obowiązek przysyłać do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (GIF) raporty o zgłoszonych brakach leków. W oparciu o informacje przekazywane przez GIF, gromadzonych w ZSMOPL lub inne informacje dotyczące dostępności produktów leczniczych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych co najmniej raz na dwa miesiące Minister Zdrowia aktualizuje obwieszczenie – tzw. listę leków zagrożonych dostępnością.

Polecenie Prokuratora Krajowego w sprawie zwalczania wywozu leków

Przepisy karne wprowadzone nowelizacją z 2015 r. spotkały się z krytyką. Zarzucano m.in., że czyn z art. 126b Prawa farmaceutycznego dotyczył jedynie aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych, nie obejmował jednak hurtowni²⁰. Dlatego też prokuratorzy zaczęli poszukiwać innych, skuteczniejszych instrumentów walki ze zjawiskiem. Wszczynali oni m.in. postępowania karne i kwalifikowali zachowania doprowadzające do wywozu leków jako czyn z art. 165 § 1 pkt 5 Kodeksu karnego²¹ (k.k.). Polega on na sprowadzeniu niebezpieczeństwa

²⁰ M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. II, Lex; W. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. III, 2018.

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 ze zm.

dla życia lub zdrowia albo dla mienia w wielkich rozmiarach poprzez działanie „w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych”. Postępowania były jednak umarzone z uwagi na brak znamion czynu zabronionego²², gdyż dla bytu przestępstwa musiało zaistnieć bezpośrednie i realne zagrożenie życia lub utraty zdrowia²³. Niebezpieczeństwo powstające w wyniku odwróconego łańcucha dystrybucji leków uważano natomiast najczęściej za abstrakcyjne.

W związku z powyższymi problemami w 2017 r. Prokurator Krajowy wydał wytyczne dotyczące walki z wywozem leków za granicę za pomocą innych dostępnych instrumentów prawa karnego²⁴. Zgodnie z nimi prokuratorzy winni byli badać, czy zachowania zarówno zbywców, jak i nabywców produktów leczniczych wypełniły znamiona innych czynów, m.in.: nierzetelnego ewidencjonowania dokumentów potwierdzających zbycie produktów leczniczych przez apteki lub ich nabycie przez hurtownie farmaceutyczne lub inne podmioty (art. 77 pkt 1 ustawy o rachunkowości²⁵), wytwarzania lub posługiwania się dokumentami podrobionymi, przerobionymi lub poświadczającymi nieprawdę (czyn z art. 270 § 1 k.k., art. 271 § 1 lub

3 k.k. lub z art. 273 k.k.), nierzetelnego prowadzenia ksiąg (art. 61 § 1 k.k.s.²⁶), naruszenia procedury rachunkowej (art. 62 § 1 lub 2 k.k.s.), fałszowania faktur (art. 270a k.k.), poświadczania nieprawdy w fakturach (art. 271a k.k.), sprowadzania stanów powszechnie niebezpiecznych dla życia i zdrowia (art. 165 k.k.), a także prowadzenia obrotu produktami leczniczymi w ramach zorganizowanej grupy przestępczej (art. 258 k.k.).

Wytyczne zachęcały także prokuratorów do wszczynania postępowań administracyjnych w przedmiocie cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki lub hurtowni w razie ustalenia, że dane podmioty uczestniczyły w procederze odwróconego łańcucha dostaw. Prokuratorzy mieli przyczynić się w ten sposób do nakładania na te podmioty kar administracyjnych, m.in. w postaci cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej lub hurtowni.

Raport NIK i potrzeba dalszych zmian

Także i powyżej opisane środki nie przyniosły pożądanych rezultatów i nie doprowadziły do wyeliminowania zjawiska odwróconego łańcucha dystrybucji leków. Okazało się bowiem, że ma ono bardziej złożony charakter, a walka z nim wymaga systemowego podejścia.

Pod koniec 2018 r. Najwyższa Izba Kontroli opublikowała raport dotyczący działalności organów państwa na rzecz zapewnienia dostępności produktów

²² Zob. pismo Ministerstwa Zdrowia z 11 kwietnia 2017 r. dostępne pod adresem: http://www.oia.krakow.pl/images/2019_docs/20190328_MZ_06112017.pdf (dostęp: 21.03.2020).

²³ Wyrok SA w Katowicach z 27 maja 2011 r., II AKa 160/11, Lex nr 1001362.

²⁴ Polecenie Prokuratora Krajowego z 5 czerwca 2017 r., PK I BP 024.9.2017 dostępne pod adresem: <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/wytyczne-prokuratora-krajowego-dotyczace-odwroconego-lancucha-dystrybucji-lekow/> (dostęp: 22.03.2020).

²⁵ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, Dz.U. z 1994 r. nr 121, poz. 591.

²⁶ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 1999 r. nr 83, poz. 930.

lecniczych”²⁷, stwierdzając, że w trzy lata po wejściu w życie ustawy antywozowej nadal istnieje problem odwróconego łańcucha dystrybucji, którego konsekwencją były okresowe braki dostępności leków w aptekach. Lekami najczęściej niedostępnymi w aptekach były m.in. Clexane, Fragmin, Xarelto, Berodual, Humalog, a także Madopar.

W ocenie NIK przyczyn niewyeliminowania procederu nielegalnego wywozu leków należało upatrywać w regulacjach dotyczących raportowania. Obowiązek ten niesłusznie dotyczył wszystkich uczestników łańcucha dystrybucji leków, począwszy od producenta, przez hurtownie, aż do aptek. Ponadto raporty te niepotrzebnie obejmowały całościowy stan magazynowy, tj. nie tylko leki zagrożone dostępnością, ale i pozostałe produkty lecznicze, czyli nawet witaminy i suplementy diety, co doprowadziło do nagromadzenia ogromnych ilości danych. Zbiorcze raporty GIF nie zawierały natomiast informacji o skutkach braku dostępności produktów leczniczych. Brak było zatem możliwości rzetelnej weryfikacji zgromadzonych danych, wyciągnięcia wniosków i wprowadzenia na tej podstawie efektywnych działań zmierzających do rzeczywistego wyeliminowania procederu odwróconego łańcucha dystrybucji leków. Brakowało jednocześnie pełnych i wiarygodnych danych o skali i zakresie brakujących leków oraz przyczynach niedoborów, co utrudniało szybkie i skuteczne przeciwdziałanie nielegalnym praktykom w obrocie produktami leczniczymi.

Ponadto NIK ustaliła, że skontrolowane organy nierzetelnie sprawowały nadzór nad obrotem produktami leczniczymi, ponieważ GIF nie wywiązywał się z obowiązku sprawdzania, czy przedsiębiorca prowadzący hurtownię farmaceutyczną spełniał obowiązki wynikające z Prawa farmaceutycznego. Rocznie kontrole dotyczyły tylko około 10-12% hurtowni farmaceutycznych funkcjonujących na rynku, co mogło być spowodowane brakami kadrowymi. GIF nie nakładał także kar pieniężnych wynikających z prowadzenia apteki ogólnodostępnej bez wymaganego zezwolenia oraz zbycia deficytowych produktów leczniczych bez wymaganego zgłoszenia zamiaru ich zbycia.

Według NIK współpraca z organami administracji skarbowej, wojewodami oraz organami ścigania również nie była skuteczna. Postępowania przygotowawcze z zawiadomienia organów inspekcji farmaceutycznej w większości przypadków były umarzane albo odmawiano ich wszczynania. Z wnioskami NIK w tym zakresie korespondują dane o efektywności ścigania karnego. Pokazują one m.in., że do czerwca 2019 r. w prokuraturach zarejestrowano łącznie 39 spraw dotyczących art. 126b Prawa farmaceutycznego. W 27 sprawach udało się je zakończyć, z czego w 8 sprawach skierowano do sądu akt oskarżenia lub wnioski o warunkowe umorzenie, w 14 sprawach postępowanie umorzono, w czterech odmówiono wszczęcia postępowania, natomiast jedna sprawa (umorzona przez Policję) została zakończona w prokuraturze w inny sposób²⁸.

²⁷ Informacja o wynikach kontroli, Działalność...

²⁸ Odpowiedź Ministerstwa Sprawiedliwości z 5 czerwca 2019 r. na interpelację poselską nr 29583,

Nowelizacja z kwietnia 2019 r.

W związku z tymi problemami ustawodawca zdecydował się na kolejne działania wymierzone w odwrócony łańcuch dystrybucji leków. W dniu 6 czerwca 2019 r. weszła w życie nowelizacja z 26 kwietnia 2019 r.²⁹ wprowadzająca zakazy i nakazy, których muszą przestrzegać uczestnicy łańcucha dystrybucji leków.

Hurtownia farmaceutyczna ma obowiązek zaopatrywać się w produkty lecznicze wyłącznie u podmiotu odpowiedzialnego, przedsiębiorcy posiadającego zezwolenie na wytwarzanie lub import produktów leczniczych lub przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą polegającą na prowadzeniu obrotu hurtowego – po uprzednim sprawdzeniu ważności odpowiedniego zezwolenia. Nabywanie od innych podmiotów jest zabronione. Apteka ogólnodostępna lub punkt apteczny mogą natomiast zbyć produkt leczniczy w celu bezpośredniego zaopatrywania ludności, w tym nieodpłatnie pacjentowi – wyłącznie na potrzeby jego leczenia, a także podmiotowi leczniczemu na podstawie zapotrzebowania – w celu zaopatrzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą. Produkty lecznicze mogą być również przekazywane nieodpłatnie na rzecz tych samych podmiotów, do których można je zbyć oraz domów pomocy społecznej (w celu umożliwienia i organizowania pomocy), a także organom władzy publicznej (w sytuacjach stanu wyjątkowego, wojennego lub

klęski żywiołowej). Wreszcie podmiot wykonujący działalność leczniczą nie może zbywać produktów leczniczych albo środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych objętych refundacją w innym celu niż udzielanie przez ten podmiot świadczenia opieki zdrowotnej na terytorium RP.

Ponadto nowelizacja wprowadziła zmiany przepisów karnych i deliktów administracyjnych dotyczących nieprzestrzegania zakazów i nakazów związanych z obrotem.

Karalne jest w szczególności zbywanie i nabywanie produktów leczniczych wbrew określonym powyżej zasadom (art. 126b ust. 1 i 2 Prawa farmaceutycznego). W kwestii definicji zbywania i nabywania produktów leczniczych doktryna sugeruje sięganie do definicji ustalonych na podstawie innych ustaw. Chodzi zatem o czynności przenoszące własność lub posiadanie w formach określonych przez umowy prawa cywilnego, w tym w formie nieodpłatnej, np. darowizny³⁰.

Penalizacją zostało objęte też umyślne *quasi*-paserstwo polegające na dalszym obrocie produktem leczniczym zbytym lub nabytym wbrew ww. nakazom i zakazom, jego wywozie poza terytorium RP, przewozie wewnątrz RP i przechowywaniu (art. 126b ust. 3 Prawa farmaceutycznego). Czyny te zagrożone są karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności.

dostępna pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=BCUHMZ> (dostęp: 21.03.2020).

²⁹ Dz.U. z 2019 r. poz. 959.

³⁰ M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. II. Patrz też: T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, Lex; V. Kolarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, Lex.

Poza nimi nowelizacja przewidziała również typy kwalifikowane opisanych działań, czyli takie, które pod określonymi warunkami są zagrożone surowszymi karami. Pierwszy dotyczy sytuacji, w której udział w nielegalnej dystrybucji dotyczył produktów leczniczych stanowiących mienie znacznej wartości (o wartości przewyższającej 200 tys. zł). W tym przypadku sprawcy grozi kara od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności. Nie ma przy tym znaczenia, jaką korzyść osiągnął sprawca z udziału w nielegalnym obrocie produktami leczniczymi, ale to, jaka była wartość tych produktów. Rozmiar korzyści będzie miał wpływ jedynie na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu, ewentualnie późniejsze orzeczenie w przedmiocie przepadku korzyści pochodzącej z przestępstwa. Drugi przypadek dotyczy udziału w nielegalnej dystrybucji leków zamieszczonych w tzw. wykazie leków zagrożonych brakiem dostępności. Zagrożenie karą jest tu wyższe i wynosi od roku do lat 10 pozbawienia wolności.

Z uwagi na tak określone granice zagrożenia karą łatwiejsze ma być stosowanie środków zapobiegawczych – w tym tymczasowego aresztowania – wobec osób podejrzanych o uczestniczenie w nielegalnej dystrybucji. Zgodnie bowiem z art. 258 § 2 Kodeksu postępowania karnego³¹ (k.p.k.) samoistną przesłanką jego zastosowania jest zagrożenie karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat.

³¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r. nr 89, poz. 555 ze zm.

Kształt powyższych przepisów przewiduje, że odpowiedzialność karną może ponosić osoba prowadząca aptekę, punkt apteczny, hurtownię farmaceutyczną czy też podmiot wykonujący działalność leczniczą (np. przychodnię). Chodzi tu zarówno o właścicieli tych podmiotów (np. wspólników, udziałowców), wchodzących w skład ich organów (członków zarządu), działających w ich imieniu (np. prokurentów, pełnomocników), jak i inne osoby uczestniczące w ich działalności (np. lekarz wypisujący nierzetelne zapotrzebowanie, farmaceuta, który je realizuje, księgowy hurtowni farmaceutycznej, kierowca wywożący środek leczniczy za granicę). Intencją ustawodawcy było bowiem objęcie odpowiedzialnością wszystkich podmiotów uczestniczących w odwróconym łańcuchu dystrybucji leków, na którymkolwiek jego etapie, mających świadomość, że doszło do naruszenia ustawowych zakazów w zakresie dystrybucji. Jednakże za ten czyn nie odpowie podmiot zbiorowy (np. spółka prowadząca hurtownię czy aptekę), gdyż nie został on wymieniony w katalogu czynów zabronionych pod groźbą kary, za które podmioty zbiorowe mogą ponosić odpowiedzialność³², co jest oczywistym niedopatrzaniem ustawodawcy.

Przedmiotem ochrony tych przepisów jest bezpieczeństwo obrotu produktami leczniczymi³³, nie zaś dobro indywidualne, np. zdrowie określonej osoby. Tym samym, nawet jeśli pacjent

³² Por. art. 16 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 358

³³ W. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. III, Lex.

złoży zawiadomienie o przestępstwie i wskaże na spowodowany tym brak dostępności danego leku w aptekach, zostanie uznany za zawiadamiającego. Konsekwencją tego jest brak możliwości przyznania takiej osobie statusu pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, a co za tym idzie, sąd nie będzie mógł orzec np. obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej tym przestępstwem lub zadośćuczynienia. Czyny te mają charakter formalny, co oznacza, że o odpowiedzialności decyduje już samo naruszenie zakazów i nakazów w zakresie obrotu lekami. Skutki przestępstwa w postaci braku dostępności danego leku czy też powstania w ten sposób sytuacji zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi nie mają znaczenia i nie będą musiały być udowodnione³⁴.

Wszystkie powyższe czyny popełnić można jedynie umyślnie, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. W związku z tym wystarczające dla przypisania odpowiedzialności karnej będzie przewidywanie co do tego, że narusza się zakazy i nakazy w zakresie dystrybucji leków.

Na sprawców tych czynów sąd prócz kar może nakładać środki karne (np. zakaz wykonywania zawodu farmaceuty czy prowadzenia określonej działalności gospodarczej), przepadek (np. korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa), a także nawiązkę na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej.

Nowelizacja wprowadza także przestępstwo polegające na wywozie poza granicę RP lub zbyciu bez zgłoszenia GIF, wbrew sprzeciwowi GIF lub przed upływem okresu na wydanie sprzeciwu produktu leczniczego znajdującego się w wykazie leków zagrożonych dostępnością, środka leczniczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego (art. 126c ust. 1 i 2 Prawa farmaceutycznego). Czyn dotyczący środków leczniczych wymienionych w wykazie zagrożony jest karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności, zaś dotyczący środka leczniczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego jest zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 2. Różnica pomiędzy zbyciem i wywozem określonymi w art. 126b a tymi regulowanymi w art. 126c polega na tym, że w drugim przypadku chodzi o produkty nabyte uprzednio przez sprawcę legalnie. Czyny te można popełnić jedynie umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, i mają one charakter formalny (bezsukutowy).

Penalizacji zachowań bezpośrednio związanych z uczestnictwem w odwróconym łańcuchu dostaw towarzyszyło utrzymanie w art. 127 Prawa farmaceutycznego odpowiedzialności administracyjnej do 500 000 zł za prowadzenie działalności w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej, apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego wbrew warunkom wymaganego zezwolenia.

Ocena rozwiązań

Ustawodawca nowelizacją z kwietnia 2019 r. dał jasno do zrozumienia, że orężem w walce z odwróconym łańcuchem

³⁴ W. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. III, Lex.

dystrybucji mają być przepisy karne umożliwiające penalizację wszelkich form uczestnictwa w nim. Już jednak obecnie dostrzec można pewne problemy związane z możliwością efektywnego ich wykorzystania.

Przed wszystkim zmienione przepisy nie dotyczą czynów popełnionych przed 6 czerwca 2019 r., czyli w czasie, gdy proceder odwróconego łańcucha dystrybucji szczególnie przybierał na sile. O istotności tej kwestii świadczą wytyczne, które w dniu 17 września 2019 r. wydał Prokurator Generalny³⁵. Zalecił on m.in., by do czynów popełnionych przed 6 czerwca 2019 r. stosować przepisy sprzed nowelizacji³⁶. Ponadto czyny polegające na nabyciu produktów leczniczych przez hurtownie farmaceutyczne od podmiotów prowadzących obrót detaliczny (apteki, punkty apteczne) również za pośrednictwem podmiotu leczniczego lub przez podmiot leczniczy, popełniane w okresie od 12 lipca 2015 r. do 6 czerwca 2019 r., mają być oceniane w kontekście znamion przestępstwa w postaci podżegania lub pomocnictwa do naruszenia zakazu zbycia produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego do hurtowni farmaceutycznej, innej apteki ogólnodostępnej lub innego punktu aptecznego³⁷.

³⁵ Wytyczne Prokuratora Generalnego w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa związane z mechanizmem tzw. „odwróconego łańcucha dystrybucji leków” dostępne pod adresem: <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2019/09/wytyczne-prokuratora-generalnego-z-dnia-17.09.2019-r..pdf> (dostęp: 23.03.2020).

³⁶ Wytyczna nr 1.

³⁷ Wytyczna nr 2.

Największym mankamentem nowych przepisów jest jednak to, że penalizacja czynów z art. 126b ust. 5 oraz art. 126c Prawa farmaceutycznego zależy od treści wykazu leków zagrożonych dostępnością. Jest on publikowany co najmniej raz na dwa miesiące i zawiera produkty lecznicze, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne oraz środki ochrony indywidualnej. Wykaz ulega zmianom, gdyż jest on pewnym miernikiem trendów rynkowych. Jedne leki znikają z niego w określonych momentach (np. szczepionki na grypę lub odrę), inne się pojawiają (np. Losmina). Tę sezonowość doskonale pokazuje kształt wykazu po wybuchu pandemii COVID-19, gdzie lista leków zagrożonych dostępnością, opublikowana 17 marca 2020 r., była ponad trzykrotnie dłuższa niż do tej pory i obejmowała również produkty lecznicze, których problem dostępności do tej pory nie dotyczył. Co więcej, w okresie pandemii wykaz ten jest aktualizowany dużo częściej niż co dwa miesiące. W marcu 2020 r. opublikowane zostały cztery aktualizacje tego wykazu, w kwietniu 2020 r. dwie³⁸.

Zmiany treści wykazu mają istotne znaczenie dla sądów orzekających w sprawach z art. 126b oraz art. 126c Prawa farmaceutycznego. Zgodnie z art. 4 § 1 k.k., jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, chyba że uprzednio obowiązująca jest względniejsza dla sprawy. Pod pojęciem „ustawy” na-

³⁸ Odpowiednio w dniach: 5, 10, 16 i 17 marca oraz 1 i 16 kwietnia 2020 r.

leży rozumieć nie tylko konkretny akt prawny, ale cały obowiązujący w danym czasie system prawny³⁹. Elementem tego systemu jest również wykaz, który może zmienić się pomiędzy datą popełnienia czynu a orzekaniem o nim przez sąd. Innymi słowy, nabycie przez hurtownika od aptekarza partii danego leku, który w momencie transakcji znajdował się w wykazie i był zagrożony karą do 10 lat pozbawienia wolności, po zmianie wykazu może być zagrożone karą do 5 lat pozbawienia wolności. Z kolei jeśli hurtownik zamiast zbyć aptekarzowi lek umieszczony w wykazie sprzeda go za granicę, a lek ten zniknie potem z wykazu, sąd zmuszony będzie uniewinnić go od popełnienia czynu z art. 126c Prawa farmaceutycznego.

Za taką interpretacją tych przepisów przemawia to, że art. 126b ust. 5 oraz art. 126c Prawa farmaceutycznego uzależniają odpowiedzialność od rodzaju środka leczniczego podlegającego obrotowi. Decydujące znaczenie ma tu kształt wykazu i przestrzeganie reguł obrotu. Nie ma natomiast znaczenia to, czy np. zakup leku przez hurtownię z apteki spowodował skutek w postaci niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjentów lub zagrożenie wystąpienia takiego niebezpieczeństwa. Dlatego też należałoby rozważyć uzależnienie odpowiedzialności nie od faktu zamieszczenia danego leku w wykazie,

ale od wywołania danym działaniem skutku w postaci „zagrożenia brakiem dostępności” lub „niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjentów”. Zaistnienie takiego skutku mogłoby być udowodnione poprzez wykazanie, że dany lek znajdował się w wykazie. Tylko wówczas zmiany w wykazie nie rzutowałyby na możliwość odpowiedzialności uczestników łańcucha odwróconej dystrybucji lub zaostrożenie takiej odpowiedzialności.

Podsumowanie

Zasady dystrybucji leków oraz narzędzia służące zwalczaniu odwróconego łańcucha dystrybucji przeszły w ostatnich latach istotne zmiany. Przepisy wprowadzone nowelizacją z 2019 r. niewątpliwie mogą pomóc w walce z problemem braku dostępności leków w Polsce. Jednakże należy pamiętać, że same restrykcyjne regulacje mogą nie wystarczyć dla osiągnięcia celu. Dotychczasowe doświadczenia w walce z tym zjawiskiem pokazują bowiem, że organy ścigania oraz inspekcji farmaceutycznej nie zawsze wykorzystywały dostępne możliwości wynikające z obowiązujących przepisów. Dlatego też niezbędne jest wypracowanie ram właściwego współdziałania między tymi podmiotami, w tym doprowadzenie do efektywnej wymiany informacji na podstawie art. 15 k.p.k., która pozwoli badać i oceniać rozmiar zjawiska w szerszej skali.

Ponadto istotne jest odejście od uzależnienia karalności za czyny określone w Prawie farmaceutycznym od wykazu leków zagrożonych dostępnością jako czynnika ulegającego zbyt częstym zmianom. Należałoby rozważyć uza-

³⁹ Zob. m.in. wyrok SA w Katowicach z 28 grudnia 2017 r. (II AKa 492/17); wyrok SA w Poznaniu z 28 września 2017 r. (II AKa 36/17), wyrok SA w Lublinie z 26 października 2017 r. (II AKa 165/17), a także R. Zawłocki (red.), M. Królikowski (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, tom II, komentarz do art. 222-316, 2017, Legalis, a także R. Stefański (red.), M. Królikowski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2019, Legalis.

leżnienie surowszej odpowiedzialności od wywołania danym działaniem skutku w postaci „zagrożenia brakiem dostępności” lub „niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjentów”. Zaistnienie takiego skutku mogłoby być udowodnione poprzez wykazanie, że

w czasie popełnienia przestępstwa dany lek znajdował się w wykazie. Tylko wówczas zmiany w wykazie nie będą rzutować na możliwość przyjęcia surowszej odpowiedzialności lub zwolnienia z odpowiedzialności uczestników łańcucha odwróconej dystrybucji.

BIBLIOGRAFIA:

- Baran-Lewandowska I., Hermanowski T., *Wpływ handlu równoległego na rynek farmaceutyczny w Polsce*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2013, 11 (1).
- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, Lex.
- Dobrowolski Z., *Nadzór państwowy nad obrotem produktów leczniczych*, „Kontrola i Audyt”, nr 3 maj-czerwiec 2016, wyd. Najwyższa Izba Kontroli.
- Grosman M., *Co z wywozem? Nadal kwitnie*, „Magazyn Aptekarski”, październik 2017 r.
- Konarska-Wrzošek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, Lex.
- Kondrat M. (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. II, Lex.
- Najmoła D., Liszewski K., *Eksport – import równoległy a odwrócony łańcuch dystrybucji leków*, „Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny” 2 (28) 2016.
- Olszewski W. (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, wyd. III, 2018.
- Słowik P., *Kryzys lekowy w Polsce*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 10 lipca 2019 r.
- Stefański R. (red.), *Kodeks karny Komentarz*, 2019, Legalis.



Artur PIETRYKA

[adwokat, Wardyński & Partners]



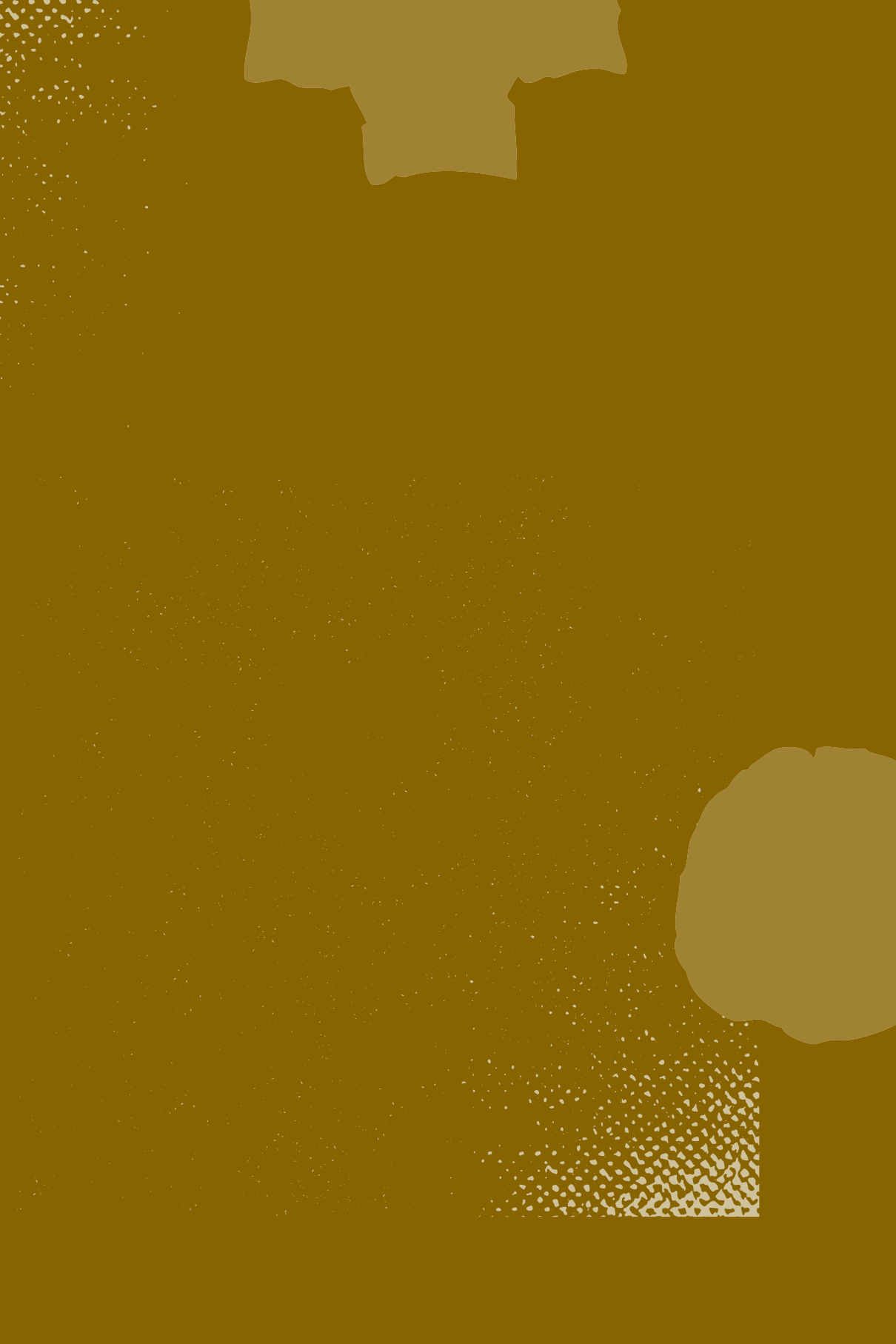
Magdalena KOTOWICZ

[adwokat trainee]

Penalisation of the reverse distribution chain for drugs in Poland

The Pharmaceutical Law has recently been one of Poland's most frequently amended acts. One reason for the amendments made in 2015–2019 was the need to combat the problem of the "reverse distribution chain" of medicines, which was identified years ago. This is a situation where instead of reaching patients in Poland, medicines are bought up on a mass scale and sold at a profit abroad. The battle against this problem was supposed to be furthered first by the "Anti-Export Act" and then by the April 2019 amendment of the Pharmaceutical Law. They introduced numerous changes in the regulations involving criminal and administrative liability of participants in the drug distribution system in Poland. The introduction of these amendments should be recognised as well-intentioned and justified, but the specific solutions in their current form raise doubts.

DRUG DISTRIBUTION CHAIN | PHARMACY | PHARMACEUTICAL WAREHOUSE |
PENALISATION OF TRADE IN DRUGS | DRUGS AT RISK OF SHORTAGE





Marek DANIKOWSKI

[prawnik, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego]

Koncepcja obywatelstwa Unii Europejskiej jako pojęcia prawnego i politycznego niezależnego od przynależności do państwa członkowskiego. Rozważania dotyczące utraty praw przez jednostki w kontekście Brexitu

Obywatelstwo Unii Europejskiej nadaje jednostce pochodzącej z państwa członkowskiego realne uprawnienia, których katalog nie jest zamknięty i ulega ewolucji. Prawa, które otrzymuje obywatel Unii, mają unikalny charakter, nie mogą bowiem zostać nabyte na gruncie prawa krajowego. Rozważane zagadnienie zyskuje na znaczeniu w kontekście Brexitu. Wyłączenie dorobku wspólnotowego z systemu prawnego Wielkiej Brytanii pozbawia jej obywateli wspomnianych praw. Wydaje się, że zachowanie trwałości zasad wynikających z obywatelstwa Unii wyklucza utworzenie nowej instytucji *quasi*-obywatelstwa przeznaczonego wyłącznie dla obywateli Zjednoczonego Królestwa. Odpowiednie zabezpieczenie praw jednostek wymagać będzie raczej zawarcia umów bilateralnych z państwami członkowskimi.

OBYWATELSTWO UE | POZYCJA PRAWNA OBYWATELA UE |
KATALOG PRAW OBYWATELSKICH | BREXIT | OBYWATELE WIELKIEJ BRYTANII

Wprowadzenie

Unia Europejska opiera się na systemie wartości demokratycznych, których fundamentem są zasady skodyfikowane w Traktatach i zatwierdzone przez państwa członkowskie. Konsta-

tacja ta pozwala na postawienie następujących pytań:

- jakie jest źródło pochodzenia i rodzaj wynikających stąd praw obywatelskich jednostek w Unii Europejskiej,
- jaki jest cel udzielania ich przez organizację międzynarodową,

a nie przez poszczególne państwa wchodzące w jej strukturę.

Teza stawiana w artykule zakłada, że obywatelstwo unijne daje obywatelom państw członkowskich uprawnienia, których nie mogliby otrzymać od państwa. Są to zatem uprawnienia szczególne, a opuszczenie Unii Europejskiej przez państwo członkowskie oznacza dla obywateli ich utratę. Stąd też przedstawienie koncepcji obywatelstwa unijnego pozwoli na zrozumienie istoty zakresu przedmiotowego praw obywatelskich w Unii i konsekwencji Brexitu dla jednostek. Jedną z nich jest konieczność zabezpieczenia praw zarówno obywateli Unii przebywających i zamieszkujących na terytorium Zjednoczonego Królestwa, jak i Brytyjczyków w państwach członkowskich. Kwestią zasadniczą pozostaje pytanie o charakter i rodzaj uprawnień wynegocjowanych w porozumieniach z Unią. W świetle zapisów Traktatów oraz dotychczas wypracowanego doświadczenia, wątpliwości mogą budzić nowe uprawnienia wynikające z obywatelstwa brytyjskiego lub *quasi*-unijnego, które może powstać z myślą o osobach pochodzących z Wielkiej Brytanii.

Koncepcja obywatelstwa UE. Zakres przedmiotowy praw jednostek¹

Obywatelstwo stanowi dla osoby fizycz-

¹ Podrozdziały „Koncepcja obywatelstwa UE. Zakres przedmiotowy praw jednostek”, „Prawa obywateli UE, czyli co tracą Brytyjczycy” oraz „Zakaz dyskryminacji” niniejszego artykułu stanowią fragment pracy doktorskiej Autora pt. „Instytucja Europejskiej Inicjatywy Obywatelskiej – szczególnie prawotwórcza kompetencja obywateli Unii Europejskiej” napisanej pod kierunkiem prof. UO dr hab. Stefana Marka Grochalskiego. W momencie oddawania niniejszego artykułu praca jest złożona do recenzji.

nej jedną z najważniejszych kategorii określających jej pozycję w państwie. Potwierdza to zarówno stan prawny w poszczególnych państwach, jak i zakres oraz rodzaj praw jednostek wynikający z uregulowań w prawie międzynarodowym. Ewolucja tej instytucji nie wpływa na fakt, iż obywatelstwo bezwzględnie pozostaje czynnikiem określającym status funkcjonowania osoby fizycznej w sferze publicznej². Dotyczy to również obywatelstwa unijnego.

Jednym z głównych celów Unii Europejskiej jest umacnianie ochrony praw i interesów obywateli państw członkowskich dzięki ustanowieniu obywatelstwa Unii. Zarówno obywatelstwo Unii, jak i wynikające z niego uprawnienia dla jednostek zostały po raz pierwszy wprowadzone i wyliczone w art. 8 Traktatu z Maastricht.

Art. 20 ust. 1 TFUE ustanawia obywatelstwo Unii Europejskiej. Status ten przysługuje wyłącznie osobie fizycznej legitymującej się przynależnością do jednego z państw członkowskich. Jednostka, będąc obywatelem państwa członkowskiego, staje się jednocześnie obywatelem unijnym.

W tym samym artykule wymieniony został ponadto zakres przedmiotowy wskazywanych uprawnień. Należą do nich:

- prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na teryto-

² J. Jagielski, *Z problematyki obywatelstwa oraz prawa o obywatelstwie polskim (kilka refleksji na kanwie nowej ustawy o obywatelstwie polskim)*, [w:] J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009, s. 219 i nast.

- rium innych państw członkowskich,
- prawo do czynnego i biernego udziału w wyborach do Parlamentu Europejskiego oraz w wyborach municypalnych w państwie członkowskim, w którym jednostka posiada miejsce zamieszkania, na takich samych warunkach jak obywatele tego państwa,
- prawo do ochrony dyplomatycznej i konsularnej każdego państwa członkowskiego na warunkach równych obowiązującym obywateli państwa udzielającego takiej pomocy,
- prawo do składania petycji do Parlamentu Europejskiego i skarg do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich, z którego jednak oprócz obywateli unijnych mogą również korzystać inne podmioty mające miejsce zamieszkania lub siedzibę w jednym z krajów członkowskich Unii, co powoduje, że katalog uprawnień ma charakter niehomogeniczny³.

Należy podkreślić, że żadnego z wymienionych praw nie można uzyskać na gruncie ustawodawstwa wewnętrznego danego państwa. Doktryna jednoznacznie wskazuje, że mają one charakter uzupełniający wobec uprawnień wynikających z obywatelstwa danego państwa⁴. Ewentualne przyjęcie przepisów wewnętrznych powielających treść art. 20 TFEU nie mogłoby wywoływać podobnych skutków na gruncie prawa międzynarodowego.

³ M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden-Boston 2008, s. 13.

⁴ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2013, s. 434.

Założenia dotyczące instytucji obywatelstwa unijnego sprawiają, że jednostki mogą dysponować katalogiem uprawnień, nie mając jednocześnie wprost określonych obowiązków wobec Unii Europejskiej. Zdecydowanie odróżnia to ten instrument od rozwiązań znanych z przepisów prawa krajowego. Istnieją wyraźne różnice pomiędzy pozycją obywatela w kraju pochodzenia i w Unii Europejskiej. Unia Europejska ma status organizacji międzynarodowej, co wyklucza uznanie jej za superpaństwo. Tym samym nie kopiuje uregulowań występujących w przepisach wewnętrznych państw członkowskich. Dlatego też relacja pomiędzy jednostką a instytucją prawa międzynarodowego nosi inny charakter. Obywatelstwo Unii Europejskiej dzięki swojej ewolucji zaliczane jest do kategorii instytucji dynamicznych, co jest widoczne zwłaszcza w zmianach rodzaju i zakresu przyznawanych jednostkom uprawnień. Uzupełniając instrument krajowy, ma ono charakter jednoznacznie akcesoryjny.

Prawa obywateli UE, czyli co tracą Brytyjczycy

Ustanowienie nowej kategorii prawnej obywatelstwa Unii Europejskiej spowodowało objęcie prawem do swobodnego przepływu osób wszystkich obywateli unijnych. Regulacja ta, zarówno w momencie wejścia w życie Traktatu z Maastricht, jak i obecnie, ma fundamentalne znaczenie dla integracji europejskiej oraz funkcjonowania uprawnionych podmiotów i jest przez nie często wykorzystywana. Odniesienie do niej znajduje się już w preambule Traktatu. Natomiast przepis art. 20 ust. 2 TFUE stanowi, że *Obywatele Unii*

korzystają z praw i podlegają obowiązkom przewidzianym w Traktatach. Mają między innymi prawo do: a) swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium Państw Członkowskich. Jest to główne uprawnienie, wokół którego powstała i z którym najmocniej związana jest idea obywatelstwa Unii. W doktrynie często podkreśla się, że stanowi to najważniejszy cel, a zarazem wynik ustanowienia obywatelstwa Unii⁵. W odróżnieniu od pozostałych uprawnień obywatelskich jego charakter nie jest typowo polityczny⁶. Odkąd uprawnienie to przestało odnosić się jedynie do migrujących pracowników oraz członków ich rodzin, jego wymiar przestał też mieć znaczenie wyłącznie ekonomiczne, nabierając kształtu ekonomiczno-politycznego. Wynika to z faktu, że prawo to znajduje bezpośrednie zastosowanie wobec wszystkich obywateli Unii i nie zostało obwarowane dodatkowymi warunkami⁷. Taka sytuacja uprawnionych i członków ich rodzin sprawia, że przyjęte rozwiązanie ma zupełnie wyjątkowy charakter, co wyraźnie widać w porównaniu z cudzoziemcami, którzy mają zdecydowanie bardziej ograniczone możliwości wjazdu i pobytu na terytorium państwa należącego do Unii Europejskiej. Tak więc do osób przemieszczających się pomiędzy

krajami członkowskimi ze względu na aktywność ekonomiczną, członków ich rodzin oraz osób studiujących dołączyły również pozostałe jednostki posiadające obywatelstwo Unii Europejskiej, bez względu na to, czy legitymują się także obywatelstwem krajów trzecich. Stanowi to wyraźny przykład ewolucji zakresu podmiotowego w odniesieniu do tej swobody, która w wyniku powołania obywatelstwa Unii Europejskiej objęła swoim zakresem wszystkie, a nie tylko wybrane jednostki z państw członkowskich. Każdy obywatel unijny może więc przebywać na terytorium innego kraju Unii w czasie niezbędnym do znalezienia zatrudnienia.

Należy mieć przy tym na względzie, że swoboda przepływu osób nie jest ograniczona wyłącznie do osób fizycznych posiadających status pracownika. W zakresie pojęciowym mieści się ponadto swoboda przedsiębiorczości, która obejmuje podejmowanie oraz wykonywanie przez obywateli unijnych samodzielnej działalności gospodarczej na terytorium państw członkowskich innych niż kraj pochodzenia w obszarach nie tylko *stricte* związanych z przemysłem, produkcją, handlem i rzemiosłem, ale także z wykonywaniem usług w ramach wolnych zawodów jak np. prawnik czy lekarz⁸.

Swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług są możliwe do wykorzystywania przez jednostki dzięki zasadom pozwalającym na wzajemne uznawanie świadectw, dyplomów i innej

⁵ R. Scartezzini, *European Citizenship, Citizens and Civil Society*, [w:] P. Foradori, S. Piattoni, R. Scartezzini, *European Citizenship: Theories, Arenas, Levels*, Baden-Baden 2007, s. 137.

⁶ S. Beáta, *European Citizenship. Past, Present and Future*, VDM Verlag Dr. Mueller e.K., Saarbrücken 2007, s. 17–18.

⁷ D. Pudzianowska, *Warunki nabycia i utraty obywatelstwa Unii Europejskiej. Czy dochodzi do autonomizacji pojęcia obywatelstwa Unii?*, [w:] G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat – osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015, s. 142.

⁸ A. Borkowski, *Swoboda przedsiębiorczości w kontekście realizacji interesu ogólnego Unii Europejskiej*, Wrocław 2016, s. 35–36.

dokumentacji potwierdzającej posiadanie kwalifikacji zawodowych osób wykonujących określone zawody lub świadczących usługi na terenie innych państw członkowskich. Mówi o tym wprost art. 53 ust. 1 TFUE, zgodnie z którym to Parlament Europejski wraz z Radą uchwalają stosowne dyrektywy. Jednym z istotniejszych aktów prawnych jest w tym zakresie dyrektywa 2005/36 WE, która znajduje zastosowanie wobec wszystkich obywateli unijnych zamierzających wykonywać zawody regulowane w innych państwach członkowskich niż te, w których uzyskali kwalifikacje zawodowe⁹. Wprowadzenie jej w życie pozwoliło na ujednoczenie i doprecyzowanie przepisów dotyczących zawodów regulowanych. W jednym akcie prawnym zawarto regulacje dotyczące m.in. pielęgniarek, położnych, lekarzy czy architektów, co miało znaczenie nie tylko dla osób wykonujących te zawody, ale także dla korzystających z ich usług obywateli unijnych.

Zakaz dyskryminacji

Niezwykle istotnym aspektem korzystania ze swobody przedsiębiorczości, zwanej także w literaturze przedmiotu swobodą prowadzenia działalności gospodarczej, jest zakaz ograniczania działalności prowadzonej przez obywateli jednego z państw unijnych na obszarze innego kraju członkowskiego, w tym tworzenia agencji, oddziałów, filii oraz zakładania przedsiębiorstw i spółek¹⁰. Tym samym zakazana jest

wszelka dyskryminacja w tym obszarze, a państwo przyjmujące zobowiązane jest do likwidacji wszystkich barier, które mogłyby uniemożliwić prowadzenie działalności na innych warunkach niż te, które obowiązują jednostki przynależne¹¹. Zakazana jest również dyskryminacja pracowników ze względu na wymogi językowe. Stosowane kryteria zatrudnienia i pracy nie mogą wykraczać poza te, które są niezbędne i w pełni uzasadnione do pełnienia obowiązków na danym stanowisku. Zasady te mieszczą się w zakresie przedmiotowym art. 18 TFUE zakazującym wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Dotyczą więc wszystkich sytuacji, w których zastosowanie znajdują zapisy Traktatu rozciągające się na wszystkie uprawnienia wynikające z obywatelstwa Unii.

Ważnym odniesieniem w kontekście zakazu dyskryminacji jest też dyrektywa 2004/38/WE¹² traktowana jako element prawa pochodnego. Stanowi ona uszczegółowienie zasady swobodnego przepływu osób i warunków, na jakich obywatele Unii Europejskiej oraz członkowie ich rodzin mogą z niej korzystać. Potwierdza też, iż oby-

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015, vol. 3, no. 3, s. 82.

¹¹ Art. 49 TFUE.

¹² Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. L 158 z 30.4.2004.

⁹ Art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, Dz.U. L 255 z 30.9.2005.

¹⁰ T. Gadkowski, *Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń*

watelstwo Unii Europejskiej stanowi podstawowy status osób fizycznych będących obywatelami innych państw członkowskich, korzystających z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu w granicach Unii. Zauważył to również TSUE, stwierdzając, że zasada ta znajduje zastosowanie do wszystkich sytuacji podlegających prawu europejskiemu¹³.

Trybunał wielokrotnie podkreślał, że przepisy poszczególnych państw członkowskich nie mogą ograniczać ani eliminować faktycznej realizacji uprawnień wynikających z faktu posiadania obywatelstwa Unii. Potwierdza to również tezę o realnym i znaczącym ugruntowaniu uprawnień jednostek wraz z wprowadzeniem w życie instytucji obywatelstwa Unii¹⁴. Zakres ten stopniowo i sukcesywnie się zwiększał. Początkowo obejmował on gwarancję równego traktowania jednostek w obszarze rynku wewnętrznego i swobód gospodarczych, wprowadzając zasady równego wynagradzania kobiet i mężczyzn za rodzajowo tożsamą pracę, aż po wymiar socjalny regulacji obejmujących osoby nieaktywne zawodowo przebywające w innym państwie członkowskim¹⁵.

Mówią o tym również zapisy Karty praw podstawowych (KPP), w których po usta-

nowieniu obywatelstwa Unii uwzględniono wynikające z tego faktu uprawnienia obywatelskie oraz wskazano *expressis verbis*, że jednostka stawiana jest w centrum działań podejmowanych w ramach Unii Europejskiej. Zarówno zasada swobodnego przepływu osób i ich przebywania na terytorium innych państw członkowskich, jak i związana z nią regulacja odnosząca się do zakazu dyskryminacji ze względu na posiadane obywatelstwo zostały wprowadzone do KPP na mocy art. 21 ust. 2. Fakt ten ma istotne znaczenie dla sytuacji prawnej obywateli Unii ze względu na to, że jest to dokument wchodzący w skład unijnego systemu prawnego. Posiada też moc równą traktatom i potwierdza rolę praw podstawowych wynikających z powstania instytucji obywatelstwa Unii Europejskiej¹⁶. Wagę KPP podkreśla również częstotliwość powoływania się na jej zapisy przez TSUE w wydawanych orzeczeniach¹⁷.

Prawa polityczne obywateli UE

Ustanowienie Traktatu z Maastricht pozwoliło obywatelom państw członkowskich, którzy przebywają legalnie w innym kraju członkowskim, skorzystać z przysługujących im praw politycznych. Art. 20 ust. 2 lit. b TFUE umożliwia jednostkom *głosowanie i kandydowanie w wyborach do Parlamentu Europejskiego oraz w wyborach lokalnych w Państwie Członkowskim, w którym mają miejsce zamieszkania, na takich samych wa-*

¹³ J. Croon-Gestefeld, *Reconceptualising European Equality Law. A Comparative Institutional Analysis*, Oxford 2017, s. 95.

¹⁴ R. Grzeszczak, *Dwie narracje o obywatelstwie unijnym – obywatel rynku i obywatel Unii Europejskiej*, [w:] A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Wrocław 2013, s. 181.

¹⁵ A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2011, nr 2(26), s. 45–46.

¹⁶ J. Wojnowska-Radzińska, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2015, nr 4 (44), s. 43–44.

¹⁷ Ł. Bojarski, D. Schindlauer, K. Władasch, M. Wróblewski, *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej jako żywy instrument*, Warszawa 2014, s. 17 (dostęp: 11.10.2018).

runkach jak obywatele tego Państwa. Wymienione uprawnienie wiąże się ściśle z zasadą swobodnego przepływu osób oraz z zasadą niedyskryminacji, której przejawem jest korzystanie przez obywateli państw członkowskich z czynnego i biernego udziału w wyborach na takich samych zasadach, jakie wiążą jednostki państwa pobytu. Pozwala to nie tylko na realizację praw politycznych, ale także na uczestniczenie w procesie kształtowania Unii Europejskiej. Realizacja praw wyborczych przez obywateli Unii zarówno w kraju pochodzenia, jak i w państwie członkowskim miejsca pobytu wywołuje realne skutki w unijnej sferze publicznej. Zwiększa przy tym poczucie przynależności do Wspólnoty i minimalizuje występowanie deficytu demokratycznego. Istotą art. 20 ust. 2 lit. b TFUE jest ponadto udział zainteresowanych podmiotów w życiu politycznym lokalnych społeczności, łatwiejsza integracja i bezpośredni wpływ na funkcjonowanie społeczności regionalnych.

Należy zauważyć, że to państwa członkowskie posiadają kompetencje do określania podmiotów uprawnionych do korzystania z czynnego i biernego prawa wyborczego. Arbitralność w kształtowaniu odpowiednich przepisów w tym zakresie podlega jednak ograniczeniom nakładanym przez prawo unijne, o czym przypominał również TSUE w jednym ze swoich wyroków¹⁸.

¹⁸ Wyrok z 12 września 2006 r., *Królestwo Hiszpanii vs Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii*, C-145/04, EU: C:2006:543.

Ochrona dyplomatyczna i konsularna obywateli UE

Obywatelstwo Unii Europejskiej pozwala jednostkom na korzystanie z katalogu uprawnień nie tylko w granicach państw członkowskich. Jedynym uprawnieniem wykorzystywanym także w krajach trzecich jest prawo do ochrony dyplomatycznej i konsularnej wymienione w art. 20 ust. 2 lit. c TFUE. Uprawnienie to znalazło się w treści Traktatu z Lizbony, a po ustanowieniu Karty Praw Podstawowych podniesione zostało do rangi prawa podstawowego. Zgodnie z treścią art. 23 TFUE *Każdy obywatel Unii korzysta na terytorium państwa trzeciego, gdzie Państwo Członkowskie, którego jest obywatelem, nie ma swojego przedstawicielstwa, z ochrony dyplomatycznej i konsularnej każdego z pozostałych Państw Członkowskich na takich samych warunkach jak obywatele tego państwa. Państwa Członkowskie przyjmują niezbędne przepisy i podejmują rokowania międzynarodowe wymagane do zapewnienia tej ochrony.*

Przepis ten jest wyjątkowy przede wszystkim dlatego, że obliгуje każde państwo członkowskie do udzielania takiego wsparcia obywatelom Unii jak własnym obywatelom w przypadku zaistnienia przesłanek wymienionych w odpowiednim przepisie. W takich okolicznościach to nie tyle Unia Europejska gwarantuje wykonanie tego uprawnienia, ile zaangażowane państwo członkowskie¹⁹. Kwestie związane

¹⁹ S.M. Grochalski, *Zasada niedyskryminacji obywatela w prawie opieki konsularnej*, [w:] L. Brodowski, D. Kuźniar-Kwiatk (red.), *Unia Europejska a prawo międzynarodowe*, Rzeszów 2015, s. 98.

z zakresem przedmiotowym i rodzajem pomocy, jaka może zostać udzielona obywatelowi państwa członkowskiego przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne, wymienia dyrektywa Rady (UE) 2015/637²⁰.

Mocą przepisów dyrektywy obywatel Unii znajdujący się w sytuacji jednostki niereprezentowanej w państwie trzecim może skorzystać z ochrony konsularnej innego niż jego własne państwo członkowskiego. Dopuszczalność tego uprawnienia występuje w sytuacji fizycznego braku ambasady, konsulatu lub konsula honorowego oraz w przypadku, gdy na określonym terytorium instytucje te wprawdzie występują, jednak nie funkcjonują w sposób dający gwarancję zabezpieczenia praw obywatela w omawianym zakresie. Zainteresowana jednostka może również zwrócić się o pomoc, powołując się na przepisy dyrektywy, jeżeli warunki panujące w kraju pobytu lub brak środków nie pozwalają na dotarcie do placówki państwa pochodzenia. Równie istotne jest objęcie podobną ochroną członków rodziny niereprezentowanego obywatela Unii, nawet jeśli są obywatelami państw trzecich.

Katalog przesłanek dopuszczających zapewnienie ochrony konsularnej obejmuje sytuacje, w których niereprezentowany obywatel Unii:

- został aresztowany lub zatrzymany,
- padł ofiarą przestępstwa,

- miał wypadek lub zapadł na ciężką chorobę,
- zmarł,
- wymaga udzielenia pomocy i repatriacji w sytuacji nadzwyczajnej,
- potrzebuje wydania tymczasowych dokumentów podróжных określonych w decyzji 96/409/WPZiB.

Prawo skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich

Wśród wskazywanych dotąd uprawnień obywateli Unii nie mniej istotną kategorią jest prawo do odwoływania się do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (ERPO) wymienione w art. 20 ust. 2 lit. d TFUE²¹. Skarga do Rzecznika Praw Obywatelskich Unii Europejskiej, zanim została wprowadzona zapisami Traktatu z Maastricht, funkcjonowała jedynie w przepisach krajowych państw członkowskich. Przyjęcie skargi do porządku prawnego Unii pozwoliło obywatelom Wspólnoty na wsparcie w egzekwowaniu ich praw. Jest to istotne i najczęściej wykorzystywane uprawnienie zwłaszcza w przypadkach niewłaściwego działania administracji i instytucji unijnych²².

Działanie takie może polegać m.in. na braku informacji, błędach proceduralnych, przekroczeniu kompetencji czy też jakiegokolwiek formie dyskryminacji. Im szerszy katalog uprawnień obywatelskich i rozbudowana struktura instytucjonalna Wspólnoty, tym

²⁰ Dyrektywa Rady (UE) z 20 kwietnia 2015 r. w sprawie środków koordynacji i współpracy mających ułatwić ochronę konsularną niereprezentowanych obywateli Unii w państwach trzecich oraz uchylająca decyzję 95/553/WE; Dz.U. L 106 z 24.4.2015.

²¹ J. Barcz, *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 79.

²² Więcej na temat skargi do Ombudsmana UE vide: M. Danikowski, *Skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2016, nr 2 (19), s. 196.

większego znaczenia nabiera skarga do ERPO. Zakres przedmiotowy skargi pozwala na podejmowanie czynności sprawdzających wobec wszystkich organów i instytucji Unii Europejskiej, które wymieniono w przepisach prawa pierwotnego, w tym także Parlamentu i Komisji Europejskiej.

Zakres podmiotowy skargi oprócz obywateli Unii obejmuje również inne osoby fizyczne i prawne zamieszkujące lub mające siedzibę statutową na terenie Wspólnoty. Jednak w przypadkach związanych z funkcjonowaniem europejskiej inicjatywy obywatelskiej wyłączne prawo do skargi mają obywatele unijni.

Europejska inicjatywa obywatelska

Jednym z nowych rozwiązań wprowadzonych Traktatem z Lizbony do katalogu praw obywateli Unii była europejska inicjatywa obywatelska (EIO). Art. 11 ust. 4 TUE stwierdza, że *Obywatele Unii w liczbie nie mniejszej niż milion, mający obywatelstwo znacznej liczby Państw Członkowskich, mogą podjąć inicjatywę zwrócenia się do Komisji Europejskiej o przedłożenie, w ramach jej uprawnień, odpowiedniego wniosku w sprawach, w odniesieniu do których, zdaniem obywateli, stosowanie Traktatów wymaga aktu prawnego Unii.*

Celem wprowadzenia EIO było umożliwienie obywatelom Unii realnego zwiększenia uczestnictwa w funkcjonowaniu Wspólnoty, a tym samym zmniejszenie tzw. deficytu demokratycznego i przedstawianie pomysłów na nowe rozwiązania legislacyjne. Jednostki pochodzące z państw członkowskich dysponują faktycznym instrumentem, który może zainicjować działa-

nia prowadzące do ustanowienia lub zmiany aktów prawnych. Dzięki EIO zainteresowane podmioty wzywają Komisję Europejską do opracowania propozycji zmian w przepisach, jednak wyłącznie w zakresie mieszczącym się w jej kompetencjach. Komisja nie jest zobowiązana do występowania z wnioskiem legislacyjnym w odpowiedzi na każdy wniosek, nawet jeśli nie budzi zastrzeżeń formalnych. Pomimo tego zastrzeżenia, EIO posiada odpowiedni potencjał do wprowadzania zmian w przepisach prawa Unii przy współudziale i w kwestiach istotnych dla obywateli.

Prawa osób fizycznych po Brexicie

W kontekście Brexitu najczęściej mówi się o przyszłej umowie handlowej pomiędzy Wielką Brytanią a Wspólnotą. Jednak nie mniej ważną kwestią są też prawa poszczególnych obywateli. Należy zauważyć, że opuszczenie Unii Europejskiej przez Zjednoczone Królestwo jest równoznaczne z brakiem obowiązywania w tym państwie prawa wspólnotowego²³. Oznacza to, że obywatele brytyjscy utracą obywatelstwo UE i możliwość korzystania z katalogu praw, który z niego wynika.

W świetle podjętych ustaleń od 1 lutego 2020 r. osoby pochodzące z Wielkiej Brytanii tracą obywatelstwo unijne i stają się obywatelami państw trzecich. Obywatelstwo unijne mogą zatem uzyskać np. przez nabycie obywatelstwa jednego z państw członkowskich Unii,

²³S.M. Grochalski, „Brexit” – konsekwencje dla obywateli Wielkiej Brytanii jako eksobywateli Unii Europejskiej, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2016, 14(4 (1)), s. 17–21.

zgodnie z zasadami obowiązującymi w danym kraju.

Umowa o wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej (*Withdrawal Agreement*) oprócz ogólnych warunków zawiera w Części Drugiej szczegółowe przepisy prawne dotyczące ochrony praw wynikających z obywatelstwa unijnego. W dużej mierze dotyczy to swobodnego przepływu osób i to zarówno w odniesieniu do osób pochodzących z państw członkowskich, jak i obywateli brytyjskich. Określono ponadto zakres podmiotowy umowy oraz istotne aspekty pobytu i związanych z nim praw pokrewnych odnoszących się do kwestii zabezpieczenia społecznego, niedyskryminacji i równego traktowania.

Niezwykle istotnym postanowieniem jest to, że osoby objęte zapisami Części Drugiej Umowy będą mogły korzystać z wypracowanych rozwiązań bez ograniczeń czasowych, a więc przez całe swoje życie, jeśli tylko nie przestaną spełniać określonych w niej warunków. Dotyczy to przede wszystkim obywateli państw członkowskich korzystających z prawa pobytu w Wielkiej Brytanii przed zakończeniem okresu przejściowego, którzy także po tym okresie tam zamieszkują. Pobyt musi być jednak legalny, zgodny z przepisami prawa unijnego. Ta sama zasada znajduje odniesienie również wobec obywateli Wielkiej Brytanii, którzy w sposób legalny przebywali w państwie członkowskim we wskazanym okresie.

Oznacza to również utworzenie dwóch kategorii obywateli Unii Europejskiej i Wielkiej Brytanii: osób pochodzących z państw członkowskich i Zjednoczo-

nego Królestwa objętych zakresem podmiotowym Umowy i osób pochodzących z państw członkowskich i Zjednoczonego Królestwa, które takiego statusu są pozbawione. Utrata prawa do stałego pobytu spowodowana nieobecnością w państwie przyjmującym przez określony czas oznaczać będzie, że ponowny wjazd na terytorium tego kraju odbędzie się już na zasadach przewidzianych dla obywateli państw trzecich. Tym samym niemożliwe już będzie swobodne przemieszczanie się z państwa przyjmującego do innego kraju członkowskiego.

Zakres podmiotowy Umowy obejmuje m.in. obywateli unijnych zamieszkujących w Wielkiej Brytanii oraz obywateli brytyjskich zamieszkujących w państwie członkowskim, osoby prowadzące na własny rachunek działalność przygraniczną w Unii lub Wielkiej Brytanii oraz członków rodzin wymienionych osób. Prawo pobytu takich osób zagwarantowane jest w oparciu o przepisy dyrektywy 2004/38/WE.

W okresie przejściowym obywatele Unii w Wielkiej Brytanii oraz obywatele Wielkiej Brytanii w państwach członkowskich zachowają te same prawa, które ich obowiązywały przed wystąpieniem Zjednoczonego Królestwa z UE. Co więcej, na mocy zawartej Umowy okres przejściowy może zostać przedłużony do 1 lub 2 lat.

Odstępstwa od tej zasady mogą wiązać się ze stosowaniem niektórych praw wynikających z art. 20 TFUE i obywatelstwa Unii Europejskiej. Wyjątki te dotyczą utraty przez Wielką Brytanię statusu państwa członkowskiego oraz możliwości reprezentacji w unijnych

instytucjach i organach. Wynika to wprost z zapisów Umowy. Co więcej, wiele z zapisów traktatów i przepisów prawa wspólnotowego nie będzie miało zastosowania nie tylko po okresie przejściowym, ale także w jego trakcie.

Obywatele Unii przebywający na terenie Zjednoczonego Królestwa nie będą mogli korzystać z prawa do głosowania w wyborach lokalnych na takich samych zasadach jak Brytyjczycy, ponieważ art. 20 TFUE nie będzie miał już zastosowania. Analogiczna zasada dotyczyć też będzie obywatele brytyjskich przebywających na terytorium państw członkowskich. Wyłączenie korzystania z zapisów art. 22 TFUE dla takich osób oznaczać będzie również pozbawienie biernego prawa wyborczego. Zasada ta została wyrażona wprost w treści zawartej Umowy zapisem o niestosowaniu na terytorium Zjednoczonego Królestwa art. 40 Karty praw podstawowych. Powyższe ograniczenia mają zastosowanie także wobec wyborów do Parlamentu Europejskiego.

Kwestią wymagającą uregulowania pozostaje status obywateli brytyjskich wybranych w wyborach lokalnych poszczególnych państw członkowskich Unii. Wydaje się, że będzie to zależeć od zapisów prawa krajowego. Zna- ne jest jednak aktualne stanowisko Francji, która nie dopuściła obywateli brytyjskich do czynnego i biernego korzystania z prawa w wyborach municypalnych, które odbyły się w marcu 2020 r.²⁴ Jednocześnie respektowane

będą prawa takich osób, które już pełnią swój mandat.

Umowa o wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii nie przewiduje ochrony praw obywateli państw członkowskich w kwestii udziału w wyborach lokalnych. Nie wydaje się jednak możliwe, aby prawa te zostały w pełni utrzymane. Bardziej prawdopodobne jest kontynuowanie polityki zawierania umów bilateralnych z poszczególnymi państwami unijnymi. Wskazuje na to podpisanie podobnych porozumień z Hiszpanią, Luksemburgiem czy Portugalią.

W przypadku pozostałych państw Unii sytuacja obywateli Wielkiej Brytanii w zakresie czynnego i biernego udziału w wyborach municypalnych jest zróżnicowana. W większości z nich zamieszkujący tam legalnie i na stałe obywatele brytyjscy mogą korzystać z tego uprawnienia do zakończenia okresu przejściowego. Po spełnieniu warunków wynikających z przepisów prawa krajowego jest to możliwe np. w Belgii, Danii, Estonii, Finlandii, Słowacji, Słowenii czy Szwecji. Pozostałe państwa albo takiej możliwości nie dopuszczają, albo nie podjęły dotąd stosownych działań regulujących tę kwestię.

Utrata obywatelstwa Unii Europejskiej jest też równoznaczna z brakiem możliwości uczestniczenia w jej funkcjonowaniu poprzez udział w inicjatywie prawodawczej, jaką jest europejska inicjatywa obywatelska. W przeciwieństwie do petycji jest to instrument przeznaczony do stosowania wyłącznie przez jednostki pochodzące z państw członkowskich.

²⁴ S. Leduc, *Post-Brexit blues hit British elected officials in France*, France24, <https://www.france24.com/en/20200204-post-brexit-blues-hit-british-elected-officials-in-france> (dostęp: 28.02.2020).

Umowa o wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii stwierdza także wprost, że Wielka Brytania nie będzie stosowała zapisów art. 30 Karty praw podstawowych, zgodnie z którym każdy pracownik jest chroniony prawem unijnym i przepisami krajowymi w przypadku nieuzasadnionego zwolnienia z pracy.

Istotnym postanowieniem Umowy jest dopuszczalność skierowania przez sąd lub trybunał brytyjski pytania prejudycjalnego do TSUE w sprawach rozpoczętych w pierwszej instancji w ciągu ośmiu lat od zakończenia okresu przejściowego lub ośmiu lat od 1 lutego 2020 r. Taka możliwość dotyczy m.in. spraw z wniosku o wydanie dokumentów pobytowych w okresie przejściowym. Orzeczenia wydane przez TSUE będą wywoływać skutki prawne zarówno w państwach członkowskich, jak i w Wielkiej Brytanii. Wydaje się, że brak konkretnych uregulowań w obszarach niewymienionych w Umowie, a dotyczących praw obywatelskich, może spowodować wniesienie szeregu pytań prejudycjalnych przez sądy krajowe.

Podsumowanie

Po zakończeniu okresu przejściowego, a więc po 31 grudnia 2020 r., prawa obywatelskie jednostek nieobjętych zapisami Umowy podlegać będą przyszłym porozumieniom zawartym pomiędzy Unią Europejską a Wielką Brytanią. Sytuacja takich osób pozostaje więc nieuregulowana. Ewentualne trudności w wypracowaniu właściwego porozumienia lub brak takich porozumień skutkować będzie koniecznością stosowania przepisów imigracyjnych dotyczących obywateli państw trzecich w państwie przyjmującym zarówno

wobec obywateli unijnych przemieszczających się do Wielkiej Brytanii, jak i obywateli brytyjskich migrujących do państw członkowskich Unii.

Unia Europejska w przyszłych negocjacjach będzie z pewnością broniła zasady, że osoby niespełniające określonych wymogów i nieposiadające statusu obywatela Unii nie mogą korzystać z tych samych praw co jednostki pochodzące z państw członkowskich. Swobody jednolitego rynku są ze sobą ściśle powiązane i nie mogą być wybierane przez podmioty zewnętrzne wedle uznania²⁵. Co więcej, swoboda przepływu osób i ich pobytu na terytorium innych państw członkowskich stanowi istotę obywatelstwa unijnego. Tworzenie alternatywnych przepisów zezwalających obywatelom brytyjskim na swobodne przemieszczanie się na terytorium Unii po upływie okresu przejściowego oznaczałoby *de facto* utworzenie *quasi*-obywatelstwa unijnego na potrzeby jednej tylko grupy narodowej. Wydaje się, że stałoby to w sprzeczności z naczelnymi zasadami unijnymi. Wśród nich wskazuje się na niepodzielność swobód jednolitego rynku i fakt, że jednostki niespełniające warunków umożliwiających nabycie obywatelstwa Unii nie mogą być beneficjentami tych samych uprawnień co obywatele Wspólnoty²⁶. Tylko obywatele Unii mogą być traktowani zgodnie z zasadą równości, przebywając na terytorium innego państwa członkowskiego, co zostało potwierdzone orzeczeniami TSUE²⁷.

²⁵ O. Porchia, *Citizens' rights in the post Brexit scenarios*, ERA Forum (2019) 19, s. 596–597.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Np. wyrok z 12 maja 1998 r., *Maria Martínez Sala*, C-85/96, EU: C:1998:217; wyrok z 20 września 2001 r., *Rudy Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458.

Posiadanie tego statusu jest jednak możliwe wyłącznie dzięki przynależności do państwa członkowskiego. Z tego względu nawet obywatele brytyjscy zamieszkujący legalnie w krajach Unii nie unikną jego utraty²⁸. Wprawdzie TSUE stwierdził także, że prawo unijne wymaga możliwości kontroli decyzji o pozbawieniu obywatelstwa krajowego w przypadku, gdy skutkowałoby to pozbawieniem obywatela Unii wszystkich korzyści wynikających z obywatelstwa unijnego²⁹. Jednak sytuacja ta nie odnosiła się do opuszczenia Wspólnoty przez jakikolwiek kraj, a do działania jednostki z państwa członkowskiego w połączeniu z przepisami krajowymi dotyczącymi obywatelstwa, które w efekcie pozbawiałyby taką osobę statusu obywatela, czyniąc ją bezpaństwowcem³⁰.

Pozwala to na konstatację, że bardziej prawdopodobnym scenariuszem dla

obywateli brytyjskich będzie wypracowanie przez Zjednoczone Królestwo stosownych porozumień bilateralnych z poszczególnymi państwami członkowskimi, w których zawarte zostaną ograniczone elementy swobody przepływu, niż utworzenie specjalnego statusu dla obywateli brytyjskich w całej Unii Europejskiej. Takie rozwiązanie umożliwiłoby realizację interesów politycznych pomiędzy Unią Europejską a Wielką Brytanią, a także zachowanie trwałości zasad odnoszących się do obywatelstwa unijnego. Utworzenie *quasi*-obywatelstwa Unii dla jednostek z Wielkiej Brytanii stanowiłoby niebezpieczny precedens podważający dotychczasowy dorobek Wspólnoty i fundamentalną cechę obywatelstwa unijnego. Tym bardziej że decyzja o Brexicie została podjęta na podstawie stanowiska obywateli wyrażonego w formie referendum, a nie tylko działań rządu.

²⁸ P. Mindus, *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Cham 2017, s. 78.

²⁹ Wyrok z 2 marca 2010 r., *Rottmann*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

³⁰ J. Shaw, *Citizenship and free movement in a changing EU: Navigating an archipelago of contradictions*, [w:] B. Martill, U. Staiger (red.), *Brexit and Beyond: Rethinking the Futures Europe*, London 2018, s. 161.

BIBLIOGRAFIA:

- Barnard C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2013.
- Bojarski Ł., Schindlauer D., Wladasch K., Wróblewski M., *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej jako żywy instrument*, Warszawa 2014.
- Boniecka M., *Petycja do Parlamentu Europejskiego*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM”, nr 4, 2014.
- Borkowski A., *Swoboda przedsiębiorczości w kontekście realizacji interesu ogólnego Unii Europejskiej*, Wrocław 2016.
- Condinanze M., Lang A., Nascimbene B., *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden-Boston 2008.
- Croon-Gestefeld J., *Reconceptualising European Equality Law. A Comparative Institutional Analysis*, Oxford 2017.
- Danikowski M., *Skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2016, nr 2 (19).
- Davies G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, Hague – London – New York 2003.
- Gadkowski T., *Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015, vol. 3, no. 3.
- Grochalski S.M., „Brexit” – konsekwencje dla obywateli Wielkiej Brytanii jako eksobywateli Unii Europejskiej, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2016, 14(4 (1)).
- Grochalski S.M., *Zasada niedyskryminacji obywatela w prawie opieki konsularnej*, [w:] Brodowski L., Kuźniar-Kwiatk D. (red.), *Unia Europejska a prawo międzynarodowe*, Rzeszów 2015.
- Grzeszczak R., *Dwie narracje o obywatelstwie unijnym – obywatel rynku i obywatel Unii Europejskiej*, [w:] Bator A., Jabłoński M., Maciejewski M., Wójtowicz K. (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Wrocław 2013.
- Izdebski H., Skuczyński P., *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2*, Warszawa 2011.
- Jagielski J., *Z problematyki obywatelstwa oraz prawa o obywatelstwie polskim (kilka refleksji na kanwie nowej ustawy o obywatelstwie polskim)*, [w:] Supernat J. (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009.
- Makowicz B., *Petycja do Parlamentu Europejskiego, czyli obywatel w akcji*, [w:] Baranowska G., Bodnar A., Gliszczyńska-Grabias A., *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat – osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015.
- Mindus P., *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Cham 2017.
- Porchia O., *Citizens’ rights in the post Brexit scenarios*, ERA Forum (2019) 19.
- Pudzianowska D., *Warunki nabycia i utraty obywatelstwa Unii Europejskiej. Czy dochodzi do autonomizacji pojęcia obywatelstwa Unii?*, [w:] Baranowska G., Bodnar A., Gliszczyńska-Grabias A. (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat – osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015.
- Ryszka J., *Prawa społeczne pracowników a prawa pracodawców-przedsiębiorców na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, Warszawa 2018.
- Scartezzini R., *European Citizenship, Citizens and Civil Society*, [w:] Foradori P., Piattoni S., Scartezzini R., *European Citizenship: Theories, Arenas, Levels*, Baden-Baden 2007.
- Schelkens M., *The Freedom of Establishment of Lawyers in the European Union*, Jura Falconis Jg. 51, 2014–2015, nr 2.
- Shaw J., *Citizenship and free movement in a changing EU: Navigating an archipelago of contradictions*, [w:] Martill B., Staiger U. (red.), *Brexit and Beyond: Rethinking the Futures Europe*, London 2018.
- Storey T., Turner C., *Unlocking EU Law*, London – New York 2014.
- Śledzińska-Simon A., *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2011 nr 2(26).



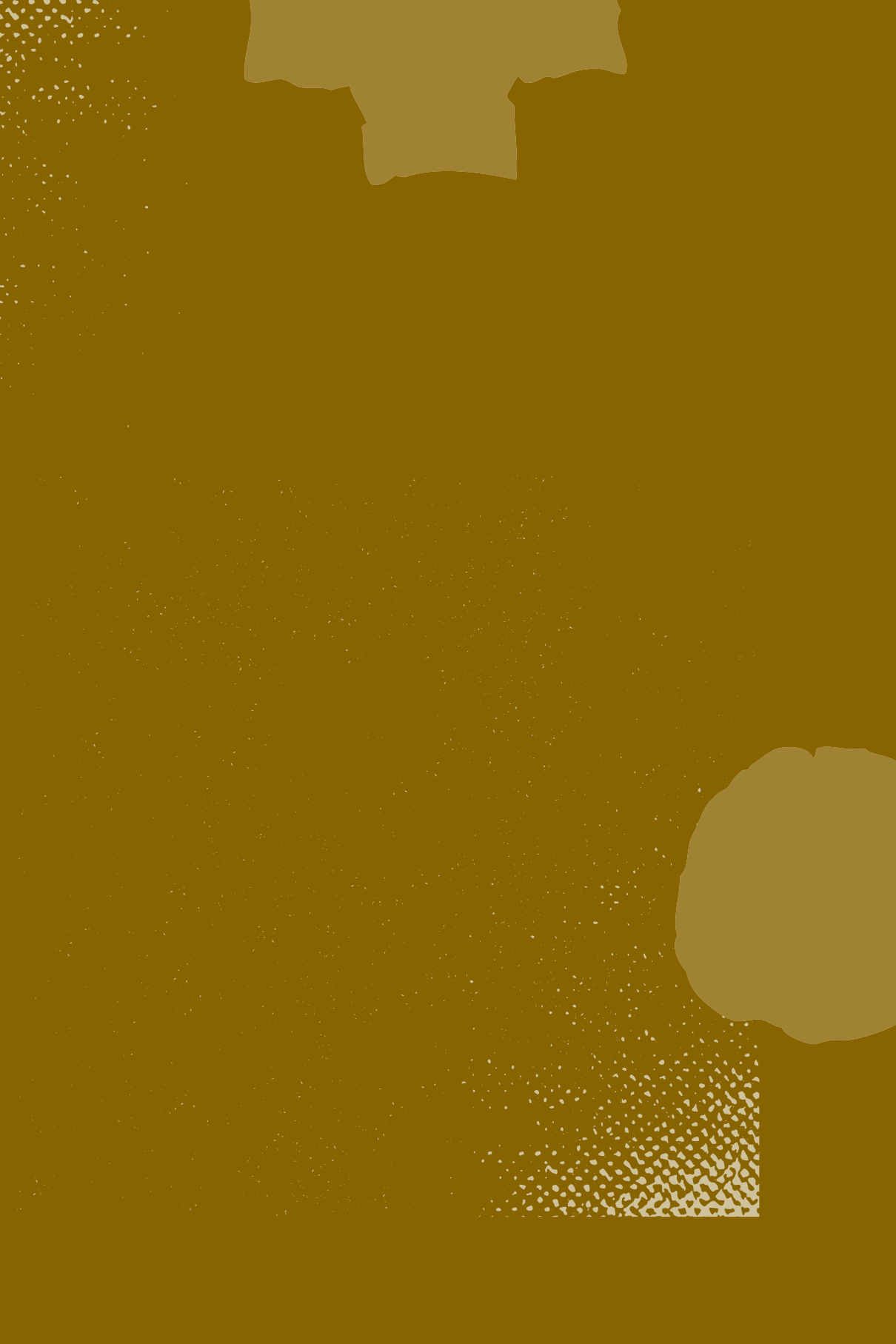
Marek DANIKOWSKI

[lawyer, doctoral student, Faculty of Law and Administration, University of Opole]

EU citizenship as a legal and political concept independent of affiliation with a member state: Solutions involving the loss of individuals' rights in the context of Brexit

Citizenship of the European Union vests an individual from a member state with real rights, the catalogue of which is not fixed but evolving. The rights vested in a citizen of the Union are unique and cannot be obtained under national law. This issue assumes greater importance in the context of Brexit. Exclusion of the Community *acquis* from the legal system of the United Kingdom will deprive its citizens of these rights. It appears that maintaining the principles arising out of EU citizenship will exclude the creation of a new institution of quasi-citizenship reserved solely for citizens of the UK. Appropriately securing the rights of individuals will rather require conclusion of bilateral treaties with the member states.

EU CITIZENSHIP | LEGAL POSITION OF EU CITIZEN | CATALOGUE OF CIVIL RIGHTS |
BREXIT | UK CITIZENS





Mateusz Jakub KOSIOROWSKI

[aplikant adwokacki, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Wybrane schematy międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego a legitymacja czynna do wytoczenia powództwa o zapłatę z tytułu uszczerbku majątkowego na gruncie konwencji CMR

Autor – bazując na autentycznych stanach faktycznych – wyodrębnia dwa schematy tzw. międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego oraz przedstawia *modus operandi* sprawców, prawno-podmiotową strukturę przewozu, generalne różnice pomiędzy podmiotem pokrzywdzonym a podmiotem poszkodowanym, a także poglądy judykatury odnoszące się do rozumienia przymiotu osoby uprawnionej do żądania zapłaty odszkodowania w świetle przepisów konwencji CMR. Wskazuje też na możliwość wyzbycia poszkodowanych z czynnej legitymacji procesowej do wytoczenia powództwa o zapłatę odszkodowania z tytułu uszczerbku majątkowego wywołanego ww. przestępstwem oraz przedstawia rozwiązania zabezpieczające szeroko pojęty interes poszkodowanych. Opracowanie zostało zawężone głównie do kwestii cywilnoprawno-odszkodawczych.

MIĘDZYNARODOWE OSZUSTWO DYSTRYBUCYJNE | CMR | PRAWO ROZPORZĄDZANIA TOWAREM | OSOBA UPRAWNIONA DO ODSZKODOWANIA | CZYNNA LEGITYMACJA PROCESOWA

Wstęp

Pojawienie się tzw. międzynarodowych bądź europejskich oszustw dystrybucyjnych w istotny sposób utrudniło prowadzenie działalności gospodarczej polskim przewoźnikom drogowym trud-

niącym się przewozami międzynarodowymi. Tego rodzaju przestępstwo może wiązać się z wyrządzeniem znacznej szkody w majątku poszkodowanego, gdyż wartość przewożonych towarów nierzadko przekracza kilkaset tysięcy złotych. Nadrzędnym bowiem celem

sprawców ww. czynu zabronionego jest doprowadzenie innego podmiotu do dobrowolnego przekazania im przewożonych towarów.

Pierwotnej przyczyny pojawienia się tego rodzaju przestępstw należy szukać w stałym rozwoju sektora transportowego. Zgodnie z danymi Głównego Urzędu Statystycznego przychody ze sprzedaży usług we wszystkich jednostkach transportu w Polsce wyniosły w 2017 r. 250,2 mld zł i były o 9,5% większe niż w 2016 r. Liczba ciągników siodłowych wzrosła w tym samym okresie o 7,9% i w końcu 2017 r. wynosiła 390,4 tys. szt. Transportem samochodowym w 2017 r. przewieziono 1747,2 mln ton ładunków, tj. o 13% więcej niż w 2016 r., a praca przewozowa wyrażona w tonokilometrach wzrosła o 14,8%.

Równocześnie warto zaznaczyć, że osiągnięta przez polskich przewoźników wielkość przewozów ładunków transportem samochodowym – wyrażona w tonokilometrach – stanowiła 17,5% ogólnych przewozów Unii Europejskiej w 2017 r.¹

Aktualnie ustawodawca nie odróżnia międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego od „zwykłego” oszustwa, stypizowanego w przepisie art. 286 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm., da-

lej „k.k.”), zgodnie z którym podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

Oszustwo dystrybucyjne różni się od tego „zwykłego” jedynie polem działania przestępcy, który skupia się na działalności przewozowej towarów na drodze lądowej. Należy podkreślić, że tego rodzaju oszustwo występuje co do zasady w ciągu przestępstw, w szczególności związanych z fałszerstwem materialnym. Wydaje się przy tym, że niemożliwe jest popełnienie międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego bez wcześniejszego przygotowania odpowiednio sfałszowanej dokumentacji, niezbędnej do wprowadzenia w błąd wybranych osób trzecich.

Dla zrozumienia *modus operandi* sprawców omawianego czynu zabronionego – jak i późniejszych rozważań cywilnoprawnych – istotne jest wyodrębnienie stron umowy przewozu (potocznie zwanych zleceniodawcą i zleceniobiorcą) ze struktury przewozowej, która składa się z co najmniej trzech podmiotów: nadawcy, przewoźnika oraz odbiorcy. W praktyce przewozowej nierzadkie są przypadki, w których zleceniobiorca przewozu (przewoźnik) korzysta z pomocy zewnętrznych podwykonawców². Rów-

¹ Por.: informacje statystyczne dotyczące transportu, wynik działalności za 2017 r., sporządzone przez Główny Urząd Statystyczny oraz Urząd Statystyczny w Szczecinie w 2018 r. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/transport-i-lacznosc/transport/transport-wyniki-dzialalnosci-w-2017-roku,9,17.html> (dostęp: 25.06.2020). Opublikowane dane statystyczne za 2018 r. są zbliżone.

² Jest to sytuacja, w której przewoźnik (jako pierwotny zleceniobiorca przewozu, tzw. przewoźnik

niez w przewozie międzynarodowym niewykluczony jest udział kilku przewoźników na podstawie jednej umowy przewozu, co skutkuje zaistnieniem tzw. przewozu sukcesywnego, który na mocy przepisów Konwencji z dnia 19 maja 1956 r. o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów CMR (Dz.U. 1962 nr 49, poz. 238 ze zm., dalej: „Konwencja CMR”) charakteryzuje się odrębną regulacją prawną w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej.

Istotną okolicznością jest sama lokalizacja nadawcy i odbiorcy, stanowiąca jeden z czynników determinujących prawny reżim przewozu, to jest to, czy będzie się on kwalifikował do tzw. przewozów krajowych (wyłącznie na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej), czy też międzynarodowych (rozumianych na potrzeby tego artykułu jako przewóz towaru z państwa obcego do Rzeczypospolitej Polskiej lub na odwrót).

W przypadku przewozu krajowego właściwe będą przepisy ustanowione w ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe (Dz.U. 53, poz. 272 ze zm., dalej: „pr. przew.”), zaś w sprawach nieunormowanych – przepisy

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm., dalej: „k.c.”)³. Z kolei do przewozu międzynarodowego zastosowanie będą mieć przede wszystkim przepisy Konwencji CMR oraz subsydiarnie przepisy pr. przew.⁴ W szczególności zakres przedmiotowy Konwencji CMR wskazuje, że jej przepisy stosuje się do wszelkich umów o zarobkowy przewóz drogowy towarów pojazdami, niezależnie od miejsca zamieszkania i przynależności państwowej stron, jeżeli miejsce przyjęcia przesyłki do przewozu i miejsca przewidziane dla jej dostawy, stosownie do ich oznaczenia w umowie, znajdują się w dwóch różnych krajach, z których przynajmniej jeden jest krajem umawiającym się⁵.

Nadrzędną intencją przestępców oszustwa dystrybucyjnego jest wprowadzenie w błąd jednego z uczestników struktury przewozowej w taki sposób, aby przestępcy zostali uznani za czynną stronę tej struktury i w konsekwencji weszli w posiadanie przewożonego towaru, uniemożliwiając doręczenie przesyłki prawidłowemu odbiorcy.

Stąd też odebranie towaru przez właściwego odbiorcę (bądź zwrócenie prze-

umowny) posługuje się innym przewoźnikiem jako podwykonawcą (tzw. przewoźnikiem faktycznym), zawierając kolejną umowę przewozu. Niemniej to przewoźnik umowy ponosi w takiej sytuacji odpowiedzialność z tytułu pierwotnej umowy przewozu, gdyż zgodnie z art. 3 Konwencji CMR przewoźnik odpowiada, jak za swoje własne czynności i zaniebdania, za czynności i zaniebdania swoich pracowników i wszystkich innych osób, do których usług odwołuje się w celu wykonania przewozu, kiedy ci pracownicy lub te osoby działają w wykonaniu swych funkcji.

³ Zgodnie z art. 90 pr. przew. w sprawach nieunormowanych w ustawie oraz w przepisach wydanych w jej wykonaniu i w przepisach szczególnych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

⁴ Treść art. 1 ust. 3 pr. przew. stanowi, przepisy ustawy stosuje się do przewozów międzynarodowych, jeżeli umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej.

⁵ W ramach przewozów międzynarodowych wyróżnia się dodatkowo tzw. przewóz kabotażowy, rozumiany jako przewóz z państwa A do państwa B, który jest wykonywany przez przewoźnika zarejestrowanego w państwie C.

syłki do podmiotu, który dokonał załadunku towarów) – przy jednoczesnym pominięciu udziału oszustów w ww. strukturze – całkowicie niweczy schemat omawianego czynu zabronionego.

2. Schematy międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego

2.1. Schemat 1: przestępca jako rzekomy odbiorca towarów

Pierwszy schemat oszustwa polega na tym, że przestępcy stają się rzekomymi odbiorcami towarów w łańcuchu przewozowym. Omawiany sposób działania przestępców sprowadza się w dużej mierze do wprowadzenia w błąd nadawcy towarów, jak również przewoźnika dokonującego przewozu.

Główną cechą charakterystyczną jest pierwotna inicjatywa sprawców, którzy – jako rzekomi przedstawiciele sieci handlowej, o odpowiedniej renomie na rynku – nawiązują kontakt e-mailowy z zagranicznym producentem różnego rodzaju dóbr materialnych, celem rozpoczęcia współpracy dystrybucyjnej (sprzedaży towarów producenta w dobrze notowanej sieci handlowej). Wybór zagranicznego podmiotu nie jest przypadkowy, gdyż ewentualne bariery językowe, prawne czy nawet kulturowe mogą mieć obstrukcyjny wpływ na prawidłową i rzetelną weryfikację przedstawionej dokumentacji handlowej. Sama oferta nabycia towarów jest atrakcyjna dla producenta (ze względu na ilość zamawianych dóbr, wysoką cenę jednostkową oraz stałą perspektywę współpracy), zaś najważniejszym warunkiem oferty jest odroczenie płatności, która z reguły ma nastąpić w terminie

14 bądź 30 dni, licząc od daty odbioru towarów. Takie odroczenie zazwyczaj tłumaczone jest sztywną polityką finansową danej sieci handlowej, która nie przewiduje jakichkolwiek wyjątków dla swoich dostawców.

Kolejnym elementem omawianego *modus operandi* jest duża dbałość przestępców o upozorowanie autentyczności oferty współpracy. Chodzi nie tylko o zachowanie staranności w samym kontakcie i formie oferty (poprawność stylistyczna i językowa, odpowiednia domena elektronicznego adresu pocztowego itd.), ale też o zachowanie zgodności wszelkich danych z oficjalną dokumentacją rejestrową spółki, którą rzekomo reprezentują oszuści (aktualne adresy spółki i jej magazynów/punktów dystrybucyjnych, pełnomocnictwa sporządzone przez członków zarządów, aktualne wypisy z rejestrów przedsiębiorców, poświadczony odpisy istotnej dokumentacji handlowej, pieczętki księgowości itd.).

Zachowanie powyższej staranności służy uniknięciu jakichkolwiek obaw po stronie dystrybutora, gdyż najmniejsza wątpliwość może zniweczyć przestępczy schemat jeszcze przed wysyłką towarów. Stąd też omawiana staranność polega również na podszycaniu się tylko pod renomowane sieci handlowe (powszechnie znane na danym rynku), gdyż zagraniczni producenci po otrzymaniu oferty nierzadko przeprowadzają badania *due diligence*, których celem jest weryfikacja handlowa potencjalnego partnera, jak i jego wiarygodności finansowej.

W przypadku zawarcia porozumienia o współpracy oraz podjęciu przez pro-

ducenta decyzji o wysłaniu towarów istotna jest kwestia tzw. prawa rozporządzania towarem, gdyż sprawcy omawianego przestępstwa – aby nie wzbudzać jakichkolwiek podejrzeń – najczęściej w dokumentacji przewozowej (liście przewozowym CMR) podają prawidłowe i oficjalne dane adresowe rzekomo reprezentowanej spółki (lub jej punktów dystrybucyjnych), jak i wpisują siebie samych (lub inne zaufane osoby) jako właściwe do kontaktu po stronie odbiorcy.

Najistotniejszy moment omawianego schematu następuje tuż przed samym doręczeniem towarów, tj. w chwili, gdy rzekomy odbiorca podejmuje kontakt z kierowcą i żąda zmiany docelowego adresu dostawy na taki, z którego przestępcy mogą bezpiecznie odebrać towar (często adres ten jest oddalony o kilka bądź kilkanaście kilometrów od pierwotnego punktu dostawy).

Jeżeli prawo do rozporządzania towarem przysługuje odbiorcy, kierowca jest obligowany do zmiany adresu dostawy i schemat oszustwa dystrybucyjnego dopełnia się. Natomiast jeżeli prawo do rozporządzenia towarem przysługuje nadawcy, jego zgoda na zmianę adresu dostawy także powoduje dopełnienie schematu i zrealizowanie celów oszustwa. Zdarzają się sytuacje, w których kierowca zgadza się na zmianę adresu dostawy bez kontaktu z nadawcą, mimo że to jemu przysługiwało prawo do rozporządzenia towarem. Najczęściej wynika to z nieznamości przepisów prawa, presji czasu czy samego charakteru bądź formy żądania zmiany miejsca dostawy.

2.2. Schemat 2: przestępca jako rzekomy podwykonawca przewoźnika

W drugim schemacie oszuści dystrybucyjni wcielają się w podwykonawcę przewoźnika w strukturze przewozowej. Specyfika tego oszustwa polega na wprowadzeniu w błąd pierwotnego zleceniobiorcy przewozu (przewoźnika umownego), a następnie podmiotu dokonującego załadunku towaru, który w rezultacie powierza sprawcom czynu zabronionego pieczę nad przewożonym towarem.

Omawiany schemat cechuje się znacznie większą dynamiką działań, gdyż inicjowany jest w głównej mierze przez pierwotnego zleceniobiorcę przewozu, który – najczęściej w wyniku niemożności skorzystania z własnej floty przewozowej i zbliżającego się terminu załadunku towarów – postanawia podzleczyć przewóz dalszemu wykonawcy. Podwykonawcę tego wyszukuje, składając ofertę na tzw. giełdzie transportowej.

Ponownie ważnym elementem schematu jest zachowanie przez oszustów specyficznego rodzaju staranności, przejawiającej się na dwóch polach.

Po pierwsze, oszuści wybierają oferty krótkoterminowe (np. załadunek towarów w następnym dniu roboczym), co znacznie utrudnia pierwotnemu zleceniobiorcy przewozu dokładną weryfikację tożsamości potencjalnego podwykonawcy i przedłożonej przez niego dokumentacji. Sprawcy omawianego czynu przestępczego najczęściej wybierają oferty przewozu

towarów o znacznej wartości⁶, których przewóz winien zająć co najmniej kilka dni (z uwagi na odległość pomiędzy miejscem załadunku a miejscem dostawy). Chodzi o to, by uczestnik struktury przewozowej jak najpóźniej zorientował się, że został oszukany, a w rezultacie jak najpóźniej zgłosił organom ścigania możliwość popełnienia przestępstwa.

Po drugie, staranność przejawia się w e-mailowym (rzadziej telefonicznym) kontakcie z pierwotnym zleceniobiorcą przewozu i przedstawieniu się jako przedstawiciel spółki, która faktycznie wykonuje międzynarodową działalność przewozową i jest zarejestrowana w obcym dla przewoźnika umownego kraju. W toku korespondencji oszuści przedkładają podrobioną i sfałszowaną dokumentację, w szczególności: licencję i zezwolenia na wykonywanie międzynarodowych przewozów, polisę ubezpieczeniową zagranicznego towarzystwa ubezpieczeniowego, wydruk z aktualnym numerem VAT EU, krajowy odpis z rejestru przedsiębiorców czy dokument tożsamości kierowcy, który będzie wykonywał przewóz. Podobnie jak w pierwszym schemacie, sprawcy czynu zabronionego posługują się domeną elektronicznego adresu pocztowego, która jest niemalże identyczna z faktycznie używaną przez rzekomo reprezentowanego przewoźnika.

⁶ Wysoka wartość towaru może przejawiać się w jego wadze, ilości przewożonych palet czy wymaganej sumie ubezpieczenia w polisie ubezpieczeniowej. Niewykluczone, że przewoźnik umowny już w toku negocjacji przekaze informacje, co dokładnie stanowi przedmiot przewozu.

W przypadku pozytywnej weryfikacji i zleceniu podwykonawstwa schemat przestępstwa dopełnia się, gdyż rzekomy podwykonawca w umówionym terminie podstawia samochody pod miejsce załadunku, gdzie towar zostaje mu wydany na podstawie informacji uzyskanych od przewoźnika umownego oraz przedstawionej przez podwykonawcę sfałszowanej dokumentacji. W takim stanie rzeczy przesyłka nie dociera do odbiorcy, co skutkuje odpowiedzialnością cywilnoprawną pierwotnego zleceniobiorcy przewozu (przewoźnika umownego).

2.3. Prawnomaterialne skutki dystrybucyjnego oszustwa międzynarodowego; podmiot pokrzywdzony a podmiot poszkodowany

Ustawowa definicja pokrzywdzonego została zawarta w przepisie art. 49 § 1-3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 89, poz. 555 ze zm., dalej: „k.p.k.”). Stosownie do niej pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Pokrzywdzonym może być także niemająca osobowości prawnej instytucja państwowa lub samorządowa lub inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną. Za pokrzywdzonego uważa się zakład ubezpieczeń w zakresie, w jakim pokrył szkodę wyrządzoną pokrzywdzonemu przez przestępstwo lub jest zobowiązany do jej pokrycia.

W literaturze przedmiotu zaznacza się, że powyższą definicję wyznacza-

ją trzy kryteria: podmiot, naruszenie bądź zagrożenie dobra prawnego, a także bezpośrednio naruszenia bądź zagrożenia dobra prawnego⁷. Jednocześnie sama definicja ma charakter materialny⁸.

Ponieważ międzynarodowe oszustwo dystrybucyjne jest przestępstwem przeciwko mieniu, pokrzywdzonym będzie ta osoba bądź ten podmiot, który posiadał tytuł prawny do przewożonego towaru (co do zasady prawo własności). Stąd też skutkiem popełnienia powyższego czynu przestępczego będzie uzyskanie najczęściej przez producenta towarów (jako właściciela) statusu pokrzywdzonego w postępowaniu karnym⁹, co umożliwia m.in. złożenie wniosku – w trybie przepisu art. 49a k.p.k. – o orzeczeniu obowiązku naprawienia szkody przez sprawców przestępstwa.

Niemniej należy zaznaczyć, że nie można utożsamiać przymiotu osoby pokrzywdzonej z przymiotem osoby poszkodowanej. Jeśli stwierdzono usiłowanie popełnienia omawianego czynu zabronionego – a nawet jeśli przestępstwo zostało popełnione, ale w wyniku działań operacyjnych organów ścigania odzyskano w całości utracony towar – nie zawsze bę-

dzie można stwierdzić wystąpienie uszczerbku w majątku pokrzywdzonego, tj. szkody.

Osobą poszkodowaną jest zaś ten podmiot, u którego można stwierdzić zaistnienie szkody majątkowej. Jest ona najczęściej wyliczana metodą dyferencyjną (różnicową), której istota polega na porównaniu dwóch stanów majątku poszkodowanego, tj. hipotetycznego stanu przed zaistnieniem zdarzenia szkodowego (tak jakby szkody nie popełniono) ze stanem aktualnym, gdzie pomniejszyły się aktywa lub powiększyły pasywa¹⁰. W tym zakresie w literaturze przedmiotu ponadto podkreśla się, że *dyferencyjna metoda ustalenia rozmiarów szkody wymaga rekonstrukcji hipotetycznego stanu majątku poszkodowanego w okresie między powstaniem pierwszych niekorzystnych skutków zdarzenia szkodzącego a momentem orzekania. Nie zwalnia z niej nawet bardzo długi odstęp czasu*¹¹.

W konsekwencji możliwe są sytuacje, w których producent towarów, w wyniku popełnienia dystrybucyjnego oszustwa międzynarodowego, na gruncie przepisów k.k. i k.p.k. uzyska status osoby pokrzywdzonej, niemniej z punktu widzenia cywilistyki nie będzie osobą poszkodowaną. Warto przy tym uwypuklić, że pogorszenie się towaru (jego jakości, np. w wyniku nieprawidłowego przewozu czy za-

⁷ Por.: I. Zielinko, *Bezpośredniość jako element definicji pokrzywdzonego w procesie karnym*, „Przebieg Sądowy” 2014, nr 3.

⁸ W tym zakresie por. postanowienie SN z 17 listopada 2005 r., II K 108/08 (Lex nr 222785).

⁹ Pokrzywdzonym będzie również towarzystwo ubezpieczeniowe, które wypłaciło odszkodowanie – wskutek omawianego czynu przestępczego – z tytułu udzielenia przewoźnikowi ochrony ubezpieczeniowej o.c.p.d. (odpowiedzialność cywilnoprawna przewoźnika drogowego).

¹⁰ Podobnie J. Jastrzębski, *Dyferencyjna metoda ustalania szkody w sprawach reprivatyzacyjnych – krytyczne uwagi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przebieg Sądowy” 2016, nr 3.

¹¹ M. Kaliński, *Moment powstania szkody a treść roszczenia odszkodowawczego*, „Glosa” 2015, nr 3.

drapań) należy niewątpliwie uznać za szkodę majątkową.

3. Analiza prawna

3.1. Podmioty uczestniczące w międzynarodowej strukturze przewozowej

Zgodnie z art. 774 k.c. przez umowę przewozu przewoźnik zobowiązuje się w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa do przewiezienia za wynagrodzeniem osób lub rzeczy. Z kolei przepis art. 1 ust. 1 pr. przew. stanowi, że ustawa reguluje przewóz osób i rzeczy, wykonywany odpłatnie na podstawie umowy, przez uprawnionych do tego przewoźników, z wyjątkiem transportu morskiego, lotniczego i konnego.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że stroną umowy zobowiązującą się do przewozu towarów może być jedynie podmiot, który prowadzi działalność transportową w formie przedsiębiorstwa. Powyższe znajduje potwierdzenie w doktrynie prawa przewozowego¹², w której wskazuje się m.in., że *zwrot zawierający termin „przedsiębiorstwo” w znaczeniu funkcjonalnym przesądza konieczność posiadania statusu przedsiębiorcy przez osobę chcącą ten kontrakt zawrzeć w roli przewoźnika*¹³. Równocześnie na status przewoźnika w strukturze

przewozowej nie ma wpływu odpłatny bądź nieodpłatny charakter umowy przewozu, gdyż przepis art. 2 ust. 1 pr. przew. przewiduje, że przepisy ustawy stosuje się odpowiednio do przewozu nieodpłatnego wykonywanego przez przewoźnika.

O ile nie budzi wątpliwości, że zleceniobiorcą przewozu może być wyłącznie podmiot profesjonalny – trudniący się transportem towarów, który w strukturze przewozowej ma status przewoźnika – o tyle w doktrynie toczy się spór co do statusu zleceniodawcy przewozu i jego bezpośredniej pozycji w strukturze przewozowej. Żaden bowiem z powszechnie obowiązujących aktów normotwórczych¹⁴ nie definiuje obydwu stron umowy przewozu (bądź podmiotów uczestniczących w strukturze przewozowej). Ustawodawca ogranicza się jedynie do wyszczególnienia poszczególnych praw i obowiązków.

W literaturze przedmiotu część przedstawicieli doktryny uznaje, że kontrahent przewoźnika – tj. zleceniodawca przewozu – w strukturze przewozowej może pełnić rolę wyłącznie nadawcy¹⁵. Z kolei inni podnoszą, że status nadawcy może w istocie przysługiwać temu podmiotowi, który faktycznie przekazuje przewoźnikowi towar stano-

¹² Por.: T. Szancilo, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2008 r., s. 38-39. Podobnie E. Habryn, *Windykacja należności z umowy międzynarodowego przewozu towarów*, Publikacje Elektroniczne ABC.

¹³ Por.: M. Stec, *Umowa przewozu w transporcie towarowym*, Kraków 2005 r., s. 94-95.

¹⁴ W szczególności Konwencja CMR, pr. przew. oraz k.c.

¹⁵ Tak np. A. Kolarski, który wywodzi, że prawo do odstąpienia od umowy przewozu może zostać przypisane wyłącznie nadawcy, który zawiera umowę przewozu i jest jej stroną. Por.: A. Kolarski, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 81.

wiący jego własność, a nie temu, który zlecił przewóz¹⁶.

Problematykę struktury przewozowej dodatkowo utrudnia możliwy udział jeszcze innych podmiotów trzecich (co jest nader częste w działalności przewozowej), np. świadczących usługi spedytorskie. Spedytorzy – będąc zainteresowanymi wykonaniem umowy przewozu – w strukturze przewozowej mogą uczestniczyć pośrednio bądź bezpośrednio, np. organizując przewóz towarów od strony formalnej (oclenie towarów) oraz faktycznej (magazynowanie towarów pomiędzy poszczególnymi odcinkami trasy itd.). W ramach usług spedytorskich możliwe jest zlecenie przewoźnikowi przewozu towarów w imieniu własnym spedytora bądź też w imieniu podmiotu korzystającego z pomocy spedytora.

Warto przy tym wspomnieć, że sprecyzowanie roli i charakteru prawnego spedytora w strukturze przewozowej również może być problematyczne. Chodzi w szczególności o ustalenie, czy występuje on jedynie w roli „faktycznego” spedytora (organizującego przewóz towarów), czy też w roli przewoźnika umownego, który zlecił podwykonawcy dalszy przewóz. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 6 października 2004 r. (I CK

199/04), wskazując, że *ustalenie, czy w danym wypadku chodzi o umowę spedykcji, czy umowę przewozu bywa trudne, zaś o tym jednak, jaka umowa została zawarta, decyduje nie rodzaj podejmowanych w ramach umowy czynności, a treść zobowiązania. Tę zaś należy ustalić w oparciu o wykładnię oświadczeń woli stron przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 65 k.c. oraz przepisów ustawy konwencji CMR*¹⁷. Ustalenie powyższej kwestii w danym stanie faktycznym jest istotne, bowiem w świetle przepisów k.c. odpowiedzialność spedytora w istotny sposób różni się od zasad odpowiedzialności przewoźnika.

Sama podmiotowa struktura przewozu stanowiła przedmiot rozstrzygnięć sądowych. I tak Sąd Najwyższy w wyroku z 14 października 2009 r. (V CSK 149/09) podkreślił, że *nie jest wyłączone zawarcie umowy przewozu pomiędzy odbiorcą a przewoźnikiem. W świetle art. 774 k.c. odbiorca towaru może występować w podwójnej roli nadawcy i odbiorcy. Nie ma też przeszkód ku takiemu ukształtowaniu umowy przewozu w przepisach Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR)*¹⁸.

Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z 3 września 2003 r. (II CKN 415/01) wywieziono, że *Konwencja CMR nie zawiera wprawdzie definicji pojęcia nadawcy, jednak nie ulega wątpliwości, że nadawca jest kontrahentem przewoźnika, czyli drugą – obok przewoźnika – stroną umowy przewozu towarów. Nie*

¹⁶ W tym zakresie wskazuje się następujący przykład: przedsiębiorca A, nabywający materiały do produkcji u przedsiębiorcy B, zawarł z przewoźnikiem umowę przewozu, jednak towar zostanie przekazany przez przedsiębiorcę B, co oznacza, że to właśnie on będzie nadawcą (nie będąc stroną umowy). Por.: K. Włodarska, *Umowa drogowego przewozu towarów*, wyd. LexisNexis 2005.

¹⁷ Lex nr 146332.

¹⁸ Lex nr 627246.

musi być on przy tym właścicielem czy samoistnym posiadaczem nadawanej przesyłki; wystarczy, że ma w stosunku do niej określony tytuł prawny. Przy zawieraniu umowy przewozu właściciel przewożonego towaru może skorzystać z pomocy innych podmiotów. Jeżeli właściciel posługuje się spedytorem, który – zawierając umowę przewozu – występuje wobec przewoźnika we własnym imieniu, kontrahentem przewoźnika, a tym samym stroną umowy przewozu, jest spedytor. W takiej sytuacji spedytor staje się podmiotem praw i obowiązków wynikających z umowy przewozu, przez co uzyskuje status nadawcy¹⁹. Co ciekawe, w tym samym orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał, że osoba nie będąca stroną umowy przewozu nie może być uznana za nadawcę przesyłki tylko z tej przyczyny, że została wskazana jako nadawca w liście przewozowym²⁰.

Stąd też wydaje się, że w zakresie statusu nadawcy w strukturze przewozowej na aprobatę zasługuje podejście hybrydowe, tj. takie, które by przyjmowało, że co do zasady status ten przysługuje zleceniodawcy przewozu, ale też nie wyklucza możliwości uczestnictwa nadawcy w innej, podwójnej roli. Takie stanowisko jednocześnie implikuje, że za nadawcę nie może zostać uznany podmiot, który nie był kontrahentem przewoźnika w zawartej z nim umowie o przewóz towarów²¹. Powyż-

sze jest uzasadnione w samej konstrukcji przepisu art. 774 k.c. – wydaje się, że ustawodawca celowo wymienił jedynie podmiot zobowiązujący się do przewozu (przewoźnika), pozostawiając tym samym swoistą i „elastyczną” lukę do wypełnienia w konkretnym stosunku zobowiązaniowym²².

3.2. Osoba uprawniona w świetle Konwencji CMR i przepisów krajowych

Na gruncie przepisów Konwencji CMR przyjmuje się, że roszczenia odszkodowawcze z tytułu utraty towaru przysługują tzw. osobie uprawnionej, co z kolei wiąże się z przymiotem czynnej legitymacji procesowej w ewentualnym procesie odszkodowawczym.

Wskazuje na to m.in. treść przepisu art. 20 ust. 1 Konwencji CMR, zgodnie z którym osoba uprawniona może, bez dalszych dowodów, uważać towar za zaginiony, jeżeli nie został on wydany w ciągu trzydziestu dni po upływie umówionego terminu, a jeżeli terminu nie umówiono, w ciągu sześćdziesięciu dni po przyjęciu towaru przez przewoźnika. Z kolei ust. 2 zd. drugie tego przepisu stanowi, że osoba uprawniona, otrzymując odszkodowanie za zaginiony towar, może pisemnie zażądać, aby w razie odnalezienia towaru w ciągu roku po wypłacie odszkodowania zawiadomiono ją o tym niezwłocznie. Podobnie w przepisie art. 27 ust. 1 zd. pierwsze Konwencji

¹⁹ Lex nr 83410.

²⁰ Ibidem.

²¹ Zatem pomiędzy desygnatami nazw „zleceniodawca przewozu” i „odbiorca” zachodzi stosunek krzyżowania, gdyż w niektórych strukturach przewozowych nadawca – jako zleceniodawca przewozu – będzie jednocześnie odbiorcą. Jednocześnie pomiędzy desygnatami nazw „zle-

ceniodawca przewozu” i „nadawca” zachodzi stosunek przemienności.

²² Por.: M. Stec, *Umowa przewozu w transporcie towarowym*, Kraków 2005 r., s. 119.

CMR mówi się o osobie uprawnionej do żądania odsetek od kwoty odszkodowania.

Ponieważ przepisy Konwencji CMR nie definiują pojęcia osoby uprawnionej, w judykaturze powstała wątpliwość, kto posiada ów przymiot w świetle omawianych przepisów, a w rezultacie komu przysługuje czynna legitymacja procesowa w ewentualnym procesie odszkodowawczym za utratę (bądź zniszczenie lub pogorszenie) przewożonego towaru.

Wydaje się, że aktualnie w polskim orzecznictwie konkurują ze sobą dwa nurty. Pierwszy został oparty aksjologicznie o cywilistyczną koncepcję wystąpienia uszczerbku w majątku poszkodowanego. Z kolei drugi nurt cechuje się wysokim formalizmem prawnym – jako przejaw współczesnego pozytywizmu prawnego – który w swej konsekwencji przyjmuje, że przepisy Konwencji CMR tworzą indywidualne zasady odszkodowawcze, w których okoliczność poniesienia szkody jest irrelevantna, gdyż istota uprawnień odszkodowawczych jest skorelowana wyłącznie z prawem do rozporządzania towarem²³.

Stosownie do pierwszego stanowiska za osobę uprawnioną należy uznawać osobę poszkodowaną, tj. taką, u której

wystąpił uszczerbek majątkowy w wyniku zdarzenia szkodowego. Pogląd ten został przedstawiony m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 12 listopada 1996 r. (I ACr 673/96), w którym wywieziono, że *Konwencja CMR normując zasady odpowiedzialności przewoźnika za przesyłkę, nie określa, kto jest legitymowany do dochodzenia odszkodowania – nadawca czy odbiorca. Decydują o tym ogólne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, a więc m.in. zasada, że uprawnionym do uzyskania odszkodowania jest ten, kto poniósł szkodę podlegającą naprawieniu. Szkada oznacza uszczerbek majątkowy – zmniejszenie aktywów, zwiększenie pasywów*²⁴. Powyższy pogląd podzielił również Sąd Okręgowy w Szczecinie, który w wyroku z 14 grudnia 2012 r. (VIII Ga 385/12) podkreślił, że *Konwencja CMR i ustawa Prawo przewozowe nie tworzą jakiegos autonomicznego porządku prawnego, który wyczerpująco reguluje wszystkie kwestie sporne. Żadna z tych regulacji (ani Konwencja CMR ani ustawa Prawo przewozowe) nie zawiera wyłączenia zasad ogólnych przyjętych w polskim prawie cywilnym w przypadku powstania szkody. Zatem w przypadku niepełnych uregulowań szczególnych znajdują zastosowanie przepisy zarówno dotyczące kontraktu jak i deliktu, co oznacza, że z roszczeniem odszkodowawczym może wystąpić osoba poszkodowana*²⁵, zaś gdyby pozwanym odmówić legitymacji do żądania odszkodowania na zasadach ogólnych to zostałyby oni zupełnie pozbawieni prawa do skutecznego naprawienia szkody [...]. Ani Konwencja

²³ Nurt ten jest w szczególności aprobowany przez Krzysztofa Wesołowskiego. Por.: K. Wesołowski, *Dochođenje roszczeń według CMR*. Gdańskie Studia Prawnicze, 1999, nr 2, s. 449-468 oraz *Legitymacja do dochodzenia roszczeń z tytułu szkód w towarze, [w:] Umowa międzynarodowego przewozu drogowego towarów na podstawie CMR*, Lex, 2013.

²⁴ Lex nr 30187.

²⁵ Lex nr 1714799.

CMR ani ustawa Prawo przewozowe nie zawierają wyłączenia w zakresie stosowania przepisów Kodeksu cywilnego²⁶.

Chociaż z aksjologicznego punktu widzenia powyższy nurt należy uznać za słuszny oraz zasadny, to z uwagi na samą regulację prawną Konwencji CMR i przepisów pr. przew. jest on trudny do zaakceptowania. W tym zakresie trzeba podnieść, że przepisy Konwencji CMR (jak i pr. przew.) w istotny sposób modyfikują ogólne reguły odpowiedzialności cywilnoprawnej. Ustanawiają one poszczególne domniemania ułatwiające dochodzenie roszczeń²⁷, akcentują zasadę winy domniemanej (bądź ryzyka)²⁸ i regulują zawieszanie biegu terminów przedawnienia roszczeń wskutek wniesienia reklamacji²⁹. Warto również podkreślić, że przepisy Konwencji CMR ustanawiają górną granicę odpowiedzialności przewoźników, gdyż odszkodowanie nie może przekraczać 8,33 jednostki rozrachun-

kowej³⁰ za 1 kilogram brakującej wagi brutto. Jednakże w trybie przepisu art. 24 Konwencji CMR strony umowy przewozu mogą powyższą granicę zmienić. Za umówioną dodatkową opłatą nadawca może zadeklarować w liście przewozowym wartość towaru, która zastępuje ww. granicę.

Ponieważ przepisy pr. przew. stosuje się subsydiarnie do przepisów Konwencji CMR, trzeba też przywołać treść przepisu art. 90 pr. przew. Wskazuje on wprost, że przepisy k.c. mają zastosowanie wyłącznie w sprawach, które nie są regulowane przez ustawę przewozową. Jako że reguły odszkodowawcze są w prawie przewozowym w pełni usystematyzowane pod kątem czynnej legitymacji procesowej, odsyłanie do ogólnych zasad (wynikających z przepisów k.c.) zdaje się błędne i nieprawidłowe.

Drugi pogląd – korelujący osobę uprawnioną z prawem do rozporządzania przesyłką – jest w dużym stopniu akceptowany przez doktrynę prawa przewozowego. W tym zakresie podnosi się, że takie ujęcie *pozwala nie tylko na wysnucie wniosków co do istnienia i zakresu, nieuregulowanych wprost, uprawnień nadawcy do dochodzenia roszczeń, zakresu roszczeń odbiorcy, ale również, co do wzajemnej relacji pomiędzy uprawnieniami tych osób*³¹. Wydaje się, że powyższy nurt stanowi pewne-

²⁶ Lex nr 1714799.

²⁷ W tym m.in. przepis art. 20 ust. 1 Konwencji CMR, zgodnie z którym osoba uprawniona może, bez dalszych dowodów, uważać towar za zaginiony, jeżeli nie został on wydany w ciągu trzydziestu dni po upływie umówionego terminu, a jeżeli terminu nie umówiono, w ciągu sześćdziesięciu dni po przyjęciu towaru przez przewoźnika.

²⁸ Co wynika ze sformułowania przesłanek egzoneracyjnych przewoźnika. Por.: R. Walczak, *Międzynarodowy przewóz drogowy towarów*, s. 65-70.

²⁹ Przyjmuje się, że reklamacja pisemna zawiesza bieg terminu przedawnienia aż do dnia, w którym przewoźnik pisemnie ustosunkuje się do niej. Stąd też w praktyce międzynarodowego przewozu towarów zdarzają się stany faktyczne, w których bieg terminu przedawnienia został zawieszony na kilka lat, gdyż przewoźnik nie udzielił stosownej odpowiedzi. Dla reklamacji znaczenie ma treść pisma, a nie jego nazwa (por.: wyrok SN z 5 grudnia 2003 r., IV CK 264/02, Lex nr 172824).

³⁰ Zgodnie z kursem SDR, tj. specjalnym prawem ciągnięcia, który jest międzynarodową jednostką rozrachunkową, mającą charakter pieniądza bezgotówkowego.

³¹ K. Wesołowski, *Legitymacja do dochodzenia roszczeń z tytułu szkód w towarze*, [w:] *Umowa międzynarodowego przewozu drogowego towarów na podstawie CMR*, Lex, 2013.

go rodzaju współczesny przejaw pozytywizmu prawnego, co znalazło wyraz w wypowiedzi Sądu Najwyższego, że *na gruncie Konwencji CMR prawo do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z umowy przewozu jest niezależne od prawa do towaru czy od faktu poniesienia szkody; przysługuje ono osobie uprawnionej*³². Przesądza to o formalizmie tejże koncepcji.

W zakresie tego nurtu istotna jest regulacja krajowa, która stosownie do art. 1 ust. 3 w zw. z art. 75 ust. 3 pkt 2 lit. b pr. przew. wskazuje, że przepisy ustawy stosuje się do przewozów międzynarodowych, jeżeli umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej, zaś roszczenia przeciwko przewoźnikowi z tytułu umowy przewozu przesyłek towarowych przysługują nadawcy lub odbiorcy w zależności od tego, któremu z nich przysługuje prawo rozporządzania przesyłką. Ponieważ przepisy Konwencji CMR nie ustanawiają wprost, kto jest osobą uprawnioną w strukturze przewozowej, stąd też na tle krajowych przepisów – które mają subsydiarne zastosowanie – należy wywieść, że jest to podmiot, któremu przysługuje prawo do rozporządzania przesyłką.

Z powyższego zatem wynika, że roszczenia odszkodowawcze przysługują uprawnionemu do rozporządzania przesyłką, zgodnie z prawem uregulowanym w Konwencji CMR w przepisie art. 12 ust. 1 oraz 3 i innych. W myśl podanych przepisów nadawca ma prawo rozporządzać towarem, a w szcze-

gólności zażądać od przewoźnika wstrzymania przewozu, zmiany miejsca przewidzianego dla wydania towaru albo też wydania go odbiorcy innemu niż wskazany w liście przewozowym. Prawo do rozporządzania towarem należy jednak do odbiorcy już od chwili wystawienia listu przewozowego, jeśli nadawca uczynił o tym wzmiankę w liście przewozowym.

W aspekcie prawa do rozporządzania towarem w literaturze przedmiotu podnosi się, że wymienione uprawnienia mają charakter otwarty, gdyż *zmiany umowy przewozu mogą dotyczyć innych kwestii, np. zmiany terminu przewozu, trasy przewozu itp. Instrukcje wydawane przez nadawcę mogą dotyczyć jednocześnie kilku kwestii (np. zmiany i miejsca przeznaczenia i odbiorcy), mogą prowadzić do zmiany kraju miejsca rozładunku, jak również nakazywać powrotny transport do nadawcy*³³. Co ciekawe, w swojej istocie prawo do rozporządzenia przesyłką stanowi swoisty wyjątek od generalnej zasady *pacta sunt servanda*³⁴.

Ważna jest tym przy regulacja z przepisu art. 12 ust. 5 lit. a i b Konwencji CMR, określająca warunki prawa rozporządzenia towarem. I tak: nadawca (albo odbiorca w niektórych przypadkach wskazanych w przepisach Konwencji CMR), który chce wykonać to

³² Por.: wyrok SN z 3 września 2003 r., II CKN 415/01 (Lex nr 83410).

³³ D. Dąbrowski, K. Wesołowski, *Załącznik Art. 12, [w:] Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR). Komentarz*, Lex, 2015.

³⁴ Por. K. Wesołowski, [w:] *Komentarz do przepisów o umowie przewozu i spedycji. Kodeks cywilny – Prawo przewozowe – CMR*, (red.) W. Górski i K. Wesołowski, Gdańsk 2006, s. 271.

prawo, powinien przedstawić pierwszy egzemplarz listu przewozowego, do którego powinny być wpisane nowe instrukcje wydane przewoźnikowi, oraz wynagrodzić przewoźnikowi wszelkie koszty i szkody, jakie pociąga za sobą wykonanie tych instrukcji. Równocześnie wykonanie tego prawa powinno być możliwe w chwili, kiedy instrukcje dotrą do osoby, która powinna je wykonać, i nie powinno przeszkadzać w normalnej eksploatacji przedsiębiorstwa przewoźnika ani przynosić szkody nadawcom lub odbiorcom innych przesyłek.

W aktualnym stanie technologicznym oraz prawnym wydaje się, że formalny wymóg przedstawienia przewoźnikowi pierwszego egzemplarza listu przewozowego może zostać spełniony również w formie elektronicznej. Ponieważ samo prawo rozporządzania towarem wymaga od osoby uprawnionej złożenia oświadczenia woli, w tym zakresie mógłby mieć zastosowanie przepis art. 78¹ § 1 i 2 k.c., zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Natomiast sama koncepcja skorelowania osoby uprawnionej z prawem do rozporządzania towarem znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Przykładowo w wyroku z 3 września 2003 r. (II CKN 415/01) wywieziono, że *postanowienia Konwencji CMR nie określają w sposób*

wyczerpujący, kto jest uprawniony do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wobec przewoźnika. Z jej art. 13 ust. 1 wynika jedynie, że jeżeli stwierdzono zaginięcie towaru lub jeżeli towar nie przybył po upływie terminu przewidzianego w artykule 19, odbiorca może w imieniu własnym dochodzić wobec przewoźnika praw wynikających z umowy przewozu. Regulacja ta nie wyłącza sięgnięcia do przepisów krajowych normujących umowę przewozu, a konkretnie do przepisów ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe, które mają subsydiarne zastosowanie do przewozów międzynarodowych, jeżeli umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej, a strony – jak w rozstrzyganej sprawie – nie dokonały wyboru prawa (zob. art. 1 ust. 3 pr. przew. w związku z art. 27 § 1 pkt 2 p.p.m.). Zgodnie z art. 75 ust. 3 pkt 2 lit. b pr. przew., roszczenia przeciwko przewoźnikowi z tytułu utraty, ubytku czy uszkodzenia przesyłki przysługują nadawcy lub odbiorcy zależnie od tego, któremu z nich przysługuje prawo rozporządzania przesyłką. O tym, kto ma prawo rozporządzać przesyłką („towarem” – według przepisów Konwencji CMR) rozstrzyga art. 12 Konwencji CMR³⁵.

W tożsamym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 5 grudnia 2003 r. (IV CK 264/02), stanowiąc, że *konwencja nie definiuje pojęcia „osoby uprawnionej” do dochodzenia roszczeń przeciwko przewoźnikowi. Może być nią odbiorca albo nadawca ładunku, ale także inna osoba, na którą w drodze czynności prawnej przeszło uprawnie-*

³⁵ Lex nr 83410.

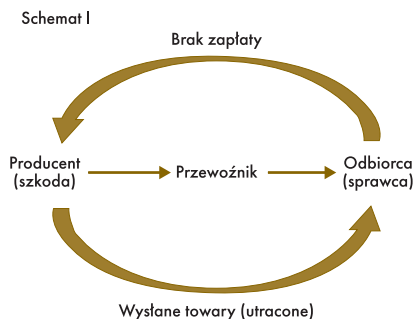
nie do dochodzenia takiego roszczenia. *Kwestie te reguluje zatem prawo krajowe*³⁶. Z powyższego orzeczenia dodatkowo wynika, że roszczenia odszkodowawcze osoby uprawnionej mogą być przeniesione na osobę trzecią w drodze czynności prawnej, w tym m.in. wskutek cesji wierzytelności.

3.3. Synteza – podmiot uprawniony w schematach międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego

Mając na uwadze sposoby działania sprawców analizowanego czynu zabronionego, konstrukcję podmiotową przewozu międzynarodowego, jak i przyjmowane w judykaturze koncepcje określania podmiotu uprawnionego na gruncie przepisów Konwencji CMR, trzeba też mieć na względzie, że wybór konkretnej koncepcji (dotyczącej przymiotu osoby uprawnionej w strukturze przewozowej) będzie bezpośrednio determinować nie tylko podstawę prawną roszczeń odszkodowawczych, ale też samą czynną legitymację procesową w procesie cywilnym.

Wydaje się przy tym, że w aspekcie czynnej legitymacji procesowej najmniej problematyczna jest pierwsza koncepcja, według której legitymacja ta będzie przysługiwać temu, u kogo wskutek przestępczych działań stwierdzono zwiększenie pasywów lub pomniejszenie aktywów. W pierwszym schemacie oszustwa dystrybucyjnego będzie to zawsze producent dóbr materialnych, gdyż w wyniku

utruty towarów żaden inny podmiot nie może stwierdzić uszczerbku majątkowego. Ewentualne skorzystanie w tym schemacie przez producenta towarów z usług spedytorskich będzie irrelevantne dla posiadania atrybutu osoby uprawnionej, gdyż spedytorko do zasady nie może stwierdzić w swoim majątku szkody (jako że przewożony towar nie stanowi jego własności)³⁷. Jednocześnie w rozumieniu tej koncepcji bez znaczenia jest również okoliczność, komu przysługiwało prawo do rozporządzania towarem, tj. nadawcy czy odbiorcy.

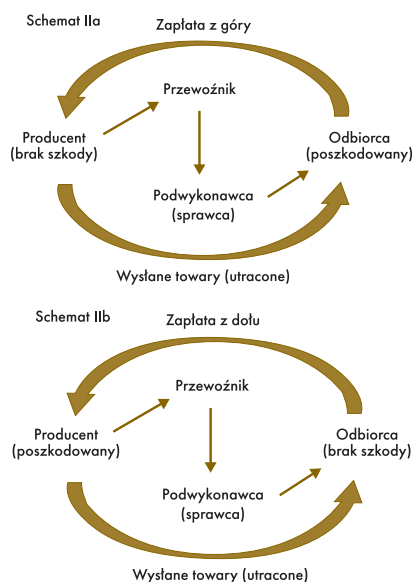


Sytuacja komplikuje się, jeśli powyższą koncepcję odnieść do drugiego schematu oszustwa, gdzie przymiot osoby uprawnionej będzie w istocie uzależniony od terminu płatności za dostarczany/sprzedawany towar (określenie, czy płatność nastąpiła z góry czy z dołu, będzie z kolei bezpośrednio determinować status poszkodowanego). Jeżeli zapłata nastąpiła z góry, to odbiorca będzie podmiotem poszkodowanym oraz osobą uprawnioną w świetle przepisów konwencji CMR, gdyż to u niego nastąpiła szko-

³⁶ Lex nr 172824.

³⁷ Niemniej szkoda może nastąpić np. wskutek nieuzyskania zapłaty za wykonane usługi spedytorskie.

da wskutek nieotrzymania umownego ekwiwalentu (towaru), który został opłacony. Natomiast gdy płatność miała nastąpić z dołu (tj. po odbiorze towarów), to producent będzie podmiotem poszkodowanym i w myśl przepisów Konwencji CMR osobą uprawnioną do odszkodowania. Również w tym przypadku bez znaczenia będzie okoliczność, komu przysługiwało prawo do rozporządzania towarem, jak i ewentualne skorzystanie z usług spedytorskich.



Z kolei druga koncepcja – zgodnie z którą przymiot osoby uprawnionej przysługuje podmiotowi, któremu w strukturze przewozowej przysługiwało prawo do rozporządzania towarem – chociaż ma zarówno uzasadnienie na gruncie przepisów, jak i aprobatę Sądu Najwyższego, wydaje się w niektórych stanach faktycznych niezasadna oraz pozbawiona wewnętrznej spójności, gdyż całkowicie wypacza aksjologiczną istotę odpowiedzialności odszkodowawczej,

jak i pozbawia podmiot poszkodowany czynnej legitymacji procesowej w ewentualnym procesie odszkodowawczym (narażając go tym samym na oddalenie powództwa).

Powyższe może zaistnieć zarówno w przypadku pierwszego, jak i drugiego schematu oszustwa dystrybucyjnego.

W pierwszym schemacie wskazana niezgodność cywilnoprawna może nastąpić w sytuacji, gdy zleceniodawcą przewozu będzie rzekomy odbiorca (tj. sprawca czynu zabronionego), bądź gdy producent towarów zleci wykonanie przewozu i w trybie przepisu art. 12 ust. 3 Konwencji CMR przekaze uprawnienie do rozporządzania towarem rzekomemu odbiorcy. W tym stanie rzeczy, z uwagi na prawo do rozporządzania towarem – stosownie do poglądów Sądu Najwyższego oraz w świetle Konwencji CMR – to sprawcy omawianego czynu zabronionego (jako odbiorcy) będą osobami uprawnionymi do zgłoszenia roszczeń odszkodowawczych, a nie producent towarów, u którego nastąpiło faktyczne pomniejszenie aktywów.

Omawiana sytuacja prawno-faktyczna wydaje się niewłaściwa również z tego względu, że przepisy Konwencji CMR mają charakter powszechnie obowiązujący, a poszkodowany nie może skorzystać z ogólnych przepisów o odpowiedzialności cywilnoprawnej. Nie do zaakceptowania w praworządym państwie prawa jest stan prawny, w którym poszkodowanego pozbawia się legitymacji do wystąpienia z żądaniem naprawy poniesionego uszczerbku. Nie ma przy tym

znaczenia, że w niektórych sytuacjach przewoźnik mógłby powołać się na przesłanki ekskulpacyjne (bądź egzoneracyjne). Przykładowo nastąpi to, gdy prawo do rozporządzenia towarem przysługiwało odbiorcy (sprawcy czynu zabronionego), a przewoźnik był zobligowany do zmiany miejsca dostawy na jego żądanie.

Dodatkowo w aktualnych realiach społeczno-gospodarczych wydaje się, że nie będzie miała znaczenia okoliczność uzyskania statusu pokrzywdzonego w postępowaniu karnym oraz nałożenia na sprawców czynu zabronionego obowiązku naprawienia szkody w trybie przepisu art. 46 § 1 k.k. (co jest możliwe aż do zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie głównej w postępowaniu karnym). Najczęściej sprawcy nie dysponują wartościowym majątkiem, co przesądza o częściowej (bądź całkowitej) bezskuteczności egzekucji sądowej. Stąd też co do zasady podmioty poszkodowane będą żądać naprawienia szkody w procesach odszkodowawczych przeciwko przewoźnikowi umownemu bądź towarzystwu ubezpieczeniowemu, które udzieliło ochrony ubezpieczeniowej o.c.p.d. (odpowiedzialność cywilnoprawna przewoźnika drogowego). W konsekwencji powyższego istotna będzie czynna legitymacja procesowa w procesie odszkodowawczym, a nie status pokrzywdzonego.

Niecelowość tego nurtu może też przejawiać się w sytuacji, gdy producent korzystał z usług spedytora, który zlecił przewóz towaru we własnym imieniu. W takim stanie rzeczy to spedytor – jako nadawca w podmiotowej

konstrukcji przewozowej – jest osobą uprawnioną, zaś ewentualna zmiana miejsca doręczenia towarów bez jego zgody (przy założeniu, że uprawnienie nie przeszło na odbiorcę) naraża przewoźnika na odpowiedzialność odszkodowawczą. Niemniej ponownie osobą uprawnioną nie będzie producent towarów, lecz spedytor, któremu przysługiwało prawo do rozporządzenia towarem, co przydaje mu czynną legitymację procesową do wytoczenia powództwa odszkodowawczego opartego o przepisy konwencji CMR. Co prawda podlega to konwalidacji drogą cesji wierzytelności pomiędzy spedytorem a producentem towaru, niemniej potrzeba dokonania tego rodzaju czynności prawnej dla uzyskania przez faktycznie poszkodowanego czynnej legitymacji procesowej prowadzi do wniosku, że samą konstrukcją odszkodowawczą omawianego nurtu może cechować pewnego rodzaju aksjologiczna niespójność, co czyni ją w pewnym zakresie nieprawidłową.

Omawiana nieprawidłowość może również wystąpić przy drugim schemacie międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego, w powiązaniu z terminem płatności (zapłaty z góry bądź z dołu), jak i z prawem do rozporządzenia towarem. Przy założeniu, że nie korzystano z instytucji przepisu art. 12 ust. 3 Konwencji CMR, wadliwość cywilnoprawna nastąpi, gdy producent towarów zlecał przewóz towarów, zaś zapłata nastąpiła z góry. W takim przypadku, choć faktycznie poszkodowanym będzie odbiorca (gdyż nie uzyskał umownego ekwiwalentu, wynikającego z dokonanej zapłaty), to w świetle Konwencji CMR osobą uprawnioną będzie nadawca, tj.

producent towarów. Analogicznie, gdy odbiorca był zleceniodawcą przewozu (co czyni go tym samym nadawcą i podmiotem, któremu przysługuje prawo do rozporządzania towarem), zaś zapłata miała nastąpić po odbiorze towarów (tj. z dołu), szkoda nastąpi nie po stronie odbiorcy, lecz u producenta, który z jednej strony utracił dobra materialne, a z drugiej nie otrzymał zapłaty. Natomiast w świetle przepisów Konwencji CMR osobą uprawnioną do odszkodowania będzie odbiorca, który nie poniósł uszczerbku majątkowego z tytułu utraty towarów.

Nie można przy tym uznać, że analizowaną problematykę całkowicie konwaliduje regulacja przepisu art. 13 ust. 1 zd. pierwsze Konwencji CMR, zgodnie z którą w przypadku stwierdzenia zaginięcia³⁸ towaru lub jeżeli towar nie przybył po upływie terminu przewidzianego w art. 19 Konwencji CMR, odbiorca może w imieniu własnym dochodzić wobec przewoźnika praw wynikających z umowy przewozu. Doktryna ww. przepis interpretuje w taki sposób, że nie stwarza się zasady „kto pierwszy, ten lepszy”, gdyż *roszczenie odbiorcy jest uprzywilejowane w tym sensie, że może być zgłoszone później niż roszczenie nadawcy, byleby przed wypłatą nadawcy [...]. Prawo to wygasa po stronie odbiorcy dopie-*

*ro z chwilą wypłaty odszkodowania nadawcy*³⁹.

Jeśli faktycznie poszkodowanym będzie odbiorca, któremu nie przysługiwało prawo rozporządzania towarem, powyższą zasadą można konwalidować wskazaną nieprawidłowość. Niemniej jeśli faktycznie poszkodowanym był nadawca (producent towarów), któremu przysługiwało prawo rozporządzania towarem – a w konsekwencji również czynna legitymacja procesowa do wytoczenia powództwa odszkodowawczego – powyższa instytucja rodzi ryzyko zaistnienia stanu nieprawidłowości, gdyż odbiorca może go pozbawić przysługujących mu uprawnień odszkodowawczych.

4. Podsumowanie

W aktualnej regulacji prawnej istnieje ryzyko, że podmiot faktycznie poszkodowany przez sprawców omawianego czynu przestępczego zostanie pozbawiony części instrumentów cywilnoprawno-odszkodowawczych, gdyż w świetle przepisów Konwencji CMR nie będzie mu przysługiwać przymiot osoby uprawnionej.

Prawo do rozporządzania towarem na gruncie Konwencji CMR jest skorelowane z przymiotem osoby uprawnionej, a zatem powiązane z czynną legitymacją procesową do wytoczenia ewentualnego powództwa odszkodowawczego wobec przewoźnika umownego.

³⁸ Zgodnie z przepisem art. 20 ust. 1 Konwencji CMR osoba uprawniona może, bez dalszych dowodów, uważać towar za zaginiony, jeżeli nie został on wydany w ciągu trzydziestu dni po upływie umówionego terminu, a jeżeli terminu nie umówiono, w ciągu sześćdziesięciu dni po przyjęciu towaru przez przewoźnika.

³⁹ Por. K. Wesółowski, [w:] *Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR). Komentarz*, red. K. Wesółowski, D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, Warszawa 2015, s. 275.

W obu schematach międzynarodowego oszustwa dystrybucyjnego najistotniejsze jest powiązanie z prawem do rozporządzania towarem. Z jednej strony będzie ono determinować status osoby uprawnionej, z drugiej zaś – przy ocenie kwestii, czy zmiana przez przewoźnika docelowego miejsca dostawy w trakcie przewozu była zgodna z przepisami prawa – decydować o ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej.

Mając na względzie interes producentów towarów oraz przedstawione ryzyko prawne w zakresie czynnej legitymacji procesowej, postulować należy, by w razie ustalenia zapłaty z dołu (po odbiorze towarów) to producent był podmiotem, który zleca przewóz towaru. W takim przypadku będzie mu przysługiwać prawo do rozporządzania przesyłką, skorelowane z przmiotem osoby uprawnionej, co zabezpieczy jego ogólnie pojęty interes prawny i faktyczny. Dodatkowo producent nie powinien wyrażać zgody na przejście tego prawa na rzecz odbiorcy (w trybie przepisu art. 12 ust. 3 Konwencji CMR).

Powyższy wniosek wynika z faktu, że – w przypadku pierwszego schematu przestępstwa dystrybucyjnego – producent towarów będzie mógł przeciwdziałać zmianie docelowego miejsca dostawy, zaś w razie zmiany bez jego zgody będzie mógł żądać zapłaty odszkodowania od przewoźnika ponoszącego odpowiedzialność cywilnoprawną. Jeśli producent postanowi skorzystać z usług spedytorskich, spedytor winien zlecić przewóz w imieniu producenta bądź (przy zleceniu przewozu we własnym imieniu spedytora) zobowiązać się do zawarcia w stosow-

nym terminie umowy cesji wierzytelności, tj. przeniesienia na producenta wszelkich tytułów prawnych związanych z przmiotem osoby uprawnionej, które wynikają z przepisów Konwencji CMR. Nadto w wypadku skorzystania z usług spedytorskich spedytor nie powinien przenosić na odbiorcę praw do rozporządzania towarem.

Wydaje się również, że przy płatności z góry za wykupiony towar zleceńiodawcą przewozu powinien być faktyczny odbiorca, gdyż będzie to rzutować na przyznanie mu statusu nadawcy, a w konsekwencji osoby uprawnionej do odszkodowania w świetle przepisów Konwencji CMR – z uwagi na przysługujące mu prawo do rozporządzania towarem.

Powyższe rozważania pokazują, że koncepcja podmiotu uprawnionego na gruncie Konwencji CMR (w myśl której jest to podmiot, któremu przysługuje prawo do rozporządzania towarem) co do zasady porządkuje oraz systematyzuje samą strukturę podmiotową przewozu, precyzując tym samym, komu przysługuje czynna legitymacja procesowa w zakresie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych na gruncie przepisów CMR. Niemniej w niektórych stanach faktycznych i prawnych – tj. przy ziszczeniu się omawianych schematów oszustwa dystrybucyjnego – wskazany nurt może być niewłaściwy wobec podmiotów faktycznie poszkodowanych, gdyż z uwagi na swój formalizm prawny (czy regulacje przepisu art. 13 ust. 1 Konwencji CMR) może je pozbawić czynnej legitymacji procesowej w procesie odszkodowawczym.

BIBLIOGRAFIA:

- Adamus R., *Konwencja CMR w orzecznictwie sądów polskich*, „Glosa” 2010, nr 2.
- Dąbrowski D., Wesołowski K., *Załącznik Art. 12, [w:] Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR). Komentarz*, Lex.
- Górski W., Wesołowski K., *Komentarz do przepisów o umowie przewozu i spedycji, Kodeks cywilny – Prawo przewozowe – CMR*, Gdańsk 2006.
- Habryn E., *Windykacja należności z umowy międzynarodowego przewozu towarów*, Publikacje Elektroniczne ABC.
- Jastrzębski J., *Dyferencyjna metoda ustalania szkody w sprawach reprivatyzacyjnych – krytyczne uwagi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przeгляд Sądowy” 2016, nr 3.
- Kaliński M., *Moment powstania szkody a treść roszczenia odszkodowawczego*, „Glosa” 2015, nr 3.
- Kolarski A., *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2002.
- Stec M., *Umowa przewozu w transporcie towarowym*, Kraków 2005.
- Szancilo T., *Prawo przewozowe, Komentarz*, Warszawa 2008.
- Walczak R., *Międzynarodowy przewóz drogowy towarów*, Warszawa 2006.
- Wesołowski K., *Dochodzenie roszczeń według CMR*, Gdańskie Studia Prawnicze, Gdańsk 1999.
- Wesołowski K., *Legitymacja do dochodzenia roszczeń z tytułu szkód w towarze, [w:] Umowa międzynarodowego przewozu drogowego towarów na podstawie CMR*, Lex.
- Wesołowski K., Ambrożuk D., Dąbrowski D., *Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR). Komentarz*, Warszawa 2015.
- Włodarska K., *Klauzule dotyczące podmiotów umowy przewozu, [w:] Umowa drogowego przewozu towarów*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2005.
- Zielinko I., *Bezpośredniość jako element definicji pokrzywdzonego w procesie karnym*, „Przeгляд Sądowy” 2014, nr 3.



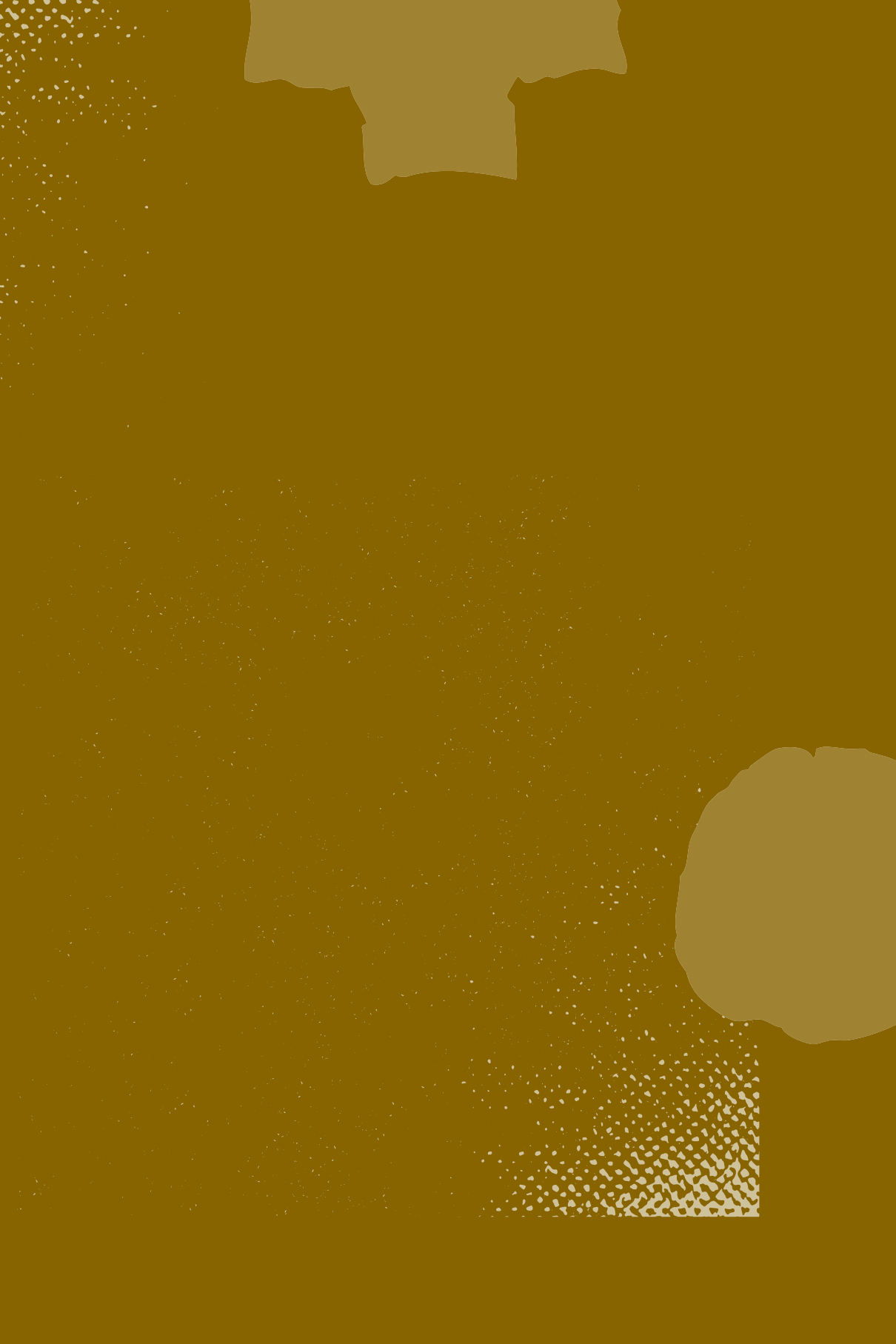
Mateusz Jakub KOSIOROWSKI

[adwokat trainee, Wardyński & Partners]

Selected schemes for international distribution fraud and standing to seek damages for economic loss under the CMR Convention

The author draws on factual data to distinguish two schemes of international distribution fraud, and presents the modus operandi of perpetrators, the factual and legal structure of carriage of goods, general differences between victims and aggrieved parties under civil and criminal law, and current trends in jurisprudence on who can sue for damages under the CMR Convention (Convention on the Contract of International Carriage of Goods by Road). Through this synthesis, the author shows that it is possible to deprive an aggrieved party of the right to sue for compensation for the loss of goods as a result of international distribution fraud, and then points to solutions more broadly securing the interests of aggrieved parties and limiting the legal risks identified in the article.

INTERNATIONAL DISTRIBUTION FRAUD | CMR | RIGHT TO DISPOSE OF GOODS | PERSON ENTITLED TO COMPENSATION | STANDING TO SUE





dr Magdalena NIZIOŁEK

[radca prawny, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Uchwały niewładcze organów jednostek samorządu terytorialnego

Artykuł dotyczy niewładczych uchwał organów jednostek samorządu terytorialnego. Uchwały takie stanowią jedną z form działania samorządu terytorialnego. Nie mają one charakteru normatywnego (tj. powszechnie obowiązującego, jak też nie wiążą wewnętrznych jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego), nie są aktami prawa miejscowego, a więc nie zawierają norm generalno-abstrakcyjnych. Nie muszą też mieć wyrażonej i dookreślonej podstawy prawnej w przepisach ustawy. Wystarczającą podstawą prawną do ich podjęcia jest norma kompetencyjna. Jednakże wszystkie akty jednostek samorządu terytorialnego, w tym uchwały o charakterze niewładczym, muszą być zgodne z przepisami prawa. Należy podkreślić, że jedynie organ nadzoru może stwierdzić nieważność wydanej z naruszeniem prawa uchwały jednostki samorządu terytorialnego. Akty takie nie podlegają kontroli sądu administracyjnego sprawowanej wobec aktów prawa miejscowego oraz innych aktów podejmowanych w sprawach z zakresu administracji publicznej; uchwały niewładcze nie należą do żadnej z tych kategorii, a więc nie podlegają kognicji sądów administracyjnych.

SAMORZĄD TERYTORIALNY | ORGAN STANOWIĄCY JEDNOSTKI SAMORZĄDU
TERYTORIALNEGO | UCHWAŁA NIEWŁADCZA ORGANU JEDNOSTKI SAMORZĄDU
TERYTORIALNEGO | AKT PRAWA MIEJSCOWEGO | PRZEPIS KOMPETENCYJNY

Wstęp

Jednym z podstawowych zadań organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego („organ stanowiący”) jest prowadzenie działalności uchwałodawczej. Uchwała takiego organu

może być aktem prawa miejscowego, działaniem zewnętrznym lub wewnętrznym, generalnym lub indywidualnym, władczym bądź niemającym charakteru władczego. W praktyce nierzadko trudno jest ustalić, z jakim rodzajem aktu organu stanowiącego mamy w danym

przypadku do czynienia. W doktrynie i orzecznictwie zastanawiano się, czy akt organu stanowiącego o niewładczym charakterze stanowi prawo miejscowe (jest aktem normatywnym), czy może być podjęty w oderwaniu od obowiązujących przepisów prawa, czy powinien mieć podstawę prawną (a jeśli tak to jaką), wreszcie czy organy nadzoru i sądy administracyjne są uprawnione do badania legalności tych aktów.

W niniejszym artykule autorka postawiła sobie za cel zbadanie, jaki jest charakter prawny niewładczych aktów podejmowanych przez organy stanowiące oraz czy akty te podlegają kontroli pod względem zgodności z prawem dokonywanej przez organ nadzoru i bezpośredniej kontroli sądu administracyjnego.

Istota i cel podejmowania aktów o charakterze niewładczym

Do niewładczych (nienormatywnych) form działania rad i sejmików jednostek samorządu terytorialnego zalicza się apele, rezolucje, deklaracje, opinie, oświadczenia czy stanowiska. Te rodzaje aktów wydawanych przez organy kolegialne jednostek samorządu terytorialnego czasami w doktrynie nazywane są problemowymi lub okolicznościowymi¹.

W literaturze podnosi się, że uchwały problemowe służą wyrażeniu niewiążącego stanowiska organu kolegialnego w partykularnych sprawach, zarówno tych związanych z bieżącą działalno-

ścią, jak i tych społecznie doniosłych i stanowiących przedmiot aktualnej publicznej debaty. Mają one charakter inspiracyjno-sygnalizacyjno-ocenny. Radni w tej formie najczęściej zwracają się do konkretnych organów władzy publicznej lub innych podmiotów, ewentualnie do całej wspólnoty samorządowej o podjęcie stosownych działań w celu realizacji oczekiwanego przez radę (sejmik) stanu rzeczy².

Uchwały okolicznościowe służą z kolei do solennego i symbolicznego upamiętnienia zasłużonych dla państwa lub regionu osób albo uczczenia wydarzeń historycznych ważnych w dziejach narodu lub lokalnej społeczności. Zwykle są podejmowane w okrągłą rocznicę urodzin lub śmierci honorowanej osoby lub w rocznicę upamiętnianego wydarzenia. Do tej kategorii należy zaliczyć także uchwały ustanawiające dla danego roku patronat konkretnej osoby lub konkretnego wydarzenia³.

Akty o charakterze niewładczym mogą mieć też charakter intencyjny. Przykładowo Rada Miejska w Łodzi skierowała apel do Prezydenta Miasta Łodzi o natychmiastowe wprowadzenie programu oddłużenia czynszowego⁴. Taki apel może dotyczyć także powołania

¹G. Maroń, Uchwały problemowe jednostek samorządu terytorialnego w sprawach etyki seksualnej, *Polityka i Społeczeństwo* 2(14)/2016, s. 96 i nast.

² G. Maroń, „Uchwały problemowe” organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego na przykładzie uchwał dotyczących zagadnień bioetycznych, *Samorząd Terytorialny* 1–2 z 2016 r. s. 111–126.

³ Tamże.

⁴Uchwała nr XVI/357/i5 Rady Miejskiej w Łodzi z 16 września 2015 r. – stanowisko-apel Rady Miejskiej w Łodzi do Prezydenta Miasta Łodzi o natychmiastowe wprowadzenie programu oddłużania czynszowego, http://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/akty_prawne/07_357.pdf (dostęp: 1.06.2020).

nowej miejskiej instytucji – np. Centrum Inicjatyw Międzypokoleniowych czy rzecznika do spraw seniorów przy Prezydencie Miasta Łodzi. Może to być także apel skierowany do mieszkańców miasta o przekazanie 1% podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego działających na terenie Łodzi⁵.

Wśród uchwał niewładczych dużo kontrowersji budzą uchwały o charakterze światopoglądowym. Takie uchwały były podejmowane przez organy jednostek samorządu terytorialnego już od lat 90. ubiegłego wieku. Tytułem przykładu można wskazać następujące uchwały światopoglądowe:

- Stanowisko Rady Miejskiej w Lublinie z 3 lipca 1997 r. w sprawie wprowadzenia do szkół przedmiotu „Wiedza o życiu seksualnym człowieka”,
- Apel nr 3/04 Sejmiku Województwa Małopolskiego z 26 kwietnia 2004 r. w sprawie przeciwdziałania organizacji Krakowskich Dni Kultury Lesbijsko-Gejowskiej,
- Uchwała nr XXXIX – 460/2014 Rady Powiatu Wołomińskiego z 27 marca 2014 r. Stanowisko Rady Powiatu Wołomińskiego w sprawie obrony konstytucyjnych praw rodziny oraz promocji wartości prorodzinnych,
- Stanowisko nr 7/XXXVII/2014 Rady Dzielnicy Ursus m.st. Warszawy z 5 czerwca 2014 r. w sprawie ideologii *gender*.

⁵ Uchwała nr XLIII/1132/17 Rady Miejskiej w Łodzi z 15 marca 2017 r. – stanowisko-apel do mieszkańców miasta o przekazywanie 1% swojego podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego działających na terenie Miasta, http://bip.uml.lodz.pl/files/bip/public/akty_prawne/1132.pdf (dostęp: 1.06.2020).

W tę tradycję podejmowania uchwał światopoglądowych wpisują się ostatnio podejmowane uchwały dotyczące sprzeciwu wobec wprowadzenia tzw. ideologii LGBT do wspólnot samorządowych. W sprawach światopoglądowych podjęto m.in. następujące uchwały:

- Deklaracja Nr 1/19 Sejmiku Województwa Małopolskiego z 29 kwietnia 2019 r. w sprawie sprzeciwu wobec wprowadzenia ideologii LGBT do wspólnot samorządowych,
- Stanowisko Sejmiku Województwa Lubelskiego w sprawie wprowadzenia ideologii LGBT do wspólnot samorządowych z 25 kwietnia 2019 r. odwołania do wartości chrześcijańskich,
- Uchwała Nr VIII/140/19 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z 27 maja 2019 r. w sprawie przyjęcia stanowiska Sejmiku Województwa Podkarpackiego wyrażającego sprzeciw wobec promocji i afirmacji ideologii tak zwanych ruchów LGBT (z ang. *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender*),
- Deklaracja z 30 kwietnia 2019 r. o nazwie „Gmina Lipinki wolna od ideologii LGBT”.

Uchwały problemowe dotyczą też czasami kwestii z zakresu bioetyki:

- Rada Powiatu Krośnieńskiego w przyjętym 26 listopada 2013 r. stanowisku poparła Apel 300 naukowców do polskich parlamentarzystów w sprawie procedury in vitro i naprotechnologii⁶,
- Rada Miejska w Kamieniu Pomorskim podjęła uchwałę, w której wyraziła swój *szacunek oraz solidar-*

⁶ G. Maroń, „Uchwały problemowe” organów, op. cit.

ność ze wszystkimi rodzinami, które wypełniają misję przekazywania życia oraz wychowywania młodego pokolenia. Na szczególne uznanie zasługują Ci, którzy z szacunkiem i troską, nawet kosztem wielu wyrzeczeń stoją na straży życia ludzkiego od poczęcia do naturalnej śmierci⁷.

Charakter prawny uchwał niewładczych organów jednostek samorządu terytorialnego

Przede wszystkim należy zauważyć, że „uchwała” nie jest prawną formą działania administracji, lecz formą, w której są podejmowane różnego rodzaju rozstrzygnięcia (oświadczenia, decyzje, orzeczenia itp.) przez organy kolegialne jednostek. W orzecznictwie zasadnie się twierdzi, że każda działalność takiego organu kolegialnego przyjmuje formę uchwały (w znaczeniu formalnym), bez względu na jej nazwę⁸. Tytuł czy nazwa nadana aktowi podjętemu przez organ kolegialny jednostek samorządu kolegialnego nie zmienia oceny charakteru prawnego takiego aktu. W przeciwnym wypadku apel, stanowisko, oświadczenie, którym odmówiono by przymiotu uchwały, mogłyby przekazywać treści, nawiązywać do określonych zachowań niezgodnych z obowiązującym porządkiem prawnym, korzystając niejako z uregulowania

ustawy o samorządzie gminnym, że tylko uchwały i zarządzenia podlegają kontroli pod względem zgodności z prawem dokonywanej przez organ nadzoru bądź sąd administracyjny⁹. WSA w Szczecinie słusznie zaznaczył, że *Niezależnie (...) czy będzie to rezolucja, apel, skarga, oświadczenie, deklaracja – uchwała jest formą wyrażenia stanowiska przez kolegialny organ¹⁰.*

Uchwał o charakterze niewładczym nie zalicza się do aktów normatywnych ani powszechnie, ani wewnętrznie obowiązujących. Nie stanowią więc aktów prawa miejscowego. Zawarte w niewładczych uchwałach problemowych czy okolicznościowych postulatory nie są bowiem dla nikogo, także dla organu wykonawczego gminy (powiatu, województwa), źródłem jakichkolwiek obowiązków prawnych i nie mogą też władczo wkraczać w czyjekolwiek uprawnienia. Nie formułują zatem norm generalno-abstrakcyjnych, nie stanowią również decyzji indywidualno-konkretnej. Uchwały o takim charakterze nie mogą zawierać zakazów czy nakazów określonego zachowania skierowanego do jakiegokolwiek podmiotu usytuowanego na zewnątrz lub wewnątrz organu stanowiących.

Nie ulega jednak wątpliwości, że organy samorządu terytorialnego, wykonując powierzoną im w drodze ustawy część zadań publicznych, związane są zasadą praworządności (art. 16 ust. 2

⁷ Uchwała nr XXVI/257/05 Rady Miejskiej w Kamieniu Pomorskim z 28 kwietnia 2005 r. w sprawie zajęcia stanowiska z okazji Narodowego Dnia Życia ogłoszonego przez Sejm RP.

⁸ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego („WSA”) w Krakowie z 6 grudnia 2018 r., III SA/Kr 849/18. Jeśli nie wskazano inaczej, wszystkie orzeczenia przytaczane w niniejszym tekście publikowane są na stronie: Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych; orzeczenia. nsa.gov.pl).

⁹ Por. wyrok WSA w Gdańsku z 13 października 2016 r., III SA/Gd 781/16 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego („NSA”) z 27 września 2017 r., I OSK 1066/17.

¹⁰ Postanowienie WSA w Szczecinie z 2 października 2013 r., I SA/Sz 452/13.

Konstytucji RP). Uchwały o charakterze niewładczym, tak jak i uchwały o charakterze władczym, muszą być więc zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z Konstytucją. Ze sformułowanej w art. 7 Konstytucji zasady praworządności wynika dla organów władzy publicznej obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa, co oznacza, że wszystkie działania organów administracji muszą mieć podstawę prawną. Z wyroku NSA z 2 października 2018 r. (II OSK 1804/18) wynika jednak, że związanie zasadą praworządności nie pozbawia władzy publicznej zdolności do uczestniczenia w życiu publicznym, w tym wyrażania stanowiska w sprawach publicznych. Nie można wykluczyć poniesienia przez jednostkę samorządu terytorialnego odpowiedzialności za pogwałcenie uchwałą problemową praw osób trzecich, gdy np. osoba wymieniona w uchwale rady gminy uzna, że treść aktu narusza jej dobra osobiste, i wystąpi przeciwko gminie z powództwem cywilnoprawnym.

Wymóg zgodności z prawem aktów o charakterze niewładczym

Uchwały niewładcze, choć nie stanowią aktów prawa miejscowego, muszą być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z art. 87 Konstytucji źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej na obszarze działania organów, które je ustanowiły, są akty prawa miejscowego. Z art. 94 Konstytucji wynika, że przepisy prawa miejscowego mogą być wydawane wyłącznie na podstawie

i w granicach upoważnień zawartych w ustawie. Ponadto art. 88 Konstytucji uzależnia wejście w życie aktów prawa miejscowego od ich ogłoszenia. Uchwała o charakterze niewładczym, nie będąc aktem prawa miejscowego, nie podlega ogłoszeniu we właściwym miejscowo wojewódzkim dzienniku urzędowym. Głównym źródłem informacji o uchwałach tego typu są zwykle strony internetowe BIP poszczególnych jednostek samorządowych, o ile dana gmina (powiat, województwo) w ogóle niniejsze uchwały na tej platformie zamieszcza¹¹.

Uchwały problemowe są prawną formą wyrażania przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego swojego niewiążącego stanowiska w danej sprawie, przy czym samo to stanowisko *per se* prawem nie jest. Jednak uchwały takie, będąc aktami organu władzy publicznej, muszą spełniać określone wymogi, w szczególności nie mogą przeczyć obowiązującemu prawu¹².

W wyroku NSA z 25 kwietnia 2017 r. (I OSK 117/17) słusznie zauważono, że *akty o charakterze niewładczym również muszą się mieścić w kompetencjach gminy i jej organu stanowiącego. Zakres działania gminy określony został przede wszystkim w art. 6 ust. 1 oraz 7 ust. 1 u.s.g., z których wynika, że gmina jest samodzielna w zakresie wykonywania powierzonych jej zadań, jednakże samodzielność ta ograniczona została do spraw związanych z lokalnymi potrzebami wspólnoty. Co do zasady gmina nie*

¹¹ G. Maroń, Uchwały problemowe jednostek, op.cit., s. 98

¹² Tamże.

ma możliwości podejmowania działań wykraczających poza lokalny charakter i niepolegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty (...). Dlatego też podejmowanie wszelkich działań o charakterze niewładczym mieści się w zakresie zadań organów jednostki samorządu terytorialnego. I o ile działania te nie wykraczają poza ramy działalności społeczno-organizatorskiej (nie mogą być egzekwowane z zastosowaniem przymusu państwowego), to nie jest wymagane, aby rada gminy miała wyraźne upoważnienie ustawowe do ich podjęcia. Wynika to z faktu, że adresat działań niewładczych, np. mających formę apelu, zachowa się zgodnie ze skierowanym do niego wezwaniem. Wybór konkretnego zachowania się należy bowiem do niego.

W wyroku z 27 września 2017 r. (I OSK 1066/17) NSA doszedł z kolei do wniosku, że zgodnie z art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Powoduje to, że mogą podejmować tylko te działania, na które zezwala im prawo. Ich sytuacja jest odmienna niż podmiotów prawa prywatnego, które mogą czynić wszystko, czego im prawo nie zabrania. Wskazane wyżej ograniczenie dotyczy wszystkich organów władzy publicznej, w tym także organów jednostek samorządu terytorialnego. Dozwolone jest dla nich tylko to, co zostało przewidziane przez prawo. Zakaz wykraczania poza zakres kompetencji odnosi się do wszelkich form działalności organów władzy – także wtedy, gdy te formy nie mają władczego charakteru. Sądy administracyjne stoją więc na stanowisku, że poza zakresem właściwości jednostek samorządu terytorialnego znajdują się sprawy ogólnokrajowe czy należące z mocy ustaw szczególnych do właściwości innych

organów samorządowych, państwowych lub organizacji społecznych (por. np. wyrok NSA z 1 lutego 2017 r., I OSK 2779/16). W wyroku NSA z 30 września 1992 r. (SA/Gd 1008/92, ONSA 1993/2/51) zwrócono z kolei uwagę, że z przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 994) („u.s.g.”) nie da się wyprowadzić uprawnień gminy do ustanowienia rzecznika praw obywatelskich.

Niekiedy nie jest oczywiste, czy organ jednostek samorządu terytorialnego podjął uchwałę w sprawie ogólnopolskiej, czy też lokalnej. Rada Miasta Oświęcim 25 kwietnia 2018 r. podjęła uchwałę nr XLVIII/954/18 w sprawie przyjęcia rezolucji w sprawie sprzeciwu wobec niedostatecznego finansowania przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej wydatków oświatowych. Wojewoda Małopolski rozstrzygnięciem nadzorczym nr WN.II.4131.1.17.2018 z 6 czerwca 2018 r. stwierdził nieważność uchwały w całości. W uzasadnieniu wskazano, że organ nadzoru powziął wątpliwości co do istnienia po stronie organu stanowiącego gminy kompetencji do podjęcia aktu prawnego o takiej treści jak przedłożony do oceny nadzorczej, gdyż zakres spraw należących do właściwości organu stanowiącego gminy określa art. 18 ustawy o samorządzie gminnym. Miasto Oświęcim zaskarżyło to rozstrzygnięcie nadzorcze do sądu administracyjnego. WSA w Krakowie wyrokiem z 6 grudnia 2018 r. (III SA/Kr 849/18) uwzględnił skargę Miasta Oświęcim i w uzasadnieniu wyroku wskazał, że z treści podjętej przez Radę Miasta Oświęcim rezolucji wyraźnie wynika, że organ stanowiący odnosił się do niedostatecznego finansowania przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej wy-

datków oświatowych na terenie Miasta Oświęcim, tj. do spraw lokalnych. Jak słusznie wskazał w uzasadnieniu skargi Prezydent Miasta Oświęcim, wszystkie wskazane w treści rezolucji kwoty, stawki procentowe czy współczynniki wyliczenia subwencji oświatowej dotyczą finansowania wydatków oświatowych na obszarze Gminy Miasta Oświęcim a nie na poziomie ogólnopolskim. Z tych wszystkich względów Sąd doszedł do przekonania, że podjęcie przedmiotowej uchwały stanowiło realizację przysługującego organowi stanowiącemu uprawnienia do zajęcia stanowiska w przedmiocie edukacji publicznej, tj. zadania własnego gminy wymienionego wprost w przepisach ustawy o samorządzie gminnym (...).

Podstawa prawna aktu o charakterze niewładczym

Sądy administracyjne podkreślają, że o ile uchwały stanowiące akty prawa miejscowego lub inne uchwały o charakterze władczym muszą mieć wyraźną i dookreśloną podstawę prawną w przepisach ustawy, wskazującą na możliwość i granice działania organu, o tyle do wydania aktu o charakterze niewładczym, a do tej kategorii można zaliczyć różnego rodzaju uchwały intencyjne, wystarczającą podstawą prawną jest norma kompetencyjna¹³.

W przypadku organów gminy takim przepisem kompetencyjnym jest art. 18 ust. 1 u.s.g., który wskazuje właściwość rady gminy we wszystkich sprawach pozostających w zakresie działania gminy, o ile ustawy nie stanowią inaczej. Przepis ten zasadniczo nie może sta-

nowić samodzielnej podstawy prawnej do wydawania aktów ogólnie obowiązujących o charakterze normatywnym (władczym), te bowiem muszą znaleźć umocowanie w przepisach materialnego prawa administracyjnego. Przepis ten natomiast upoważnia radę gminy do podejmowania działań niewładczych.

Analogiczne rozwiązania zawierają ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 995) i ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 913). Jak wskazał NSA w przytaczanym wyżej wyroku z 2 października 2018 r. (II OSK 1804/18), *O ile są to działania władcze o charakterze zewnętrznym, tzn. wkraczające w sferę uprawnień podmiotów niepodporządkowanych organizacyjnie i służbowo, to formy i granice takiej ingerencji powinny wyraźnie wynikać z ustawy. Nie wystarczy w tym przypadku ogólna norma zawarta w art. 4 ust. 1 i art. 9 ust.1 ustawy o samorządzie powiatowym. Nie każda jednak uchwała rady powiatu musi być uchwałą podejmowaną w ramach władczych uprawnień i z zakresu administracji publicznej. Rada może podejmować też inne uchwały m.in. zajmując stanowisko w jakiejś kwestii, deklarując określone intencje, pozytywnie albo negatywnie oceniając jakieś zjawisko społeczne. W odniesieniu do działań niewładczych, gdy nie wkracza się w sferę praw i obowiązków innych podmiotów prawa wystarczającą podstawą prawną jest norma kompetencyjna.*

WSA w Krakowie w przytaczanym już wyżej wyroku z 6 grudnia 2018 r. stwierdził, że *wszelkie dopuszczalne prawnie działania gminy i jej organów mogą być związane przepisami w większym lub*

¹³ Wyrok WSA w Krakowie z 6 grudnia 2018 r.

mniejszym stopniu. O ile są to działania władcze o charakterze zewnętrznym, tzn. wkraczające w sferę uprawnień podmiotów niepodporządkowanych organizacyjnie i służbowo, to formy i granice takiej ingerencji powinny wyraźnie wynikać z ustawy. Nie wystarczy w tym przypadku ogólna norma zakresowa zawarta w art. 6, 7, 15 czy art. 18 ust.1 u.s.g. W odniesieniu do działań niewładczych, gdy nie wkracza się w sferę praw i obowiązków innych podmiotów prawa, w tym również organów wykonawczych gminy, taka podstawa prawna jest wystarczająca.

Podobnie stwierdził WSA w Gliwicach w wyroku z 6 października 2008 r. (IV SA/GI 487/08): *Artykuł 18 ust. 1 powołanej ustawy [u.s.g.] zasadniczo nie stanowi samodzielnej podstawy do wydawania aktów ogólnie obowiązujących o charakterze normatywnym (władczym), te bowiem muszą znaleźć umocowanie w przepisach materialnego prawa administracyjnego. Natomiast przepis ten upoważnia radę gminy do podejmowania działań niewładczych (np. o charakterze programowym, intencyjnym), ale pozostających w granicach zadań gminy przewidzianych w przepisach prawa.*

W praktyce przepisy statutów wskazują na takie formy aktów wydawanych przez radę gminy jak apel, rezolucja, stanowisko, opinia itp.

Tryb podejmowania uchwał o charakterze niewładczym

W orzecnictwie nie ma jednolitości co do tego, w jakim trybie powinny być podejmowane uchwały o charakterze niewładczym. WSA w Olsztynie w wyroku z 1 lipca 2014 r. (II SA/Ol 608/14) skonstatował, że przepis art.

14 u.s.g., z którego wynika wymóg podjęcia przez radę uchwały zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowego składu rady, w głosowaniu jawnym, chyba że ustawa stanowi inaczej, określa tylko zasady podejmowania przez radę rozstrzygnięć w drodze uchwał w przypadkach, w których ustawodawca przyznał radzie możliwość wypowiedzenia się w kwestiach merytorycznych, czyli przez podjęcie określonego wiążącego rozstrzygnięcia. Zgodnie ze wskazanym wyżej wyrokiem wymóg ten nie odnosi się do wyrażania woli przez radę w formach, które nie mają charakteru uchwały (np. apele, rezolucje, odezwy, proklamacje, protesty, opinie, stanowiska).

Z kolei w wyroku NSA z 13 listopada 2008 r. (II OSK 1262/08) zawarto odmienny pogląd. Sąd ten doszedł do wniosku, że wszelkiego rodzaju rozstrzygnięcia (akty woli) podejmowane przez radę gminy mają formę uchwały, w związku z czym muszą zapadać w trybie i na zasadach określonych w art. 14 u.s.g., chyba że przepis szczególny i to rangi ustawowej stanowi inaczej.

Treść uchwały jako element przesądzający o jej zakwalifikowaniu do aktów o charakterze niewładczym

Czasami, choć nazwa uchwały sugeruje formę niewładczą działania organu stanowiącego, jej treść zawiera elementy władcze i, jak wskazują sądy administracyjne, do takiej kategorii akt ten powinien być zaliczony.

Dotyczy to np. uchwał (nazwanych rezolucjami) wzywających pracowników urzędów lub jednostek organizacyjnych

samorządów do stosowania wszystkich orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, także tych nieogłoszonych w Dzienniku Ustaw. WSA w Gdańsku w wyroku z 27 października 2016 r. (III SA/Gd 798/16) wydanym na skutek rozpatrzenia skargi gminy na rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody stwierdzające nieważność takiej uchwały stwierdził, że *Należy zgodzić się z organem nadzoru, że skoro żaden przepis ustawy nie daje radzie gminy kompetencji do podejmowania uchwał nieposiadających charakteru lokalnego i wykraczającego poza zadania realizowane przez gminę (zadania dotyczące zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty), to tym bardziej postanowienia statutu czy regulaminu nie mogą stanowić podstawy do podejmowania uchwał o treści wykraczającej poza przyznane jednostce samorządu terytorialnego uprawnienia. Analizując treść przedmiotowej uchwały nie sposób ponadto stwierdzić, że jest to jedynie niewiążące stanowisko Rady Miasta [...] w przedmiocie stosowania się do niepublikowanych wyroków Trybunału Konstytucyjnego [sic] (...) W niniejszej sprawie adresatem stanowiska Rady Miasta [...] są jednakże także inne organy samorządu stosujące prawo. W takiej sytuacji nie sposób mówić jedynie o zajęciu przez Radę niewiążącego stanowiska. Organ nadzoru trafnie zauważył, iż Rada nie posiada kompetencji do udzielania innym organom wytycznych lub choćby zaleceń interpretacyjnych w kwestii stosowania prawa.*

Podobnie stwierdzono w wyroku NSA z 27 września 2017 r. (I OSK 1066/17) również dotyczącym stanowiska władz miast w kwestii stosowania się Rady m.st. Warszawy i Prezydenta m.st. Warszawy do niepublikowanych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. Sąd uznał,

że *zapis Stanowiska należy traktować jako wiążące zalecenie, czy wskazówki dla Prezydenta m.st. Warszawy, na co wskazuje sformułowanie bardzo skonkretyzowanych oczekiwań w stosunku do podmiotu hierarchicznie podległego. Co więcej, dodatkowo treść akapitu trzeciego formułuje zalecenia dla Prezydenta Miasta odnoszące się ściśle do sposobu orzekania w sprawach indywidualnych, a więc znajdujących się poza podległością hierarchiczną Rady. Oceniając Stanowisko Rady Sąd doszedł do przekonania, że nie jest ono stanowiskiem, rozumianym jako wyrażenie swojego zdania, czy apelu (...).*

WSA w Białymstoku w wyroku z 27 stycznia 2004 r. (SA/Bk 1389/05) stwierdził z kolei, że *Zaskarżona „deklaracja” zawiera natomiast konkretne, szczegółowe rozwiązania i posiada charakter normatywny, bowiem nakłada konkretne obowiązki zarówno na samą Radę Gminy, jak i na burmistrza, naruszając przy tym kompetencje organu wykonawczego. „Deklaracja” z niewielkimi, nieistotnymi zmianami powtarza rozwiązania przyjęte wcześniej w uchwale R.M. z 08.II.2003 r., której nieważność prawomocnie została stwierdzona. Jest więc oczywistym, iż przyjęcie ponownie tych samych rozwiązań w formie deklaracji zmierzało do obejścia prawa i niedopuszczalnego wyłączenia tego aktu spod nadzoru RIO.*

Nadzór i kontrola sądowno-administracyjna aktów organów jednostek samorządu terytorialnego o charakterze niewładczym

W judykaturze podkreśla się, że każda uchwała rady czy sejmiku niezależnie od ich przedmiotu podlega nadzorowi, a w konsekwencji organ nadzoru może

zaskarżyć do sądu administracyjnego każdą uchwałę organów jednostek samorządu, która podlega kognicji tego sądu. Intencją ustawodawcy było poddanie nadzorowi wszystkich uchwał organów stanowiących, a także umożliwienie jednostkom samorządu terytorialnego zaskarżenie rozstrzygnięcia nadzorczego do sądu administracyjnego¹⁴.

Inaczej natomiast wygląda kwestia oceny danej uchwały przez sąd administracyjny z punktu widzenia przesłanek uzasadniających kognicję sądu administracyjnego do rozpatrywania danej sprawy zawartych w art. 3 § 2 pkt 5 i 6 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1302) („p.p.s.a.”). Zgodnie z tymi przepisami kontrola działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej (pkt 5) oraz akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, inne niż określone w pkt. 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej (pkt 6).

Jak już wyżej wskazano, uchwały o charakterze niewładczym rad i sejmików nie należą do kategorii aktów prawa miejscowego, ponieważ nie posiadają wyraźnej i dookreślonej podstawy prawnej w przepisach ustawy oraz nie są opublikowane we właściwym miejscowo wojewódzkim dzienniku urzędowym.

Uchwał tych, będących apelami czy deklaracjami, w orzecznictwie z reguły nie zalicza się też do innych niż określone w pkt 5 § 2 art. 3 p.p.s.a. aktów organów jednostek samorządu terytorialnego podejmowanych w sprawach z zakresu administracji publicznej.

W postanowieniu z 11 lipca 2017 r. (I OSK 275/17) odrzucającym skargę na uchwałę – „stanowisko” rady Miasta W. w sprawie podejmowania działań zmierzających do zapobiegania lokalizacji objazdowych występów, widowisk oraz pokazów dla celów widowiskowo-rozrywkowych z wykorzystaniem tresury zwierząt na terenach stanowiących własność Miasta W., NSA doszedł do wniosku, że aby uznać, że dany akt nosi znamiona aktu z zakresu administracji publicznej, (...) *trzeba byłoby przyjąć podjęcie go w sprawie mieszczącej się w sferze zadań publicznych. Mimo szerokiego rozumienia znaczenia tego pojęcia w doktrynie i judykaturze, niepodobna odnieść go do zaskarżonej uchwały, bo nie ma ona charakteru zewnętrznego w takim znaczeniu, że kierowana jest do podmiotów pozostających poza strukturą organizacyjną gminy. Uchwała ta nie rozstrzyga o jakimkolwiek elemencie sytuacji materialnoprawnej adresatów. Stąd brak jest koniecznego elementu regulacyjnego, zobowiązującego, zakazującego czy dozwalającego, ergo nie jest możliwe oddziaływanie na interes prawny skarżących. Uchwała, aby zaliczyć ją do omawianej kategorii musiałaby negatywnie wpływać na ich sferę prawnomaterialną, pozbawiać np. pewnych uprawnień albo uniemożliwiać ich realizację.*

Zdaniem sądu owo „stanowisko” Rady Miejskiej W. stanowi jedynie uzewnętrzniiony przejaw oczekiwań organu uchwałodawczego, którymi za-

¹⁴ Por. wyrok WSA w Krakowie z 23 lutego 2007 r., II SA/Kr 1301/06.

den organ Miasta W. nie jest związany; ma cechy informacji, zaleceń, nie ma natomiast charakteru normatywnego, władczego. Stanowisko to nie odnajduje też oparcia w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie w akcie wewnętrznym – Statucie W. NSA skonstruował więc, że zakres nadzoru sprawowanego przez organy państwa nie ulega zawężeniu, możliwość skontrolowania przez sąd administracyjny aktów organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków innych niż podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej jest jednak wyłączona. Uchwała o charakterze niewładczym organów jednostek samorządu terytorialnego nie podlega więc kognicji sądów administracyjnych, ponieważ ani nie została podjęta w sprawie z zakresu administracji publicznej, ani nie stanowi aktu prawa miejscowego.

Podsumowanie

Uchwały organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego mogą się od siebie istotnie różnić pod względem natury i skutków prawnych, a także wymogów i kryteriów oceny ich legalności. Akty niewładcze stanowią jedną z kategorii tych uchwał. Akty niewładcze mogą mieć różnorakie nazwy – apel, deklaracja, stanowisko, oświadczenie, rezolucja, opinia itp. Czasami akty te nazywane są uchwałami problemowymi lub okolicznościowymi. Uchwały takie służą do wyrażenia przez organ kolegialny niewiążącego stanowiska w określonych sprawach zarówno związanych z bieżącą działalnością tego organu, jak i społecznie doniosłych i stanowiących przedmiot aktualnej publicznej debaty.

Uchwały o charakterze niewładczym tym różnią się od pozostałych, typowych aktów tych organów o charakterze władczym, że nie są ani aktami normatywnymi, ani aktami prawa miejscowego. Zawarte w niewładczych uchwałach problemowych czy okolicznościowych postulaty nie są bowiem w stosunku do nikogo, także organu wykonawczego, źródłem jakichkolwiek obowiązków prawnych i nie mogą też władczo wkraść w czyjekolwiek uprawnienia.

Jeżeli akt ma charakter władczy, podstawą prawną do jego podjęcia może być jedynie szczegółowa norma kompetencyjna zawarta w ustawie, określająca wyraźnie organ właściwy do podjęcia działania, formę działania oraz dopuszczalne rozstrzygnięcie danej sprawy. W przypadku aktów o charakterze niewładczym wystarczy wykazanie, że dany akt mieści się w zakresie działania danej jednostki samorządu, dany organ jest upoważniony do podjęcia aktu, zaś akt ten pozostaje w zgodzie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W przypadku aktów niewładczych wystarczającą podstawą do działania będzie stanowiła – jak to określają M. Bitner i M. Kulesza – „ogólna norma kompetencyjna”¹⁵. Taką normą są zwłaszcza normy o charakterze zadaniowym, czyli jednostronnie zobowiązujące normy określające zakres działania każdej z jednostek samorządu terytorialnego.

Nie będąc aktem prawa miejscowego, uchwały problemowe nie podlegają

¹⁵ M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 6, s. 12.

ogłoszeniu w wojewódzkich dziennikach urzędowych. Niejednokrotnie informacja o tego typu uchwałach ani same uchwały nie są nawet zamieszczane na stronach BIP danej jednostki samorządowej. Natomiast wszystkie działania organów jednostek samorządu terytorialnego związane są konstytucyjną zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji RP). W konsekwencji wszystkie akty tych organów muszą być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz nie mogą dotyczyć spraw ogólnopolskich niebędących jednocześnie sprawami lokalnymi.

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażany jest pogląd, że legalność „nawet niewiążącego stanowiska, czy też opinii” zależy od tego, czy rada gminy wypowiedziała się *w kwestiach pozostających w zakresie działania gminy (art. 18 ust. 1 u.s.g.)*, a zatem *w sprawach publicznych o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżonych ustawami na rzecz innych podmiotów (art. 6 ust. 1 u.s.g.)*¹⁶. Jeżeli zaistnieje konieczność wyeliminowania z obrotu prawnego uchwały niewładczej, może to uczynić jedynie organ nadzoru, który

bada wszystkie uchwały organów jednostek samorządowych pod względem ich zgodności z prawem. Natomiast kontrola sądu administracyjnego nie obejmuje aktów, które nie są aktami prawa miejscowego lub nie zostały podjęte w sprawie z zakresu administracji publicznej. Akty o charakterze niewładczym, jak to wyżej wykazano, nie należą zaś do żadnej z wymienionych kategorii.

Literatura dotycząca uchwał niewładczych jest dość szczupła. Jednakże ten rodzaj aktów organów jednostek samorządowych zdecydowanie zasługuje na szersze zainteresowanie. Jak to bowiem trafnie zauważył G. Maroń, uchwały problemowe organów samorządu terytorialnego wydają się wartościowym źródłem badań nie tylko dla prawników, ale także politologów czy socjologów. Stanowią egzemplifikację niemałej doniosłości sfery „symboliki, retoryki i emblematów” w porządku prawnym. Pozwalają też na zrekonstruowanie podzielanych przez członków poszczególnych wspólnot samorządowych wartości i przekonań, odczuwanych potrzeb i subiektywnie pojmowanych interesów¹⁷.

¹⁶ Wyrok NSA z 1 lutego 2017 r., I OSK 2779/16; wyrok NSA z 27 września 2017 r., I OSK 1006/17. Odmienne wyrok NSA z 25 kwietnia 2017 r., I OSK 121/17.

¹⁷ G. Maroń, *Instytucja „uchwał problemowych” organów samorządu terytorialnego na wybranym przykładzie, „Prawo i Więź”* 2018, nr 4(26), s. 42

BIBLIOGRAFIA:

- Buławewski S., *Pojęcie aktu prawa miejscowego w poglądach doktryny, orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 18.
- Dąbek D., *Prawo miejscowe*, Warszawa 2009.
- Dudziak S., *Akty prawa miejscowego stanowione przez samorząd terytorialny – kryteria kwalifikacji, wymogi w zakresie prawidłowego stanowienia oraz konsekwencje prawne ich naruszania*, „Samorząd Terytorialny” 2012, nr 3.
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2014.
- Koc K., *Uchwała organu jednostki samorządu terytorialnego jako instytucja prawa samorządowego*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie” 2013, nr 1.
- Kotulski M., *Akty prawa miejscowego stanowione przez samorząd terytorialny*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 11.
- Maroń G., *„Uchwały problemowe” organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego na przykładzie uchwał dotyczących zagadnień bioetycznych*, „Samorząd Terytorialny” 2016, nr 1–2.
- Maroń G., *Uchwały problemowe jednostek samorządu terytorialnego w sprawach etyki seksualnej*, *Polityka i Społeczeństwo* 2016, nr 2(14).
- Maroń G., *Instytucja „uchwał problemowych” organów samorządu terytorialnego na wybranym przykładzie*, „Prawo i Więź” 2018, nr 4(26).
- Szawc A., Szawc T., *Uchwałodawcza działalność organów samorządu terytorialnego*, Warszawa 1999.
- Tarno J.P., *Skarga na akty nienormatywne organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków*, [w:] Tarno J.P., Frankiewicz E., Sieniuc M., Szewczyk M., Wyporska J., *Sądowa kontrola administracji. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2006.



Dr Magdalena NIZIOŁEK

[attorney-at-law, Wardyński & Partners]

Non-binding resolutions of local government authorities

This paper discusses issues of non-binding resolutions of local government authorities. Non-binding resolutions are non-governing forms of activity of territorial governmental units in Poland. They are not normative acts (universally binding or internally binding on local government organisational units), nor are they acts of local law, and thus they do not formulate general and abstract norms. A non-binding resolution does not require any precise statutory authorisation. A norm of competence is a sufficient legal basis for a non-binding resolution. However, all resolutions of local government authorities, including non-binding resolutions, must comply with the law. Only a supervisory body may invalidate an unlawful resolution of a local government authority. Such acts are not subject to review by the administrative court. The administrative court exercises review of acts of local law and acts concerning affairs of the public administration, but non-binding resolutions of local government authorities do not fall within either any of those categories, and thus lie beyond the jurisdiction of the administrative courts.

LOCAL GOVERNMENT | NON-BINDING RESOLUTION OF LOCAL AUTHORITY |
LOCAL GOVERNMENT AUTHORITY | ACT OF LOCAL LAW | NORM OF COMPETENCE



Marek DOLATOWSKI

[adwokat, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]



Radosław WASIAK

[adwokat, kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

Czemu rosną ceny energii w Polsce? Zasady działania europejskiego systemu handlu uprawnieniami do emisji (EU ETS) i jego wpływ na rynek energii w Polsce

Celem artykułu jest przedstawienie jednego z najważniejszych czynników wpływających na ceny energii elektrycznej w Unii Europejskiej, w szczególności w tych państwach członkowskich, w których miesie energetycznym istotną rolę spełniają źródła wysokoemisyjne oparte na spalaniu paliw kopalnych. Uprawnienia do emisji gazów cieplarnianych, bo o nich mowa, podrożały w ciągu ponad roku o kilkaset procent. Aby elektrownie mogły pracować, muszą wykupić odpowiednią liczbę uprawnień (część z nich w Polsce dostają za darmo), ponieważ efektem ubocznym ich pracy są emisje gazów cieplarnianych do atmosfery. Koszty zakupu uprawnień przerzucane są na odbiorców energii, co powoduje wzrost jej ceny. Artykuł opisuje zasady działania europejskiego systemu uprawnień do emisji (EU ETS), w ramach którego dochodzi do wydawania uprawnień i handlu nimi, a także do rozliczania emisji instalacji objętych systemem.

EU ETS | UPRAWNIENIA DO EMISJI | CO₂ | ENERGIA | CENA ENERGII

Wstęp

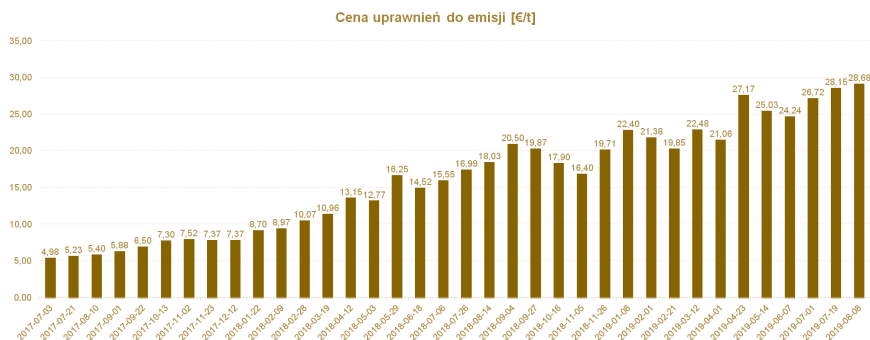
Przeciętny Kowalski nie odczuł w 2019 r. wzrostu cen energii elektrycznej, gdyż ustawodawca zamroził je pod koniec 2018 r. Zamrożenie to w zamyśle miało dotyczyć wszystkich odbiorców, jednak szybko okazało się, że Komisja Europejska nie zgodzi się na takie rozwiązanie. Ostatecznie w 2019 r. zamrożenie cen do 30 czerwca dotyczyło wszystkich, a po tej dacie objęło tylko gospodarstwa domowe oraz szpitale i jednostki samorządu terytorialnego, a także mikro- i małe przedsiębiorstwa, jeśli złożyły stosowne oświadczenie. Średnim i dużym przedsiębiorcom przysługiwała rekompensata do wyczerpania dopuszczalnego poziomu pomocy *de minimis* w wysokości 15 zł/MWh.

Burza, jaka rozpętała się wokół ustawy zamrażającej ceny energii w 2019 r., oznaczała, że w 2020 r. sztuczne utrzymywanie cen energii na dotychczasowych poziomach stało się niemożliwe. Na

skujące o większe podwyżki, zatwierdził wzrost cen energii w taryfach dla gospodarstw domowych średnio o ok. 12%. Nie rekompensuje to jednak wzrostu kosztów przedsiębiorstw energetycznych, który jest jednym z powodów systematycznego spadku ich wyceny rynkowej na giełdzie. Rząd przygotował projekt rekompensat również na rok 2020. Tym razem obejmuje on tylko gospodarstwa domowe, które nie płacą podatku dochodowego w drugim progu podatkowym.

Wzrost cen energii odbija się rykoszetem na całej gospodarce i pośrednio uderza we wszystkich, rosną bowiem ceny produktów, co z kolei wynika ze wzrostu kosztów ich produkcji¹.

Ceny energii rosły głównie z powodu wzrostu cen węgla (dominującego surowca wykorzystywanego w polskiej energetyce) oraz tzw. uprawnień do emisji.



Rysunek 1. Widoczny w porównaniu z rokiem 2017 i początkiem roku 2018 trend wzrostowy cen energii został zaburzony wspomnianym ustawowym zamrożeniem cen energii. Źródło: EEX

przełomie roku Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, próbując równoważyć interes odbiorców i wnioski płynące z rachunku ekonomicznego przedstawionego przez przedsiębiorstwa energetyczne wnio-

¹ Patrz także: W. Pelc, *Dekarbonizacja gospodarek Unii Europejskiej – jak to działa*, <http://www.codozasady.pl/dekarbonizacja-gospodarek-unii-europejskiej-jak-to-dziala/> (dostęp: 1.06.2020).

O ile przełożenie wzrostu ceny surowca na cenę energii nie wymaga, jak się wydaje, dłuższego komentarza, o tyle wypada się pochylić nad tym drugim czynnikiem. Pozwoli to w pełni zrozumieć mechanizmy powodujące wzrost cen energii, szczególnie jeśli chodzi o jej produkcję w Polsce.

Niniejsze opracowanie ma na celu wyjaśnienie ogólnych zasad działania rynku uprawnień do emisji ze szczególnym uwzględnieniem zasad dotyczących sektora energetycznego i ciepłowniczego.

Rys historyczny

Historia rozwoju unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji („EU ETS²⁾”) sięga 2003 r., kiedy uchwalono pierwszą dyrektywę regulującą jego działanie, czyli dyrektywę 2003/87/WE³. Powodem wprowadzenia EU ETS był Protokół z Kioto z 1997 r. – czyli pierwsza w historii prawnie wiążąca regulacja mająca na celu doprowadzenie do redukcji emisji. EU ETS jest prawnym instrumentem UE mającym na celu wypełnienie celów Protokołu z Kioto, a obecnie także tzw. Porozumienia Paryskiego zawartego w 2015 r., będącego z kolei pierwszym ogólnosiwiatowym (obejmującym 195 krajów) prawnie wiążącym porozumieniem w dziedzinie klimatu.

EU ETS zaczął działać w 2005 r. Przez trzy lata (do 2007 r.) działał na zasadzie pilotażu, obejmując wyłącznie emisje

dwutlenku węgla wytwarzane przez producentów energii i energochłonne gałęzie przemysłu. Uprawnienia do emisji przyznawano bezpłatnie, a kara za nieprzestrzeganie przepisów wynosiła 40 euro za tonę CO₂. Ze względu na brak wiarygodnych danych dotyczących emisji wydano o wiele za dużo uprawnień w stosunku do rzeczywistej emisji, w związku z czym ceny uprawnień spadły do zera. Program pilotażowy umożliwił jednak stworzenie prawnych instrumentów potrzebnych do kontroli i monitorowania emisji, wyznaczania cen uprawnień i regulowania rynków handlu nimi.

Wnioski płynące z działania EU ETS w pierwszym etapie posłużyły do uregulowania zasad działania systemu w drugim etapie (2008–2012). Uprawnień wydanych w pierwszym etapie EU ETS nie można było wykorzystać w etapie drugim.

System objął nie tylko UE, ale całe EOG (dołączyły Norwegia, Islandia i Liechtenstein). Od 2012 r. rozszerzono jego działanie również na lotnictwo (w zakresie lotów w ramach EOG; loty zaczynające się lub kończące w EOG mają być objęte systemem od 2024 r.). Chociaż wydano o 10% mniej uprawnień⁴ niż w pierwszym etapie, kryzys

⁴ Do wykorzystania w ramach EU ETS dopuszczono także w ograniczonym zakresie międzynarodowe jednostki emisji wydawane na podstawie mechanizmów z Protokołu z Kioto: mechanizm wspólnego wdrożenia (JI) przewidujący tworzenie jednostek redukcji emisji (ang. Emission Reduction Units – ERU) i mechanizm czystego rozwoju (CDM) przewidujący tworzenie jednostek poświadczonej redukcji emisji (ang. Certified Emission Reduction – CER). Do 2020 r. jednostki mogą być wymieniane na uprawnienia do emisji. Mechanizmy te zostały zastąpione innymi w Porozumieniu Paryskim, których celem jest również powiązanie istnieją-

² European Union Emissions Trading System.

³ Dyrektywa 2003/87/WE z 13 października 2003 r. ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych w Unii.

gospodarczy z 2008 r. spowodował większą redukcję emisji, niż zakładano, co znow doprowadziło do znacznego spadku cen uprawnień do emisji spowodowanego nadwyżką podaży uprawnień nad popytem⁵. Podczas drugiego etapu wiele krajów zdecydowało się na przeprowadzenie aukcji uprawnień. Aukcje mają docelowo stać się standardowym sposobem pozyskiwania uprawnień do emisji, a ich bezpłatny przydział ma być wyjątkiem od reguły.

System EU ETS obecny i zmiany od 2021 r.

EU ETS jest obecnie w tzw. trzecim etapie (okresie rozliczeniowym) trwającym od 2013 r. do 2020 r. Inaczej niż w poprzednich okresach, przewidziano stopniowe odejście od systemu bezpłatnego przydzielania uprawnień dla instalacji na rzecz ich sprzedaży w ramach aukcji.

EU ETS obejmuje następujące emisje:

- dwutlenku węgla (CO₂) pochodzące z wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej, energochłonnych sektorów przemysłu, w tym rafinerii ropy naftowej, hut żelaza oraz produkcji aluminium, metali, cementu, wapna, szkła, ceramiki, celulozy, papieru, kartonu, kwasów i chemikaliów organicznych

cych systemów redukcji emisji w skali światowej. Powiązanie EU ETS z nowymi mechanizmami będzie zależało od nowych zasad ich działania, które są obecnie ustalane.

⁵ Podobnego efektu należy oczekiwać w ciągu najbliższych miesięcy w związku z ekonomicznymi konsekwencjami pandemii koronawirusa, co widać już po cenach uprawnień z drugiej połowy marca 2020 r., które zanurkowały do poziomu 16 euro za uprawnienie.

luzem, a także z komercyjnego transportu lotniczego,

- podtlenu azotu (N₂O) z produkcji kwasu azotowego, adypinowego, gliksalu i kwasu gliksalowego,
- perfluorowęglodorów (PFC) z produkcji aluminium.

Oznacza to objęcie systemem ponad 11 tys. energochłonnych instalacji przemysłowych (elektrowni i zakładów przemysłowych) i linii lotniczych, odpowiadających za ok. 45% wszystkich emisji gazów cieplarnianych w UE.

W niektórych przypadkach wyłączono z systemu instalacje poniżej określonej mocy nominalnej lub poniżej określonych poziomów produkcji. Dla przykładu poza EU ETS pozostaje spalanie paliw w instalacjach o całkowitej nominalnej mocy cieplnej nieprzekraczającej 20 MW. Jednakże przy określaniu tego progu sumuje się moc poszczególnych jednostek (z wyjątkiem jednostek poniżej 3 MW oraz wykorzystujących wyłącznie biomasę). Jeśli próg zostanie przekroczony, instalacja podlega EU ETS. Należy przyjmować możliwie najszersze granice dla danej instalacji (obejmować nią jak najwięcej jednostek), biorąc pod uwagę wskazane poniżej kryterium integralności.

EU ETS co do zasady nie obejmuje jednostek opalanych wyłącznie biomasą, w tym jednostek na biomasę wykorzystujących paliwa kopalne tylko do rozruchu lub włączeń, a także jednostek spalania odpadów niebezpiecznych lub odpadów komunalnych. Takie jednostki będą objęte EU ETS, jeśli stanowią integralną część innej jednostki działającej w ramach systemu, a integralność

w tym przypadku rozumiana jest jako techniczny brak możliwości produkcji lub zakaz jej kontynuowania zgodnie z wydanym zezwoleniem, w przypadku gdyby taką jednostkę wyłączono.

W przypadku instalacji niepodlegających żadnym wyjątkom liczba przydzielanych bezpłatnie uprawnień do emisji zmniejszana jest stopniowo z początkowego poziomu 80%, tak aby osiągnąć 30% w 2020 r. Dotyczy to również sieci ciepłowniczych i wysokosprawnej kogeneracji w odniesieniu do zaspokojenia ekonomicznie uzasadnionego popytu na ciepło i chłód (ale nie dla produkcji energii elektrycznej).

W kolejnym, czwartym etapie / okresie rozliczeniowym, tj. od 2021 r., nastąpi dalsza redukcja bezpłatnych przydziałów (poza sektorem ciepłowniczym) z poziomu 30%, tak aby w 2030 r. nie było już żadnego przydziału bezpłatnych uprawnień.

Aby wymusić działania modernizacyjne zmniejszające wielkość emisji, bezpłatne przydziały obliczane są na podstawie tzw. wskaźników *ex ante*, czyli wskaźników emisyjności obliczonych w oparciu o najbardziej wydajne technologie, substytuty czy alternatywne procesy produkcyjne zastosowane w 10% najbardziej wydajnych instalacji w danym sektorze⁶. Komisja Europejska określi stopniowy roczny

poziom redukcji wskaźników *ex ante* dla okresu 2021–2025, opierając się na danych historycznych z lat 2016–2017 w porównaniu do wskaźników obowiązujących obecnie, a dla okresu 2026–2030 określi roczną redukcję w oparciu o dane historyczne dla lat 2021–2022. Za każdym razem wskaźniki zostaną obniżone o 0,2%–1,6% (zakres ten pozostanie aktualny, nawet jeśli wyznaczona stopa redukcji będzie mniejsza niż 0,2% albo większa niż 1,6%). Oznacza to redukcję poziomu bezpłatnych uprawnień od 2021 r.

Wszystkie powyższe działania mają doprowadzić do aukcji jako dominującego sposobu nabywania uprawnień do emisji. Od 2021 r. minimum 57% uprawnień ma być sprzedawane na aukcjach. Gdyby liczba bezpłatnych uprawnień do przyznania okazała się za duża w stosunku do prognozy 57%, przydział bezpłatnych uprawnień będzie pomniejszany w sposób jednolity (jednak z możliwością 3% dostosowania na korzyść bezpłatnych przydziałów). Część państw członkowskich (w tym Polska) otrzymuje dodatkową pulę przeznaczoną do sprzedaży na aukcji w tzw. interesie solidarności, wzrostu i połączeń międzysystemowych w Unii. Dodatkowa pula do podziału wynosi 10% całkowitej liczby uprawnień do sprzedaży na aukcji.

Wreszcie w celu osiągnięcia redukcji emisji dla całej Unii Europejskiej globalna liczba uprawnień do emisji wydawanych corocznie jest zmniejszana o współczynnik liniowy w wysokości 1,74% (od 2021 r. – 2,2%).

Nowym elementem w systemie jest ustanowienie rezerwy stabilności ryn-

⁶ Decyzja Komisji nr 2011/278/UE z 27 kwietnia 2011 r. w sprawie ustanowienia przejściowych zasad dotyczących zharmonizowanego przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji w całej Unii na mocy art. 10a dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

kowej⁷, która rozpoczęła działalność w 2018 r. i w 2019 r. ściągnęła 32% uprawnień znajdujących się w obiegu. W zależności od sytuacji na rynku rezerwa będzie albo ściągać uprawnienia znajdujące się w obiegu (do końca 2023 r. – 24%, potem 12%), albo uwalniać je, jeśli liczba uprawnień w obiegu spadnie poniżej 400 mln albo jeśli w przypadku nadmiernych zmian cen zostaną dopuszczone środki wskazane w dyrektywie 2003/87/WE. Rezerwa obok tzw. *backloadingu* (opóźnienia sprzedaży na aukcji uprawnień do emisji podczas trzeciego etapu) ma przyczynić się do zrównoważenia popytu i podaży na rynku uprawnień, a w konsekwencji do wzrostu ich ceny. Przez długie lata cena uprawnień oscylowała bowiem w przedziale od 4 do 8 euro, co nie stanowiło wystarczającej zachęty do podjęcia działań zmierzających do redukcji emisji.

Podobnie jak w trzecim etapie / okresie rozliczeniowym, określoną liczbę uprawnień przeznacza się dodatkowo na wsparcie innowacyjnych projektów w dziedzinie niskoemisyjnych technologii. Obecnie dyrektywa 2003/87/WE przewiduje wsparcie w wysokości

⁷ Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2015/1814 z 6 października 2015 r. w sprawie ustanowienia i funkcjonowania rezerwy stabilności rynkowej dla unijnego systemu handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych i zmiany dyrektywy 2003/87/WE (Dz.U. UE. L 264 z 9.10.2015 r.). Szerzej w: I. Przybojewska, *Ocena mechanizmu rezerwy stabilności rynkowej w świetle unijnego systemu handlu emisjami*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 12, s. 11-20 oraz M. Dolatowski, *Prace nad rezerwą stabilizacyjną uprawnień do emisji CO₂ dobiegają końca*, <http://www.codozasady.pl/prace-nad-rezerwa-stabilizacyjna-uprawnien-do-emisji-co2-dobiegaja-konca/> (dostęp: 1.06.2020).

450 mln uprawnień do emisji pochodzących z różnych źródeł.

- **Fundusz modernizacyjny**

Nowością jest natomiast fundusz modernizacyjny, który zasili 2% uprawnień sprzedanych na aukcji w latach 2021–2030. Fundusz ma na celu modernizację systemów energetycznych oraz poprawę efektywności energetycznej w państwach członkowskich, w których PKB na mieszkańca według cen rynkowych wyniosło w 2013 r. poniżej 60% średniej unijnej (Polska ma uzyskać z funduszu 43,41% środków). Z funduszu modernizacyjnego nie udziela się wsparcia obiektom wytwarzającym energię przy wykorzystaniu stałych paliw kopalnych, z wyjątkiem wybranych projektów w Rumunii i Bułgarii.

Co najmniej 70% zasobów finansowych z funduszu modernizacyjnego jest wykorzystywanych do wspierania inwestycji w wytwarzanie i użytkowanie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, w poprawę efektywności energetycznej (z wyjątkiem efektywności energetycznej wskutek wytwarzania energii przy wykorzystaniu stałych paliw kopalnych), w magazynowanie energii i modernizację sieci energetycznych, w tym w rurociągi należące do systemów ciepłowniczych, sieci przesyłu energii elektrycznej oraz zwiększenie połączeń międzysystemowych między państwami członkowskimi, a także do wspierania sprawiedliwych przemian w regionach uzależnionych od węgla w państwach członkowskich będących beneficjentami. Kwalifikują się również inwestycje w efektywność energetyczną w sektorach transportu, budownictwa, rolnictwa i odpadów.

Jeśli inwestycja mająca dostać wsparcie nie należy do obszarów wymienionych powyżej, o przyznaniu wsparcia ma decydować komitet inwestycyjny funduszu modernizacyjnego składający się z przedstawiciela każdego państwa członkowskiego będącego beneficjentem, przedstawiciela Komisji Europejskiej i Europejskiego Banku Inwestycyjnego oraz trzech przedstawicieli wybieranych przez pozostałe państwa członkowskie na okres pięciu lat. Komitetowi przewodniczy przedstawiciel Komisji. Komitet inwestycyjny ocenia techniczną i finansową opłacalność takiej inwestycji, w tym realizowaną przez nią redukcję emisji, i wydaje zalecenie odnośnie do finansowania tej inwestycji z funduszu modernizacyjnego. Komitet inwestycyjny zapewnia przy tym, aby wszelkie inwestycje dotyczące sieci ciepłowniczych osiągnęły istotną poprawę efektywności energetycznej i przyczyniały się do redukcji emisji.

Taka inwestycja może otrzymać wsparcie z zasobów funduszu modernizacyjnego w wysokości maks. 70% jej kosztów, pod warunkiem że pozostałe koszty są pokrywane przez prywatne podmioty prawne.

- ***Carbon leakage***⁸

W ramach dystrybucji bezpłatnych uprawnień wyróżniono sektory i pod-

sektory⁹ narażone na ryzyko ucieczki emisji, czyli takie, których nadmierne obciążenie polityką klimatyczną skutkowałoby przeniesieniem produkcji (i emisji) poza Unię. Przysługuje im przydział 100% należnych uprawnień zgodnie z regułami wskazanymi powyżej przy uwzględnieniu stosownych redukcji wynikających z zastosowania współczynnika liniowego oraz wskaźników *ex ante*.

Za narażone na ryzyko ucieczki emisji uznaje się sektory i podsektory, w odniesieniu do których iloczyn intensywności handlu z państwami trzecimi, określonej jako stosunek całkowitej wartości eksportu do państw trzecich powiększonej o wartość importu z państw trzecich do całkowitej wielkości rynku w Europejskim Obszarze Gospodarczym (roczny obrót plus całkowita wartość importu z państw trzecich) oraz ich intensywności emisji mierzonej w kilogramach ekwiwalentu CO₂ podzielonych przez ich wartość dodaną brutto (w EUR), przekracza 0,2.

Sektory i podsektory, w odniesieniu do których iloczyn ich intensywności handlu z państwami trzecimi oraz ich intensywności emisji przekracza 0,15, mogą zostać włączone do grupy, o której mowa powyżej, przy zastosowaniu danych z lat 2014–2016 na podstawie oceny jakościowej i kryteriów wskazanych w decyzji 2014/746/UE.

⁸ Szerzej o praktycznych możliwych konsekwencjach zjawiska *carbon leakage* w: H. Naegele, A. Zaklanz, *Does the EU ETS Cause Carbon Leakage in European Manufacturing?*, „DIW Berlin Discussion Papers”, German Institute for Economic Research, 1689/2017.

⁹ Decyzja Komisji Europejskiej 2014/746/UE z 27 października 2014 r. ustalająca, zgodnie z dyrektywą 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, wykaz sektorów i podsektorów uważanych za narażone na znaczące ryzyko ucieczki emisji na lata 2015–2019 (Dz.U. UE L 308 z 29.10.2014 r.).

Sektory i podsektory, które nie przekraczają progu 0,2, ale ich intensywność emisji mierzona w kilogramach ekwiwalentu CO₂ podzielonych przez ich wartość dodaną brutto (w euro) przekracza 1,5, będą również poddane ocenie, a Komisja poda wyniki tej oceny do wiadomości publicznej.

Obecny wykaz sektorów i podsektorów obowiązuje do końca 2020 r. Nowy wykaz na lata 2021–2030 opublikowano w maju 2019 r.¹⁰ Zauważyć należy, że został on znacząco odchudzony o prawie 120 pozycji, a jedynie pięć nowych sektorów zostało do listy dodanych.

Należy również pamiętać o regule *de minimis* mającej zastosowanie, jeśli w ramach jednej instalacji opierającej wskaźnik emisyjności na ciepłe, paliwie lub w ramach emisji procesowych występują zarówno sektory lub podsektory narażone na ryzyko ucieczki emisji, jak i pozostałe. Jeśli co najmniej 95% działalności jest objęte *carbon leakage*, cała podinstalacja może się ubiegać o 100% bezpłatnych uprawnień. Odwrotnie, jeśli co najmniej 95% działalności obejmuje pozostałe sektory lub podsektory, cała podinstalacja jest poza *carbon leakage*. Jeśli jakiś procent działalności znajduje się pomiędzy wskaźnikami, należy podzielić podinstalację na dalsze podinstalacje¹¹, aby oddzielić od siebie

jednostki podlegające *carbon leakage* i te poza *carbon leakage*.

• Przydziały

Przydział bezpłatnych uprawnień do emisji odbywał się osobno w poszczególnych państwach uczestniczących w systemie EU ETS. W Polsce w ramach okresu rozliczeniowego do 2020 r. przydziały uprawnień określone były w stosownym rozporządzeniu Rady Ministrów¹². W trakcie obowiązywania systemu przydziały dla konkretnych instalacji były korygowane między innymi poprzez przydział dodatkowych uprawnień dla tzw. instalacji nowych.

Nowe przydziały na pierwsze 5 lat okresu rozliczeniowego rozpoczynającego się w 2021 r. powinny być zostać przedłożone Komisji Europejskiej do 30 września 2019 r. Ich lista została opracowana przez Ministra Środowiska na podstawie wniosków składanych przez operatorów instalacji do Krajowego Ośrodka Bilansowania

danego produktu (wskaźnik emisyjności dla produktów) lub emisyjność opartą o wskaźnik emisyjności oparty na ciepłe, paliwie lub emisjach procesowych. Jeśli przemawia za tym charakter danej instalacji (np. producenci ciepła), podinstalację dzieli się dalej, aby rozróżnić status poszczególnych odbiorców i przypisać ich dostawom konkretne emisje i konsumpcję ciepła/paliw. Jeśli odbiorca ciepła działałby w ramach EU ETS, podinstalacja nie dostalaby bezpłatnych uprawnień (przysługujące one wtedy odbiorcy jako konsumentowi ciepła). Jeśli odbiorca byłby poza EU ETS, podinstalacja jako wytwórca dostalaby bezpłatne uprawnienia.

¹² Rozporządzenie Rady Ministrów z 31 marca 2014 r. w sprawie wykazu instalacji innych niż wytwarzające energię elektryczną, objętych systemem handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych w okresie rozliczeniowym rozpoczynającym się 1 stycznia 2013 r., wraz z przyznaną im liczbą uprawnień do emisji (Dz.U. z 2014 r. poz. 439).

¹⁰ Decyzja Delegowana Komisji (UE) 2019/708 z 15 lutego 2019 r. uzupełniająca dyrektywę 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie wskazania sektorów i podsektorów uznanych za narażone na ryzyko ucieczki emisji w okresie 2021–2030.

¹¹ Podinstalacje tworzy się po to, aby rozróżnić poszczególne sposoby alokacji bezpłatnych uprawnień. W pierwszej kolejności tworzy się podinstalacje, aby wyróżnić emisyjność w ramach

i Zarządzania Emisjami (KOBiZE). Wnioski o przydział uprawnień do emisji składane są do KOBiZE co 5 lat w terminie do 29 czerwca.

- **Derogacje dla energetyki**

Co do zasady z systemu przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji wyłączona jest działalność obejmująca wytwarzanie energii elektrycznej. Zasada ta podlegała jednak ograniczeniu w wybranych państwach uczestniczących w systemie EU ETS. W gronie tych państw znajduje się również Polska. Odstępstwo znajdowało swoje uzasadnienie w specyficznej strukturze rynku wytwarzania energii elektrycznej, która opierała się na wysokoemisyjnych, głównie węglowych jednostkach wytwórczych. Aby dać czas na transformację systemu energetycznego krajom, w których ponad 30% energii elektrycznej wytwarzane było z jednego rodzaju paliw kopalnych, wprowadzono możliwość stosowania derogacji w stosunku do zasady nieprzyznawania bezpłatnych uprawnień do emisji.

W trzecim etapie obowiązywania systemu EU ETS z derogacji dla energetyki korzystać mogły instalacje wytwarzające energię elektryczną, które były eksploatowane, lub w stosunku do których proces inwestycyjny rozpoczął się najpóźniej w dniu 31 grudnia 2008 r. Wykaz instalacji wytwarzających energię elektryczną, którym przyznane zostały bezpłatne uprawnienia do emisji, został określony w rozporządzeniu

Rady Ministrów¹³. Ilość przyznaných bezpłatnie uprawnień do emisji miała zasadniczo ulegać zmniejszeniu, aż do ich całkowitego wyeliminowania w 2020 r. Dodatkowo uprawnienia były przyznawane niejako w zamian za inwestycje ograniczające emisje z instalacji, które miały być realizowane przez podmioty eksploatujące te instalacje.

W toku negocjacji regulacji okresu rozliczeniowego od 2021 r. wynegocjowano utrzymanie derogacji dla energetyki do 2030 r. dla krajów, w których PKB na mieszkańca nie przekracza 60% średniej unijnej w 2013 r., w tym Polski. Bezpłatne uprawnienia do emisji mogą być przyznane w przypadku przeprowadzenia inwestycji powyżej 12,5 mln euro w ramach procedury przetargu konkurencyjnego, która:

- zapewnia, że do złożenia w ramach oferty kwalifikują się tylko projekty przyczyniające się do dywersyfikacji miksu energetycznego i źródeł dostaw, koniecznej restrukturyzacji, wymiany i modernizacji infrastruktury pod kątem ochrony środowiska, stosowania czystych technologii (takich jak technologie energii odnawialnej) lub modernizacji sektora wytwarzania energii (takich jak efektywne i zrównoważone systemy ciepłownicze) i sektorów przesyłu i dystrybucji,

¹³ Rozporządzenie Rady Ministrów z 8 kwietnia 2014 r. w sprawie wykazu instalacji wytwarzających energię elektryczną, objętych systemem handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych w okresie rozliczeniowym rozpoczynającym się od 1 stycznia 2013 r., wraz z przyznaną im liczbą uprawnień do emisji.

- określa jasne, obiektywne, przejrzyste i niedyskryminujące kryteria wyboru, aby zapewnić wybór tylko takich projektów, które:
 - na podstawie analizy kosztów i korzyści zapewniają korzyści netto w zakresie redukcji emisji i osiągają wcześniej ustalony znaczący poziom redukcji emisji CO₂ z uwzględnieniem wielkości projektu,
 - mają charakter uzupełniający, stanowią wyraźną odpowiedź na potrzeby w zakresie wymiany i modernizacji oraz nie powodują rynkowego wzrostu zapotrzebowania na energię,
 - oferują najlepszy stosunek wartości do ceny oraz
 - nie przyczyniają się do opłacalności finansowej bardzo wysokoemisyjnego wytwarzania energii elektrycznej ani nie podnoszą tej opłacalności, ani nie zwiększają zależności od wysokoemisyjnych paliw kopalnych.

Wsparcie w postaci przydziału bezpłatnych uprawnień nie może sięgać więcej niż 70% kosztów inwestycji.

Polska miała przedstawić reguły procedury przetargowej do 30 czerwca 2019 r., a do 30 września 2019 r. miała przedstawić listę instalacji, które w ramach procedury zostały zakwalifikowane do uzyskania wsparcia w postaci bezpłatnych uprawnień. W tym obszarze powstały już jednak opóźnienia.

W latach 2013–2020 przydział uprawnień w ramach derogacji dla energetyki określa rozporządzenie Rady Ministrów wspomniane powyżej. Podobnie jak w przypadku przydziału bezpłatnych uprawnień dla instalacji innych niż wytwarzające energię elektryczną (w tym w ramach *carbon leakage*), należy oczekiwać nowych reguł określających warunki procedury przetargowej na uzyskanie uprawnień w ramach derogacji dla energetyki.

Podsumowanie – porównanie tabelaryczne

	Okres 2013–2020	Okres 2021–2030
Liniowa coroczna redukcja uprawnień (współczynnik liniowy)	1,74%	2,2%
Poziom redukcji emisji gazów cieplarnianych dla Polski w stosunku do 2005 r.	Plus 14%	Minus 7%
Stymulacja zmian cen uprawnień	Doraźna decyzja o wycofaniu części uprawnień z rynku w celu podwyższenia ceny (tzw. <i>backloading</i>), od 2019 r. rezerwa stabilności rynkowej	Rezerwa stabilności rynkowej
Sposób sprzedaży	Stopniowe przechodzenie na aukcje kosztem zmniejszenia bezpłatnych przydziałów	Aukcja dominującym sposobem sprzedaży (min. 57%, z możliwością zmniejszenia o 3% na rzecz bezpłatnych przydziałów), dalsza redukcja bezpłatnych przydziałów
Poziom przydziałów dla sektorów spoza <i>carbon leakage</i>	Spadek z 80% do 30% w 2020 r.	30% i stopniowy spadek do zera w latach 2026–2030 (z wyjątkiem ciepłownictwa)

	Okres 2013–2020	Okres 2021–2030
Carbon leakage	Tak, bezpłatne przydziały określone poprzez współczynniki emisyjności (metoda benchmarkowa) oraz pomniejszone międzysektorowym współczynnikiem korygującym ¹⁴ w związku z przekroczeniem dopuszczalnej wielkości maksymalnej bezpłatnych uprawnień	Tak, ale z redukcją współczynników emisyjności dwukrotnie (w okresie 2021–25 i 2026–30) oraz ewentualną redukcją jednolicie we wszystkich sektorach związaną z koniecznością sprzedaży min. 57% uprawnień na aukcji (możliwy ruch o 3% na korzyść bezpłatnych uprawnień, jeśli znajdzie konieczność jednolitej redukcji)
Carbon leakage – kryteria zaliczenia	<p>Sektor lub podsektor uważany jest za narażony na znaczące ryzyko ucieczki emisji, jeżeli:</p> <p>a) suma dodatkowych kosztów bezpośrednich i pośrednich spowodowanych wprowadzeniem w życie dyrektywy 2003/87/WE prowadziłyby do znacznego wzrostu kosztów produkcji obliczonych jako stosunek do wartości dodanej brutto, w wysokości co najmniej 5%; a intensywność handlu z krajami trzecimi określona jako stosunek między całkowitą wartością eksportu do krajów trzecich, powiększoną o wartość importu z krajów trzecich, a całkowitą wielkością rynku Wspólnoty (roczny obrót i całkowita wartość importu z krajów trzecich) wynosi powyżej 10%</p> <p>b) suma dodatkowych kosztów bezpośrednich i pośrednich spowodowanych wprowadzeniem w życie dyrektywy 2003/87/WE prowadziłyby do wysokiego wzrostu kosztów produkcji obliczonych jako stosunek do wartości dodanej brutto, w wysokości co najmniej 30%</p> <p>c) intensywność handlu z krajami trzecimi określona jako stosunek między całkowitą wartością eksportu do krajów trzecich, powiększoną o wartość importu z krajów trzecich, a całkowitą wielkością rynku Wspólnoty (roczny obrót i całkowita wartość importu z krajów trzecich) wynosi powyżej 30%</p>	<p>Sektor lub podsektor uważany jest za narażony na znaczące ryzyko ucieczki emisji, jeżeli:</p> <p>a) iloczyn intensywności handlu z państwami trzecimi, określonej jako stosunek całkowitej wartości eksportu do państw trzecich, powiększonej o wartość importu z państw trzecich, do całkowitej wielkości rynku w Europejskim Obszarze Gospodarczym (roczny obrót plus całkowita wartość importu z państw trzecich), oraz intensywności emisji, mierzonej w kg ekwiwalentu CO₂ podzielonych przez wartość dodaną brutto (w euro), przekracza 0,2</p> <p>b) sektory i podsektory, w odniesieniu do których iloczyn ich intensywności handlu z państwami trzecimi oraz ich intensywności emisji przekracza 0,15, mogą zostać włączone do carbon leakage przy zastosowaniu danych z lat 2014–2016 na podstawie oceny jakościowej i następujących kryteriów:</p> <ul style="list-style-type: none"> zakres, w jakim względem poszczególnych instalacji w danym sektorze lub danym podsektorze można zmniejszyć poziomy emisji lub zużycie energii elektrycznej, obecna i prognozowana charakterystyka rynku, w tym, w odpowiednich przypadkach, wspólne ceny referencyjne, marża jako potencjalny wskaźnik inwestycji długoterminowej lub decyzji o przeniesieniu produkcji, z uwzględnieniem zmian w kosztach produkcji w powiązaniu z redukcją emisji, <p>c) sektory i podsektory, które nie przekraczają progu, o którym mowa w pkt. a), ale ich intensywność emisji mierzona w kg ekwiwalentu CO₂ podzielonych</p>

¹⁴ Szerzej o funkcji i sposobie wyliczania liczby uprawnień dla sektorów carbon leakage w wyroku TSUE z 28 kwietnia 2016 r. w sprawach połączonych C 191/14, C 192/14, C 295/14, C 389/14 i od C 391/14 do C 393/14 (Dz.U. UE C 243 z 4.07.2016), a także w komentarzu do wyroku: A. Kraińska, M. Dolatowski, *Bezpłatne przydziały uprawnień do emisji będą mniejsze*, <http://www.codozasady.pl/bezplatne-przydzialy-do-emisji-beda-mniejsze/> (dostęp: 1.06.2020)

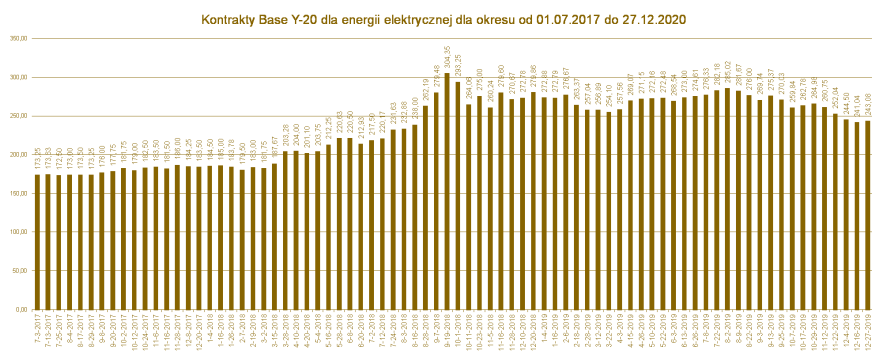
	Okres 2013–2020	Okres 2021–2030
		przez ich wartość dodaną brutto (w euro) przekracza 1,5, są również poddawane ocenie
Bezpłatne przydziały uprawnień na produkcję energii elektrycznej	Derogacje dla energetyki dla państw z PKB poniżej 60% średniej unijnej w oparciu o zrealizowane inwestycje wpisane do Krajowego Planu Inwestycyjnego	Derogacje dla energetyki dla państw z PKB poniżej 60% średniej unijnej w oparciu o inwestycje powyżej 12,5 mln euro wybrane w ramach procedury przetargu konkurencyjnego
Terminy przedstawienia przydziału bezpłatnych uprawnień do Komisji Europejskiej	30 września 2011 r. (w praktyce doszło do istotnych opóźnień)	30 września 2019 r. (brak potwierdzenia złożenia)

Sytuacja na rynku uprawnień do emisji

Niemal od samego początku obowiązywania systemu EU ETS ceny uprawnień do emisji pozostawały na stabilnym poziomie, a nawet ulegały obniżeniu w stosunku do ceny początkowej. Aż do 2018 r. cena uprawnień do emisji CO₂ w trzecim etapie / okresie rozliczeniowym wahała się w przedziale od 4 do 10 euro za tonę. Na stabilność systemu wpływ miał szereg czynników, z których najważniejszym była znacząca nadpodaż uprawnień do emisji powstała m.in. w okresie spowolnienia gospodarczego w latach 2008–2013. Zaobserwowany wtedy kryzys ekonomiczny skutkował mniejszą produkcją przemysłową oraz mniejszym zapotrzebowaniem na energię elektryczną i ciepłą. Tym samym kolejne pule uprawnień do emisji w ra-

mach systemu nie były wykorzystywane i przechodziły na kolejne lata, zwiększając ich podaż i utrzymując cenę na stabilnie niskim poziomie. Sytuacja rynkowa odwróciła się diametralnie w 2018 r.

Również obserwowany od tego czasu wzrost cen uprawnień do emisji miał charakter złożony. Wzrost gospodarczy w Europie był już zauważalny od dłuższego czasu i skutkował wzrostem produkcji przemysłowej i konsumpcji energii, która nadal w wielu krajach wytwarzana była z paliw kopalnych. Ponadto liczba uprawnień do emisji ulegała zmniejszeniu wskutek zastosowania mechanizmu automatycznego i systematycznego zmniejszania darmowych uprawnień do emisji czy też ich niecałkowitego wykorzystywania przez kraje takie jak Polska, co wykreowało ich nadpodaż w kolejnych latach.



Rysunek 2. Kontrakty Base Y-20 dla energii elektrycznej dla okresu od 1.07.2017 do 27.12.2020. Źródło: TGE

Ponadto same uprawnienia do emisji zaczęły być traktowane na rynku jako instrument finansowy. Tym samym zaczęły one podlegać spekulacjom, jak również interwencjom podejmowanym przez państwa członkowskie czy samą UE, mającym na celu podniesienie ich ceny (np. wspomniane *backloading* czy utworzenie rezerwy stabilizacyjnej). Na wzrost ceny uprawnień wpłynąć musiało również uzgodnienie zasad, na jakich system EU ETS ma funkcjonować w późniejszej perspektywie. Rynek odebrał wyraźny sygnał, że decydenci zamierzają dalej ograniczać emisję poprzez wzrost jej kosztów (czyli zwiększenie ceny uprawnień do emisji).

Kumulacja powyższych czynników doprowadziła do skokowego wzrostu cen uprawnień do emisji i do przebicia ceny 25 euro/tonę. Choć eksperci rynkowi wskazują, że ostatecznie można spodziewać się stabilizacji cen uprawnień na poziomie 25–35 euro/tonę, to nie należy się spodziewać powrotu do stanu sprzed 2018 r., nawet biorąc pod uwagę obecne zawirowania związane z pandemią koronawirusa. Taki wzrost cen uprawnień do emisji nie może pozostać bez wpływu na ceny energii elektrycznej, szczególnie w krajach o wysokim stopniu uzależnienia od paliw kopalnych, w tym głównie węgla kamiennego i brunatnego.

Podsumowanie

Kształt systemu EU ETS wywiera i w dającej się przewidzieć przyszłości będzie wywierać znaczący wpływ na kształt systemu energetycznego w całej Europie. Szczególnie mocno to uzależnienie odczuwać będą kraje takie jak Polska, w których produkcja energii elektrycznej odbywa się w źródłach wysoko emisyj-

nych. Utrzymanie takiego stanu rzeczy powodować będzie wzrost kosztów wytwarzania energii, który z kolei przekładać się będzie na wzrost kosztów działalności gospodarczej prowadzonej w innych sektorach gospodarki, czy to poprzez wzrost cen samej energii, czy to poprzez wzrost cen uprawnień do emisji, które muszą być nabywane również przez inne przedsiębiorstwa.

Taki stan rzeczy powinien stymulować zmiany w sektorze energetycznym polegające na odchodzeniu od źródeł węglowych na rzecz zasilania gazem (który powoduje mniejsze emisje), źródeł bezemisyjnych (energii wiatru, słońca czy wody, energetyka atomowa) lub innych źródeł pozostających poza systemem EU ETS (np. biomasa).

Przedsiębiorcy przemysłowi chcący ograniczyć ceny energii elektrycznej mogą także w najbliższej przyszłości postawić na rozwój energetyki przemysłowej i wytwarzanie energii we własnym zakresie na potrzeby swojej działalności. Może to się odbywać zarówno poprzez źródła odnawialne, jak i poprzez mniejsze jednostki do 20 MW, które również pozostają poza systemem.

Dodatkowym mechanizmem – dotychczas niestosowanym w Polsce, a akceptowalnym na gruncie prawa europejskiego – jest system rekompensat dla przedsiębiorstw energochłonnych, których działalność jest szczególnie narażona przez wzrost cen energii. Wiele państw unijnych stosuje mechanizm rekompensat już od dawna. W Polsce pierwsze regulacje w tym zakresie uchwalone zostały dopiero w 2019 r.

BIBLIOGRAFIA:

- Karski L., *System handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych. Komentarz*, Lex 2012.
- dem Moore N., Großkurth P., Themann M., *Multinational corporations and the EU Emissions Trading System: The spectre of asset erosion and creeping deindustrialization*, „Journal of Environmental Economics and Management”, Vol. 94, March 2019.
- Naegele H., Zaklanz A., *Does the EU ETS Cause Carbon Leakage in European Manufacturing?*, DIW Berlin Discussion Papers, German Institute for Economic Research, 1689/2017.
- Przybojewska I., *Ocena mechanizmu rezerwy stabilności rynkowej w świetle unijnego systemu handlu emisjami*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 12.
- Verbruggena A., Laes E., Woerdman E., *Anatomy of Emissions Trading Systems: What is the EU ETS?*, „Environmental Science & Policy”, Vol. 98, August 2019.



Marek DOLATOWSKI

[adwokat, Wardyński & Partners]



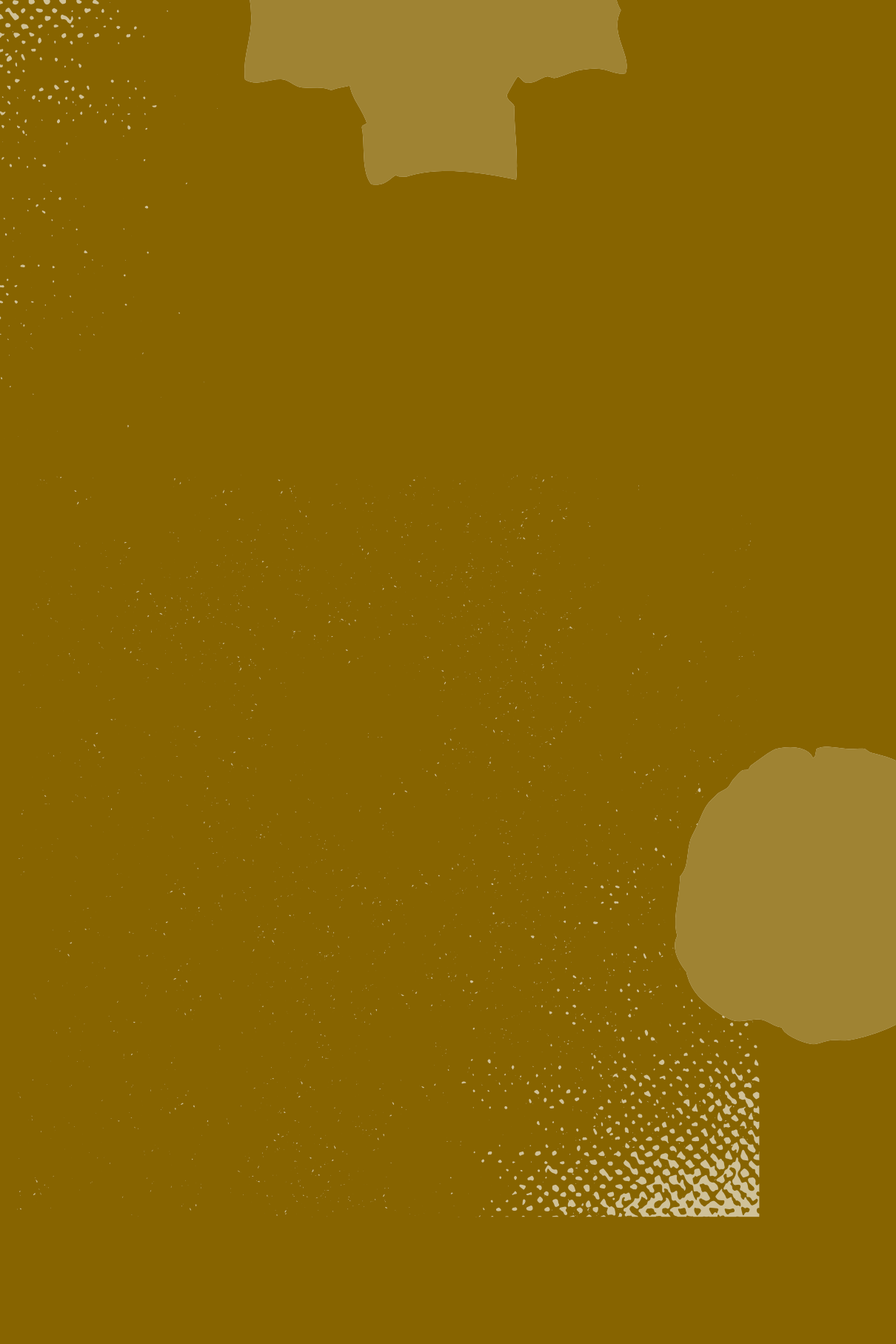
Radosław WASIAK

[adwokat, Wardyński & Partners]

Why are electricity prices rising in Poland? The rules for operation of the EU Emissions Trading System and its impact on the electricity market in Poland

The article presents one of the most important factors influencing electricity prices in the European Union, particularly in member states where high-emission fossil-fuel sources constitute a significant part of the energy mix. Greenhouse gas emission allowances have increased in price by several hundred percent in the course of over one year. For power stations to operate, they have to buy an appropriate number of allowances (some of which they receive for free in Poland), because one of the side effects of their operations is the emission of greenhouse gases into the atmosphere. The costs of purchasing allowances are passed on to electricity consumers, causing an increase in the price of electricity. The article describes the operating rules of the EU Emissions Trading System under which allowances are issued and traded, and emissions from installations within the system are accounted for.

EU ETS | EMISSION ALLOWANCES | CO₂ | ELECTRICITY | ELECTRICITY PRICES





dr Mateusz TCHÓRZEWSKI

[radca prawny, adiunkt w Katedrze Prawa Finansowego i Ekonomii
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie]

Zwolnienie od akcyzy zakładów energochłonnych – wybrane problemy interpretacyjne

Artykuł poświęcony jest wybranym problemom interpretacyjnym związanym ze zwolnieniem od akcyzy zakładów energochłonnych, przewidzianym w art. 31d ustawy o podatku akcyzowym. Uwzględniono w nim przede wszystkim orzecznictwo sądów administracyjnych, w ograniczonym stopniu także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, a także stanowiska organów administracji skarbowej. W szczególności omówiono problem prowadzenia przez dany podmiot także działalności nieobjętej przedmiotowym zwolnieniem, korzystania przezeń jednocześnie z różnych zwolnień z podatku akcyzowego oraz zakres pojęcia kosztów rzeczywistych nabycia energii elektrycznej. Odniesiono się także zwięźle do specyfiki stosowanej w odpowiednim zakresie wykładni prawa. Opracowanie zawiera ponadto próbę syntetycznego omówienia szerszego kontekstu funkcjonowania przedmiotowego zwolnienia.

ZAKŁADY ENERGOCHŁONNE | AKCYZA | PODATEK AKCYZOWY | ZWOLNIENIE |
KOSZTY ENERGII

Wstęp

Przed dokonaniem dogmatycznej analizy zwolnienia z akcyzy zakładów energochłonnych warto zwięźle przedstawić szerszy kontekst tego zagadnienia. Daniny publiczne obejmujące energię i nośniki energii odgrywają istotną i rosnącą rolę w funkcjonowaniu gospodarki. Jest to bezpośrednio pokłosie

rewolucji przemysłowej (przemysłowych), którą można zdefiniować między innymi jako całość zmian technicznych¹, ekonomicznych i społecznych

¹ Warto tu wskazać na pewną niejasność wzajemnych relacji terminów „technologia” i „technika”. W języku polskim pewne wątpliwości w tym zakresie pojawiły się w związku z szerokim wykorzystaniem zapożyczeń z języka angielskiego. Angielskiemu

wynikających z przejścia od gospodarki opartej na wykorzystaniu biologicznych, odnawialnych źródeł energii takich jak mięśnie, woda, wiatr czy drewno do gospodarki opartej na mineralnych źródłach energii (w XVII-XIX w. – węgiel, w XX w. – ropa naftowa)².

Obecnie można zaobserwować trendy polegające nie tylko na coraz szerszym zastępowaniu przez automaty pracy fizycznej, ale także coraz szerszym wykorzystaniu ich potencjału w pracy umysłowej³. W związku z powyż-

„*technology*” odpowiada polski termin „*technika*”, zaś angielskiemu terminowi „*technique*” polskie „*technologia*” lub „*metoda*”. Zob. Z. Łucki, *Proszę. Nie mówmy „technologia na technikę!*” https://www.uci.agh.edu.pl/bip/63/11_63.htm (dostęp: 1.06.2020 r.).

² <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/rewolucja-przemyslowa;3967502.html> (dostęp: 1.06.2020 r.). Rewolucję przemysłową określa się także między innymi jako procesy zmian z gospodarki rolniczej i rękodzielniczej do gospodarki, w której główną rolę odgrywa przemysł oraz produkcja maszynowa (Zob. <https://www.britannica.com/event/Industrial-Revolution> <dostęp: 1.06.2020 r.>). Co ciekawe w piśmiennictwie brytyjskim można spotkać się z poglądem, zgodnie z którym termin ten został po raz pierwszy spopularyzowany przez Arnolda Toynbee’ego, angielskiego historyka ekonomii, przy opisanu przemian gospodarczych zachodzących w Zjednoczonym Królestwie w drugiej połowie XVIII wieku i pierwszej połowie XIX wieku (zob. <https://www.britannica.com/event/Industrial-Revolution> <dostęp: 13.07.2019 r.>). Z kolei w piśmiennictwie francuskim wskazuje się, że do najwcześniejszych przypadków wykorzystania terminu „rewolucja przemysłowa” należało jego zastosowanie przez francuskiego ekonomistę Adolphe’a Blanqui’ego w 1837 r. w kontekście przemian zachodzących w gospodarce Zjednoczonego Królestwa na początku XIX wieku (zob. <http://langlois.blog.lemonde.fr/2018/08/11/la-revolution-industrielle-selon-adolphe-blanqui-1837/>) (dostęp: 1.06.2020 r.).

³ Jako przykład można tu podać Zrobotyzowaną Automatyzację Procesów (ang. *Robotic Process Automation*), która jest wykorzystywana m.in. w rachunkowości w zakresie ustrukturyzowanych, powtarzalnych, opartych na zasadach procesach bazujących na materiałach w formie cyfrowej. Zob. szerzej: J. Kokina, S. Blanchette, *Early evidence of digital labor in accounting: Innovation*

szym można spodziewać się, że rola energii, która nie jest bezpośrednio związana z funkcjonowaniem żywych organizmów, w szeroko rozumianych procesach gospodarczych będzie stale rosła⁴. Tym samym prawdopodobnie rosnąć będzie także rola publicznych danin energetycznych, wśród których istotne miejsce zajmuje podatek akcyzowy. Kształt tego podatku powinien – zdaniem autora – odpowiadać nie tylko potrzebom fiskalnym państwa, ale także specyfice przekształceń zachodzących w gospodarce tak krajowej, jak i regionalnej oraz światowej⁵. Można tu wskazać trzy zasadnicze aspekty, które nota bene znajdują zastosowanie także do innych niż podatek akcyzowy publicznych danin energetycznych:

- potrzeba zachowania i rozwijania konkurencyjności krajowej gospodarki, gdzie wyższe realne opodatkowanie naturalnie przekłada się na wyższe koszty i, co za tym idzie, zmniejsza konkurencyjność (zwolnienie od akcyzy zakładów energochłonnych należy rozpatrywać właśnie w tym kontekście),
- negatywny wpływ procesów gospodarczych na środowisko na-

with Robotic Process Automation, *International Journal of Accounting Information Systems*, Vol. 35, grudzień 2019, 100431.

⁴ W literaturze istnieją poglądy, zgodnie z którymi automatyzacja procesów produkcyjnych nie musi wiązać się ze zmniejszaniem zatrudnienia. Zob.: E. Camiña, A. Diaz-Chao, J. Torrent-Sellens, *Automation technologies: Long-term effects for Spanish industrial firms*, *Technological Forecasting and Social Change*, Vol. 151, luty 2020, 119828.

⁵ Szerzej w przedmiocie ewolucji podatków oraz ich funkcji zob.: C. Kosikowski, J. Matuszewski, *Geneza i ewolucja oraz funkcje podatków*, [w:] L. Etel (red.), *System prawa finansowego*. Tom III. Prawo daninowe, Oficyna 2010, s. 43–66.

turalne i potrzeba jego ochrony, gdzie struktura poszczególnych danin ma do odegrania istotną rolę w kontekście stymulowania rozwiązań sprzyjających zmniejszeniu tego wpływu,

- stymulowanie innowacji (automatyzacji) w procesach gospodarczych, co prawdopodobnie przełoży się na większą konkurencyjność gospodarki krajowej (a więc na jej długookresowy wzrost i, co za tym idzie, większe wpływy z danin publicznych).

Jednoczesne uwzględnienie w ramach systemu danin publicznych wszystkich wyżej wymienionych kwestii jest problematyczne, gdyż w istotnym stopniu wzajemnie się one wykluczają. Na przykład zwolnienia stymulujące konkurencyjność mogą w krótkim okresie ograniczać realizację celu fiskalnego, z kolei rozwiązania sprzyjające ochronie środowiska mogą wpływać negatywnie na konkurencyjność.

Zwolnienie z akcyzy zakładów energochłonnych na gruncie art. 31d ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (dalej: u.p.a.)⁶

Jak już nadmieniono, akcyza nakładana na energię elektryczną istotnie wpływa między innymi na jej cenę, przy czym w przypadku podmiotów zużywających znaczne ilości energii elektrycznej koszt akcyzy nierzadko przesądza o zyskowności produkcji

różnego rodzaju towarów⁷. W innych państwach członkowskich Unii Europejskiej energia elektryczna korzysta często z określonych preferencji w przypadku jej zużycia przez branże energochłonne, co wynika z potrzeby wspierania konkurencyjności zakładów przemysłowych⁸. Wprowadzenie tego rodzaju zwolnień w Polsce było wielokrotnie postulowane przez organizacje branżowe działające w gałęziach gospodarki potrzebujących dużych ilości energii elektrycznej. Przez wiele lat negowano możliwość ich wprowadzenia, a doszło do tego dopiero po zdjęciu z Polski procedury nadmiernego deficytu w 2015 r. Nastąpiło to drogą autopoprawki do procedowanej w Sejmie deregulacyjnej ustawy akcyzowej⁹. Przedmiotowe zwolnienie zostało przewidziane ustawą z 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw¹⁰, w związku z przepisem art. 17 ust. 1 dyrektywy Rady 2003/96/WE z 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej (dyrektywa energetyczna)¹¹. W literaturze wskazuje się, że przedmiotowe zwolnienie nadal nie

⁷ Sz. Parulski, *Akcyza. Komentarz*, wyd. III, komentarz do art. 31(d), teza 1, Wolters Kluwer 2016.

⁸ Inną normatywną determinantę cen energii, szczególnie istotną z punktu widzenia energochłonnych sektorów przemysłu, stanowi system handlu uprawnieniami do emisji gazów. Zob. szerzej: M. Rudnicki, K. Sobieraj, *Obecne i projektowane mechanizmy wsparcia umożliwiające redukcję kosztów energii w przemyśle energochłonnym w kontekście funkcjonowania systemu handlu uprawnieniami do emisji*, „Białostockie Studia Prawnicze”, z. 14, 2013, s. 29–39.

⁹ Sz. Parulski, *op.cit.*

¹⁰ Dz.U. z 2015 r. poz. 1479.

¹¹ Dz.U. UE. L. z 2003 r., nr 283 s. 51 z 31 października 2003 r.

⁶ t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 864.

realizuje wszystkich postulatów zainteresowanej branży¹².

Analizowana norma przewiduje szereg warunków w zakresie możliwości skorzystania z omawianego zwolnienia. W pierwszej kolejności korzystający musi być zakładem energochłonnym wykorzystującym energię elektryczną (dalej: zakład) w rozumieniu art. 31d ust. 2 u.p.a. Zgodnie z tym przepisem zakładem jest podmiot, w którym udział kosztów wykorzystanej energii elektrycznej w wartości produkcji sprzedanej w roku podatkowym, za który składany jest stosowny wniosek, wynosi ponad 3%. Zakład nie może być mniejszy niż zorganizowana część przedsiębiorstwa rozumiana jako organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązań, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania. Aby skorzystać ze zwolnienia z art. 31d u.p.a., zakład musi wykonywać działalność gospodarczą określoną w art. 31d ust. 1 pkt 1 tego aktu prawnego. Ustawodawca zidentyfikował te rodzaje działalności, posługując się kodami Polskiej Klasyfikacji Działalności¹³. Ponadto zakład

powinien prowadzić księgi rachunkowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości (art. 31d ust. 1 pkt 2 u.p.a.) i nie korzystać w stosunku do odpowiedniej energii elektrycznej ze zwolnienia od akcyzy, o którym mowa w art. 30 ust. 7a u.p.a.¹⁴ Przedmiotowe zwolnienie jest realizowane przez zwrot części zapłaconej akcyzy od energii elektrycznej wykorzystywanej przez dany zakład. Kwotę zwrotu części zapłaconej akcyzy oblicza się, w myśl art. 31d ust. 3, według następującego wzoru¹⁵:

$$Z = \frac{K\% - 3\%}{K\%} \times (20 - 0,5 \times W) \times E \times 0,85$$

Zgodnie z art. 31d ust. 8 u.p.a. do wniosku o zwrot kwoty zwracanej częściowo akcyzy, którego warunki formalne określono w art. 31d ust. 7 u.p.a., dołącza się dokumenty, na podstawie których określono koszty wykorzystanej energii elektrycznej, oraz opinię biegłego re-

zania i przetwarzania produktów rafinacji ropy naftowej (1920); produkcji nawozów i związków azotowych (2015); produkcji podstawowych substancji farmaceutycznych (2110); produkcji metali szlachetnych (2441); produkcji miedzi (2444); wytwarzania paliw jądrowych (2446); produkcji cementu (2351); odlewnictwa żeliwa (2451); produkcji magnetycznych i optycznych nośników informacji (2680); odlewnictwa metali lekkich (2453); odlewnictwa miedzi i stopów miedzi, odlewnictwa pozostałych metali nieżelaznych, gdzie indziej niesklasyfikowanego (2454).

¹⁴ Zwolnienie to dotyczy energii elektrycznej wykorzystywanej do celów redukcji chemicznej; w procesach elektrolitycznych; w procesach metalurgicznych; w procesach mineralogicznych.

¹⁵ Gdzie: Z – kwota zwracanej częściowo akcyzy (w złotych); K – udział kosztów wykorzystanej energii elektrycznej w wartości produkcji sprzedanej w roku podatkowym, za który składany jest odpowiedni wniosek; W – kurs euro w stosunku do złotego, obowiązujący w pierwszym dniu roboczym października roku poprzedzającego rok, za który składany jest odpowiedni wniosek; E – łączne zużycie energii elektrycznej wyrażone w megawatogodzinach w roku podatkowym, za który składany jest odpowiedni wniosek.

¹² J. Matarewicz, *Ustawa o podatku akcyzowym. Komentarz*, wyd. III, komentarz do art. 31(d), teza 10, Lex 2019.

¹³ Dotyczy to między innymi: wydobywania węgla kamiennego (0510); górnictwa pozostałych rud metali niezależnych (0729), wydobywania kamieni ozdobnych oraz kamienia dla potrzeb budownictwa, skał wapiennych, gipsu, kredy i łupków (0811); wydobywania minerałów dla przemysłu chemicznego oraz do produkcji nawozów (0891); pozostałego górnictwa i wydobywania, gdzie indziej nie sklasyfikowanego (0899); wytwa-

widenta potwierdzającą prawidłowość wyliczenia udziału kosztów wykorzystanej energii elektrycznej w wartości produkcji sprzedanej w roku podatkowym, za który składany jest wniosek.

Wątpliwości interpretacyjne

- **Jeden zakład a wiele rodzajów działalności**

Przepisy regulujące zwolnienie od akcyzy zakładów energochłonnych były przedmiotem pewnych wątpliwości interpretacyjnych. Jedna z nich dotyczyła dopuszczalności zastosowania zwolnienia w sytuacji, gdy dany podmiot prowadzi nie tylko działalność wymienioną w przepisie art. 31d ust. 1 pkt 1 u.p.a., ale też inną działalność, która nie jest wymieniona w tym przepisie i która stanowi działalność podstawową (przeważającą) przy jednoczesnym wypełnianiu przez dany podmiot warunków kosztowych do uznania go za zakład energochłonny.

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Krakowie z 9 stycznia 2018 r.¹⁶ wskazano, że brzmienie art. 31d ust. 1 pkt 1 u.p.a. nie ogranicza możliwości skorzystania przez dany podmiot z omawianego zwolnienia. Sąd uznał, że ustawodawca intencjonalnie nie wprowadził w przepisie art. 31d ust. 1 pkt 1 zapisu o „działalności przeważającej” i tym samym umożliwił skorzystanie z omawianego zwolnienia także podmiotom wykonującym działalność produkcyjną wymienioną w tym przepisie i jednocześnie prowadzącym inny rodzaj działalności, który jest

przeważający (podstawowy, główny) w ich całej działalności. Sąd opierał tu swoje rozstrzygnięcie na założeniu, zgodnie z którym w doktrynie prawa oraz orzecznictwie sądowym utrwalone jest stanowisko, że przy jakiegokolwiek interpretacji przepisów prawa podatkowego i próbach odkodowania zawartych w nich norm prawnych należy posługiwać się przede wszystkim wykładnią językową (gramatyczną). Odwołano się w szczególności do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 29 listopada 1999 r.¹⁷, gdzie wskazano, że dokonując tego rodzaju wykładni, należy ustalić w pierwszej kolejności, czy wyraz budzący wątpliwości ma definicję legalną w odpowiednim akcie prawnym. Następnie, w razie braku definicji legalnej, należy ustalić, czy dany zwrot ma swoje znaczenie powszechnie ustalone w języku prawniczym danej gałęzi prawa. W dalszej kolejności należy odwołać się do języka potocznego. Wskazano tu, że dopiero po przeprowadzeniu wyżej wymienionych czynności, jeżeli nie udało się dojść do jasnego rezultatu, konieczne jest sięgnięcie do dalszych dyrektyw interpretacyjnych w celu wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości. Odwołano się także do uchwały Trybunału Konstytucyjnego z 26 marca 1996 r.¹⁸, zgodnie z którą w prawie podatkowym wykładnia celowościowa powinna być stosowana w ścisłym powiązaniu z wykładnią językową i systemową, a interpretacja celu powinna mieć raczej charakter dodatkowy, a nie główny i jedyny.

Odmienne stanowisko zajął, jak się wydaje, WSA w Warszawie w wyroku

¹⁶ I SA/Kr 1176/17, Lex nr 2433995.

¹⁷ FPK 3/99, ONSA 2000/2/59.

¹⁸ W 13/95, OTK 1996/2/12.

z 12 października 2017 r.¹⁹, uznając, że językowa (gramatyczna) wykładnia art. 31d ust. 1 prowadzi do wniosku, że aby możliwe było skorzystanie ze sformułowanego w tym przepisie zwolnienia podatkowego, dany podmiot musi prowadzić działalność w ściśle wskazanych dziedzinach gospodarczych i musi to być działalność główna, podstawowa dla danego podmiotu. Także w tym orzeczeniu odwołano się do orzecznictwa sądów administracyjnych, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, z którego wynika, że przepisy prawa podatkowego powinny być interpretowane zgodnie z ich znaczeniem językowym, w szczególności w odniesieniu do ulg i zwolnień podatkowych. Podkreślono przy tym, nawiązując do orzeczenia Sądu Najwyższego z 7 maja 1997 r.²⁰ oraz wyroku NSA z 17 lipca 2002 r.²¹, że wymagana jest ścisła interpretacja przepisów wprowadzających przywileje podatkowe. Powołano także wyrok NSA z 9 sierpnia 2012 r.²², w którym podkreśla się prymat wykładni językowej nad innymi rodzajami wykładni, w szczególności w zakresie wykładni przepisów prawa podatkowego wprowadzających ulgi i zwolnienia podatkowe. W konsekwencji wskazano, że odmienna interpretacja przepisu art. 31d ust. 1 u.p.a. mogłaby skutkować stworzeniem groźnego precedensu umożliwiającego obchodzenie przepisów ustawowych. Przedsiębiorstwa energochłonne rozpoczęłyby bowiem w sposób sztuczny szczytkową produkcję w dziedzinach wymienionych w art. 31d ust. 1 u.p.a.

jedynie po to, by uzyskać zwolnienie podatkowe na rzecz całości prowadzonej przez siebie działalności. Przywołano tu *ratio legis* przepisu art. 31d u.p.a. We wspomnianych wyżej orzeczeniach dotyczących warunków zastosowania zwolnienia z art. 31d u.p.a. sądy w obu przypadkach podkreśliły pierwszeństwo stosowania wykładni językowej przy odkodowywaniu norm zawartych w przepisach prawa podatkowego, dochodząc przy tym do różnych wniosków.

Na tej kanwie można rozpatrywać dwa zazębiające się problemy. Pierwszy dotyczy zasad stosowania różnych metod wykładni prawa w zakresie przepisów prawa podatkowego, drugi zaś dotyczy właściwej interpretacji przedmiotowych elementów przepisu art. 31d u.p.a. Wydaje się, że można żywić pewne wątpliwości co do podkreślanego w piśmiennictwie i orzecznictwie sądowym szczególnego prymatu wykładni językowej w odniesieniu do przepisów prawa podatkowego. Warto w tym kontekście wskazać na pogląd B. Brzezińskiego, zgodnie z którym przy interpretacji przepisów prawa podatkowego zastosowanie powinny znajdować, co do zasady, analogiczne reguły interpretacyjne do stosowanych w innych dziedzinach prawa²³. Wątpliwości odnośnie do zasadności przyznawania szczególnego prymatu wykładni językowej w kontekście prawa podatkowego wydaje się potęgować specyfika tej dziedziny prawa polegająca na relatywnie częstym występowaniu bardzo złożonych w swojej konstruk-

¹⁹ V SA/Wa 2282/16, Lex nr 2434388.

²⁰ III RN 22/97, OSNP 1998/5/142.

²¹ I SA/Wr 469/00, Lex nr 77858.

²² II FSK 47/11, Lex nr 1244354.

²³ Zob. B. Brzeziński, *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2002, s. 14.

cji i niejednoznacznych przepisów, na kanwie których często nie sposób sformułować pojedynczej interpretacji ich znaczenia.

Dobrym przykładem takiego stanu rzeczy jest treść art. 12 ust. 1 ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych²⁴ regulująca jedną z kluczowych instytucji tego podatku, jaką są przychody osoby prawnej tworzące podstawę opodatkowania. Ustawodawca uregulował tę instytucję, zamieszczając w wyżej wymienionym przepisie otwarty katalog zdarzeń będących przychodami osoby prawnej tworzącymi podstawę opodatkowania (o otwartym charakterze tego katalogu przesądza użyte w przedmiotowym przepisie sformułowanie „w szczególności”). Wydaje się, że odkodowanie normy prawnej z wyżej wymienionego przepisu, przy zastosowaniu wykładni językowej, graniczy z niewykonalnością²⁵.

Odnosząc te wątpliwości do omówionych wcześniej orzeczeń sądowych można zastanowić się nad językową interpretacją przepisu art. 31d ust. 1 u.p.a. Jest tam mowa o różnych rodzajach działalności i rzeczywiście ustawodawca nie sformułował *expressis verbis* wymogu, aby działalności te miały charakter wiodący dla danego podmiotu. Należy zatem postawić pytanie, czy przedmiotowe zwolnienie powinno znaleźć zastosowanie w pełnym zakresie nawet wówczas, gdyby dany podmiot jedynie w niewielkim

stopniu prowadził działalność z art. 31d ust. 1 u.p.a., prowadząc w znacznym zakresie inne rodzaje działalności, nieprzewidziane przez ustawodawcę w wyżej wymienionym przepisie. Jak się wydaje, literalne brzmienie omawianego przepisu mogłoby przemawiać za właśnie taką interpretacją. Może ona jednak prowadzić do wypaczeń, których ryzyko wystąpienia dostrzegł WSA w Warszawie w wyroku z 12 października 2017 r.

Rozstrzygnięcia tej wątpliwości można poszukiwać w treści powoływanych w przedmiotowych orzeczeniach poglądów w zakresie prymatu wykładni językowej w odniesieniu do przepisów prawa podatkowego. Zdają się one nie wykluczać jednoznacznie możliwości zastosowania innych niż językowa metod wykładni wówczas, gdy nie daje ona jednoznacznych rezultatów. Mając to na uwadze, słuszny wydaje się pogląd, zgodnie z którym nie należy pomijać intencji ustawodawcy oraz faktycznych skutków przyjęcia konkretnej interpretacji danego przepisu prawa podatkowego w toku jego wykładni.

Warto mieć tu także na uwadze kwestię moralności podatkowej podatników. Moralność podatkowa rozumiana jest tu jako postawa, w ramach której podatnik rzetelnie i w dobrej wierze współpracuje z władzą podatkową, stosując prawo podatkowe, nie uciekając się do stosowania interpretacji niezgodnych z jego duchem w celu osiągnięcia określonych, nieuzasadnionych z tego punktu widzenia korzyści. Potwierdzenie tego rodzaju działań może mieć negatywny wpływ na tak pojętą moralność podatkową, a nawet potencjalnie przyczynić się do swoistego zachęcania podatników

²⁴ t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 865.

²⁵ Por. więcej na ten temat M. Tchórzewski, *Przychody osoby prawnej nietworzące podstawy opodatkowania w podatku dochodowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

do obchodzenia przepisów prawa podatkowego. Warto także nadmienić, że ustawodawca w pewnym sensie wydaje się akceptować potrzebę stosowania wykładni celowościowej w odniesieniu do prawa podatkowego z uwagi na między innymi brzmienie art. 119a § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa²⁶ (klauzula antyabuzyjna), który przewiduje brak osiągnięcia korzyści podatkowej, jeżeli osiągnięcie tej korzyści, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania, a sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania).

- **Jednokrotność zwolnienia z podatku**

Kolejny problem dotyczy kwestii, czy prawo do skorzystania ze zwolnień powinno być rozpatrywane oddzielnie i czy można na gruncie u.p.a. wykluczyć sytuację, w której ten sam podmiot będzie uprawniony do skorzystania ze zwolnienia w związku z realizacją procesu mineralogicznego z art. 30 ust. 7a u.p.a. oraz ze zwolnienia z art. 31d u.p.a. Wątpliwość miała tu związek z zastosowaniem wobec energii elektrycznej, do której nie stosowano mechanizmu częściowego zwrotu akcyzy dla zakładu energochłonnego z art. 31d u.p.a., zwolnienia z akcyzy dla procesów mineralogicznych z art. 30 ust. 7a u.p.a.

W wyroku z 14 grudnia 2016 r.²⁷ WSA w Gliwicach uznano, że zwolnienie

z art. 31d ust. 1 u.p.a. realizowane przez zwrot części zapłaconej akcyzy od wykorzystanej energii elektrycznej znajduje odniesienie do całego zakładu w określonej przepisem działalnością gospodarczej. Odnosi się ono do całej energii elektrycznej wykorzystywanej przez ten zakład w danej działalności.

Jeśli dany zakład wykonuje działalność gospodarczą objętą kodami Polskiej Klasyfikacji Działalności uprawniającymi do zwolnienia oraz zużywa energię elektryczną w procesach mineralogicznych, ma prawo skorzystać tylko z jednego rodzaju zwolnienia. Rozstrzygnięcie to zapadło w nawiązaniu do orzecznictwa sądów administracyjnych, w którym wielokrotnie podkreślano, że wszelkie przepisy dotyczące ulg i zwolnień podatkowych, będąc odstępstwem od zasady powszechnego opodatkowania, powinny być interpretowane w sposób ścisły. Mając to na uwadze, sąd podkreślił, że skoro ustawodawca przyjął, że zwolnienie od akcyzy przysługuje zakładowi energochłonnemu, który wykorzystuje energię elektryczną w ściśle określony sposób, jednocześnie zawierając warunek negatywny niekorzystania w stosunku do energii elektrycznej ze zwolnień z art. 30 ust. 7a u.p.a., to nie ma podstaw dla jednoczesnego obejmowania energii elektrycznej katalogiem zwolnień określonych odrębnymi regulacjami z art. 30 ust. 7a u.p.a. i art. 31d ust 1 u.p.a.

- **Koszty wykorzystanej energii**

Kolejna wątpliwość wiązała się z zakresem pojęcia kosztów wykorzystanej energii elektrycznej z art. 31d ust. 2 u.p.a.

²⁶ t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 900.

²⁷ III SA/GI 1142/16, Lex nr 2205511.

WSA w Bydgoszczy w wyroku z 16 października 2018 r.²⁸ uznał, że koszty te obejmują jedynie koszty energii elektrycznej wraz z podatkami, z wyłączeniem podatku od towarów i usług oraz opłat dodatkowych wynikających z faktur za energię elektryczną, a także z wyłączeniem innych opłat wynikających z obowiązków przedsiębiorcy. Opłaty dystrybucyjne będące wydatkami (kosztami) na nabycie usług, a nie samej energii elektrycznej, nie mieszczą się w zakresie pojęcia kosztów rzeczywistych nabycia energii elektrycznej. Podobne stanowiska sformułowano w orzeczeniu WSA w Gliwicach z 29 sierpnia 2017 r.²⁹ oraz w orzeczeniu WSA w Gliwicach z 26 października 2017 r.³⁰, w których uznano, że pojęcie „udział kosztów wykorzystanej energii elektrycznej” nabytej od dostawcy zewnętrznego dotyczy jedynie energii elektrycznej wraz z podatkami z wyłączeniem podatku od towarów i usług oraz opłat dodatkowych wynikających z faktur za energię elektryczną, a także z wyłączeniem innych opłat wynikających z obowiązków przedsiębiorcy. Koszty opłat dodatkowych (w tym opłaty dystrybucyjne) nie są podatkami, a więc nie mogą być zaliczone do kosztów nabycia energii elektrycznej. Podobne tezy, dotyczące zakresu pojęcia „koszty wykorzystanej energii elektrycznej”, znalazły się w wyroku WSA w Lublinie z 21 lutego 2017 r.³¹, wyroku WSA we Wrocławiu z 4 stycznia 2017 r.³² oraz wyroku WSA w Gdańsku z 5 października 2016 r.³³

WSA w Gliwicach w orzeczeniu z 26 października 2017 r. wskazał także na potrzebę brania pod uwagę celu, dla którego zwolnienie zostało wprowadzone, z czego wynika brak możliwości stosowania wybiórczego definiowania niektórych tylko zwrotów.

Pogląd, zgodnie z którym koszty opłat dystrybucyjnych i innych opłat dodatkowych wynikających z faktur dokumentujących sprzedaż energii elektrycznej danemu podmiotowi nie mogą być zaliczone do kosztów wykorzystania energii elektrycznej, można znaleźć w piśmie Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (KIS) z 2 listopada 2017 r.³⁴ W odniesieniu do udziału kosztów wykorzystanej energii elektrycznej przez zakład energochłonny, o którym mowa w art. 31d u.p.a., w kontekście samodzielnego wytwarzania energii elektrycznej w pewnej części przez dany podmiot, zajął stanowisko Dyrektor KIS w piśmie z 20 października 2017 r.³⁵ W myśl tego stanowiska nie ma podstaw, aby w sytuacji, gdy dany podmiot w określonej części samodzielnie wytwarza na własne potrzeby energię elektryczną, traktować tę energię odmiennie od energii nabywanej od dostawcy zewnętrznego, której wartość uwzględnia nakłady poniesione na jej wytworzenie³⁶. W związku z powyższym do udziału kosztów wykorzystanej energii elektrycznej przez zakład energochłonny z art. 31d ust. 2 u.p.a. należy wliczyć niezbędne nakłady poniesione do wytworzenia we własnym zakresie energii elektrycznej wraz

²⁸ I SA/Bd 550/18, Lex nr 2604227.

²⁹ III SA/GI 606/17, Lex nr 2376610.

³⁰ III SA/GI 764/17, Lex nr 2400714.

³¹ I SA/Lu 934/16, Lex nr 2279365.

³² I SA/Wr 684/16, Lex nr 2230769.

³³ I SA/Gd 975/16, Lex nr 2141743.

³⁴ 0111-KDIB3-3.4013.172.2017.1.WR.

³⁵ 0111-KDIB3-3.4013.155.2017.2.MK.

³⁶ Analogiczną tezę sformułowano w piśmie z 16 grudnia 2016 r. (2461-IBPP4.4513.334.2016.1.MK).

z podatkami, z wyłączeniem podatku od towarów i usług oraz z wyłączeniem kosztów poniesionych na wytworzenie energii elektrycznej, która została sprzedana na zewnątrz.

- **Definicja zakładu energochłonnego**

Kolejną kwestią będącą przedmiotem rozstrzygnięcia przed sądem było obliczenie współczynnika, na podstawie którego jest definiowany zakład energochłonny. Istota kontrowersji polegała na tym, czy na podstawie art. 31 d ust. 2 u.p.a. do obliczenia progu energochłonności należy uwzględnić koszt nabycia energii elektrycznej wraz ze wszelkimi opłatami dodatkowymi (w tym opłatą dystrybucyjną), to jest całość kosztów związanych z dostawą energii elektrycznej bez podatku od towarów i usług, czy też uwzględniony powinien być tylko koszt nabycia energii elektrycznej wraz z podatkami, z wyłączeniem podatku od towarów i usług oraz z wyłączeniem opłat dodatkowych (w tym opłat dystrybucyjnych).

W wyroku WSA w Warszawie z 9 listopada 2017 r.³⁷ sąd stwierdził, że przy obliczaniu wyżej wymienionego współczynnika należy uwzględniać jedynie wartość samej nabytej i wykorzystanej energii elektrycznej wraz z podatkami, jednak z wyłączeniem podatku od towarów i usług. Sąd uznał tu, że wykładnia językowa prowadzi do wniosku, zgodnie z którym opłaty dystrybucyjne lub podobne świadczenia nie są składnikiem energii elektrycznej nabywanej lub wytwarzanej, ani nie stanowią podat-

ków, które należałoby w myśl art. 31d ust. 2 u.p.a. doliczyć do wartości energii elektrycznej. W ocenie sądu nabywanie energii elektrycznej wiąże się z koniecznością ponoszenia poza samą zapłatą za energię także opłat dystrybucyjnych i podobnych. Opłaty te stanowią jednak wynagrodzenie nie za energię elektryczną, ale za odrębną od energii usługę dystrybucji. Wydatki (koszty) poniesione na nabycie usług dystrybucyjnych nie mieszczą się w zakresie pojęcia „koszty rzeczywiste nabycia energii elektrycznej”. Opłaty dystrybucyjne nie stanowią w tym ujęciu podatków, rozumianych jako świadczenia pieniężne, których obowiązek ponoszenia na rzecz państwa, jednostek samorządu terytorialnego, państwowych funduszy celowych oraz innych jednostek sektora finansów publicznych wynika z odrębnych ustaw. Ich ponoszenie jest koniecznością w przypadku korzystania z energii elektrycznej, która nie jest wytwarzana samodzielnie. Niemniej jednak, jako że nie są podatkami, nie mogą stanowić dodatkowego elementu kosztów, który obok kosztów samej energii elektrycznej zaliczany jest do zakresu pojęciowego „rzeczywistego kosztu nabycia energii elektrycznej”. Warto przy tym zaznaczyć, że polski ustawodawca, wprowadzając przedmiotowe zwolnienie, zdecydował się na zastosowanie nieco innych pojęć niż te, które zostały wykorzystane w dyrektywie energetycznej. W doktrynie istnieje pogląd, zgodnie z którym pojęcia wykorzystane przez polskiego ustawodawcę są mniej precyzyjne niż te przewidziane przez wspomnianą dyrektywę³⁸.

³⁷ V SA/Wa 2861/16, Lex nr 2447201.

³⁸ Zob. M. Lewandowski, P. Pest, *Udział kosztów wykorzystanej energii elektrycznej a zwolnienie*

Podsumowanie

Zwolnienie z art. 31d u.p.a. stanowi zdaniem autora istotny problem zarówno teoretyczny, jak i praktyczny. Wątpliwości powstałe na tle interpretacji tego przepisu wiążą się z szerszą problematyką specyfiki dokonywania wykładni przepisów prawa podatkowego. Są przy tym istotne z punktu widzenia interesów poszczególnych podmiotów zainteresowanych skorzystaniem z omawianego zwolnienia oraz z punktu widzenia konkurencyjności polskiej gospodarki. Jedną z zasadniczych wątpliwości wydaje się to, w jakich uwarunkowaniach i w jakim stopniu dopuszczalne jest stosowanie innych niż językowa metod wykładni prawa podatkowego wobec odpowiednich przepisów dotyczących zwolnień podatkowych.

Trudności w stosowaniu zwolnienia od akcyzy zakładów energochłonnych dotyczą w szczególności rodzajów prowadzonych jednocześnie działalności, jednoczesnego korzystania z różnych zwolnień, pojęcia kosztów nabycia energii oraz definicji zakładu energochłonnego.

Te trudności interpretacyjne dostarczają interesujących przykładów poglądów sądów administracyjnych dotyczących specyfiki wykładni prawa podatkowego. Są one zarazem istotnym źródłem niepewności z punktu widzenia podatników zainteresowanych skorzystaniem z przedmiotowego zwolnienia.

Zmiany zachodzące współcześnie w gospodarce związane w szczególności z automatyzacją i cyfryzacją oraz rosnącym naciskiem na potrzebę ochrony środowiska naturalnego wskazują na to, że prawdopodobnie przybywać będzie w podatku akcyzowym zwolnień z opodatkowania, które będą uwzględniały te kwestie. Prawdopodobnie procesy automatyzacji pracy (w tym pracy umysłowej) będą wiązać się z zaburzeniami społeczno-gospodarczymi³⁹. Podatek akcyzowy będzie miał do odegrania istotną rolę w stymulowaniu procesów związanych z automatyzacją, a następnie w zapewnianiu środków finansowych umożliwiających łagodzenie jej negatywnych następstw. W konsekwencji rosnąć będzie zarówno znaczenie prawidłowego tworzenia relewantnych przepisów, jak i ich wykładni.

z podatku akcyzowego zakładów energochłonnych. Glosa do wyroku WSA z 5 października 2016 r., I SA/Gd 975/16, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2017, nr 2, s. 67.

³⁹ Wydaje się, że nawet jeżeli automatyzacja pracy nie musi wiązać się z redukcją zatrudnienia, będzie ona prawdopodobnie powodować daleko idące zmiany w jego strukturze. Państwo będzie miało w związku z tym do odegrania rolę w zakresie pomocy tracącym pracę osobom w nabyciu nowych, niezbędnych umiejętności (względnie zapewnienia takim osobom niezbędnego wsparcia socjalnego).

BIBLIOGRAFIA:

- Brzeziński B., *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2002.
- Camiña E., Diaz-Chao A., Torrent-Sellens J., *Automation technologies: Long-term effects for Spanish industrial firms*, *Technological Forecasting and Social Change*, Vol. 151, luty 2020, 119828.
- Kokina J., Blanchette S., *Early evidence of digital labor in accounting: Innovation with Robotic Process Automation*, *International Journal of Accounting Information Systems*, Vol. 35, grudzień 2019, 100431.
- Kosikowski C., Matuszewski J., *Geneza i ewolucja oraz funkcje podatków*, [w:] Etel L. (red.), *System prawa finansowego. Tom III. Prawo daninowe*, Oficyna, Warszawa 2010.
- Matarewicz J., *Ustawa o podatku akcyzowym. Komentarz, wyd III, komentarz do art. 31(d), teza 10*, Lex 2019.
- Lewandowski M., Pest P., *Udział kosztów wykorzystanej energii elektrycznej a zwolnienie z podatku akcyzowego zakładów energochłonnych. Glosa do wyroku WSA z dnia 5 października 2016 r., I SA/Gd 975/16*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2017, nr 2.
- Parulski Sz., *Akcyza. Komentarz, wyd. III, komentarz do art. 31(d), teza 1*, Wolters Kluwer 2016.
- Rudnicki M., Sobieraj K., *Obecne i projektowane mechanizmy wsparcia umożliwiające redukcję kosztów energii w przemyśle energochłonnym w kontekście funkcjonowania systemu handlu uprawnieniami do emisji*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 14.
- Tchórzewski M., *Przychody osoby prawnej nietworzące podstawy opodatkowania w podatku dochodowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.



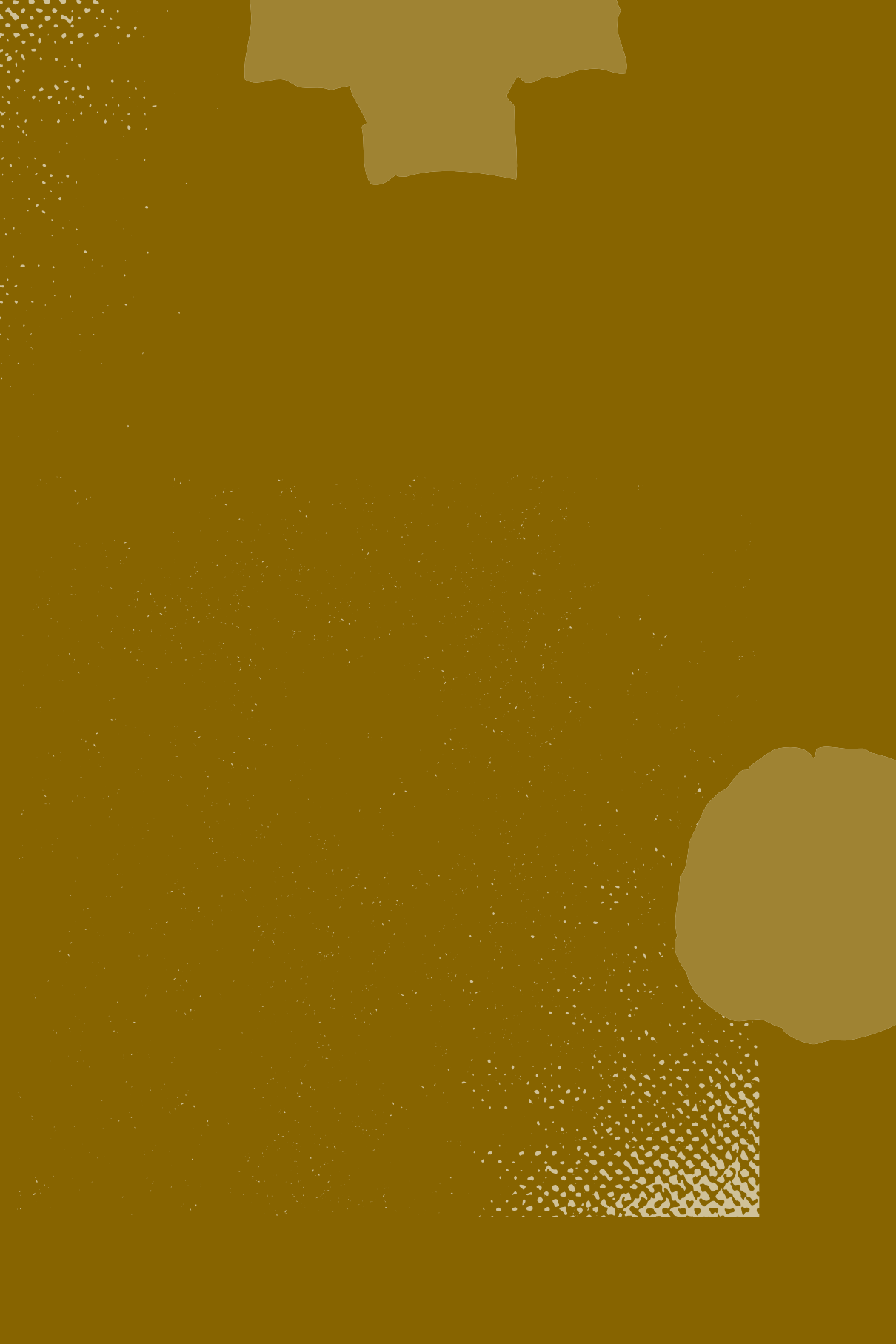
Dr Mateusz TCHÓRZEWSKI

[attorney-at-law, lecturer, Department of Financial Law and Economy,
Cardinal Stefan Wyszyński University, Warsaw]

Relief from excise tax on energy-intensive plants: Selected issues of interpretation

This article deals with selected issues of interpretation of the tax exemption for energy-intensive businesses under Art. 31d of the Polish Excise Tax Act. The article covers rulings of the administrative courts, and to a lesser extent of the Constitutional Tribunal, the Supreme Court, and the tax administration. The specific issues include a taxpayer's conduct of other activities not covered by the exemption, claiming of more than one tax exemption at a time, and the scope of the notion of actual costs of purchase of electricity. The paper also deals briefly with the relevant methods of interpreting tax law. Finally, there is an attempt to outline the broader context in which the discussed tax exemption functions.

ENERGY-INTENSIVE PLANTS | EXCISE TAX | RELIEF FROM EXCISE TAX |
COSTS OF ELECTRICITY





Andrzej MADAŁA

[kancelaria Wardyński i Wspólnicy, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji UMCS w Lublinie]

100 lat pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie polskim – ewolucja i stan obecny. Część 2 – od przełomu wieków do dnia dzisiejszego

Celem artykułu jest kompleksowe omówienie prawnego pojęcia przedsiębiorcy, jego genezy i ewolucji, jaka dokonywała się z jego udziałem w prawie polskim chronologicznie w ostatnich 100 latach. W części 1¹ autor analizował okres od momentu restytucji państwowości po I wojnie światowej do końca zniewolenia komunistycznego. Rozważania nt. statusu tytułowego pojęcia w systemie prawa polskiego zakończono na omówieniu roli i zasad wprowadzonych ustawą o działalności gospodarczej z 1988 r. W niniejszej części przedstawiono dalszy rozwój stosowania tego pojęcia w prawie polskim w latach 90. XX w. aż do dnia dzisiejszego. W omawianym okresie „przedsiębiorca” stał się pojęciem zasadniczym dla wielu gałęzi prawa, w szczególności szeroko pojętego prawa gospodarczego. Autor starał się ukazać zarówno zalety, jak i wady regulacji mających wpływ na kształtowanie się pojęcia przedsiębiorcy oraz wprowadzających je do systemu prawa polskiego. Próbował też odpowiedzieć na pytania: w jakim zakresie wprowadzane regulacje spełniły swoje zadania, czy definicja przedsiębiorcy wprowadzona przez obowiązujące przepisy Prawa przedsiębiorców w ramach tzw. Konstytucji Biznesu² przyczyniła się do spójności systemu prawnego, czy właściwie wypełnia swoją rolę w zakresie stosowania prawa i czy odpowiada aktualnym wymogom nowoczesnej gospodarki.

PRZEDSIĘBIORCA | DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZA | PRAWO GOSPODARCZE |
REJESTR PRZEDSIĘBIORCÓW | PRAWO PRZEDSIĘBIORCÓW

¹ Zob. A. Madała, *100 lat pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie polskim – ewolucja i stan obecny. Część 1 – od niepodległości do niepodległości (1918 – 1991)*, „Co do zasady. Studia i analizy prawne” 2019, nr 1, s. 105 i nast.

² W skład Konstytucji Biznesu weszło pięć aktów prawnych uchwalonych 6 marca 2018 r. Zob. przypisy nr 154 oraz 155 poniżej.

Prawne pojęcie przedsiębiorcy – dalsze zmiany w latach 90. ubiegłego wieku

Omówione w części 1 artykułu³ mankamenty pojęcia „podmiot gospodarczy”, a zwłaszcza kontrowersje dotyczące jego zakresu podmiotowego, budziły liczne zastrzeżenia w nauce i piśmiennictwie. Z biegiem czasu pojawiały się coraz częstsze postulaty, aby na oznaczenie podmiotu prowadzącego w sposób trwały i profesjonalny przedsiębiorstwo zarobkowe używać terminu „przedsiębiorca”, a nie „podmiot gospodarczy”. Wskazywano, że ten ostatni termin jest nieznanym nauce krajów o gospodarce rynkowej, a także obcy polskiej tradycji prawnej⁴. Jednak droga do postulowanych zmian pojęciowych w polskim systemie prawnym była jeszcze daleka.

Po kilku latach zmian politycznych i gospodarczych oraz funkcjonowania ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r.⁵ (dalej: „u.d.g.”) w 1993 r. w polskim ustawodawstwie powojennym pojawiło się po raz pierwszy pojęcie i, co ważniejsze, normatywna definicja przedsiębiorcy⁶ (termin „przedsiębiorca” nie występował wcześniej w żadnych aktach

prawnych uchwalanych po 1988 r.⁷). Do porządku prawnego wprowadziła je ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸ (dalej: „u.z.n.k.”). Ustawa ta obowiązuje z powodzeniem do dzisiaj i reguluje zapobieganie nieuczciwej konkurencji i jej zwalczanie w działalności gospodarczej⁹. Zgodnie z art. 2 u.z.n.k. za przedsiębiorcę uznano zarówno osoby fizyczne, osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub

⁷ W czasie uchwalania u.z.n.k. pojęcie przedsiębiorcy nie funkcjonowało w prawie polskim, nie licząc wciąż obowiązującej jej poprzedniczki z 1926 r., która została uchylona przez ustawę z 1993 r. Ustawa z 1926 r. nie zawierała jednak normatywnej definicji przedsiębiorcy. Inne akty prawne posługiwały się w tym czasie różnorodnymi terminami. Do większości uchwalanych ustaw wprowadzano termin „podmiot gospodarczy”. Tak było na przykład w ustawie z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1990 r., nr 14, poz. 88 z późn. zm.). Podmioty gospodarcze zostały zdefiniowane tam w art. 2 pkt 1 jako: osoby fizyczne i prawne, a także jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, prowadzące działalność gospodarczą. Jednak ustawodawca nie był konsekwentny i np. w ustawie z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle, która weszła w życie 1 maja 1989 r., wprowadził pojęcia „rzemiosła” i „rzemieślnika” (Dz. U. z 1989 r., nr 17, poz. 92 z późn. zm.); akt ten obowiązuje do dziś z odpowiednimi zmianami, zob. t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1267 z późn. zm.). Mianem rzemieślnika określano osobę fizyczną wykonującą rzemiosło, przez które z kolei rozumiano zawodowe wykonywanie działalności gospodarczej przez osobę fizyczną, z udziałem kwalifikowanej pracy własnej, w imieniu własnym tej osoby i na jej rachunek, przy zatrudnieniu do 50 pracowników.

⁸ Dz. U. z 1993 r., nr 47, poz. 211 z późn. zm.

⁹ Art. 1 u.z.n.k. z 1993 r. wymienia w tym względzie w szczególności produkcję przemysłową i rolną, budownictwo, handel i usługi. Ustawa ma na celu zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w interesie publicznym, przedsiębiorców, klientów, a zwłaszcza konsumentów. Z kolei zgodnie z art. 3 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji są działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interesy innych przedsiębiorców lub klientów.

³ Zob. przypis nr 1 powyżej.

⁴ Zob. T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2018, s. 192 oraz K. Kruczałak, *Pojęcie przedsiębiorcy i jego znaczenie w obowiązującym prawie*, „Rejent” 1998, nr 3, s. 11.

⁵ Dz. U. z 1988 r. nr 41, poz. 324 z późn. zm.

⁶ Por. M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 65.

zawodową, uczestniczą w działalności gospodarczej (definicja ta nie uległa zmianie do dnia dzisiejszego). Celem tak szeroko sformułowanej definicji przedsiębiorcy było związanie przepisami u.z.n.k. jak największej grupy podmiotów prowadzących działalność gospodarczą i jednocześnie, poprzez swoje działania, wpływających na konkurencję. Dlatego definicja przedsiębiorcy w u.z.n.k. była bardziej pojemna niż określenie podmiotu gospodarczego w u.d.g.¹⁰, obejmowała bowiem wszystkie podmioty funkcjonujące w obrocie gospodarczym, także te, które nie były podmiotami gospodarczymi w rozumieniu u.d.g.¹¹ Przepisy u.z.n.k. za przedsiębiorcę uznają bowiem każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą zarobkowo lub zawodowo, bez względu na to, czy jest ona działalnością główną czy uboczną, oraz niezależnie od tego, czy podmiot ten został wpisany do ewidencji działalności gospodarczej czy innego rejestru, czy też wpisowi takiemu nie podlegał (rozstrzygającym czynnikiem było i jest zatem samo prowadzenie działalności gospodarczej¹²). Omawiana definicja nie miała zatem charakteru powszechnego, ale

była przepisem szczególnym i autonomicznym, sformułowana została bowiem wyłącznie na potrzeby stosowania u.z.n.k.¹³

Po raz drugi w omawianym okresie ustawodawca posłużył się określeniem „przedsiębiorca” w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze¹⁴. Definicja przedsiębiorcy – również sformułowana wyłącznie na potrzeby tego aktu prawnego – była lakoniczna: za przedsiębiorcę uważano każdy podmiot, który posiadał koncesję na prowadzenie działalności regulowanej ustawą.

Dopiero w 1997 r. pojęcie „przedsiębiorcy” znalazło szerokie zastosowanie w przepisach prawa za sprawą głębokiej reformy systemu rejestracji działalności gospodarczej. Stało się tak dzięki ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym („KRS”)¹⁵. Ustawa w sposób kompleksowy zastępowała pojęcie „podmiot gospodarczy” terminem „przedsiębiorca” w enumeratywnie wskazanych kilkudziesięciu aktach prawnych rangi ustawowej (w szczególności w u.d.g.)¹⁶.

¹⁰ Twórcom projektu u.z.n.k. udało się bowiem przekonać Radę Legislacyjną o trafności odstąpienia od terminologii u.d.g. na rzecz posłużenia się tradycyjnym polskim terminem. Chciano przez to podkreślić, że przepisy u.z.n.k. odnoszą się nie tylko do podmiotów gospodarczych w rozumieniu u.d.g., ale również do wszystkich osób i organizacji, które uczestniczą w obrocie gospodarczym, prowadząc działalność zarobkową lub zawodową. Zob. J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 103.

¹¹ Ibidem, s. 107. Zob. również wyrok SN z 26 marca 2002 r., III CKN 777/00, OSN 2003, nr 3, poz. 40 oraz z 22 października 2003 r., II CK 161/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 186.

¹² Ibidem, s. 106.

¹³ W uzasadnieniu do projektu u.z.n.k. z 1993 r. wyraźnie stwierdzono, że ustawa celowo nie posługuje się pojęciem przedsiębiorcy (tj. podmiotu gospodarczego) zawartym w art. 2 u.d.g. Zob. K. Kruczalak, op.cit., s. 17. Na temat wzajemnych relacji definicji podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy) z u.d.g. oraz u.z.n.k. zob. np. wyrok SN z 22 października 2003 r., II CK 161/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 186. Szerzej na temat zakresu podmiotowego u.z.n.k. zob. np. M. Szydło, op.cit., s. 63–64.

¹⁴ Dz. U. z 1994 r., nr 27, poz. 96 z późn. zm. Ustawa z 1994 r. obowiązywała do 2011 r.

¹⁵ Dz. U. z 1997 r., nr 121, poz. 770 z późn. zm.

¹⁶ Zob. art. 12–98 tej ustawy. Pojęcie „przedsiębiorcy” wprowadzono do 87 ustaw, m.in. do obowiązujących przepisów u.d.g., k.h., k.p.c. (w Dziale IVa k.p.c. pt.

Zmiana została wprowadzona szybko, bowiem *vacatio legis* było krótkie (14 dni od dnia ogłoszenia)¹⁷. Przyjęcie nowej terminologii zostało ocenione pozytywnie. „Przedsiębiorca” brzmiał nowocześnie, akcentował rozwój gospodarki rynkowej, trafnie wskazywał na podmiotowy zakres działalności gospodarczej i był właściwy różnym kategoriom osób fizycznych, prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Wnosił nową jakość do dotychczasowych przepisów¹⁸. Z drugiej strony, zmiana terminologiczna miała charakter wyłącznie formalny. Nie niosła ze sobą żadnych nowych treści

Postępowanie w sprawach gospodarczych) czy też ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Należy zgodzić się z C. Kosikowskim, że zastosowana technika legislacyjna była ryzykowna i obarczona dużym prawdopodobieństwem błędu lub pomyłki. Groziła bowiem pominięciem jakiegoś aktu prawnego w „wyliczeniu”. Ten sam efekt można było osiągnąć w o wiele prostszy sposób, stosując zapis ogólny. Por. C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 4, s. 29. Przy okazji należy zauważyć, że nie zadbano o to, żeby w przyjętej kilka miesięcy wcześniej ustawie zasadniczej posługiwać się już jednolicie pojęciem „przedsiębiorca” zamiast „podmiot gospodarczy”. W efekcie obowiązująca konstytucja do dziś posługuje się tym ostatnim terminem w art. 61 ust. 3 (w którym mowa o możliwości ograniczenia prawa obywateli do informacji o działalności organów władzy publicznej m.in. z uwagi na ochronę wolności i praw podmiotów gospodarczych) oraz w art. 203 ust. 3 (który z kolei dotyczy możliwości kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli również podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne). Zob. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483). Z kolei nowe ustawy, uchwalane już po 20 sierpnia 1997 r., posługują się terminem „przedsiębiorca”.

¹⁷ Zob. art. 99 tej ustawy. Zmiany zaczęły obowiązywać 22 października 1997 r.

¹⁸ Tak M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie Polski i Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, rozdział III, pkt 3 *Oznaczenie pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” w latach 1988–2004*, Lex 2012.

normatywnych, w szczególności nie ingerowała w treść obowiązujących definicji legalnych podmiotu gospodarczego (czy to w u.d.g., czy też w innych ustawach), a co za tym idzie nie sanowała wad i niespójności obowiązującej regulacji prawnej.

Jednak wprowadzenie do porządku prawnego i upowszechnienie terminu „przedsiębiorca” na określenie podmiotów wykonujących działalność gospodarczą wiązało się z szeroko zakrojonymi i kompleksowymi pracami nad zmianami w zakresie samego prawa gospodarczego – prawa przedsiębiorców. Po pierwsze, razem ze wspomnianymi już przepisami wprowadzającymi KRS uchwalono ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: „u.k.r.s.”)¹⁹, dzięki której miał powstać nowy i jednolity system prawa rejestrowego (w miejsce wielu funkcjonujących dotychczas rejestrów dla różnych jednostek organizacyjnych ustawa wprowadzała jeden powszechny i jawny system KRS, który składał się z trzech rejestrów, tj. rejestru przedsiębiorców, rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a także rejestru dłużników niewypłacalnych²⁰). Prowadzenie reje-

¹⁹ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., nr 121, poz. 771 z późn. zm.).

²⁰ Por. art. 1 u.k.r.s. Przed uchwaleniem tej ustawy między podjęciem albo wykonywaniem działalności gospodarczej a rejestracją przedsiębiorców nie występowała żadna zależność, ponieważ nie prowadzono odrębnego rejestru przedsiębiorców. Od części przedsiębiorców (podmiotów gospodarczych) wymagano zgłoszenia działalności gospodarczej do ewidencji prowadzonej przez organy administracji. Inni przedsiębiorcy mogli podejmować i wykonywać działalność gospodarczą niezależnie od tego, w jakim rejestrze byli ujęci. U.k.r.s. miała ten stan

stru przedsiębiorców zostało zlecone sądom rejonowym, które obejmowały swoją właściwością obszar województwa lub jego części (sądy rejestrowe – art. 2 u.k.r.s.). Ostatecznie jednak nie powstał jednolity system rejestrowy obejmujący wszystkich przedsiębiorców. Z rejestru przedsiębiorców wyłączono osoby fizyczne podejmujące indywidualną działalność gospodarczą, dla których utworzono odrębną ewidencję²¹. Organami ewidencyjnymi w zakresie rejestracji przedsiębiorców zostały gminy (zgodnie z miejscem zamieszkania lub siedziby przedsiębiorcy). Ta sama ustawa wskazywała jednocześnie (art. 36), że prowadzącym działalność gospodarczą, czyli przedsiębiorcą, może być osoba fizyczna, osoba prawna oraz spółki osobowe nieposiadające osobowości prawnej, np. jawna i komandytowa (oznaczało to, że z grona przedsiębiorców została w końcu wyłączona spółka cywilna²² – zob.

zmienić, wprowadzając jednolity system rejestrowy dla przedsiębiorców. Zob. C. Kosikowski, op.cit., s. 30. Zob. również, A. Madała, op.cit., s. 122.

²¹ Ewidencja została wprowadzona czasowo ustawą z dnia 30 listopada 2000 r. o zmianie przepisów wprowadzających ustawę KRS (Dz. U. z 2000 r., nr 114, poz. 1194), a kilka lat później ostatecznie ustawą z dnia 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo działalności gospodarczej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r., nr 217, poz. 2125), która uchyliła przepisy ustawy wprowadzającej KRS z 1997 r. i dokonała zmian w prawie działalności gospodarczej z 1999 r., dodając artykuły od 7a do 7i. Zob. również W.J. Katner, M. Węgiński, *Charakter prawny i skutki rozdzielienia w prawie polskim rejestracji przedsiębiorców – osób fizycznych i innych przedsiębiorców*, „Studia Prawnicze KUL” 2012, nr 2, s. 39 i nast.

²² Jak słusznie zauważa M. Zdyb, szerokie wprowadzenie ustawowego pojęcia przedsiębiorcy spowodowało, że w miejsce dotychczasowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, w obiegu prawnym zaczęły funkcjonować konkretnie określone jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej czyli spółki jawne i komandytowe.

również uwagi poniżej). Zakres rejestru przedsiębiorców został określony przez ustawodawcę poprzez odwołanie się do formy organizacyjno-prawnej podmiotów, na które został nałożony obowiązek ujawniania danych w tym rejestrze (innymi słowy kryterium uznania, że dany podmiot podlega ujawnieniu w rejestrze przedsiębiorców, powiązane zostało wyłącznie ze statusem organizacyjno-prawnym takiej jednostki)²³. Racjonalnie rozwiązano też problem prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki organizacyjne, których pierwszoplanowym celem nie było prowadzenie takiej działalności. Jednostki organizacyjne tego typu podlegały obowiązkowemu

Por. M. Zdyb, *Działalność gospodarcza i publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 2001, s. 33.

²³ Było to zatem kryterium wyłącznie formalne. Art. 36 u.k.r.s. zawierał katalog podmiotów będących przedsiębiorcami. Były to: spółki jawne, partnerskie, komandytowe, komandytowo-akcyjne, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjne, spółdzielnie, przedsiębiorstwa państwowe, jednostki badawczo-rozwojowe, przedsiębiorcy zagraniczni określani w przepisach o zasadach prowadzenia na terytorium RP działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (ustawa z 6 lipca 1982 r. Dz. U. nr 19, poz. 146 z późn. zm.), towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych, inne osoby prawne, jeżeli wykonują działalność gospodarczą, główne oddziały przedsiębiorców zagranicznych działających w Polsce oraz główne oddziały zagranicznych zakładów ubezpieczeń. Co do zasady bez znaczenia dla kwalifikacji podmiotów jako podlegających obowiązkowi wpisu w rejestrze przedsiębiorców pozostawał element funkcjonalny związany ze stwierdzeniem prowadzenia działalności gospodarczej. W rejestrze przedsiębiorców były ujawniane wyłącznie te podmioty, których formy organizacyjno-prawne zostały enumeratywnie wymienione w art. 36 u.k.r.s. (wyjątek w tym względzie stanowiły podmioty wymienione w pkt 13 art. 36 u.k.r.s. – zob. przypis 24 poniżej). Wyróżnienie grupy przedsiębiorców w art. 36 u.k.r.s. można łączyć z koncepcją kupców rejestrowych. Zob. np. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2004., s. 22, M. Zdyb, *Działalność gospodarcza...*, s. 34. Więcej na temat pojęcia „kupiec rejestrowy” zob. A. Madała, op.cit., s. 112.

wpisowi do rejestru przedsiębiorców, jeżeli podejmowały się prowadzenia działalności gospodarczej²⁴. Po drugie, trwały prace nad nowymi przepisami dotyczącymi aktywności gospodarczej, które zaowocowały przyjęciem ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej²⁵ (dalej: „p.d.g.”), będącej następczynią obowiązującej już ponad dekadę i kilkadziesiąt razy nowelizowanej u.d.g. Po trzecie, doprowadzono również do zmiany w zakresie prawa prywatnego – dotychczasowe przepisy kodeksu handlowego z 1934 r. zostały zastąpione ustawą z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych²⁶ (dalej: „k.s.h.”).

Wszystkie wyżej wymienione akty prawne (u.k.r.s., p.d.g. oraz k.s.h.) zaczęły obowiązywać dokładnie z początkiem XXI wieku.

Kilka lat wcześniej, bo w pierwszej połowie 1997 r., doszło również do bardzo istotnego wydarzenia dla całego systemu prawa polskiego. Po latach prowadzonych z różnym powodzeniem prac przyjęto ostatecznie nową ustawę konstytucyjną. Prace nad konstytucją przyspieszyły z końcem 1996 r. wobec kończącej się kadencji parlamentu wybranego w wy-

borach 1993 r. (w którym większość zdobyły partie postkomunistyczne, a dzięki dominacji ugrupowań lewicowych zdołano uzyskać większość konstytucyjną²⁷). Komisja Konstytucyjna przyjęła projekt ustawy zasadniczej, który 2 kwietnia 1997 r. został uchwalony przez Zgromadzenie Narodowe²⁸. Niecałe dwa miesiące później odbyło się ogólnonarodowe referendum, w którym nowa konstytucja została zatwierdzona bardzo niewielką większością głosów²⁹. Ustawa weszła w życie 17 października 1997 r.³⁰ i odsunęła w niebyt funkcjonujące do tej pory przepisy konstytucji stalinowskiej z 1952 r.³¹ Zgodnie z art. 20 konstytucji³² za podstawę ustroju go-

²⁷ Na 460 mandatów w Sejmie Sojusz Lewicy Demokratycznej uzyskał 171 miejsc, Polskie Stronnictwo Ludowe 132 miejsca, Unia Demokratyczna 74 miejsca i Unia Pracy 41 miejsc, w stuosobowym Senacie było to odpowiednio 37, 36, 4 i 2 mandaty. Zob. A. Dudek, *Pierwsze lata III Rzeczypospolitej, 1989-2001*, Kraków 2004, s. 348–349.

²⁸ Ustawę zasadniczą oprócz SLD i PSL poparły również pozostałe partie centrolewicowe i lewicowe obecne w Zgromadzeniu Narodowym, tj. Unia Wolności i Unia Pracy. Za ustawę głosowało łącznie 451 posłów i senatorów. Przeciw głosowało 40 parlamentarzystów przy sześciu głosach wstrzymujących. Ibidem, s. 438.

²⁹ W referendum przeprowadzonym 25 maja 1997 r. wzięło udział zaledwie niecałe 43% obywateli, za konstytucją opowiedziało się 52,71% uczestników głosowania (niespełna 6,4 miliona osób), co jak słusznie zauważył A. Dudek było ilością wystarczającą z formalnego punktu widzenia, ale z pewnością zbyt małą, aby można było uznać, że nowa ustawa zasadnicza cieszy się poparciem i uznaniem zdecydowanej większości społeczeństwa. Ibidem, s. 442.

³⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483).

³¹ Pomimo wejścia w życie przepisy nowej konstytucji wzbudzały szereg kontrowersji (zob. przypisy nr 29 powyżej), również natury prawno-aksjologicznej. Por. np. M. Zdyb, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP, „Rejent” 1997, nr 5*.

³² Art. 20 Konstytucji dokładnie stanowi: *Spółeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej*

²⁴ Zob. art. 50 u.k.r.s. w związku z art. 36 pkt 13 tej ustawy. Rozwiązanie to przesądzało o podmiotowości gospodarczej takich jednostek jak stowarzyszenia, związki zawodowe, fundacje itp. Por. M. Zdyb, *Działalność gospodarcza...*, s. 34. Był to wyjątek od podstawowego kryterium uznania konieczności wpisu w rejestrze przedsiębiorców podmiotów wymienionych w art. 36 u.k.r.s. Zob. P. Popardowski, *Komentarz do art. 36 u.k.r.s.*, [w:] K. Osajda (red.), *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym*, Komentarz, Warszawa 2020, SIP Legalis, oraz przywołaną tam literaturę.

²⁵ Dz. U. z 1999 r., nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

²⁶ Dz. U. z 2000 r., nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

spodarczego Polski uznano społeczną gospodarkę rynkową³³ opartą na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności i współpracy partnerów społecznych. Uzupełniał go art. 22 stanowiący, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej dopuszczalne jest tylko w drodze ustawy oraz ze względu na ważny interes publiczny. Trybunał Konstytucyjny (dalej: „TK”) wyjaśniał, że zgodnie z normami konstytucji ustroj gospodarczy ma opierać się na powiązaniu dwóch podstawowych idei: gospodarki rynkowej³⁴ i państwa socjalnego. Koncepcja ta oznacza odejście od czysto liberalnego pojmowania ustroju gospodarczego, które odrzucało jakąkolwiek ingerencję państwa w funkcjonowanie mecha-

nizmów rynkowych. Państwo może ingerować w stosunki gospodarcze w zależności od koniunktury lub recesji, w taki sposób, aby łagodzić skutki mechanizmów rynkowych w celu utrzymania np. równowagi makroekonomicznej czy realizacji określonych potrzeb społecznych³⁵.

Jeśli chodzi o p.d.g., to przy projektowaniu nowych przepisów (ale również już po ich uchwaleniu) przeważała opinia, że ma to być akt prawny ustrojowy, organizujący podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej oraz uwzględniający całością elementów okołogospodarczych i stwarzający warunki do rozwoju gospodarki. W stosunku do przepisów konstytucji p.d.g. miało być aktem konkretyzującym, a w stosunku do innych ustaw regulujących zasady podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej p.d.g. miała stanowić *lex generalis*³⁶. Oczywiście zadaniem nowej ustawy było też usunięcie mankamentów u.d.g. ujawnionych w trakcie jej stosowania (pomimo wielokrotnych nowelizacji³⁷). Zdaniem wielu p.d.g. jawiło się jako ustawa no-

Polskiej. Więcej na temat konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej jako podstawy społeczno-gospodarczego ustroju Polski zob. K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 24 i nast. oraz A. Żurawik, *Spółeczna gospodarka rynkowa jako konstytucyjna zasada ustroju gospodarczego*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 466 i nast.

³³ Szerzej na temat społecznej gospodarki rynkowej zob. np. T. Długosz, *Spółeczna gospodarka rynkowa jako kryterium organizacji gospodarki* czy K. Kokocińska, *Spółeczna gospodarka rynkowa – komplementarność, równowaga czy przewaga wartości? Uwagi na tle działań państwa w zakresie prowadzenia polityki rozwoju*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVII. Samo pojęcie społecznej gospodarki rynkowej zostało zaczerpnięte z niemieckiej nauki ekonomii. Koncepcję (niem.) *Soziale Marktwirtschaft* opracował i sam termin stworzył A. Müller-Armack (niemiecki ekonomista ordoliberalny), a z powodzeniem wprowadzał w życie w powojennych realiach Republiki Federalnej Niemiec L. Erhard – niemiecki minister gospodarki. Por. A. Żurawik, *op.cit.*, s. 463–464 oraz C. Schlombs, *German appropriations of American technology from mass production to computer automation*, Cambridge (Massachusetts), Londyn 2019, s. 175.

³⁴ Co ciekawe, konstytucja ani razu nie posługuje się terminem „przedsiębiorca”, chociaż dwukrotnie użyto w niej sformułowania „podmiot gospodarczy”. Zob. wyjaśnienie w przypisie nr 16 *in fine*, powyżej.

³⁵ Zob. wyrok TK z 30 stycznia 2001 r., K 17/00 (Dz. U. z 2001 r., nr 11, poz. 90). Zob. również L. Kieres, *Spółeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] T. Kocowski, J. Gola (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Wrocław 2014.

³⁶ Zob. np. K. Strzyczkowski, *Instytucje prawa działalności gospodarczej. Uwagi o projekcie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 4, s. 2, czy P. Lissoń, *Instrumenty „zapożyczone”, „wzorowane” na instrumentach z innych gałęzi prawa, czy również „mieszane”?*, [w:] A. Powołowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016, s. 65.

³⁷ U.d.g. była nowelizowana 36 razy. Zob. C. Kosikowski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*,

woczesna, spójna i klarowna³⁸. Ustawa ta została podpisana przez prezydenta w uroczystej formie, jako swoista konstytucja polskiej gospodarki opartej na regułach wolnego rynku³⁹.

Zmieniona normatywna definicja przedsiębiorcy pojawiła się w art. 2 ust. 2 p.d.g., który wskazywał na przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, osobę prawną oraz nie posiadającą osobowości prawnej spółkę prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą. Definicja w p.d.g. została skonstruowana według podobnej metody co wcześniejsze rozwiązanie z u.d.g., w tym sensie, że w obydwu ustawach określono przedsiębiorcę jako podmiot, który podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą w ustawowym rozumieniu tego terminu. Podobnie jak wcześniejsza ustawa, p.d.g. wymieniała ponadto enumeratywnie podmioty, które zaliczono do grona przedsiębiorców. W porównaniu do pojęcia przedsiębiorcy (wcześniej podmiotu gospodarczego) w u.d.g., pojęcie przedsiębiorcy w ustawie z 1999 r. uległo zawężeniu, pominięto bowiem niedookreśloną kategorię „jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej”.

„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 2, s. 2.

³⁸ Np. A. Walaszek-Pyziół określała ustawę jako nowoczesny, oparty o klarowne idee przewodnie, wewnętrznie spójny i poprawnie zredagowany akt normatywny. Zob. A. Walaszek-Pyziół, *Status prawny przedsiębiorcy w świetle projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 5, s. 2.

³⁹ Por. W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 12, s. 4.

Oznaczało to spełnienie postulowanego od dawna odejścia od traktowania struktury umownej – spółki cywilnej jako podmiotu działalności gospodarczej⁴⁰. Co więcej, stanowisko takie zostało wyraźnie potwierdzone, ponieważ p.d.g. przyznawała status przedsiębiorcy współnikom spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 2 ust. 3 p.d.g.). P.d.g. była również bardziej precyzyjna od swojej poprzedniczki. W miejsce „jednostek organizacyjnych” ustawa wskazywała na nieposiadające osobowości prawnej spółki prawa handlowego, które jednoznacznie zostały określone w k.s.h. (jako osobowe spółki handlowe, czyli spółki: jawna, partnerska, komandytowa i komandytowo-akcyjna⁴¹).

Podobnie jak w poprzedniej ustawie gospodarczej, tak i w p.d.g. dany pod-

⁴⁰ Wspólnicy spółki cywilnej od momentu wejścia w życie przepisów p.d.g. byli traktowani jako odrębni przedsiębiorcy w zakresie wykonywania przez nich działalności gospodarczej, a spółka cywilna wyłącznie jako umowa prawa cywilnego. Por. E. Bieniek-Koronkiewicz, J. Sieńczyło-Chlabczyk, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 4, s. 17. „Odebranie” statusu przedsiębiorcy spółkom cywilnym nieposiadającym własnej podmiotowości zostało przywitane przez doktrynę z dużą aprobatą. Niekiedy podnoszono jednak, że doprecyzowanie umieszczone w ust. 3 art. 2 p.d.g. było zbędne. Tak np. J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 11, s. 7. Niektórzy autorzy wskazywali nadto, że niedostatecznie „rozprawiono” się ze spółką cywilną jako przedsiębiorcą, pozostawiając w różnych aktach prawnych, w szczególności w prawie podatkowym czy dotyczącym udzielania pomocy publicznej, szereg przepisów przyznających podmiotowość spółkom cywilnym. Por. A. Kidyba, *Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita”, 18 czerwca 2003.

⁴¹ Zob. art. 9–10 k.s.h. oraz Tytuł II kodeksu pt. Spółki osobowe.

miot mógł być uznany za przedsiębiorcę, jeżeli wykonywał działalność gospodarczą. Za działalność gospodarczą uznano z kolei zarobkową działalność wytwórczą, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatację zasobów naturalnych, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. W porównaniu z wcześniejszą regulacją „organizacja” i „ciągłość” były nowymi określeniami w ramach definicji działalności gospodarczej. W pojęciu „organizacji działalności gospodarczej” można wyróżnić dwa elementy, jeden o charakterze formalnym, a drugi materialnym⁴². Komponent formalny to przede wszystkim czynności-obowiązki związane z rejestracją działalności, założeniem rachunku bankowego, zastosowanie wybranej przez przedsiębiorcę lub nakazanej przez przepisy prawa formy organizacyjno-prawnej działalności, zgłoszenie statystyczne, podatkowe, uzyskanie wymaganego zezwolenia bądź koncesji, organizacja kontaktów handlowych itp. Działalność, która nie jest wykonywana w sposób zorganizowany, a więc jest przypadkowa (choćby była zarobkowa), nie będzie stanowiła działalności gospodarczej w rozumieniu p.d.g.⁴³ Za element materialny zorganizowanego sposobu wykonywania działalności należy uznać z kolei przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym, zdefiniowane

⁴² Tak M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przeгляд Sądowy” 2002, nr 7, s. 83.

⁴³ Zob. C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 18–19. Autor jako zarobkową działalność niezorganizowaną wymienia np. odpłatne wykonywanie czynności w ramach pomocy sąsiedzkiej czy koleżeńskiej.

w art. 55¹ Kodeksu cywilnego⁴⁴ („k.c.”), w ówczesnym brzmieniu, jako zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych i obejmujących wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa (zorganizowana struktura działalności)⁴⁵. Z kolei przesłanka wykonywania działalności w sposób ciągły powinna być rozumiana jako przede wszystkim przeciwieństwo dorywczego dokonywania czynności zarobkowych. Zamiar przedsiębiorcy musi tutaj sięgać poza najbliższą chwilę, działalność winna być planowa (innymi słowy celowa) oraz stała – również w znaczeniu stałej podstawy utrzymania⁴⁶.

W porównaniu z wcześniejszą regulacją rozszerzony został zakres przedmiotowy działalności gospodarczej o czynności dotyczące poszukiwania, rozpoznawania i eksploatacji zasobów naturalnych (art. 2 ust. 1 p.d.g.). Aby jednak uznać za przedsiębiorcę osobę fizyczną, osobę prawną czy spółkę prawa handlowego nieposiadającą osobowości prawnej, nie wystarczył sam fakt wykonywania działalności gospodarczej. Jak wskazano powyżej, działalność ta musiała być wykonywana zawodowo i we własnym

⁴⁴ Artykuł ten został dodany do k.c. ustawą z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy kodeksu cywilny (Dz. U. z 1990 r., nr 55, poz. 321).

⁴⁵ Zob. M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 83 i nast. oraz W.J. Katner, *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca – ewolucja pojęciowa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1999, t. V, s. 185.

⁴⁶ Zob. A. Walaszek-Pyziół, *op.cit.*, s. 5 oraz M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 86–87. Chodziło o wyeliminowanie z pojęcia działalności gospodarczej przedsięwzięć zarobkowych o charakterze jednostkowym, sporadycznym, incydentalnym.

imieniu (art. 2 ust. 2 p.d.g.). Było to kolejne *novum* w stosunku do u.d.g. Podkreślano niekiedy, że „zawodowość” mogło być rozumiane niejednolicie. Wskazywano na przykład, że jest to pojęcie wieloznaczne i może być uznane za synonim wyrazu „profesjonalny”, „zarobkowy” lub nawet zwrotu „na własny rachunek”⁴⁷. Zawodowość oznaczało wykonywanie przez przedsiębiorcę określonej działalności z posiadaniem wiedzy, odpowiednich kwalifikacji i umiejętności praktycznych, zapewniających należyte wykonanie zobowiązań płynących z umów zawartych przez taki podmiot w obrocie gospodarczym, kładło więc nacisk na profesjonalny (fachowy) charakter takiej działalności. Wskazywano również, że zawodowy charakter działalności oznaczał jej prowadzenie z użyciem większej wiedzy i fachowości niż wymagana w tzw. obrocie powszechnym⁴⁸. Za to interpretacja pojęcia „we własnym imieniu” nie budziła kontrowersji (takie wymaganie wobec kupca zawierał już bowiem kodeks handlowy z 1934 r.⁴⁹). Oznaczało ono bowiem w płaszczyźnie prawnej po pierwsze niezależność prawną przedsiębiorcy (tj. jego samodzielną działalność i występowanie w obrocie gospodarczym całkowicie niezależnie od innych

uczestników tego obrotu), a po drugie bezpośrednio w powstawaniu praw i obowiązków dla przedsiębiorcy wynikających z prowadzonej działalności⁵⁰. Z drugiej strony „we własnym imieniu” oznaczało, że działalność nie musi być prowadzona osobiście – mogły ją prowadzić inne osoby, ale na rachunek przedsiębiorcy i w jego imieniu (przedsiębiorca mógł bowiem ustanawiać prokurentów, zastępców, tworzyć filie lub zakłady pomocnicze; osoby te nie prowadziły działalności we własnym, lecz w cudzym imieniu, a zastępowani nie przedstawiali być podmiotami praw i obowiązków (wcześniej kupieckich, a obecnie przedsiębiorcy)⁵¹). Tak więc zgodnie z brzmieniem omawianego przepisu podmiot, który wykonywałby działalność gospodarczą, ale nie czyniłby tego zawodowo i we własnym imieniu – nie byłby przedsiębiorcą⁵².

Wątpliwości co do zakresu pojęcia przedsiębiorcy pojawiły się na gruncie art. 3 p.d.g., który wskazywał, że przepisów ustawy nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także świadczenia usług agroturystycznych⁵³. Czy osoby prowadzące wskazaną działalność były przedsiębiorcami i czy podejmowane przez nie działania można było

⁴⁷ Tak np. A. Walaszek-Pyziół, *op.cit.*, s. 4. Wcześniejsza u.d.g. postulowała się określeniami: „w celach zarobkowych” oraz „na własny rachunek”, które definiowały działalność gospodarczą. Por. art. 2 ust. 1 tej ustawy. Zob. również A. Madala, *op.cit.*, s. 123 i cytowane tam orzeczenia SN.

⁴⁸ Por. W.J. Katner, *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca...*, s. 184, M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 97–99 czy P. Lissoń, *Zakres pojęcia „przedsiębiorca” w prawie działalności gospodarczej oraz w innych aktach prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2, s. 56.

⁴⁹ Zob. A. Madala, *op.cit.*, s. 112.

⁵⁰ Zob. M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 93.

⁵¹ *Ibidem*, s. 94 oraz W.J. Katner, *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca...*, s. 172–173.

⁵² Por. P. Lissoń, *Zakres pojęcia „przedsiębiorca”...*, s. 57.

⁵³ Zob. T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 198–199 czy C. Kosikowski, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 21.

określić jako działalność gospodarczą? Odpowiedź na tak postawione pytania była twierdząca. Omawiany przepis ustawowy wskazywał, że szeroko rozumiana działalność rolnicza mieściła się w pojęciu działalności gospodarczej, a osoby prowadzące taką działalność nie zostały wyłączone spod pojęcia przedsiębiorcy. Art. 3 p.d.g. wyłączał po prostu stosowanie ustawy w odniesieniu do działalności wytwórczej w rolnictwie⁵⁴.

Podobnie jak w ustawie z 1988 r.⁵⁵, tak i w p.d.g. zawarto przepisy określające ogólne zasady podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty profesjonalne (obowiązki przedsiębiorców). Przede wszystkim ustawa wskazywała, że podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa (art. 5 p.d.g.). Jako obowiązki przedsiębiorców w zakresie podejmowania działalności gospodarczej ustawa wskazywała w szczególności obowiązek dokonania wpisu do rejestru przedsiębiorców (art. 7 p.d.g.) (przepis ten w związku z art. 2 ust. 2 p.d.g. rodził wątpliwości interpretacyjne – zob. wyjaśnienia na s. 117 poniżej). Ponadto podstawowymi obowiązkami przedsiębiorców były: obowiązek wykonywania działalności gospodarczej na zasadach uczciwej konkurencji, po-

szanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów (art. 8 p.d.g.⁵⁶), obowiązek przestrzegania określonych przepisami prawa warunków wykonywania działalności gospodarczej (w szczególności dotyczących ochrony przed zagrożeniem życia, zdrowia ludzkiego i moralności publicznej, a także ochrony środowiska – art. 9 p.d.g.), obowiązek zapewnienia posiadania i legitymowania się odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi wymaganymi dla prowadzenia danej działalności gospodarczej (art. 10 p.d.g.), obowiązek odpowiedniego oznaczenia zewnętrznego przedsiębiorcy i wykonywanej działalności (art. 11 p.d.g.), a także obowiązek posiadania przez przedsiębiorcę rachunku bankowego wykorzystywanego do prowadzenia działalności (art. 11 p.d.g.)⁵⁷. Naruszenie przez przedsiębiorców tych obowiązków ustawowych zagrożone było karą grzywny⁵⁸.

Prawo działalności gospodarczej wprowadziło także trzy szczególne kategorie przedsiębiorców. Byli to: przedsiębiorcy zagraniczni⁵⁹ oraz mali

⁵⁴ Por. A. Kidyba, *Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita”, 18 czerwca 2003, M. Pietraszewski, *Czy rolnik indywidualny jest przedsiębiorcą w świetle kodeksu cywilnego?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 4, s. 50 czy P. Lissoń, *Zakres pojęcia „przedsiębiorca”...*, s. 57.

⁵⁵ Por. art. 3 oraz art. 8 u.d.g.

⁵⁶ Było to *novum* w stosunku do u.d.g. Unormowanie to odwoływało się do kwestii regulowanych w prawie prywatnym (u.z.n.k. – zob. s. 106–107 powyżej), a przestrzeganie wskazanych reguł postępowania stanowiło obowiązek publicznoprawny. Jednak w odróżnieniu od przepisów prawa prywatnego p.d.g. nie przewidywała żadnych sankcji za naruszenie obowiązków wynikających z art. 8 p.d.g. – był to więc w istocie przepis martwy. Por. A. Walaszek-Pyziół, *op.cit.*, s. 6.

⁵⁷ Obowiązki przedsiębiorców zostały szczegółowo unormowane w rozdziale 2 p.d.g. pt. „Podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej”.

⁵⁸ Por. art. 65 oraz art. 66 p.d.g. Zob. jednak przypis nr 56 powyżej.

⁵⁹ Przedsiębiorcami zagranicznymi były osoby zagraniczne wykonujące działalność gospodarczą za granicą (tj. osoby fizyczne i osoby prawne z miej-

i średni przedsiębiorcy. Dwie ostatnie kategorie zostały zdefiniowane wg kryterium wielkości zatrudnienia i generowanych przychodów netto⁶⁰. Wprowadzenie tych szczególnych typów przedsiębiorcy wynikało z zobowiązań międzynarodowych Polski, w szczególności z tytułu Układu Europejskiego⁶¹ oraz z aspiracji naszego kraju do integracji w Unię Europejską („UE”), co pociągało za sobą konieczność dostosowania prawa krajowego, w tym prawa gospodarczego, do rozwiązań przyjętych w UE⁶².

Nowa ustawa gospodarcza wskazywała też na pewne podmioty, którym z różnych powodów ustawodawca odmówił statusu przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 87 p.d.g. przedsiębiorcami nie były osoby świadczące pomoc prawną (choć ich działalność odpowiadała cechom działalności gospodarczej i na gruncie u.d.g. uznawani byli za podmioty gospodarcze). Chodziło tu

scem zamieszkania lub siedzibą za granicą lub nie posiadające osobowości prawnej spółki takich osób z siedzibami za granicą – art. 4 pkt 3 i 4 p.d.g.). Osoby zagraniczne mogły również na terytorium RP wykonywać działalność na takich samych zasadach jak przedsiębiorcy polscy, na zasadzie wzajemności. A przy braku tej zasady osoby zagraniczne mogły tworzyć w Polsce spółki komandytowe, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjne oraz do takich spółek przystępować. Z kolei obywatele państw obcych, którzy otrzymali zezwolenie na osiedlenie w Polsce, mogli prowadzić działalność gospodarczą na takich samych prawach jak obywatele polscy (art. 6 p.d.g.).

⁶⁰ Kryteria te przewidywały odpowiednio zatrudnienie poniżej 50 lub poniżej 250 osób oraz osiągnięcie przychodów netto w wysokości odpowiednio maksymalnie 7 lub 40 mln euro (art. 54 ust. 1 oraz art. 55 ust. 1 p.d.g.).

⁶¹ Zob. Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi podpisany w Brukseli 16 grudnia 1991 r. (Dz. U. z 1994 r., nr 11, poz. 38).

⁶² Por. C. Kosikowski, *Nowe prawo...*, s. 2.

taj o adwokatów i radców prawnych⁶³ (ale również notariusze⁶⁴ zostali wyłączeni z tego grona odrębnym przepisem ustawy⁶⁵). Z biegiem czasu (już po wejściu w życie omawianego aktu prawnego) lista wolnych zawodów, których wykonawcy zostali wyłączeni z zakresu pojęcia „przedsiębiorca”, ulegała kilkukrotnemu rozszerzeniu⁶⁶. Należy zwrócić uwagę na pewną nie-

⁶³ Szerzej o przyczynach wyłączenia osób wykonujących zawody prawnicze adwokata i radcy prawnego z zakresu pojęcia przedsiębiorcy zob. A. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków, s. 792 i nast. Działalność zawodową adwokatów regulowała (i reguluje obecnie) ustawa z dnia 26 maja 1982 r. *Prawo o adwokaturze* (Dz. U. z 1982 r., nr 16, poz. 124 z późn. zm.), a działalność radców prawnych – ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 1982 r., nr 19, poz. 145 z późn. zm.).

⁶⁴ *Ibidem*, s. 760.

⁶⁵ Art. 76 p.d.g. wprowadzał zmianę w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. *Prawo o notariacie* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 540), dodając do niej art. 24a, który stwierdzał jednoznacznie, że notariusz nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów p.d.g. Wcześniej zgodnie z art. 24 u.d.g. świadczenie pomocy prawnej było traktowane jako działalność gospodarcza. Więcej na temat statusu osób świadczących pomoc prawną jako przedsiębiorców, na przykładzie zawodu radcy prawnego, w latach 1989–2015, zob. K. Stoga, M. Pawełczyk, *Radca prawny jako przedsiębiorca*, [w:] A. Bereza (red.), *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2015, s. 215 i nast. W tym miejscu należy wspomnieć o nowym typie spółki osobowej wprowadzonym przez k.s.h. równoległe z p.d.g., tj. o spółce partnerskiej jako spółce, w której współnikami mogą być osoby wykonujące wolny zawód, w tym zawody prawnicze. Zob. art. 87 i 88 k.s.h.

⁶⁶ Już po uchwaleniu p.d.g., ale przed upływem *vacatio legis*, statusu przedsiębiorców odmówiono także biegłym rewidentom (art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 13 kwietnia 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie – t.j. Dz. U. z 2001 r., nr 31, poz. 359 z późn. zm.), rzecznikom patentowym (ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych – Dz. U. z 2001 r., nr 49, poz. 509 z późn. zm.), lekarzom (ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich – Dz. U. z 1989 r., nr 30, poz. 158 z późn. zm.), pielęgniarkom i położnym (ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych – Dz. U. z 1991 r., nr 41, poz. 178 z późn. zm.).

spójność w określeniu podmiotowym wolnych zawodów w p.d.g. (i szczegółowych ustawach zawodowych⁶⁷) oraz w k.s.h.⁶⁸

Wątpliwości na gruncie ustawy budziła kwestia początku bytu przedsiębiorcy. Jak wspomniano powyżej, art. 2 p.d.g. wskazywał, że przedsiębiorcą jest osoba, która podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą. Z kolei w świetle art. 7 p.d.g. przedsiębiorca mógł podjąć działalność gospodarczą

jedynie po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców. Co wobec tego statuowało powstanie przedsiębiorcy? Faktyczne podjęcie działalności gospodarczej czy też wpis do rejestru przedsiębiorców? W literaturze toczyła się na ten temat dyskusja⁶⁹. Nie wchodząc w szczegóły sporu, należy stwierdzić, że status przedsiębiorcy nadawoło podmiotowi prawnemu spełnienie przesłanek prowadzenia działalności dającej się określić jako gospodarcza⁷⁰. Bycie przedsiębiorcą oznaczało więc rzeczywiste prowadzenie (lub przynajmniej podejmowanie) działalności gospodarczej (zamiar nie był tutaj wystarczający)⁷¹. A sam wpis do rejestru przedsiębiorców nie stanowił (i nie stanowi) niezbędnej cechy uzyskania przmiotu przedsiębiorcy⁷² (jakkolwiek rejestracja była wymogiem obligatoryjnym nałożonym przez p.d.g.). To samo zresztą dotyczy ustania bytu przedsiębiorcy – zaprzestanie działalności prowadzi do utraty tego statusu, pomimo niewykreślenia z rejestru⁷³. Niekiedy jednak sam fakt rejestracji kreował powstanie przedsiębiorcy. Tak było (i jest) w przypadku niektórych jednostek organizacyjnych oraz osób prawnych, dla których pro-

⁶⁷ Zob. przypis nr 63 *in fine* oraz przypis nr 66 powyżej.

⁶⁸ Wskutek nowelizacji p.d.g. oraz zmian w ustawach regulujących zasady wykonywania poszczególnych zawodów do grona tego zaliczono również rzeczników patentowych, biegłych rewidentów, pielęgniarki, położne, lekarzy oraz komorników sądowych. W piśmiennictwie podnosi się niekiedy, że ustawodawca był niekonsekwentny w określeniu listy wolnych zawodów i ograniczeniu podmiotowym pojęcia przedsiębiorcy. Mianowicie wspomniany już art. 88 k.s.h. zawierał daleko bardziej rozbudowaną listę profesji, wskazując osoby uprawnione do wykonywania wolnych zawodów w ramach spółek partnerskich. Aktualnie (Dz. U. z 2019 r., poz. 505) w artykule tym mowa jest dodatkowo o aptekarzach, architektach, brokerach ubezpieczeniowych, doradcach podatkowych, księgowych, lekarzach stomatologach, lekarzach weterynarii, rzeczoznawcach majątkowych, inżynierach budownictwa, maklerach papierów wartościowych, doradcach inwestycyjnych, fizjoterapeutach oraz o tłumaczach przysięgłych. Tak np. P. Lissoń, *Zakres pojęcia „przedsiębiorca”...*, s. 58 i nast. Zob. również przypis nr 66 powyżej. Z drugiej strony słusznie podnosi się, że celem art. 88 k.s.h. nie jest wyliczenie wszystkich zawodów uważanych za „wolne”, ale decyduje on o tym, które wolne zawody mogą być wykonywane w spółkach partnerskich i tylko w takim zakresie wyliczenie zawarte w tym przepisie ma charakter wyczerpujący. Por. J. Szwaia, *Komentarz do art. 88 k.s.h.*, [w:] A. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia, *Kodeks spółek handlowych*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–150*, Warszawa 2006, s. 576. Wskazywano również, że skoro p.d.g. reguluje *stricte* działalność gospodarczą, to definicji przedsiębiorcy w niej zawartej nie można traktować jako podstawowej i mającej zastosowanie do wszelkiego rodzaju stosunków prawnych. Por. t. Błaszczak, *Radca prawny jako przedsiębiorca – refleksje na tle art. 43¹ KC i art. 479¹ KPC*, pkt 3 *Zawód radcy prawnego a działalność zawodowa*, *Wyłączenia podmiotowe*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13, SIP Legalis 2004.

⁶⁹ Np. C. Kosikowski był zwolennikiem tezy, że status przedsiębiorcy nabywa się z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców. Idem, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 21. Odmienne stanowisko zajął np. W.J. Katner, zob. przypis poniżej.

⁷⁰ Por. W.J. Katner, *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca...*, s. 180 czy też A. Walaszek-Pyziół, *op.cit.*, s. 5.

⁷¹ Por. M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 99–100.

⁷² Zob. np. P. Popardowski, *Komentarz do art. 36 u.k.r.s.*, SIP Legalis.

⁷³ Zob. W. Popiołek, *Komentarz do art. 43¹, pkt 17*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz Art. 1 – 449¹⁰*, Warszawa 2018, SIP Legalis.

wadzenie działalności gospodarczej było celem wyłącznym i które powsta- ją z chwilą wpisu do rejestru. Chodzi- ło w tym przypadku np. o większość handlowych spółek osobowych⁷⁴ czy przedsiębiorstwa państwowe⁷⁵. Dla takich podmiotów wpis był elementem decydującym w tym znaczeniu, że ich podmiotowość gospodarcza powsta- wała siłą rzeczy z momentem kreacji, tj. po dokonaniu rejestracji, bowiem wpis statuował powstanie spółki lub innej osoby prawnej – przedsiębiorcy (tj. miał charakter konstytutywny)⁷⁶.

⁷⁴ Chodzi o spółkę partnerską – zob. art. 86 § 1 i 94 k.s.h., spółkę komandytową – zob. art. 102 i 109 § 1 k.s.h. oraz spółkę komandytowo-akcyjną – zob. art. 125 i 134 § 1 k.s.h. Jak słusznie zauważył P. Bielski, w przepisach tych pojawia się jednoznaczny w treści zwrot „prowadzi przedsiębiorstwo”, który nie może wskazywać innej konkluzji niż prowadzenie działalności gospodarczej. Zob. idem, *Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy*, „Rejent” 2001, nr 4, s. 17. Spółka jawna, chociaż również jest zakładana w celu prowadzenia przedsiębiorstwa (art. 22 § 1 k.s.h.), to jednak wpis do rejestru w jej przypadku miał wtedy jedynie charakter deklaratoryjny. Por. np. J.A. Strzępka, E. Zielińska, art. 26 k.s.h., [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzec- nictwo*, Warszawa 2001, s. 85 czy A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Objasnienia*, Kraków 2001, s. 56. Sytuacja zmieniła się, kiedy na mocy ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o zmianie ustawy kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r., nr 229, poz. 2276) do k.s.h. dodano art. 25¹, który jednoznacznie wskazywał, że spółka jawna powstaje z chwilą wpisu do rejestru (od tego momentu konstytutywny charakter wpisu do rejestru dotyczy zarówno pierwotnego, jak i następczego utworzenia spółki jawnej w drodze przekształcenia spółki cywilnej – art. 26 § 4 i 5 k.s.h.). Doszło więc do ujednolicenia momentu powstania wszystkich spółek osobowych. Por. A. Sołtysiński, art. 251 k.s.h., [w:] A. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 1–150*, t. I, Warszawa 2006, s. 368.

⁷⁵ Zob. art. 1 oraz art. 16 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2152 z późn. zm.).

⁷⁶ Więcej na ten temat zob. ibidem, s. 100 oraz J. Frąckowiak, *Pojęcie, powstanie i ustanie podmio- towości gospodarczej. Zagadnienia cywilnoprawne*, „Rejent” 1998, nr 8, s. 47.

Dotyczyło to również spółek kapita- łowych⁷⁷, aczkolwiek dyskutowany był w ich przypadku status spółki w orga- nizacji⁷⁸ (ostatecznie i jednoznacznie o możliwości prowadzenia działalno- ści gospodarczej przez spółki kapita- łowe w organizacji przesądziła nowe- lizacja p.d.g. z 2003 r.⁷⁹). Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że na gruncie k.s.h. zarówno spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i spółki ak- cyjne mogły (i mogą) być tworzone w celach innych niż gospodarcze (np. w celu charytatywnym (*non profit*) czy innym celu, co do zasady, nienastawio- nym na zysk (*not for profit*) – np. w celu prowadzenia badań naukowych⁸⁰). Problem uzyskania podmiotowości gospodarczej pojawiał się również wtedy, gdy spółki kapitałowe były powoływane do życia w celach nie- zarobkowych, co przewidywał k.s.h. Nie prowadziły więc one działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 ust. 1 p.d.g., ale zgodnie z art. 36 pkt 6 i 7 u.k.r.s. podlegały wpisowi do rejestru przedsiębiorców (bez względu na cel

⁷⁷ Zob. w zakresie spółki z ograniczoną odpowie- dzialnością art. 163 k.s.h. oraz w zakresie spółki akcyjnej art. 306 k.s.h.

⁷⁸ Por. S. Włodyka, A. Szumański, *Działalność ka- pitałowej spółki w organizacji*, [w:] A. Szumański (red.), *Prawo spółek handlowych, System Prawa Handlowego*, t. 2B, s. 541–543.

⁷⁹ Zob. art. 1 ustawy z dnia 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy Prawo działalności gospodarczej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r., nr 217, poz. 2125), którym do art. 7 p.d.g. dodano pkt 3 stwierdzający, że spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzy- skaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców. Aktualnie w sposób tożsamy reguluje tę kwestię art. 17 ust. 1 Prawa przedsiębiorców. Zob. uwagi na s. 138 poniżej.

⁸⁰ Zob. art. 151 § 1 k.s.h. oraz art. 301 k.s.h. Spółki kapitałowe mogą być zawiązywane w każdym celu prawnie dopuszczalnym.

utworzenia)⁸¹. A. Kidyba wskazywał, że spółki takie powinny być zostać zakwalifikowane jako przedsiębiorcy *not for profit*. Przedsiębiorcy tacy byli powoływani zasadniczo do realizacji celów innych niż zarobkowe, ale mogli prowadzić działalność gospodarczą (choćby ubocznie) z jednoczesnym przeznaczeniem zysków na cele statutowe⁸². Jako inne podmioty tego typu wymienić można np. fundacje czy stowarzyszenia⁸³. Przedsiębiorcy *not for profit* mogli posiadać status przedsiębiorcy od samego początku, tj. od momentu powstania (jeżeli ich statuty przewidywały prowadzenie chociażby ubocznej działalności gospodarczej) lub uzyskać go następnie po podjęciu działalności gospodarczej (czyli po zamieszczeniu w statutach wzmianki o prowadzeniu działalności gospodarczej i zarejestrowaniu takiej zmiany w KRS)⁸⁴. Jednak stojąc na stanowisku, że status przedsiębiorcy wynikał z rzeczywistego prowadzenia (lub przynajmniej podjęcia) działalności gospodarczej, można było postawić wobec tego następujące pytania. Jak odnieść się do sytuacji, gdy spółka kapitałowa została powołana do życia wyłącznie w celu prowadzenia działalności nienastawionej na zysk? Czy w takim razie spółka taka obierająca

sobie za cel nieprowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego dla osiągnięcia zysku do podziału między wspólników (akcjonariuszy) jest takim samym przedsiębiorcą jak ta, która spełnia wszelkie cechy przedsiębiorcy i wzbogaca wspólników dywidendą z podzielonego zysku? Czy tylko przez to, że handlowa spółka kapitałowa będąca organizacją *non profit* jest wpisana do rejestru przedsiębiorców w KRS, pozostaje ona w kręgu przedsiębiorców? Odpowiedź na powyższe pytania była oczywiście przecząca. Pomimo nazwy „rejestr przedsiębiorców” wpisywane podmioty nie muszą być przedsiębiorcami, a sama nazwa jest pewnym uogólnieniem. O statusie prawnym każdego podmiotu w obrocie gospodarczym powinna zaś stanowić jego rzeczywista pozycja ustrojowa, a nie drugorzędne względy formalne⁸⁵.

W ciągu kilku lat (od połowy 1997 r. do początku 2001 r.) termin przedsiębiorca awansował na czołowe miejsce w polskim systemie prawnym jako określenie podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Jak wspomniano powyżej, termin ten wprowadzono do znakomitej większości aktów prawnych regulujących różne sfery funkcjonowania państwa i społeczeństwa. Czy w takiej sytuacji definicja przedsiębiorcy zawarta w p.d.g. stanowiła faktycznie definicję systemową, swoiste *lex generalis* (zob. uwagi na s. 111 powyżej) dla całego porządku prawnego, tak jak zakładano?

⁸¹ Więcej na temat rozbieżności między przepisami u.k.r.s., k.s.h. i p.d.g. w zakresie spółek kapitałowych zakładanych w celach niezarobkowych zob. P. Bielski, *Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy*, „Rejent” 2001, nr 4.

⁸² Idem, *Prawo handlowe*, s. 18–19.

⁸³ Por. art. 7 oraz art. 11 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1491) oraz art. 17 i art. 34 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 713).

⁸⁴ Ibidem, s. 19 oraz M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 100.

⁸⁵ Tak W.J. Katner, *Spółki handlowe jako przedsiębiorcy według Kodeksu cywilnego i Kodeksu spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 7, s. 16, dodatek.

Podstawowe wątpliwości dotyczyły w tym zakresie dwóch aspektów. Po pierwsze, treści samej definicji zawartej w art. 2 ust. 2 p.d.g, której część stanowiło wyrażenie „w rozumieniu ustawy”. Zwrot ten mógł bowiem sugerować, że właściwość definicji ogranicza się wyłącznie do tekstu tej ustawy i jej przepisów wykonawczych. Po drugie, korelacji p.d.g. i innych aktów prawnych, które odmiennie definiowały pojęcie przedsiębiorcy (np. omawianej już wcześniej u.z.n.k.). Problem ten został również zauważony w orzecznictwie, które wyróżniło trzy sposoby określenia właściwości definicji przedsiębiorcy w p.d.g.

Pierwsze stanowisko przypisywało omawianej definicji charakter uniwersalny (oznaczało, że definicja zawarta w p.d.g. jest właściwa zawsze, kiedy inne ustawy odwołują się do pojęcia „przedsiębiorca”). Drugie stanowisko zakładało, że definicja ma zastosowanie wyłącznie do ustawy, w której została zastosowana. Trzecie zaś stanowisko wskazywało, że definicję można traktować jako definicję kierunkową, tj. taką, która wyznacza właściwe znaczenie pojęcia, gdy z przedmiotu regulacji nie wynika, że ustawodawca posłużył się nim w znaczeniu odmiennym⁸⁶. W doktrynie powszechnie przyjmowano jednak, że definicja przedsiębiorcy zawarta w p.d.g. ma zasięg uniwersalny w tym sensie, że „obowiązuje” na gruncie wszystkich innych ustaw, w których termin ten

jest używany, chyba że przypisano mu wyraźnie znaczenie odmienne⁸⁷.

Warto zauważyć, że w części aktów prawnych w tym okresie posługiwano się terminem przedsiębiorca bez jego definiowania (np. ustawa z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności⁸⁸). Niektóre ustawy, posługując się określeniem „przedsiębiorca”, wyraźnie odsyłały do definicji zawartej w p.d.g. (np. ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o Inspekcji Handlowej⁸⁹), a inne w swojej treści przy definiowaniu „przedsiębiorcy” tworzyły na własne potrzeby swoiste określenia wykraczające poza definicję z art. 2 ust. 2 p.d.g., tj. odsyłały zarówno do pojęcia ustalonego w p.d.g., jak i dodatkowo uzupełniały zakres definicji o podmioty niebędące przedsiębiorcami w rozumieniu p.d.g. (np. ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁹⁰).

Definicja przedsiębiorcy wprowadzona w p.d.g., choć nie rozwiązała wielu wątpliwości powstałych na jej gruncie, mimo wszystko w pewnym stopniu uporządkowała kwestie związane z rozumieniem tego terminu. Jednak po-

⁸⁶ Zob. M. Etel, op.cit. (przypis nr 18 powyżej) i przytoczone tam orzecznictwo.

⁸⁷ Por. np. A. Walaszek-Pyziół, op.cit., s. 4, K. Strzycki, op.cit., s. 2, M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 79 czy W.J. Katner – zob. przypis poniżej. Nieco bardziej sceptyczny jest z kolei M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej*, Kraków 2000, s. 39.

⁸⁸ T. j. Dz. U. z 1995 r., nr 117, poz. 564 z późn. zm. Ustawa obowiązywała do 23 sierpnia 2003 r. Por. art. 3 ust. 1 pkt 2 i 3.

⁸⁹ Dz. U. z 2000 r., nr 4, poz. 25 z późn. zm. Ustawa obowiązuje do dnia dzisiejszego, por. t.j. Dz. U. z 2009 r., nr 151, poz. 1219 z późn. zm. Por. art. 2 pkt 1.

⁹⁰ Dz. U. z 2000 r., nr 122, poz. 1319 z późn. zm. Ustawa weszła w życie 1 kwietnia 2001 r. i obowiązywała do 21 kwietnia 2007 r. Por. art. 4 pkt 4 tej ustawy.

mimo wprowadzanych w tym zakresie zmian mających polepszyć otoczenie prawne w zakresie stosunków gospodarczych, w szczególności w prawie publicznym, faktyczna sytuacja prawna w tym względzie daleka była od doskonałości. W odniesieniu do omawianego terminu dobrze ujął ją A. Kidyba, mówiąc, że jest to *galimatias z przedsiębiorcami, co nowy akt prawny czy jego nowelizacja, to inna definicja*⁹¹.

W takim stanie prawnym Polska i jej gospodarka weszła w XXI w.

Pierwsze lata XXI w. i nowe rozwiązania prawne

Upowszechnieniu pojęcia przedsiębiorcy w publicznym prawie gospodarczym nie towarzyszyły działania ustawodawcy w zakresie prawa prywatnego. Pamiętać należy, że na gruncie przyjętego w 1964 r. Kodeksu cywilnego (k.c.) obowiązywała zasada jedności prawa cywilnego⁹², a definicja o podstawowym znaczeniu dla wyznaczenia zakresu prywatnoprawnych stosunków gospodarczych pozostawała na początku XXI w. wciąż poza tą ustawą. Postulat wprowadzenia pojęcia przedsiębiorcy do ustawy mającej zastosowanie do wszystkich

podmiotów gospodarczych podnoszony i dyskutowany był od dawna⁹³. Zwracano również uwagę, że definicja przedsiębiorcy wprowadzana do k.c. powinna być definicją systemową, czyli pojęciem ogólnym dla całego systemu prawa (postulowano, aby zarówno w prawie publicznym, jak i w prawie prywatnym obowiązywała jedna i tożsama podstawowa definicja przedsiębiorcy⁹⁴).

Do zmian w k.c. doszło w 2003 r. na mocy ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw⁹⁵. Ustawa zmieniała przede wszystkim część ogólną k.c. i wprowadziła do kodeksu pojęcie przedsiębiorcy niejako przy okazji koniecznych zmian wynikających z uchwalenia k.s.h. (i uchylecia k.h.) oraz związanym z tym istotnym

⁹³ Zob. J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 3, s. 7 i nast. Tenże wskazywał również pod koniec 2000 r. w aspekcie uporządkowania sytuacji prawnej przedsiębiorców, że *Można powiedzieć, że zasada jedności prawa cywilnego, słusznie przyjęta jako sposób regulacji stosunków gospodarczych, zobowiązuje do tego, aby w samym kodeksie cywilnym uregulować podstawowe pojęcia związane z tą regulacją*. Idem, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców...*, s. 9. Por. również T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 199 czy M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 73.

⁹⁴ Por. W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 43. Autor ten uważał jednak, że pojęcie przedsiębiorcy funkcjonujące w prawie publicznym (p.d.g.) było również wystarczające dla obrotu prywatnoprawnego, w sensie podmiotu mogącego występować w stosunkach cywilnoprawnych, jeśli podmiot ten spełniał warunki określone w art. 1 i innych k.c. Ibidem, s. 43. Zob. również K. Kruczałak, op.cit., s. 18, T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 6, s. 40 czy też M. Etel, op.cit., rozdział III, pkt 3, Lex 2012.

⁹⁵ Dz. U. z 2003 r., nr 49, poz. 408. Ustawa weszła w życie po 6 miesiącach od ogłoszenia, tj. 25 września 2003 r.

⁹¹ Por. A. Kidyba, *Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita”, 18 czerwca 2003 r.

⁹² Więcej na temat tej zasady zob. A. Madala, op.cit., s. 116 oraz J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców...*, s. 3 i 4. Autor stwierdzał tam: *W istocie rzeczy w tym ważnym obszarze, jakim jest regulacja dotycząca podmiotów, które w sposób zawodowy i trwały prowadzą działalność gospodarczą, kodeks cywilny przestał być podstawowym aktem prawnym, i dalej: Przy formalnym oparciu regulacji prywatnoprawnej stosunków gospodarczych na zasadzie jedności prawa cywilnego nie nastąpiło potwierdzenie tej zasady w treści kodeksu cywilnego*.

uzupełnieniem części ogólnej kodeksu o szereg instytucji prawnych⁹⁶ (jak np. przepisy o firmie i prokurze czy te regulujące status tzw. niepełnych osób prawnych⁹⁷). Przy okazji stała się również istotna z punktu widzenia rozwoju pojęcia „przedsiębiorcy” z uwagi na wprowadzenie do k.c. definicji tego terminu. W uzasadnieniu rządowego projektu omawianej nowelizacji stwierdzono, że *pojęcie przedsiębiorcy wymaga zdefiniowania w przepisach ogólnych prawa cywilnego, ponieważ pojawia się ono w szeregu przepisach k.c., a także w innych normach prywatnoprawnych, a zawarta w p.d.g. z 1999 r. definicja tego pojęcia jest ograniczona do zakresu działania tej ustawy (art. 2 p.d.g.) o charakterze zresztą administracyjno-prawnym*⁹⁸. Jak wynika z zacytowanego fragmentu, wprowadzona do przepisów prawa cywilnego kodeksowa definicja przedsiębiorcy

nie spowodowała ujednolicenia tego terminu w całym systemie prawa. Pojęcie przedsiębiorcy przyjęte w k.c. było odmienne od tego z p.d.g.⁹⁹ Normatywną definicję zamieszczono w obrębie księgi I, tytułu II i nowo dodanego działu III pt. „Przedsiębiorcy i ich oznaczenia”. Zgodnie z art. 43¹ k.c. za przedsiębiorcę została uznana osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 331 § 1 k.c. (czyli tzw. niepełna osoba prawna, posiadająca zdolność prawną przy braku osobowości prawnej¹⁰⁰) prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową¹⁰¹ (*nota bene*, pojęcie przedsiębiorcy niemal tożsame z tym z k.c. wprowadzono również do ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze z 2003 r.¹⁰²). Przedsię-

⁹⁶ Zob. projekt ustawy o zmianie k.c. wraz z uzasadnieniem opublikowany na stronie internetowej Sejmu RP, druk nr 666 z dnia 2 lipca 2002 r. ([http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/666/\\$file/666.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/666/$file/666.pdf) – dostęp 1.06.2020), s. 19.

⁹⁷ Chodziło np. o spółki osobowe z k.s.h. Kodeks wprowadził dodatkowo pojęcie spółki w organizacji. Zob. uwagi na s. 118 powyżej. Oprócz podmiotów prawa handlowego do kategorii tej należały również np. wspólnoty mieszkaniowe czy stowarzyszenia zwykłe (niezarejestrowane). Zob. również przypis nr 83 powyżej.

⁹⁸ Zob. projekt ustawy o zmianie k.c. wraz z uzasadnieniem z dnia 2 lutego 2003 r., s. 21 wskazany w przypisie nr 96 powyżej. Oprócz pojęcia przedsiębiorcy na nowo zredagowano np. pojęcie przedsiębiorstwa w art. 55¹ k.c. (nie zmieniając zasadniczej treści definicji) oraz konsumenta w art. 221 k.c. (skreślając wcześniejszą definicję tego pojęcia w art. 384 § 3 k.c.). Chodziło o jasne określenie tych podstawowych dla prawa cywilnego pojęć (konsument, przedsiębiorca oraz przedsiębiorstwo) z uwagi na dokonujące się głębokie przemiany całego systemu prawa cywilnego w duchu poszerzenia ochrony konsumentów oraz racjonalizowania obrotu gospodarczego. Zob. projekt ustawy wraz z uzasadnieniem, druk nr 666, s. 19.

⁹⁹ Stało się tak, chociaż pierwotnie proponowana definicja przedsiębiorcy w prawie cywilnym miała być zbieżna z rozwiązaniem przyjętym w p.d.g. Przedsiębiorca miał być definiowany w k.c. jako: osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, która we własnym imieniu, zarobkowo oraz w sposób zorganizowany i ciągły prowadzi działalność gospodarczą (prowadzi przedsiębiorstwo). Projekt ten zakładał przyjęcie tożsamych cech funkcjonalnych definicji przedsiębiorcy, tj. prowadzenie działalności gospodarczej we własnym imieniu, zarobkowo oraz w sposób zorganizowany i ciągły było warunkiem uznania danego podmiotu za przedsiębiorcę. Por. T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, op.cit., s. 45 i przywołany tam „Projekt nowelizacji Kodeksu cywilnego, dotyczący osób prawnych, przedsiębiorców i przedsiębiorstw” z 26 października 2000 r. opublikowany w „Przeglądzie Legislacyjnym” z 2001 r., nr 4.

¹⁰⁰ W art. 33¹ § 1 k.c. wskazano, że do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych.

¹⁰¹ Tak sformułowana definicja była nawiązaniem do określenia kupca w kodeksie handlowym z 1934 r. Por. T. Mróz, S. Bieniek-Koronkiewicz, op.cit., s. 41. Na temat pojęcia kupca zob. A. Madała, op.cit., s. 111–112.

¹⁰² Zob. art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2003 r., nr 60, poz. 535 z późn. zm.). Ustawa obowiązuje do

biorca na gruncie k.c. to w szczególności uczestnik obrotu prawnego z udziałem konsumentów, którzy podlegają na gruncie prawa cywilnego daleko idącej ochronie. Wskazane w k.c. ujęcie tego pojęcia opiera się na dwóch kryteriach: podmiotowym oraz funkcjonalnym (przedmiotowym). Kryterium podmiotowe łączy przymiot przedsiębiorcy z podmiotami stosunków cywilnoprawnych¹⁰⁵. Podmiotowe sformułowanie definicji kodeksowej sankcjonowało przede wszystkim prawny status tzw. ułomnych osób prawnych oraz ostatecznie potwierdzało eliminację spółki cywilnej z podmiotowego zakresu pojęcia przedsiębiorcy¹⁰⁴ (z czym mieliśmy już wcześniej do czynienia na gruncie p.d.g.). W tym aspekcie k.c. szerzej ujmował kwestię jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej w odróżnieniu od p.d.g., która w art. 2 ust. 2 wskazywała jedynie na „nieposiadające osobowości prawnej spółki prawa handlowego”. Oznaczało to, że na gruncie k.c. za przedsiębiorców uznano bez wątplenia wszystkie jednostki, którym przepisy prawa przyznawały zdolność prawną, ale nie obdarzały osobowością prawną – oprócz osobowych spółek prawa handlowego, wskazanych w p.d.g., były to również np. wspólnoty miesz-

kaniowe¹⁰⁵, stowarzyszenia zwykłe¹⁰⁶ czy też spółki kapitałowe w organizacji¹⁰⁷. Jednak zdecydowanie istotniejsza różnica związana była z kryterium funkcjonalnym, które określa cechy przedsiębiorcy, a właściwie cechy działalności przez niego prowadzonej. Zgodnie z art. 43¹ k.c. cechami takimi są: działalność gospodarcza lub zawodowa. Alternatywa ta oznaczała, że na gruncie prawa cywilnego te dwa rodzaje działalności funkcjonują rozłącznie. Interpretowano je jako różne i wzajemnie niezależne, aczkolwiek jeżeli były wykonywane we własnym imieniu, to konstytuowały przedsiębiorcę. Wprowadzenie do definicji kodeksowej działalności zawodowej (niezależnej od działalności gospodarczej) spotkało się ze znaczącą krytyką w doktrynie¹⁰⁸. Wskazywano przede wszystkim na sprzeczność definicji w p.d.g. oraz w k.c. w aspekcie funkcjonalnym. Z jednej strony definicja w k.c. pozwalała uznać za przedsiębiorcę podmiot, który nie prowadził działalności gospodarczej, a wykonywał wyłącznie działalność zawodową,¹⁰⁹ z drugiej wskazywano, że nie można być przedsiębiorcą i nie prowadzić działalności gospodarczej, bowiem na gruncie p.d.g. „zawodo-

dzis pod zmienionym tytułem Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 498 z późn. zm.). W ustawie tej przed wymienieniem jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej zastosowano alternatywę rozłączną („lub”), podczas gdy w art. 43¹ k.c. zastosowano spójnik „i”. Zob. również przypisy nr 148 poniżej.

¹⁰³ Por. T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, op.cit., s. 45 i przywołany tam projekt nowelizacji k.c.

¹⁰⁴ T. Szancilo, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3, s. 5.

¹⁰⁵ Por. art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 532 z późn. zm.).

¹⁰⁶ Zob. przypis nr 83 powyżej.

¹⁰⁷ Por. art. 11 k.s.h. Przepisy p.d.g. zmieniono w tym zakresie (dostosowując częściowo do art. 43¹ k.c.) nowelizacją z dnia 14 listopada 2003 r., dodając pkt 3 do art. 7 p.d.g. Zmieniony przepis obowiązywał od 1 stycznia 2004 r. Zob. przypis nr 79 powyżej.

¹⁰⁸ Zob. np. W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 43, Idem, *Podstawowe zagadnienia prawne...*, s. 7, M. Etel, op.cit., rozdział III, pkt 3 czy T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 201.

¹⁰⁹ M. Etel, op.cit., rozdział III, pkt 3, Lex 2012.

wość” była immanentną cechą każdej działalności gospodarczej¹¹⁰. Jak tłumaczono włączenie „działalności zawodowej” do definicji w k.c.? W jednej ze swoich uchwał SN wskazał, że chodziło o włączenie do zakresu pojęcia przedsiębiorcy osób wykonujących wolne zawody, które nie miały takiego statusu na gruncie p.d.g. W konsekwencji podnoszono, że art. 43¹ k.c. jednoznacznie uznawał za przedsiębiorców również podmioty prowadzące we własnym imieniu działalność zawodową poprzez wykonywanie wolnego zawodu. SN stwierdzał ponadto, że działalność zawodowa, o której mowa w omawianym przepisie, powinna mieć cechy tradycyjnie przypisywane działalności gospodarczej, a więc być wykonywana we własnym imieniu, osobiście, w sposób ciągły, profesjonalny i przynajmniej w pewnym stopniu zorganizowany¹¹¹. Wyodrębnienie obok działalności gospodarczej drugiego rodzaju działalności, tj. działalności zawodowej, było co najmniej niefortunne. Tak czy inaczej, zamiast wprowadzenia systemowej definicji przedsiębiorcy, doszło nieoczekiwanie do istotnego przeciwstawienia sobie regulacji prywatno –

i publicznoprawnej, co czyniło system prawny wewnątrznie sprzecznym¹¹² i spotkało się z uzasadnioną krytyką¹¹³. Pewne było, że odrębna definicja przedsiębiorcy w k.c. była właściwa dla stosunków cywilnoprawnych i sfery prawa prywatnego. Rysowała się jednak szansa na harmonizację przepisów prawa prywatnego i publicznego, bowiem w listopadzie 2003 r. podjęto prace nad zmianą przepisów dotyczących działalności gospodarczej.

Rok 2004 był rokiem szczególnym dla Polski, jej systemu prawnego i polskiej gospodarki. Zmianę przepisów prawa dotyczącą prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców poprzedziło wydarzenie, które rzutowało w sposób spektakularny na wiele aspektów funkcjonowania naszego kraju. 1 maja tego roku spełniły się bowiem wieloletnie starania rządów tworzonych po przełomie lat 1989–1991 o przyjęcie naszego kraju do UE¹¹⁴. Wejście Polski do UE poprzedzone zostało podpisaniem 16 kwietnia 2003 r. Traktatu Akcesyjnego w Atenach oraz przeprowadzeniem tzw. referendum europejskiego w dniach 7 i 8 czerwca 2003 r.¹¹⁵ Przystąpienie do UE miało

¹¹⁰ Por. W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 43 czy T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 201. Jednak W. Popiołek zauważa, że *Nie należy natomiast stawiać znaku równości między działalnością wykonywaną „zawodowo”, co stanowi immanentną cechę każdej działalności gospodarczej, a „działalnością zawodową” wyróżnioną w art. 43¹ k.c. obok działalności gospodarczej*. Idem, op.cit., *Komentarz do art. 43¹*, pkt 15. Por. również charakterystykę pojęcia działalności gospodarczej w p.d.g., s. 113 powyżej oraz na gruncie u.d.g. zob. A. Madala, op.cit., s. 123.

¹¹¹ Zob. uchwałę SN z 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, OSNC 2017, nr 2, poz. 19. Zob. również wątek poruszony na s. 124 powyżej.

¹¹² Por. W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 43 czy też M. Etel, op.cit., rozdział III, pkt 3.

¹¹³ Zob. np. W.J. Katner, *Spółki handlowe jako przedsiębiorcy według...*, s. 15. Autor wskazywał, że w k.c. wprowadzone zostało, dość wątpliwe i „na siłę” pojęcie przedsiębiorcy.

¹¹⁴ 16 grudnia 1991 r. zawarto Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi. Zob. przypis nr 61 powyżej. W uchwalonej konstytucji z 1997 r. zawarto również postanowienia antycypujące przystąpienie Polski do UE. Zob. art. 90 konstytucji.

¹¹⁵ W referendum akcesyjnym głos oddało 57% uprawnionych do głosowania. Przystąpienie do UE poparło prawie 75% biorących udział w referendum.

doniosłe znaczenie dla państwa i prawa polskiego w ogóle¹¹⁶, a dla prawa gospodarczego w szczególności. Od tego momentu normy prawa europejskiego regulujące relacje między państwami członkowskimi, ich obywatelami oraz instytucjami europejskimi stawały się częścią składową polskiego porządku prawnego. Normy te tworzą mechanizmy do ustanawiania prawa wiążącego państwa członkowskie i egzekwowania zgodności z tym prawem¹¹⁷. W sferze gospodarczej Polska stawała się częścią dużego (obejmującego wtedy 28 krajów europejskich¹¹⁸) wspólnego rynku (tj. Europejskiego Obszaru Gospodarczego), na którym obowiązywały zasady: swobody prowadzenia działalności i świadczenia usług, swobody przemieszczania się osób, w tym pracowników, oraz swobodnego przepływu kapitału

Więcej na temat okoliczności wejścia w skład UE zob. W. Roszkowski, *Historia Polski 1914–2015*, Warszawa 2017, s. 547–548.

¹¹⁶ Rzeczpospolita Polska, przystępując do Unii Europejskiej, zrzekała się części swojej suwerenności, przenosząc część swoich suwerennych uprawnień na rzecz organizacji międzynarodowej.

¹¹⁷ Zob. A. Wróbel, *Źródła prawa Wspólnot Europejskich i prawa UE*, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa europejskiego przez sądy*, Kraków 2005, s. 23–24. Prawo unijne, zgodnie z dominującą tendencją, postrzegane jest w charakterze autonomicznego porządku prawnego, który różni się zarówno od prawa międzynarodowego publicznego, jak i prawa krajowego. Jednocześnie w swej istocie łączy cechy wskazanych systemów. Z jednej strony bowiem, podobnie jak prawo międzynarodowe publiczne, reguluje stosunki między państwami, z drugiej natomiast jego podmiotami są także osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne, i w tym zakresie odpowiada prawu krajowemu. Por. M. Etel, *op.cit.*, rozdział I, pkt 5 *Problem harmonizacji pojęć używanych w prawie krajowym państw członkowskich UE i prawie unijnym*, Lex 2012.

¹¹⁸ Było to 25 krajów UE (wliczając kraje przystępujące wraz z Polską) oraz trzy kraje należące do Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA). Obecnie po opuszczeniu Unii przez Wielką Brytanię EOG obejmuje formalnie 27 krajów UE oraz trzy kraje EFTA.

i płatności. W prawie UE (np. w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) czy w prawie pochodnym) odpowiednikiem terminu przedsiębiorca używanego w polskim systemie prawnym jest termin przedsiębiorstwo w znaczeniu podmiotowym,¹¹⁹ rozumiane jako ośrodek decyzyjny, tj. zdolny do samodzielnego podejmowania decyzji rynkowych. Z uwagi na wielość sposobów definiowania przedsiębiorstwa w porządkach prawnych państw członkowskich w prawie europejskim przyjęto autonomiczną interpretację tego pojęcia¹²⁰. Co ciekawe, w prawie UE brak jest systemowej definicji legalnej „przedsiębiorstwa”, jednak zakres pojęcia i cechy charakterystyczne zostały w sposób szczegółowy określone w orzecznictwie sądowym UE¹²¹. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE przyjmuje się, że jest to podmiot prowadzący działalność gospodarczą bez względu na formę i osobowość prawną, sposób finansowania czy chęć czerpania zysku. Z kolei działalność gospodarcza rozumiana jest jako oferowanie towarów lub usług na danym rynku¹²². Rozległość mate-

¹¹⁹ W oficjalnym polskim tłumaczeniu aktów prawa europejskiego angielski termin „undertaking” jest tłumaczony właśnie jako „przedsiębiorstwo”. TFUE posługuje się tym terminem wielokrotnie m.in. w postanowieniach dotyczących unii celnej (art. 32), swobody przedsiębiorczości (art. 49), transportu (art. 96), konkurencji (art. 101, 102 i 106), pomocy publicznej (art. 107) i innych. Zob. Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 864 z późn. zm.

¹²⁰ Zob. M. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, rozdział II, pkt 1.2.3 *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie europejskim*, Lex 2009.

¹²¹ Więcej na ten temat zob. np. M. Etel, *op.cit.*, rozdział II, pkt 2.3 *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie i orzecznictwie UE*, Lex 2012.

¹²² Por. V. Rose, P. Roth, *Undertaking*, [w:] C. Bellamy, Child G.D., V. Rose, P. Roth, *European Community Law*

rii traktatowej, w której posłużono się pojęciem przedsiębiorstwa, wymaga czasem jego odmienniejszej interpretacji na potrzeby poszczególnych dziedzin prawa UE¹²³.

W takich okolicznościach doszło do kolejnej zmiany prawa dotyczącego działalności gospodarczej przedsiębiorców. Dlaczego przygotowano nową ustawę, skoro obowiązująca od niecałych czterech lat p.d.g. w zasadzie spotykała się z uznaniem w doktrynie i była podstawą do stwierdzenia zgodności polskiego prawa z systemem UE w istotnej kwestii swobody przedsiębiorczości? Bezpośrednią przyczyną było uchwalenie zmian w k.c. i wprowadzenie do regulacji prywatnoprawnej nowej definicji przedsiębiorcy, która burzyła dotychczasowy porządek w tym sensie, że pozostawała w sprzeczności z definicją publicznoprawną (p.d.g.), co skutkowało dysharmonią systemu prawnego¹²⁴. Prace nad nowym prawem działalności gospodarczej doprowadziły do przyjęcia ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: „u.s.d.g.”)¹²⁵. Czy doprowadziły do ujednoczenia omawianego pojęcia? Definicja przedsiębiorcy określająca jego status pod względem podmiotowym zawarta została w art. 4 u.s.d.g. Wskazano tam, że przedsiębiorcą, w rozumieniu usta-

wy, jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą (ust. 1). Powtórzono tu w zasadzie definicję zawartą w art. 43¹ k.c., rozszerzając zakres podmiotowy pojęcia w stosunku do p.d.g. o tzw. niepełne osoby prawne (a więc nie tylko osobowe spółki prawa handlowego). Za przedsiębiorców uznano również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (ust. 2), co było powtórzeniem art. 2 ust. 3 p.d.g. i nie budziło wątpliwości również na gruncie k.c. Podobnie jak we wcześniejszych regulacjach, także w art. 2 ust. 1 u.s.d.g. wskazano, że przedsiębiorcą jest podmiot wykonujący działalność gospodarczą, co determinowało pojęcie przedsiębiorcy pod względem przedmiotowym. W związku z tym definicja z u.s.d.g., choć na pierwszy rzut oka niemal identyczna jak ta w k.c., nie zawierała jednak w swej końcowej części określenia „lub zawodowej” – odwołując się tylko i wyłącznie do pojęcia działalności gospodarczej. Taki zapis był jak najbardziej wskazany z uwagi na wątpliwości interpretacyjne związane z drugim członem alternatywy w zapisie k.c.¹²⁶ Z drugiej strony odmiennie sformułowanie tego terminu spowodowało dalsze zamieszanie pojęciowe i utrzymanie braku spójności. U.s.d.g. i k.c. różniły się co do tego, jak kwalifikować działalność zawodową: czy jako działalność gospodarczą, czy

of Competition, Oxford 2008, s. 92–93.

¹²³ Zob. M. Materna, op.cit.

¹²⁴ Zob. np. W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne...*, s. 6–7.

¹²⁵ Dz. U. z 2004 r., nr 173, poz. 1807 z późn. zm. Większość przepisów ustawy zaczęła obowiązywać od 21 sierpnia 2004 r. (zgodnie z art. 1 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej – Dz. U. z 2004 r., nr 173, poz. 1808 z późn. zm.).

¹²⁶ Zob. przypisy nr 112 i 113 powyżej.

jako odrębny zakres działalności¹²⁷. Przypomnijmy również, że k.c. nie wskazywał, jak należy rozumieć pojęcie działalności gospodarczej przywołane w art. 43¹ k.c. (nie definiował tego pojęcia). W związku z tym, szukając jego określenia, należało odnieść się do definicji zawartej w ogólnych przepisach publicznoprawnych dotyczących aktywności gospodarczej, tj. do art. 2 u.s.d.g. (poprzednio art. 2 ust. 1 p.d.g.), ponieważ jak już niejednokrotnie podkreślano, nie można mówić o przedsiębiorcy w oderwaniu od prowadzonej przez niego działalności. Również opis działalności gospodarczej wprowadzony w u.s.d.g., jakkolwiek wzorowany na wcześniejszym zapisie z art. 2 ust. 1 p.d.g., różnił się od poprzedniczki. Art. 2 u.s.d.g. wskazywał, że działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Najistotniejszą zmianą było doprecyzowanie, że działalność zawodowa jest jedną z postaci działalności gospodarczej. Taka konstrukcja, odmienna niż w k.c., była właściwa¹²⁸. Równocześnie pozwalała zakwalifikować do grona przedsiębiorców pod-

mioty wykonujące wolne zawody¹²⁹ (w odróżnieniu od unormowań p.d.g.). Definicja wskazywała jednak, że brana pod uwagę może być tylko działalność zawodowa wykonywana we własnym imieniu, nie zaś w ramach innego stosunku prawnego (np. pracy, zlecenia czy agencji). Po wtóre, zrezygnowano ze sformułowania „w rozumieniu ustawy” – dzięki czemu nie było przeszkód, żeby definicja działalności gospodarczej miała charakter uniwersalny i mogła być stosowana z powodzeniem jako definicja systemowa wszędzie tam, gdzie inne przepisy (w tym również k.c.) odwoływały się do tego pojęcia¹³⁰. Zmianą pomniejszą było zastąpienie sformułowania „eksploatacja złóż naturalnych” w starszej definicji terminem „wydobywanie kopalin ze złóż”¹³¹ w nowej. Podobnie jak w p.d.g., również w u.s.d.g. stosowanie przepisów tej ostatniej ustawy zostało wyłączone w stosunku do niektórych rodzajów działalności gospodarczej związanych z rolnictwem, ogrodnictwem, rybołówstwem i świadczeniem usług w gospodarstwach rolnych (art. 3 u.s.d.g.). Pojęcie przedsiębiorcy w u.s.d.g. opie-

¹²⁷ Zob. E. Bieniek-Koronkiewicz, op.cit., s. 46 oraz J. Lic, M. Łuc, *Definicje pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” (potrzeba rewizji)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10, s. 65.

¹²⁸ Por. np. T. Szancilo, op.cit., s. 6, J. Lic, M. Łuc, op.cit., s. 63, M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 2, s. 33, czy też W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 43. Ten ostatni wskazywał jednak, że z powodzeniem można było utrzymać dotychczasową definicję przedsiębiorcy z art. 2 p.d.g. Idem, *Podstawowe zagadnienia prawne...*, s. 4.

¹²⁹ Jednak należy podkreślić, że wykonywanie wolnego zawodu mogło być kwalifikowane jako działalność gospodarcza, a osoby wykonujące taki zawód można było uznać za przedsiębiorców jedynie w przypadku spełnienia cech wskazanych w definicjach zawartych w art. 2 i art. 4 ust. 1 u.s.d.g., tj. gdy działalność taka miała charakter zarobkowy i była wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły oraz we własnym imieniu. Szerzej na ten temat zob. M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej...*, s. 38 oraz C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 27–28.

¹³⁰ Ibidem, s. 28–29 oraz W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne...*, s. 7.

¹³¹ Sformułowanie to zaczerpnięto z ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz. U. z 2005 r., nr 228, poz. 1947 z późn. zm.). Szerzej na ten temat zob. J. Lic, M. Łuc, op.cit., s. 63.

rało się na dwóch podstawowych kryteriach: podmiotowym oraz przedmiotowo-funkcjonalnym (zawarte były odpowiednio w art. 4 i 2 u.s.d.g.). Wskazane tam kryteria musiały zostać spełnione łącznie, żeby można było uznać dany podmiot za przedsiębiorcę. Ponadto utrzymanie statusu przedsiębiorcy związane było z koniecznością spełnienia dodatkowych obowiązków przewidzianych przepisami prawa, np. rejestracji działalności gospodarczej¹³².

Po nowelizacji k.c. w 2003 r. i przyjęciu nowego prawa gospodarczego w 2004 r. w przepisach prawa cały czas funkcjonowało wiele definicji i terminów na oznaczenie przedsiębiorcy¹³³. Jedyne kilka aktów prawnych odwoływało się ściśle do definicji zawartej w art. 4 ust. 1 u.s.d.g.¹³⁴ Olbrzymia większość zawierała jednak określenia odmienne zarówno od u.s.d.g., jak i k.c.¹³⁵ (tu przede wszystkim należy wyróżnić takie ustawy jak: u.k.r.s. (zob. s. 109 wraz z przypisem nr 23 powyżej), u.z.n.k. (zob. s. 106–107 powyżej), u.o.k.i k. czy

k.p.c. (zob. wyjaśnienia poniżej). Dodatkowo w wielu aktach prawnych używano często bardzo różnych i niekiedy oryginalnych terminów, innych niż przedsiębiorca, na oznaczenie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, jak np. „zobowiązany prowadzący działalność gospodarczą”¹³⁶, „paczkujący” czy „zlecający paczkowanie”¹³⁷, „wytwórca”¹³⁸, „usługodawca” czy „usługobiorca”¹³⁹ i wiele innych, co powodowało spore zamieszanie pojęciowe¹⁴⁰. A. Kidyba określił taki stan rzeczy dosadnie jako: *obraz kompletnego chaosu legislacyjnego, gdzie dostrzec można dosyć radosną twórczość*¹⁴¹. W związku z tym cały czas aktualne były postulaty zmierzające po pierwsze do reformy samej ustawy gospodarczej, a po drugie do unifikacji definicji przedsiębiorcy w systemie prawa polskiego w takim zakresie, w jakim byłoby to możliwe. Na pewno dwie ustawy, tj. k.c. oraz u.s.d.g., zawierały definicje wykraczające poza ramy jednego aktu prawnego. Porównując definicje przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c. i z u.s.d.g., znacząca część doktryny wskazywała, że niewątpliwie ta ostatnia była rozwią-

¹³² Zob. np. rozdział 2 u.s.d.g. pt. *Zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej* oraz wcześniejsze rozważania o ewidencji działalności gospodarczej i KRS.

¹³³ Por. T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 204. Obszerne zestawienie takich aktów prawnych opracował M. Eteł. Idem, op.cit., rozdział V, pkt 3 *Definicje legalne terminu „przedsiębiorca”* w innych ustawach niż ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, Lex 2012.

¹³⁴ Np. ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o Inspekcji Handlowej [Dz. U. z 2000 r., nr 4, poz. 25 z późn. zm.] – zob. art. 2 pkt 1; ustawa ta obowiązuje do dnia dzisiejszego (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1668) czy ustawa z dnia 20 marca 2002 r. o finansowym wspieraniu inwestycji [Dz. U. z 2002 r., nr 41, poz. 363 z późn. zm.] – art. 2 ust. 1 pkt 3.

¹³⁵ M. Eteł, op.cit., rozdział V, pkt 3, Lex 2012. Zob. również T. Szancilo, op.cit., s. 9 i nast. oraz A. Kidyba, *Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita”, 18 czerwca 2003.

¹³⁶ Zob. art. 64 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 869).

¹³⁷ Zob. art. 2 pkt 6 oraz 7 ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o towarach paczkowanych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2335).

¹³⁸ Zob. art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przeterminowanym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1874).

¹³⁹ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej [Dz. U. z 2010 r., nr 47, poz. 278 z późn. zm.).

¹⁴⁰ Por. T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 204–205.

¹⁴¹ Zob. A. Kidyba, *Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita”, 18 czerwca 2003.

zaniem lepszym, przede wszystkim ze względu na konkretne kryteria (wskazanie charakterystycznych cech przedsiębiorcy), które pozwalały na szerokie i uniwersalne stosowanie definicji, a tym samym w założeniu umożliwiały ocenę wymiaru gospodarczego każdego rodzaju aktywności¹⁴². Z uwagi na te cechy oraz szeroki zakres definicji wskazywano na u.s.d.g. jako podstawę działań unifikacyjnych¹⁴³. Odmienny pogląd był uzasadniany tradycją prawną i przekonaniem, że pojęcie przedsiębiorcy należy do prawa osobowego¹⁴⁴. Niekiedy opowiadano się za utrzymaniem odrębnych definicji przedsiębiorcy dla prawa prywatnego i publicznego, postulując uznanie uniwersalnego waloru definicji przedsiębiorcy z k.c. we wszelkich stosunkach cywilnoprawnych, a definicji z u.s.d.g. w stosunkach wynikających z zakresu oddziaływania prawa administracyjnego¹⁴⁵.

Na przełomie 2006 i 2007 r. ustawodawcy udało się dokonać pewnego działania unifikującego w zakresie omawianego pojęcia. Do istotnej zmiany doszło mianowicie na gruncie pro-

cedury cywilnej. Ustawą z dnia 16 listopada 2006 r.¹⁴⁶ wprowadzono do k.p.c. nowe pojęcie przedsiębiorcy, co miało istotne znaczenie dla zdefiniowania na nowo sprawy gospodarczej (jej kryterium podmiotowego). Zmieniony został art. 479² k.p.c., który w dotychczasowym brzmieniu obowiązywał w zasadzie od 1989 r.¹⁴⁷ Wprowadzona do art. 479² § 1 k.p.c. nowa definicja była tożsama z definicją przedsiębiorcy zawartą w k.c. oraz w prawie upadłościowym i naprawczym¹⁴⁸. Z kolei § 2 art. 479² k.p.c. zawierał wyłączenie stosowania przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych w sprawach dotyczących działalności wytwórczej osób fizycznych w rolnictwie. Przepis sformułowany został podobnie jak wyłączenie stosowania przepisów u.s.d.g. o działalności gospodarczej w stosunku do działalności wytwórczej w rolnictwie (art. 3 u.s.d.g.), jednak w k.p.c. ograniczenie zostało zawężone tylko do osób fizycznych prowadzących działalność wytwórczą

¹⁴² Zob. T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 203.

¹⁴³ Zob. np. *ibidem*, s. 203, W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 43 czy też J. Lic, M. Łuc, *op.cit.*, s. 61–62 oraz 64, a także R. Blicharz, M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca, czyli kto?*, „Przeгляд Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 3, s. 9.

¹⁴⁴ *Ibidem*, s. 66, M. Etel, *op.cit.*, rozdział III, pkt 3, Lex 2012, J. Frąckowiak, *Pojęcie, powstanie i ustanie...*, s. 44, *idem*, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców...*, s. 1–9 czy T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *op.cit.*, s. 40.

¹⁴⁵ Zob. T. Szancilo, *op.cit.*, s. 4 i nast. Z drugiej strony zwracano uwagę na anachroniczność przeciwstawiania sobie regulacji prywatno – i publicznoprawnej z uwagi na szeroki zakres przenikania się tych dwóch porządków prawnych. Por. W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, s. 42.

¹⁴⁶ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2006 r., nr 235, poz. 1699). Zmiany zaczęły obowiązywać 20 marca 2007 r.

¹⁴⁷ Czyli od momentu wprowadzenia do k.p.c. ustawą z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz. U. z 1989 r., nr 33, poz. 175 z późn. zm.) odrębnego postępowania w sprawach gospodarczych. Zob. również przypis nr 16 powyżej.

¹⁴⁸ Zob. przypis nr 102 powyżej. Ustawą z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2009 r., nr 53, poz. 434) dotychczasowa definicja przedsiębiorcy w Prawie upadłościowym i naprawczym została zastąpiona bezpośrednim odwołaniem do k.c. (tj. do art. 43¹ k.c.). Zob. art. 5 Prawa upadłościowego i naprawczego w t.j. ustawy z dnia 2 października 2009 r. (Dz. U. z 2009 r., 175, poz. 1361 z późn. zm.).

w rolnictwie¹⁴⁹, podczas gdy w u.s.d.g. dotyczyło wszystkich przedsiębiorców prowadzących taką działalność.

Wobec mankamentów obowiązujących rozwiązań prawnych, w doktrynie coraz częściej odzywały się głosy o konieczności wprowadzenia zmian w prawie gospodarczym, które dadzą nowy impuls do rozwoju przedsiębiorczości, wzmocnią gwarancje praw i wolności przedsiębiorców oraz ujednoczą prawo gospodarcze również w zakresie pojęcia przedsiębiorcy¹⁵⁰. Jednak na takie zmiany trzeba było poczekać do wiosny 2018 r., kiedy przepisy u.s.d.g.¹⁵¹ zostały zastąpione nową ustawą – Prawem przedsiębiorców.

¹⁴⁹ Więcej na ten temat zob. J. Brol, *komentarz do art. 479² k.p.c.*, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2006, SIP Legalis.

¹⁵⁰ Zob. np. J. Lic, M. Łuc, op.cit., s. 64, T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 208 czy też M. Etel, *Kryzys prawa przedsiębiorców – potrzeba zmian w ustawie z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk (red.), *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2018, SIP Legalis. M. Etel wskazuje tam m.in., że u podstaw dezaktualizacji rozwiązań normatywnych przyjętych w u.s.d.g. i aktach odrębnych kształtujących zasady funkcjonowania przedsiębiorców leży postęp technologiczny i cywilizacyjny oraz rozwój (ewolucja) zjawisk i procesów związanych z działalnością gospodarczą. Słusznie zauważa, że pomimo wielokrotnych nowelizacji przepisy u.s.d.g. w dalszym ciągu zawierają luki i braki, które powinny zostać wyeliminowane lub uzupełnione, a ustawy odrębne w wielu przypadkach (podmiotowych i przedmiotowych) arbitralnie uchylają własność u.s.d.g. w całości bądź względem poszczególnych jej postanowień. W związku z tym reformy w prawie dotyczącym przedsiębiorców są konieczne, a ich zakres powinien być szeroki i obejmować m.in. korektę definicji pojęć działalności gospodarczej i przedsiębiorcy uwzględniającą sposób ich interpretacji oraz ujednoczenie systemu prawa krajowego w zakresie posługiwania się tymi terminami, a także uporządkowanie kwestii wyłączeń przedmiotowych i podmiotowych.

¹⁵¹ W okresie obowiązywania u.s.d.g. (ponad 13 lat) ustawa była nowelizowana około 90 razy.

Prawo przedsiębiorców i tzw. Konstytucja Biznesu

Informacje o pracach nad nową ustawą mającą zastąpić obowiązującą u.s.d.g. pojawiły się w 2016 r. W listopadzie 2017 r. do prac w parlamencie został skierowany projekt ustawy Prawo przedsiębiorców¹⁵² (u.p.p.). Była to ustawa wiodąca w pakiecie ustaw gospodarczych, które zgodnie z przyjętym założeniem tworzyły tzw. Konstytucję Biznesu¹⁵³. U.p.p.¹⁵⁴ wraz z pozostałymi czterema ustawami¹⁵⁵ została uchwalona 6 marca 2018 r. Ustawy weszły w życie 30 kwietnia 2018 r.¹⁵⁶, uchylając u.s.d.g.¹⁵⁷ W uza-

¹⁵² Zob. rządowy projekt ustawy Prawo przedsiębiorców wraz z uzasadnieniem opublikowany na stronie Sejmu RP, druk nr 2051 z 21 listopada 2017 r., <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2051> (dostęp 1.06.2020).

¹⁵³ Por. druk sejmowy nr 2051, uzasadnienie projektu u.p.p., s. 3. Sam termin wydaje się nieadekwatny w odniesieniu do całego pakietu ustaw oraz niezgodny z polską tradycją prawną w odniesieniu do jego drugiego członu. Ewentualnie mianem „konstytucji biznesu” można byłoby określić samą u.p.p. (podobnie jak to miało miejsce w przypadku p.d.g. czy też s.p.d.g.). Por. M. Zdyb, *Podstawowe zasady (standardy) ładu gospodarczego w świetle ustawy z 6.3.2020 – Prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” (dodatek) 2018, nr 13, s. 5 oraz W.J. Katner, *Zakres tzw. konstytucji biznesu. Kontrowersje wokół pojęcia przedsiębiorcy w ustawie – Prawo przedsiębiorców z 2018 r.*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2019, nr 1, s. 5.

¹⁵⁴ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1292 z późn. zm.).

¹⁵⁵ Ustawa o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1291 z późn. zm.), ustawa o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz. 648), ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1079 z późn. zm.) oraz Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz. U. z 2018 r., poz. 650 – dalej jako „Przepisy wprowadzające u.p.p.”).

¹⁵⁶ Zob. art. 1 Przepisów wprowadzających u.p.p.

¹⁵⁷ Zob. rozdział 3 Przepisów wprowadzających u.p.p. Oprócz u.s.d.g. uchylona została ustawa z dnia

sadnieniu do u.p.p. wskazywano na potrzebę zastąpienia u.s.d.g. nową ustawą gospodarczą, lepiej dostosowaną do aktualnych oczekiwań przedsiębiorców oraz do wyzwań rozwojowych stojących przed polską gospodarką. Wskazywano przy tym na brak „pełnej kompatybilności” pomiędzy u.s.d.g. a innymi aktami prawnymi w ramach systemu prawa gospodarczego. W założeniu u.p.p. miała w sposób całościowy, spójny i konsekwentny regulować podstawowe zasady wykonywania działalności gospodarczej¹⁵⁸. W zamiarze ustawodawcy miała to być ustawa, której rola została określona jako podstawowa, systemowa i organizująca¹⁵⁹. Zasadniczym celem u.p.p. było pełniejsze zagwarantowanie konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej¹⁶⁰.

W samej ustawie zwraca uwagę jej tytuł oraz preambuła. Tytuł odnosi się wprost do przedsiębiorców jako podstawowej grupy adresatów ustawy. Stanowi również odejście od tradycji tytułowania ustaw gospodarczych w Polsce w sposób przedmiotowy, tj. poprzez wskazanie na działalność gospodarczą jako dziedzinę regulacji¹⁶¹. Tak wyraźne wyeksponowanie podmiotów obrotu gospodarczego podkreśla rolę i zna-

czenie przedsiębiorców dla rozwoju gospodarczego oraz tworzenia dobrobytu społecznego¹⁶². Należy to przyjąć z uznaniem¹⁶³. Z kolei preambuła wskazuje na wartości i cele, jakimi kierował się ustawodawca, przyjmując ten akt prawny. Odwołuje się ona wprost do zasad konstytucyjnych mających znaczenie dla przedsiębiorców i dla prowadzonej przez nich działalności, w szczególności do zasady wolności gospodarczej, praworządności, pewności prawa (bezpieczeństwa prawnego) i niedyskryminacji. Respektowanie tych zasad przez organy władzy publicznej pozwala na pełny rozwój działalności gospodarczej, który powinien następować w warunkach wolnej konkurencji. Preambuła ma charakter normatywny¹⁶⁴. W samej treści ustawy odnotować należy art. 9, który wskazuje, że działalność gospodarcza powinna być wykonywana zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także z poszanowaniem i ochroną praw i wolności człowieka. Art. 1 u.p.p. opisuje zakres przedmiotowy ustawy, wskazując, że określa ona (i) zasady podejmowania, wykonywania oraz zakończenia działalności gospodarczej na terytorium RP, (ii) pra-

6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne oraz ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁵⁸ Por. druk sejmowy nr 2051, uzasadnienie projektu u.p.p., s. 1–2.

¹⁵⁹ Ibidem, s. 9.

¹⁶⁰ Ibidem, s. 3.

¹⁶¹ Jest to zmiana w stosunku do wcześniejszych regulacji publicznoprawnych. Takie podejście ustawodawcy wykazuje podobieństwo do „podmiotowego” tytułu k.s.h.

¹⁶² Por. uzasadnienie projektu u.p.p., s. 9–10, druk sejmowy nr 2051.

¹⁶³ Tak również A. Powalowski, rozdział IV, pkt 3 *Przedsiębiorca w prawie przedsiębiorców*, [w:] A. Powalowski (red.), *Przedsiębiorcy i ich działalność*, Warszawa 2019, SIP Legalis.

¹⁶⁴ Więcej na temat konstytucyjnych zasad oraz podstawowych wartości, do których odwołuje się u.p.p. w zakresie sfery gospodarczej, zob. M. Zdyb, *Podstawowe zasady (standardy) ładu gospodarczego...*, oraz idem, *Wprowadzenie*, [w:] G. Lubeńiczuk, A. Wołoszyn-Cichočka, M. Zdyb, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, SIP Legalis.

wa i obowiązki przedsiębiorców oraz zadania organów władzy publicznej w tym zakresie. W kolejnym artykule wyrażona została deklaracja podstawowej wartości dla funkcjonowania ładu gospodarczego w gospodarce rynkowej, tj. deklaracja wolności gospodarczej (została ona powtórzona za ustawą konstytucyjną (art. 20 konstytucji) oraz preambułą u.p.p.). Ma to istotne znaczenie w kontekście regulacji przedmiotu ustawy¹⁶⁵. W kwestii tej w art. 2 u.p.p. przyjęto tradycyjną formułę, wskazując, że podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach (u.s.d.g. ujmowała to w art. 6 ust. 1 w następujący sposób: *podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa*¹⁶⁶). Kto jest wobec tego podmiotem tak określonej wolności działalności gospodarczej, tj. jaką definicją legalną przedsiębiorcy posługuje się u.p.p.?

Kluczowe dla u.p.p. pojęcie przedsiębiorcy zostało zdefiniowane w art. 4 u.p.p. Zgodnie z art. 4 ust. 1 u.p.p. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna

niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Dalej (w art. 4 ust. 2 u.p.p.) dookreślono, że przedsiębiorcami są również wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (co jest zgodne z dotychczasową praktyką ustaloną już na gruncie p.d.g. i u.s.d.g.). Z kolei za działalność gospodarczą uznano zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły (art. 3 u.p.p.). Zastosowano tu sprawdzoną w poprzednich ustawach gospodarczych metodę regulacji: określono przedsiębiorcę jako podmiot, który prowadzi (wykonuje) działalność gospodarczą w ustawowym rozumieniu tego terminu¹⁶⁷ (podobnie jak we wcześniejszych rozwiązaniach jest to w związku z tym definicja materialna – kwalifikacja do kategorii przedsiębiorcy następuje w oparciu o kryterium wykonywania działalności gospodarczej¹⁶⁸, a nie kryterium formalne, np. kryterium uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorców (zob. również uwagi na s. 108 powyżej dotyczące KRS). W porównaniu z przepisami u.s.d.g. doszło do zauważalnych zmian w obrębie omawianego pojęcia. Po pierwsze, wprawdzie zakres podmiotowy określenia przedsiębiorcy w u.p.p. pozostał taki sam jak w k.c. czy w u.s.d.g., usunięto jednak sformu-

¹⁶⁵ Szerzej na temat zasady wolności gospodarczej, jej istoty, przejawów jej wyrażania oraz granic zob. M. Zdyb, *Komentarz do art. 2 u.p.p.*, [w:] G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichočka, M. Zdyb, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, SIP Legalis.

¹⁶⁶ Z kolei art. 1 u.d.g. zawierał zapis: *podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa, a zgodnie z art. 5 p.d.g.: podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.*

¹⁶⁷ Por. art. 2 u.d.g., art. 2 ust. 1 oraz 2 p.d.g., art. 2 i art. 4 u.s.d.g.

¹⁶⁸ Podobnie zresztą jak i definicja przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c. Zob. również A. Powatowski, rozdział I, pkt 2 *Przedsiębiorcy w ujęciu materialnym i formalnym*, [w:] A. Dobaczewska, A. Powatowski, H. Wolska (red.), *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018, SIP Legalis.

łowanie „we własnym imieniu”. Przesłankę tę przeniesiono do art. 3 u.p.p., co spowodowało, że stała się ona cechą działalności gospodarczej jako takiej. Po drugie, w u.p.p. odmiennie zdefiniowano pojęcie działalności gospodarczej, rezygnując zupełnie z wyszczególnienia w jej treści rodzajów działalności, które mogą być uznane za działalność gospodarczą (w u.s.d.g. przypomnijmy była to działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa itd.). Zabieg taki spowodował, że w odniesieniu do działalności gospodarczej wskazuje się obecnie wyłącznie na same cechy, które ją charakteryzują, tj. musi być to działalność zorganizowana i zarobkowa, która ma być wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Po trzecie, w porównaniu z u.s.d.g. (w pewnym sensie również z k.c.) zabrakło w nowej definicji w u.p.p. cechy zawodowości jako wyznacznika działalności gospodarczej.

W odniesieniu do kryterium podmiotowego pojęcia przedsiębiorcy, które w u.p.p. nie uległo zmianie w stosunku do wcześniej wprowadzonych rozwiązań w k.c. i u.s.d.g., aktualne pozostają poczynione już wcześniej uwagi w aspekcie tych aktów prawnych. Cechą wspólną wszystkich wymienionych w definicji przedsiębiorcy kategorii podmiotów jest posiadanie przez nie zdolności prawnej. W tym kontekście rozbieżności w doktrynie wzbudza kwestia, czy osoba fizyczna nieposiadająca zdolności prawnej lub posiadająca ograniczoną zdolność do czynności prawnych może być uznana za przedsiębiorcę. Innymi słowy, czy status przedsiębiorcy należy wiązać jedynie z osobami fizycznymi posiadającymi pełną zdolność do czynności

prawnych¹⁶⁹. Ponieważ osoba fizyczna posiada zdolność prawną od chwili urodzenia i nie może być jej pozbawiona, może ona bez względu na zakres posiadanej zdolności do czynności prawnych wykonywać działalność gospodarczą (pozbawienie lub ograniczenie zdolności do czynności prawnych nie wpływa na zdolność prawną w zakresie obrotu gospodarczego)¹⁷⁰. Związane z tym jest zagadnienie reprezentacji.

Uzasadniając rezygnację ze wskazania w opisie przedmiotowym działalności gospodarczej poszczególnych jej rodzajów, stwierdzono, że tego rodzaju wyliczenie nie stanowi żadnego praktycznego ograniczenia (delimitacji) przy kwalifikowaniu określonych przejawów aktywności jako działalności gospodarczej¹⁷¹. W doktrynie brak rodzajów działalności gospodarczej w definicji zawartej w art. 3 u.p.p. interpretuje się różnie. Z jednej strony wskazuje się na zasadność takiej zmiany. Już bowiem wcześniej poddawano krytyce przyjmowanie na gruncie obowiązujących ustaw (u.d.g., p.d.g. oraz u.s.d.g.) kryterium ekonomicznej klasyfikacji działalności gospodarczej. Wskazywano na trudności związane z jednoznacznym określeniem typowych form działalności gospodarczej wynikających z braku

¹⁶⁹ Por. art. 8, 11 i 15 k.c.

¹⁷⁰ Zob. np. G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 4 u.p.p.*, pkt 3, [w:] G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichońska, M. Zdyb, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, SIP Legalis oraz M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 94. Por. również W. Popiołek, *op.cit.*, *Komentarz do art. 43¹*, pkt 6. Odmiennie zob. np. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności...*, s. 33 oraz A. Powołowski, *rozdział II*, pkt 2 *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca*, [w:] *Nowe prawo przedsiębiorców*, SIP Legalis.

¹⁷¹ Zob. druk sejmowy nr 2051, uzasadnienie projektu u.p.p., s. 19.

powszechnie obowiązujących definicji ustawowych wymienianych czterech rodzajów działalności (tj. działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej czy usługowej)¹⁷². Istotnym argumentem jest też to, że dotychczas przywoływany katalog rodzajów działalności nie jest katalogiem zamkniętym. Wprawdzie w poprzednio obowiązujących aktach prawnych wyliczenie rodzajów działalności gospodarczej w definicjach legalnych było szerokie, ale równocześnie było wyliczeniem jedynie przykładowym i otwartym, określającym potencjalne rodzaje aktywności gospodarczej¹⁷³. Wskazuje się również, że nowa definicja działalności gospodarczej zawarta w u.p.p. jest w związku z tym bardziej czytelna niż ta z u.s.d.g.¹⁷⁴ Z drugiej strony podkreśla się, że nowe rozwiązanie zostało oparte na zupełnie innej koncepcji niż utrwalone przez lata pojęcie, uporządkowane i sprawdzone w praktyce stosowania prawa. Twierdzono przy tym, że nowe podejście jest wadliwe, ponieważ pozbawia definicję działalności gospodarczej wyszczególnienia, na czym ona w istocie polega, oraz że nie ma w zasadzie uzasadnienia merytorycznego¹⁷⁵.

¹⁷² Por. T. Kocowski, *Działalność gospodarcza*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 142.

¹⁷³ Por. G. Kozieł, *Komentarz do art. 3 u.p.p.*, [w:] G. Kozieł (red.), *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, SIP Legalis.

¹⁷⁴ Por. M. Sieradzka, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 13, dodatek, s. 35.

¹⁷⁵ Tak W.J. Katner, *Zakres tzw. konstytucji biznesu...*, s. 7–8. Por. również A. Powołowski, rozdział IV, *Przedsiębiorcy i ich działalność – raczej krytyczne uwagi na tle Prawa przedsiębiorców*, pkt 3 oraz pkt 4, [w:] A. Powołowski, H. Wolska (red.), *Przedsiębiorcy i ich działalność*, Warszawa 2019, SIP Legalis.

Wydaje się, że jest to stanowisko zbyt daleko idące.

W świetle powyższych uwag za przedsięwzięcie zgodnie z przepisami u.p.p. należy uznać osoby lub jednostki organizacyjne posiadające zdolność prawną i wykonujące w zasadzie każdą możliwą, ale zorganizowaną aktywność w obrocie gospodarczym, koniecznie jednak o charakterze zarobkowym, ciągłym i samodzielnym (tj. we własnym imieniu). Wszystkie cztery przytoczone determinanty działalności muszą zostać spełnione łącznie, aby była to działalność gospodarcza w rozumieniu u.p.p.¹⁷⁶ Wskazane cechy działalności gospodarczej (przedsiębiorcy) mają utrwalone znaczenie prawne (zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie)¹⁷⁷ i w tym zakresie przepisy u.p.p. nie wprowadzają zmian¹⁷⁸. Z kolei odnosząc się do „wykonywania we własnym imieniu”¹⁷⁹ działalności gospodarczej, wydaje się jednak, że przesłanka ta nie

¹⁷⁶ Zob. np. G. Kozieł, op.cit., *Komentarz do art. 3 u.p.p.*, pkt 6 czy też E. Komierzyńska-Orlińska, *Komentarz do art. 3 u.p.p.*, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Konstytucja Biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 50

¹⁷⁷ Zob. uwagi na s. 113–114 powyżej. Por. również np. G. Kozieł, *Prawo przedsiębiorców...*, *Komentarz do art. 3 u.p.p. i przytoczone tam orzecznictwo*.

¹⁷⁸ Na tle obecnego stanu prawnego zachowuje aktualność uchwała SN z 6 grudnia 1991 r. (a więc z początkowego okresu zmian następujących w systemie społecznym, prawnym i gospodarczym po latach komunizmu), III CZP 117/91, OSNC 1992, nr 5, poz. 65. W uchwale tej SN wskazał następujące cechy działalności gospodarczej: jej zawodowy (stały) charakter, związaną z nią powtarzalność podejmowanych działań, podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania czy uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Zob. również M. Sieradzka, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy...*, s. 35 oraz A. Madala, op.cit., s. 123. Zob. również uwagi na s. 113–114 powyżej.

¹⁷⁹ Zob. również uwagi w tym zakresie na s. 113 *in fine* i nast.

powinna być uznana za cechę działalności gospodarczej. Posiada bowiem wyraźne konotacje podmiotowe (działalność wykonuje określony podmiot). W związku z tym wykonywanie działalności we własnym imieniu powinno być uznane za cechę przypisaną przedsiębiorcy i jego konstrukcji normatywnej,¹⁸⁰ tak jak to miało miejsce wcześniej na gruncie p.d.g. czy u.s.d.g., a obecnie k.c.¹⁸¹ i innych obowiązujących ustaw¹⁸². Z kolei, co do uszczuplenia definicji działalności gospodarczej w u.p.p. o przymiot zawodowości w porównaniu z u.s.d.g. (działalność zawodowa), należy przypomnieć, że na gruncie wcześniejszej ustawy „działalność zawodowa” mieściła się w zakresie pojęcia działalności gospodarczej. Była więc rodzajem działalności gospodarczej wyraźnie wskazanym w definicji ustawowej (inaczej niż w art. 43¹ k.c. – zob. wyjaśnienia na s. 127 powyżej). Może z uwagi na cechę zawodowości (profesjonalizmu) utrwaloną i powszechnie przypisaną do pojęcia działalności gospodarczej,¹⁸³ ustawo-

dawca przyjął, że wskazanie tej przesłanki w definicji nie będzie konieczne²¹⁸⁴ W kontekście cech działalności gospodarczej warto zwrócić uwagę, że podobnie jak pojęcie przedsiębiorcy, tak i samo jej określenie pozostaje zróżnicowane w przepisach prawnych. Jako przykład odrębnej od u.p.p. definicji legalnej działalności gospodarczej należy wymienić unormowanie zawarte przede wszystkim w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (dalej: „o.p.”). W art. 3 pkt 9 wskazuje ona, że działalnością gospodarczą jest każda działalność zarobkowa w rozumieniu u.p.p., w tym wykonywanie wolnego zawodu, a także każda inna działalność zarobkowa wykonywana we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, nawet gdy inne ustawy nie zaliczają takiej działalności do działalności gospodarczej lub osoby wykonującej taką działalność – do przedsiębiorców¹⁸⁵. Jest to bardzo szeroka definicja obejmująca swoim zakresem

¹⁸⁰ Tak słusznie A. Powalowski, rozdział IV, pkt 4 „Wykonywanie we własnym imieniu” jako cecha działalności gospodarczej, [w:] R. Blicharz, A. Powalowski (red.), *Prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2019, SIP Legalis. Z kolei M. Sieradzka zauważa, że wyłączenie z pojęcia przedsiębiorcy wymogu prowadzenia tej działalności we własnym imieniu będzie nastrożać trudności interpretacyjne. Por. M. Sieradzka, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy...*, s. 37.

¹⁸¹ Zob. s. 112, 122 i 126 powyżej.

¹⁸² Zob. np. art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 369 z późn. zm. – dalej: „u.o.k.i.k.”) (por. też przypis nr 212 poniżej) czy art. 3 pkt 9 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 900 z późn. zm.). Zob. również przypis nr 185 poniżej.

¹⁸³ W ujęciu generalnym i ogólnym zawodowość dotyczy bez wyjątku każdej działalności gospodarczej, co oznacza, że musi ona być działalnością zawodową i profesjonalną. Por. T. Kocowski, *Działalność zawo-*

dowa, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 176. Zob. również np. uchwałę SN z 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, OSNC 1992, nr 2, poz. 17 czy art. 355 § 2 k.c., który wskazuje, że należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

¹⁸⁴ W uzasadnieniu do u.p.p. brak jest jakiegokolwiek odniesienia do cechy „zawodowości” działalności gospodarczej. Zob. również uwagi krytyczne na ten temat W.J. Katner, *Zakres tzw. konstytucji biznesu...*, s. 8–9.

¹⁸⁵ Art. 3 pkt 9 definiujący działalność gospodarczą został dodany do Ordynacji podatkowej ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2002 r., nr 169, poz. 1387), a więc jeszcze w okresie obowiązywania p.d.g., do której się wtedy odwoływał. W późniejszym okresie zakres podmiotowy definicji nie uległ zmianom, odwoływała się ona jedynie do działalności gospodarczej określonej w u.s.d.g., a obecnie w u.p.p. Zob. również M. Bogucka-Felczak, H. Dzwonkowski, J. Kondratowska-Muszyńska, *Komentarz do art. 3 Ordynacji podatkowej*, pkt XIV,

każdą działalność zarobkową, zarówno działalność gospodarczą wskazaną w u.p.p., jak i wszelką inną działalność zarobkową niezależnie od tego, czy w innych ustawach jest ona określana jako działalność gospodarcza. Przyjęcie tak pojemnej definicji działalności gospodarczej wynika z charakteru o.p. i z jej celów fiskalnych. Ujęcie takie oznacza również, że definicję tę należy stosować we wszystkich obszarach ustaw podatkowych, w których ustawodawca nie wprowadził definicji odrębnych¹⁸⁶ (co często ma miejsce z uwagi na potrzebę stosowania konkretnych przepisów podatkowych¹⁸⁷). Wskazany przykład może posłużyć do spojrzenia na działalność gospodarczą z innej perspektywy niż stosunki cywilnoprawne czy też prawno-gospodarcze. Prawo podatkowe jest bowiem szczególną gałęzią prawa administracyjnego – poprzez swój przedmiot regulacji przejmując efekty działań podmiotów w innych gałęziach prawa¹⁸⁸. Choć definicja działalności gospodarczej w o.p. jest definicją autonomiczną w stosunku do u.p.p. (już poprzez samo jej odrębne sformułowanie), to nie narusza jednak istoty działalności gospodarczej określonej w prawie przed-

siębiorców (rozszerza jej zakres za pomocą jednej z cech tej działalności wskazanej również w u.p.p. – zarobkowości)¹⁸⁹. Definicja działalności gospodarczej wskazana w u.p.p. ma charakter uniwersalny i pozostaje definicją podstawową w całym systemie prawnym¹⁹⁰.

W u.p.p. dokonano wyłączenia pewnych zakresów działalności spod pojęcia działalności gospodarczej oraz spod zakresu stosowania przepisów ustawy. Z tym pierwszym przypadkiem mamy do czynienia w art. 5 u.p.p., w którym określono tzw. działalność nierejestrowaną (nieewidencjonowaną). Usankcjonowano w ten sposób podnoszone od wielu lat postulaty, aby działalność o niewielkiej skali (nieprzekraczającą pewnej kwoty przychodu – tzw. działalność bagatelną) wyłączyć spod reżimu przepisów o działalności gospodarczej. Jest to rozwiązanie nowe. Żadna z poprzednich ustaw gospodarczych nie przewidywała wyłączenia opartego na podobnych zasadach¹⁹¹. Zgodnie z przepisem nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, z której przychód

[w:] H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2020, SIP Legalis.

¹⁸⁶ Tak P. Borszowski, *Działalność gospodarcza w konstrukcji prawnej podatku*, rozdział I, pkt 5.3 *Formułowanie definicji działalności gospodarczej w ustawach podatkowych*, SIP Legalis.

¹⁸⁷ Odrębne definicje działalności gospodarczej funkcjonują na gruncie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 106 z późn. zm.) – por. art. 15 ust. 2, oraz w ustawie z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1387 z późn. zm.) – por. art. 5a pkt 6.

¹⁸⁸ Por. P. Borszowski, op.cit., rozdział I, pkt 5.2 *Zagadnienia autonomii prawa podatkowego*, SIP Legalis.

¹⁸⁹ Ibidem, rozdział I, pkt 5.3.

¹⁹⁰ Por. T. Kocowski, *Działalność gospodarcza*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 140–141.

¹⁹¹ Podobne rozwiązanie przewidziano jedynie w art. 9 u.d.g. z 1988 r. (Dz. U. z 1988 r., nr 41, poz. 324 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem nie wymagała zgłoszenia do ewidencji działalność gospodarcza prowadzona osobiście przez osobę fizyczną, z której zarobek stanowił dodatkowe źródło dochodu tej osoby (uboczne zajęcie zarobkowe), w zakresie m.in. wytwarzania rękodzieła ludowego i artystycznego, naprawy i konserwacji przedmiotów użytku osobistego, domowego i gospodarskiego, sprzedaży nieprzetworzonych produktów rolnych, ogrodniczych, sadowniczych, hodowlanych czy wynajmowania turystom przez rolników pokoi lub miejsc na ustawienie namiotów w obrębie gospodarstwa, sprzedaży posiłków itd.

w żadnym miesiącu nie przekracza 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia brutto,¹⁹² a osoba fizyczna wykonująca działalność nieewidencjonowaną nie wykonywała działalności gospodarczej w okresie ostatnich 60 miesięcy. Pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek, działalnością bagatelną będzie np. sprzedaż przydrożna, udzielanie korepetycji czy prace chałupnicze¹⁹³. Przyjęte rozwiązanie w założeniu ma uprościć aspekty formalne podejmowania i wykonywania działalności zarobkowej przez osoby fizyczne wykonujące ją na mniejszą skalę oraz zminimalizować koszty takiej działalności¹⁹⁴. Z tego względu samo wyłączenie jest jak najbardziej słuszne, aczkolwiek zostało wadliwie skonstruowane. Działalność, o której mowa w art. 5 u.p.p., jest bowiem obiektywnie działalnością gospodarczą, a brak obowiązku rejestracji czy jej bagatelny charakter nie powodują, że traci taki status¹⁹⁵. W związku z tym poprawna formuła tego przepisu powinna brzmieć: „przepisów ustawy nie stosuje się do działalności...”.

Z kolei art. 6 u.p.p. przewiduje wyłączenie określonych rodzajów działalności gospodarczej spod regulacji ustawy (właściwie wskazano tu, że jest to działalność gospodarcza, ale nie podlega przepisom u.p.p.). Z zakre-

su przedmiotowego u.p.p. wyłączono pięć rodzajów działalności:

- działalność rolniczą, tj. działalność wytwórczą w rolnictwie (obejmującą uprawy rolne, chów i hodowlę zwierząt, ogrodnictwo, warzywnictwo, leśnictwo i rybactwo śródlądowe),
- działalność agroturystyczną świadczoną przez rolników,
- wyrób wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrow wina w ciągu roku,
- działalność rolników polegającą na sprzedaży przetworzonych produktów roślinnych i zwierzęcych po spełnieniu warunków podatkowych,
- działalność prowadzoną przez koła gospodyń wiejskich (podobnie jak to miało miejsce pod rządami poprzednich ustaw gospodarczych).

Wyłączenie takie jest zasadne i zgodne z dotychczasową tradycją prawną (zob. uwagi dotyczące art. 3 p.d.g. oraz art. 3 u.s.d.g. na s. 127 *in fine*)¹⁹⁶.

Jak już wspomniano powyżej w aspekcie nieewidencjonowanej działalności gospodarczej osób fizycznych, u.p.p. przejęła z u.s.d.g. i wprowadziła (art. 17) system rejestracji przedsiębiorców. Opiera się on na dwóch filarach: KRS¹⁹⁷ (systemie rejestracji sądowej) oraz Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (czyli systemie rejestracji administracyjnej – CEIDG)¹⁹⁸. Na przedsiębior-

¹⁹² W 2020 r. minimalne wynagrodzenie wynosi 2600 zł zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1778).

¹⁹³ Zob. E. Komierzyńska-Orlińska, *op.cit.*, s. 73.

¹⁹⁴ *Ibidem*, s. 72.

¹⁹⁵ Por. W.J. Katner, *Zakres tzw. konstytucyjnego biznesu...*, s. 8, oraz G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 3 u.p.p.*, pkt 8.

¹⁹⁶ Więcej na temat wyłączenia zob. np. E. Komierzyńska-Orlińska, *op.cit.*, s. 74 i nast.

¹⁹⁷ Zob. również uwagi na temat KRS na s. 108-109.

¹⁹⁸ System rejestracji przedsiębiorców został przewidziany w art. 14 u.s.d.g. CEIDG utworzono i wprowadzono

cach ciąży obowiązek zarejestrowania się w odpowiednim rejestrze w zależności od wybranej formy prawnej¹⁹⁹. Oba rejestry są jawne (istotna jest tu przede wszystkim funkcja informacyjna) i powszechne (co do zasady wyjątkiem w zakresie CEIDG jest np. wspomniany art. 5 u.p.p.). Pełnią również funkcję legalizującą²⁰⁰. Art. 17 u.p.p. wskazuje bowiem, w jakim momencie przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą – w przypadku osób fizycznych będzie to dzień złożenia wniosku o wpis do CEIDG, a w przypadku osób prawnych działalność może być podjęta po dokonaniu wpisu do KRS, jednak spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed wpisem do rejestru przedsiębiorców (art. 17 ust. 3 u.p.p.). Uzyskanie wpisu do rejestru przedsiębiorców pozostaje, co do zasady, bez znaczenia dla nabycia i utraty statusu prawnego przedsiębiorcy²⁰¹. Zgłoszenie

i wpis do ewidencji stanowi tylko podstawę rozpoczęcia działalności gospodarczej i nie jest zdarzeniem ani czynnością utożsamianą z podjęciem takiej działalności²⁰². Wpis do CEIDG zawsze ma skutek deklaratoryjny. Wobec tego brak urzędowego wpisu do ewidencji nie oznacza, że dany podmiot nie jest przedsiębiorcą²⁰³. W przypadku przedsiębiorców rejestrowanych w KRS wpis może wywoływać różne skutki, w zależności od tego, do jakiej kategorii przedsiębiorców należy dany podmiot. W szczególności wpis może skutkować nabyciem zdolności prawnej, a w przypadku podmiotów, którym ustawa przyznaje osobowość prawną, również nabyciem tej osobowości. W takich przypadkach wpisy do KRS będą miały charakter konstytutywny. W przypadku gdy ustawa nie wiąże z wpisem do rejestru przedsiębiorców skutku w postaci nabycia zdolności prawnej, a wymaga takiego wpisu w związku z podjęciem działalności gospodarczej przez już istniejący podmiot, to wpis skutkuje jedynie spełnieniem formalnego wymogu warunkującego dopuszczalność wykonywania działalności²⁰⁴.

Podobnie jak we wcześniejszych regulacjach²⁰⁵, tak i w u.p.p. wyodrębniona

dzono do u.s.d.g. w 2011 r. ustawą z dnia 13 maja 2011 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2011 r., nr 131, poz. 764). CEIDG zastąpił wcześniejszą ewidencję działalności gospodarczej funkcjonującą do końca czerwca 2011 r. Obowiązki rejestracyjne przewidziane w u.s.d.g. zostały przejęte przez u.p.p. CEIDG ma charakter centralny, w odróżnieniu od wcześniejszej ewidencji (i jest prowadzony przez ministra właściwego ds. gospodarki, którym obecnie jest minister rozwoju).

¹⁹⁹ Zasady wpisu do każdego z dwóch rejestrów przedsiębiorców określają odrębne ustawy, tj. ustawa o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (zob. przypis nr 155 powyżej) oraz u.k.r.s. (zob. przypis nr 19 powyżej).

²⁰⁰ Zob. np. wyrok SN z 5 maja 2010 r., IV CSK 371/09, SIP Legalis. Szerzej na temat systemu rejestracji przedsiębiorców w u.p.p. zob. M. Biliński, *Zasada rejestracji przedsiębiorców*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2018, s. 504 i nast.

²⁰¹ Zob. T. Kocowski, *Rejestracja przedsiębiorców*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 309–310.

²⁰² Por. np. wyrok SN z 19 marca 2014 r., I CSK 364/13, SIP Legalis.

²⁰³ Por. G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 4 u.p.p.*, pkt 2 i cytowane tam orzecznictwo.

²⁰⁴ Por. E. Komierzyńska-Orlińska, *op.cit.*, s. 111. Zob. również wcześniejsze uwagi na temat statusu przedsiębiorcy oraz charakteru wpisu do KRS gruncie u.k.r.s. i p.d.g., s. 117–119 powyżej.

²⁰⁵ Pierwszy raz przepisy wyodrębniające grupę tzw. małych i średnich przedsiębiorców oraz wskazujące jednocześnie na ich istotną rolę w gospodarce zamieszczone zostały po raz pierwszy w p.d.g. (zob. uwagi na s. 12 powyżej oraz zamieszczony tam przypis nr 61. W nieco zmienionej postaci (rozszerzenie o kategorię

została kategoria mikro – oraz małych i średnich przedsiębiorców (art. 7 ust. 1 pkt 1–3)²⁰⁶. Nie ulega wątpliwości, że właśnie ta kategoria, zaliczana do tzw. sektora MŚP (małych i średnich przedsiębiorców), tworzy współcześnie największą liczebnie grupę przedsiębiorców i jest z punktu widzenia interesów państwa koniecznym składnikiem zrównoważonego rozwoju gospodarki jako całości²⁰⁷. Stąd niezbędność wypracowania kryteriów²⁰⁸ pozwalających na kwalifikowanie jednostek tego sektora w taki sposób, aby ułatwić organom państwa tworzenie korzystnych warunków do funkcjonowania i rozwoju MŚP²⁰⁹ z korzyścią dla gospodarki.

Oprócz wyróżnienia MŚP wyodrębniło również kategorię osób zagranicznych, wskazując (art. 4 ust. 3 u.p.p.), że zasady podejmowania, wykonywania

i zakończenia działalności gospodarczej przez te osoby określono odrębnie²¹⁰.

Z jaką sytuacją prawną mamy do czynienia obecnie, biorąc pod uwagę prawne pojęcie przedsiębiorcy funkcjonujące w systemie prawa? Wciąż wiele aktów prawnych odnoszących się zarówno do sfery prawa publicznego, jak i prywatnego operuje zróżnicowanymi definicjami normatywnymi przedsiębiorcy,²¹¹ niektóre zaś posługują się samym terminem bez odwołania do definicji legalnych „przedsiębiorcy” zawartych w innych ustawach²¹². Definicje te są z reguły dostosowane do celu i przedmiotu regulacji danej ustawy. Skutkuje to jednak tym, że ustalenie, kim jest przedsiębiorca na gruncie obowiązują-

mikroprzedsiębiorców) zostały zamieszczone także w u.s.d.g. (por. art. 104–106 tej ustawy).

²⁰⁶ Nie jest to jedyne określenie MŚP w polskim ustawodawstwie. Odmiennie definicje mikro – oraz małych podmiotów zawiera ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 351 z późn. zm.). Zob. również G. Kozieł, op.cit., *Komentarz do art. 4 u.p.p.*, pkt 10.

²⁰⁷ Por. T. Kocowski, *Prawne pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 208–209.

²⁰⁸ Kryteriami tymi są: średnie roczne zatrudnienie, roczny obrót netto ze sprzedaży towarów i usług oraz operacji finansowych, a także suma aktywów bilansu w jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych. Por. art. 7 u.p.p.

²⁰⁹ Do czego zobowiązuje również art. 107 TFUE w zakresie dozwolonej pomocy publicznej. Istotnym zagadnieniem jest określenie granic i możliwości pomocy państwa sektorowi MŚP, jest on bowiem bardzo wrażliwy na wszelkie zmiany warunków gospodarczych. Ibidem, s. 209–210. Z tego względu zgodnie z art. 16 u.p.p. na straży praw mikro-, małych i średnich przedsiębiorców postawiono Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców, a jego zakres i sposób działania określono w ustawie.

²¹⁰ Chodzi o ustawę z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zob. przypis nr 155 powyżej.

²¹¹ Można tu przykładowo wymienić art. 2 u.z.n.k. (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 z późn. zm.), art. 36 u.k.r.s. (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1500 z późn. zm.) czy art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., zgodnie z którym za przedsiębiorcę jest uważany przedsiębiorca definiowany w u.p.p. a także: a) osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów u.p.p., b) osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadząca działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osoba fizyczna, która posiada kontrolę, w rozumieniu przepisów u.o.k.i.k., nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów u.p.p., jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji zgodnie z u.o.k.i.k., jak również d) związki przedsiębiorców (izby, zrzeszenia, organizacje zrzeszające przedsiębiorców). Przedsiębiorcami na gruncie u.o.k.i.k. są więc również podmioty niewykonyjące działalności gospodarczej.

²¹² Zob. np. art. 3 pkt 2 oraz pkt 3 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2047).

cego prawa, sprawia spore trudności²¹³. Bezsporne jest, że dwa akty prawne definiujące przedsiębiorcę w sposób zróżnicowany przedmiotowo mają status szczególnie. Jest to k.c. ze względu na pierwszoplanową rolę w dziedzinie stosunków cywilnoprawnych i szerzej prawa prywatnego oraz u.p.p. w odniesieniu do obszaru prawa publicznego. Taki stan rzeczy przyjmowany jest przez część doktryny jako naturalny i w pełni uzasadniony²¹⁴. Należy jednak odnotować, że pojawiały się głosy wskazujące na uniwersalny charakter definicji kodeksowej przedsiębiorcy ze względu na szczególne znaczenie k.c. w hierarchii całego systemu prawnego²¹⁵. Drugim najbardziej reprezentatywnym w doktrynie poglądem jest przekonanie, że to przepisy u.p.p. i definicja przedsiębiorcy tu zawarta ma znaczenie nie tylko dla materii uregulowanej w tej ustawie, ale aspiruje do pełnienia funkcji definicji ogólnej, podstawowej i uniwersalnej, wykraczającej poza ramy prawa przedsiębiorców, pozostałych aktów z zakresu Konstytucji Biznesu, a także pozostałych aktów prawnych posługujących się tzw. publicznoprawną metodą regulacji. Co więcej, ubiega się o miano definicji systemowej²¹⁶. Na pewno znaczenie podstawowe dla systemu prawa polskiego ma definicja działalności gospodarczej określona

w art. 3 u.p.p. (gdyż k.c. nie dookreśla tego pojęcia). Takie też jest stanowisko bogatego w tym zakresie orzecznictwa, zgodnie z którym definicja działalności gospodarczej z u.p.p. (a wcześniej z u.s.d.g.) powinna być traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym²¹⁷. Przypomnijmy, że działalność gospodarcza pozostaje funkcjonalno-przedmiotową częścią definicji przedsiębiorcy, której k.c. nie definiuje na własne potrzeby i musi w tym zakresie odwołać się u.p.p.

Biorąc pod uwagę wcześniejsze rozważania, istnieje potrzeba prowadzenia dalszych prac nad wyeliminowaniem wad wciąż obecnych w aktualnych przepisach dotyczących definicji przedsiębiorcy. Bez wątplenia jest też to termin wieloznaczny na gruncie obowiązującego prawa. Ponadto należy ostatecznie odpowiedzieć na pytanie: czy po odpowiednim skorygowaniu istniejących mankamentów powinien zostać utrwalony stan obecny – z odrębnymi definicjami przedsiębiorcy funkcjonującymi w prawie prywatnym i publicznym? Czy też w dalszym ciągu zasadne jest wprowadzenie definicji jednolitej dla całego systemu prawa, która w sposób możliwie kompletny i klarowny określałaby ten najważniejszy podmiot ładu gospodarczego? Wydaje się, że dla spójności całego systemu prawa bardziej pożądane byłoby to drugie rozwiązanie.

²¹³ A. Powalowski, rozdział I, pkt 1 *Normatywne definicje przedsiębiorcy*, [w:] A. Dobaczewska, A. Powalowski, H. Wolska (red.), *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018, SIP Legalis i przywołane tam przykładowo ustawy zawierające definicje legalne „przedsiębiorcy”.

²¹⁴ Zob. np. W. Popiołek, op.cit., *Komentarz do art. 43¹*, pkt 2 czy też J. Naworski, *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2018, nr 1, s. 29.

²¹⁵ Por. T. Szancilo, op.cit., s. 12.

²¹⁶ Tak G. Koziół, op.cit., *Komentarz do art. 4 u.p.p.*, pkt 4.

²¹⁷ Zob. np. postanowienie SN z 2 lutego 2009 r., VKK 330/08, SIP Legalis. Por. również G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 3 u.p.p.*, pkt 11 oraz G. Koziół, op.cit., *Komentarz do art. 3 u.p.p.*, pkt 5.

Podsumowanie omawianego okresu

W okresie początkowym, tj. w latach 90. ubiegłego wieku, gdy Polska wychodziła z systemu komunistycznego oraz gospodarki planowej i reglamentowanej, kierując się w stronę wolności gospodarczej i rozwiązań rynkowych, podstawowym określeniem podmiotów prowadzących działalność gospodarczą był „podmiot gospodarczy”. W efekcie przez prawie dekadę to podmioty gospodarcze odbudowywały polską gospodarkę po dziesięcioleciach zapaści realnego socjalizmu. Jednak już w 1993 r. pojęcie przedsiębiorcy pojawiło się w ważnym dla obrotu gospodarczego akcie prawnym, jakim była nowa u.z.n.k. Świadomie odstąpiono tam od terminologii ustawy o działalności gospodarczej i posłużono się tradycyjnym polskim terminem, wprowadzając pierwszą legalną definicję przedsiębiorcy w prawie polskim. Była to ustawa, która zainicjowała przełom terminologiczny w języku prawnym. Przełom ten nastąpił w 1997 r. przy okazji reformy systemu rejestracji działalności gospodarczej i wprowadzenia KRS. W wyniku podjętych działań pojęcie „przedsiębiorcy” zostało w ciągu dwóch tygodni kompleksowo i planowo wprowadzone w zasadzie do wszystkich aktów prawnych, które do tej pory posługiwały się terminem „podmiot gospodarczy” i regulowały różne sfery funkcjonowania państwa i gospodarki (w tym przede wszystkim do u.d.g. jako filaru normującego obrót gospodarczy w tym czasie). Skutek był taki, że „przedsiębiorca” stał się podstawowym terminem prawnym na określenie osoby uczestniczącej w obrocie gospodarczym poprzez wy-

konywanie działalności gospodarczej. Pojęcie przedsiębiorcy doczekało się definicji legalnych zawartych w wielu aktach normatywnych, w szczególności tych najbardziej istotnych i o podstawowym znaczeniu dla publicznego prawa gospodarczego (tj. w u.d.g. z 1988 r. oraz p.d.g. z 1999 r.).

Kolejnym przełomem było wprowadzenie definicji legalnej przedsiębiorcy do k.c. w 2003 r. Wpisanie do przepisów kodeksowych prawa prywatnego pojęcia przedsiębiorcy ostatecznie rozstrzygnęło dyskusje co do potrzeby i sensowności ewentualnego powrotu pojęcia kupca do polskiego ustawodawstwa gospodarczego. Ponadto uzupełnienie k.c. o definicję przedsiębiorcy było wypełnieniem zgłaszanych postulatów, żeby systemową definicję przedsiębiorcy (tj. definicję jednolitą dla całego systemu prawa) formułował Kodeks cywilny. Ostatecznie tak się jednak nie stało, ponieważ nieco odmienne unormowanie tego pojęcia funkcjonowało w publicznym prawie gospodarczym (różna niż definicja w k.c. pozostała początkowo w przepisach p.d.g., a później została wprowadzona do u.s.d.g.). Obecność legalnej definicji przedsiębiorcy w k.c. oznaczała jednak (i oznacza), że jest to definicja podstawowa dla całej regulacji prawa prywatnego.

Co ciekawe, we wszystkich ustawach regulujących problematykę przedsiębiorczości w omawianym okresie, a więc w u.d.g., p.d.g., u.s.d.g. i u.p.p. przyjmowano zasadę rozdziału zakresu podmiotowego (przedsiębiorca) i przedmiotowego (działalność gospodarcza). Taki sam aksjomat przyjęto w definicji wprowadzonej do k.c. Toż-

same założenia powinny sprzyjać wyciąganiu podobnych wniosków i służyć do konstrukcji definiowanego pojęcia w niesprzeczny sposób. Do tego jednak nie doszło. Aktualnie, po zmianie prawa gospodarczego publicznego w 2018 r. (*nota bene* w 100-lecie odzyskania przez Polskę niepodległości po okresie zaborów) i wejściu w życie Prawa przedsiębiorców, utrzymany został dualizm w zakresie definiowania przedsiębiorcy w prawie prywatnym i publicznym. Dzisiaj definicje najważniejsze (bo nie jedyne) dla funkcjonowania całego systemu prawnego zawarte są w k.c. oraz w u.p.p. Pomimo 30 lat prac nad odpowiednim określeniem prawnym tego terminu, obie definicje wciąż nie są wolne od wad. Należy przy tym zauważyć, że definicja z art. 43¹ k.c., jest współzależna od definicji wskazanej w Prawie przedsiębiorców w zakresie określenia działalności gospodarczej będącej przedmiotowym wyznacznikiem pojęcia przedsiębiorcy w kodeksie. Jak można zauważyć, w opisanych w niniejszym artykule realiach stosunków gospodarczych normy prawa prywatnego i publicznego stale obok siebie współistnieją, oddziałują na siebie i się krzyżują. Należy liczyć się z tym, że w przyszłości takie zjawisko wzajemnego przenikania się tych dwóch porządków prawnych będzie się jeszcze nasilało z uwagi na złożoność stosunków gospodarczych²¹⁸. Również to przemawia za unifikacją pojęcia przedsiębiorcy w całym systemie prawnym w możliwie szerokim zakresie z jednoczesnym pozostawie-

niem pewnej autonomii w tych gałęziach prawa, w których będzie to niezbędne.

W ciągu ostatnich 100 lat pojęcie przedsiębiorcy przeszło bardzo daleką drogę. Od pojęcia zupełnie marginalnego, zarówno w języku potocznym, jak i prawnym, stało się pojęciem, bez którego trudno sobie dzisiaj wyobrazić opisanie jakiegokolwiek aspektu życia gospodarczego. Powszechna akceptacja terminu „przedsiębiorca” potwierdza, że wybór tego pojęcia na określenie osób zaangażowanych i wykonujących działalność gospodarczą okazał się wyborem ze wszech miar trafnym i trwałym. Obecnie „przedsiębiorca” to również jedno z podstawowych pojęć prawnych w całym systemie prawa polskiego. Wydaje się jednak, że w języku prawnym ewolucja tego pojęcia jeszcze się nie zakończyła, a zadane kilkanaście lat temu w publikacji naukowej pytanie „Przedsiębiorca, czyli kto?”²¹⁹ wciąż na wielu płaszczyznach wymaga odpowiedzi. Dlatego wyzwaniem na kolejne lata pozostaje próba eliminacji mankamentów z definicji ustawowych określających przedsiębiorcę, a kto wie, może i ostateczne ujednolicenie tego pojęcia w całym systemie prawa poprzez stworzenie i wprowadzenie jednolitej, podstawowej definicji zarówno do prawa prywatnego, jak i publicznego.

²¹⁸ Por. J. Jacyszyn, *Przedsiębiorca w regulacjach prawnych*, cz. II, „Edukacja Prawnicza” 2015, nr 5, s. 46.

²¹⁹ Por. R. Blicharz, M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca, czyli kto?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 3 oraz A. Powołowski, rozdział IV, *Przedsiębiorcy i ich działalność – raczej krytyczne uwagi na tle Prawa przedsiębiorców*, pkt 3, [w:] A. Powołowski, H. Wolska (red.), *Przedsiębiorcy i ich działalność*, Warszawa 2019, SIP Legalis.

BIBLIOGRAFIA:

- Bielski P., *Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy*, „Rejent” 2001, nr 4.
- Bieniek-Koronkiewicz E., Sieńczyło-Chlabicz J., *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 4.
- Biliński M., *Zasada rejestracji przedsiębiorców*, [w:] Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2018.
- Blicharz R., Powalowski A. (red.), *Prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2019.
- Blicharz R., Pawełczyk M., *Przedsiębiorca, czyli kto?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 3.
- Błaszczak Ł., *Radca prawny jako przedsiębiorca – refleksje na tle art. 43¹ KC i art. 479¹ KPC*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13.
- Bogucka-Felczak M., Dzwonkowski H., Kondratowska-Muszyńska J., *Komentarz do art. 3 Ordynacji podatkowej*, [w:] Dzwonkowski H. (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Borszowski P., *Działalność gospodarcza w konstrukcji prawnej podatku*, Warszawa 2010.
- Brol J., *Komentarz do art. 479² k.p.c.*, [w:] Piasecki K. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Długosz T., *Spółeczna gospodarka rynkowa jako kryterium organizacji gospodarki*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVII.
- Dobaczewska A., Powalowski A., Wolska H., *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018.
- Dudek A., *Pierwsze lata III Rzeczypospolitej, 1989–2001*, Kraków 2004.
- Etel M., *Kryzys prawa przedsiębiorców – potrzeba zmian w ustawie z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, [w:] M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk (red.), *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2018.
- Etel M., *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012.
- Frąckowiak J., *Koncepcje regulacji podmiotów prawa cywilnego w Kodeksie cywilnym i Kodeksie spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 7 (dodatek).
- Frąckowiak J., *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 3.
- Frąckowiak J., *Pojęcie, powstanie i ustanie podmiotowości gospodarczej. Zagadnienia cywilnoprawne*, „Rejent” 1998, nr 8.
- Frąckowiak J., *Roła nowelizacji prawa w społecznej gospodarce rynkowej na przykładzie prawa spółek*, [w:] Kocowski T., Gola J., *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 372.
- Frąckowiak J., *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 11.
- Gronowski S., *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999.
- Jacyszyn J., *Czy tylko notariusz nie jest przedsiębiorcą?*, „Rejent” 1999, nr 12.
- Jacyszyn J., *Przedsiębiorca w regulacjach prawnych*, cz. II, „Edukacja Prawnicza” 2015, nr 5.
- Katner W.J., Węgierski M., *Charakter prawny i skutki rozdzielenia w prawie polskim rejestracji przedsiębiorców – osób fizycznych i innych przedsiębiorców*, „Studia Prawnicze KUL” 2012, nr 2.
- Katner W.J., *Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca. Ewolucja pojęciowa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1999, t. V.
- Katner W.J., *Podstawowe zagadnienia prawne nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 12.
- Katner W.J., *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 4.

- Katner W.J., *Spółki handlowe jako przedsiębiorcy według Kodeksu cywilnego i Kodeksu spółek handlowych*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 7, dodatek.
- Katner W.J., *Zakres tzw. konstytucji biznesu. Kontrowersje wokół pojęcia przedsiębiorcy w ustawie – Prawo przedsiębiorców z 2018 r.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 1.
- Kidyba A., *Galimatias z przedsiębiorcami*, „Rzeczpospolita”, 18 czerwca 2003.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Objąsnienia*, Kraków 2001.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2004.
- Kieres L., *Spoleczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] Kocowski T., Gola J. (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Wrocław 2014.
- Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009.
- Kocowski T., *Podstawowe pojęcia publicznego prawa gospodarczego*, [w:] Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2018.
- Kokocińska K., *Spoleczna gospodarka rynkowa – komplementarność, równowaga czy przewaga wartości? Uwagi na tle działań państwa w zakresie prowadzenia polityki rozwoju*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVII.
- Komierzyńska-Orlińska E., *Komentarz do art. 1–7*, [w:] Wierzbowski M. (red.), *Konstytucja Biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Kosikowski C., *Nowe prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 2.
- Kosikowski C., *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 4.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Kozieł G. (red.), *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Kruczalak K., *Pojęcie przedsiębiorcy i jego znaczenie w obowiązującym prawie*, „Rejent” 1998, nr 3.
- Lic J., Łuc M., *Definicje pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” (potrzeba rewizji)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10.
- Lissoń P., *Instrumenty „zapożyczone”, „wzorowane” na instrumentach z innych gałęzi prawa, czy również „mieszane”?*, [w:] Powołowski A. (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016.
- Lissoń P., *Zakres pojęcia „przedsiębiorca” w prawie działalności gospodarczej oraz innych aktach prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2.
- Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichocka A., Zdyb M., *Prawo przedsiębiorców. Komentarz* 2019.
- Madala A., *100 lat pojęcia „przedsiębiorcy” w prawie polskim – ewolucja i stan obecny. Część 1 – od niepodległości do niepodległości (1918 – 1991)*, „Co do zasady. Studia i analizy prawne” 2019, nr 1.
- Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.
- Mról T., Bieniek-Koronkiewicz E., *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, „Prawo Spółek” 2003, nr 6.
- Naworski J., *Przedsiębiorca versus konsument w prawie polskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, nr 1.
- Pietraszewski M., *Czy rolnik indywidualny jest przedsiębiorcą w świetle kodeksu cywilnego?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 4.
- Popardowski P., *Komentarz do art. 36 u.k.r.s.*, [w:] Osajda K. (red.), *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2020, wyd. 1, SIP Legalis.
- Popiołek W., *Komentarz do art. 43^l*, [w:] Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz Art. 1 – 449^o*, Warszawa 2018.
- Rose V., Roth P., *Undertaking*, [w:] Bellamy C., Child G.D., Rose V., Roth P., *European Community Law of Competition*, Oxford 2008.

- Roszkowski W., *Historia Polski 1914–2015*, Warszawa 2017.
- Schlombs C., *German appropriations of American technology from mass production to computer automation*, Cambridge (Massachusetts), Londyn 2019.
- Sieradzka M., *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 6.3.2018 r. – prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 13, dodatek.
- Sołtyński A., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych, t. I, Komentarz do artykułów 1–150*, Warszawa 2006.
- Stoga K., Pawełczyk M., *Radca prawny jako przedsiębiorca*, [w:] Bereza A. (red.), *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2015.
- Strzępka J.A., (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2001.
- Strzyczkowski K., *Instytucje prawa działalności gospodarczej. Uwagi o projekcie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 4.
- Szancilo T., *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3.
- Szwaja J. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Szydło M., *Pojęcie przedsiębiorcy*, [w:] Zdyb M., Sieradzka M., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Szydło M., *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 7.
- Szydło M., *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 2.
- Walaszek-Pyziół A., *Status prawny przedsiębiorcy w świetle projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, nr 5.
- Wróbel A., *Źródła prawa Wspólnot Europejskich i prawa UE*, [w:] Wróbel A. (red.), *Stosowanie prawa europejskiego przez sądy*, Kraków 2005.
- Zdyb M., *Działalność gospodarcza i publiczne prawo gospodarcze*, Kraków 2001.
- Zdyb M., *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, „Rejent” 1997, nr 5.
- Zdyb M., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków 2000.
- Żurawik A., *Spółeczna gospodarka rynkowa jako konstytucyjna zasada ustroju gospodarczego*, [w:] Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2018.



Andrzej MADAŁA

[Wardyński & Partners, doctoral student, Faculty of Law and Administration,
Maria Curie-Skłodowska University, Lublin]

A century of the concept of a business operator under Polish law: Evolution and current state. Part 2: From the turn of the century to the present

The aim of this article is to provide a comprehensive discussion of the legal notion of a business operator (*przedsiębiorca*), its genesis, and the evolution it has undergone in Polish law chronologically over the past 100 years. In part 1 the author analysed the period from the restoration of Polish statehood after the First World War through the end of communist domination. The consideration of the status of this notion in the Polish legal system ended with a discussion of the roles and rules introduced by the Economic Activity Act of 1988. Part 2 covers the further development of this concept in Polish law in the late 1990s and down to the present day, when the notion of a business operator has become fundamental across many fields of law, including commercial law more broadly. The author attempts to highlight the advantages and drawbacks of the regulations shaping this concept and introducing it into Polish law. He also addresses the questions of the extent to which the adopted regulations have fulfilled their task, whether the definition of *przedsiębiorca* introduced by the current Business Law as part of the “Business Constitution” has contributed to consistency in the legal system, whether the regulations properly fulfil their role in application of the law, and whether they live up to the current demands of a modern economy.

BUSINESS OPERATOR | COMMERCIAL ACTIVITY | COMMERCIAL LAW |
COMMERCIAL REGISTER | BUSINESS LAW



Aleksandra STĘPNIEWSKA, LL.M.

[adwokat, *avocat à la Cour*, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr]

Praktyki korupcyjne w umowach a wykonalność wyroków sądów polubownych. Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 10 kwietnia 2018 r. w sprawie Alstom Transport SA i Alstom Network UK

Glosa prezentuje francuską koncepcję kontroli wyroków sądów polubownych przez sądy powszechne. Badają one skutki wykonalności takich wyroków dla międzynarodowego porządku publicznego w sprawach, w których doszło do praktyk ściganych na gruncie prawnokarnym, w szczególności praktyk korupcyjnych. Istotą tej koncepcji jest autonomia oceny faktyczno-prawnej sądów powszechnych rozstrzygających co do wykonalności wyroków sądów polubownych. Ocena ta nie może być jednak dowolna. Omawiane postanowienie jest przykładem funkcjonowania w praktyce przyjętej we Francji koncepcji. Glosa przedstawia argumenty popierające tę koncepcję oraz jej znaczenie dla sądownictwa polubownego. Zestawia także koncepcję francuską z praktyką przyjętą w Polsce.

ARBITRAŻ | KORUPCJA | PRAKTYKI KORUPCYJNE PRZY ZAWIERANIU
LUB REALIZACJI UMOWY | WYKONALNOŚĆ WYROKU SĄDU POLUBOWNEGO |
KLAUZULA MIĘDZYNARODOWEGO PORZĄDKU PUBLICZNEGO | COMPLIANCE

Należy do sądu rozpoznającego zażalenie od postanowienia o stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą, kiedy podstawą zażalenia jest art. 1525 i 1520 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego, ustalenie – tak na płaszczyźnie prawa jak i okoliczności faktycznych – wszystkich elementów

niezbędnych dla oceny, czy stwierdzenie wykonalności i wykonanie wyroku [sądu polubownego] narusza w sposób oczywisty, rzeczywisty i konkretny francuską koncepcję międzynarodowego porządku publicznego; dokonując oceny w tym zakresie – sąd nie jest związany oceną dokonaną przez sąd polubowny

ani przepisami prawa materialnego znajdującymi zastosowanie w sprawie na mocy woli stron.

Wyrok sądu polubownego uznający skuteczność umowy stanowiącej w istocie porozumienie korupcyjne w przedmiocie handlu wpływami lub wręczania korzyści korupcyjnych narusza międzynarodowy porządek prawny i jego wykonalność nie może zostać stwierdzona. [...]

Kontrola sądu powszechnego właściwego do stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego nie ma na celu weryfikacji, czy postanowienia umowy – w tym postanowienia dotyczące zgodności (compliance) – były należycie realizowane przez strony, lecz jedynie zapewnienie, że stwierdzenie wykonalności i wykonanie wyroku sądu arbitrażowego nie będzie prowadziło do nadania skuteczności umowie korupcyjnej.

Podstawę ustalenia, że umowa jest umową korupcyjną, może stanowić łańcuch poszlak; [...] (tłum. – A.S.)¹

Emancypacja sądu powszechnego w ocenie stanu faktyczno-prawnego

Postanowienie² będące przedmiotem niniejszej glosy formalnie dotyczy kwestii czysto proceduralnej, tj. wznowienia przewodu sądowego w celu dalszego rozpoznania sprawy w przedmiocie

stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego. Na pierwszy rzut oka mogłoby się więc zdawać, że techniczne rozstrzygnięcie procesowe nie zasługuje na szersze omówienie. Nic bardziej mylnego! Świadczą o tym przywołane powyżej tezy z uzasadnienia postanowienia wskazujące przyczyny, dla których sąd zdecydował się kontynuować rozpoznanie sprawy.

Tezy te mają wydźwięk generalny i składają się na praktykę orzekania o wykonalności wyroków sądów polubownych w ogóle. Dotyczą one wyznaczenia przedmiotu i zakresu kontroli wyroku sądu polubownego przez sąd powszechny z punktu widzenia ochrony międzynarodowego porządku publicznego jako przesłanki odmowy stwierdzenia wykonalności lub uchylecia wyroku sądu polubownego, kiedy elementem objętego wyrokiem stanu faktycznego był lub mógł być czyn zabroniony. Innym istotnym aspektem postanowienia jest zagadnienie standardu dowodowego na okoliczności istotne z punktu widzenia tak zdefiniowanego przedmiotu kontroli.

Omawiane postanowienie wydane zostało w okresie, kiedy paryski Sąd Apelacyjny – jako wiodący we Francji ośrodek orzecznicy w kwestiach arbitrażu międzynarodowego³ – wydał

¹ Autorka dokonuje samodzielnie tłumaczeń fragmentów cytowanego orzecznictwa i doktryny oraz powoływanych francuskich przepisów prawa, nie przytaczając ich francuskiej wersji przez wzgląd na ograniczenia redakcyjne.

² Niepublikowane; treść postanowienia dostępna jest w jego omówieniu (fr. note) przez E. Gaillarda w „Revue de l'Arbitrage” (Przegląd Arbitrażowy) 2018, nr 3, s. 574 i nast.

³ Wiodąca rola Sądu Apelacyjnego w Paryżu we wskazanych kwestiach jest w dużej mierze zdeterminowana przez przepisy dotyczące właściwości miejscowej sądu powszechnego w sprawach arbitrażu międzynarodowego, które przyznają kompetencję jurysdykcyjną w tym zakresie sądowi powszechnemu miejsca wydania wyroku arbitrażowego. Paryż jest niejednokrotnie wybierany jako siedziba sądu polubownego z racji ugruntowanej praktyki arbitrażowej, a także renomowanej m.in. z działalności Międzynarodowego Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej

szereg decyzji odnoszących się do zagadnień ochrony międzynarodowego porządku publicznego w ramach procedury stwierdzenia wykonalności lub uchylania wyroków sądów polubownych. Istota tej ochrony sprowadza się do przeciwdziałania nadawaniu skuteczności wyrokom, które w rzeczywistości mogłyby legalizować działania powszechnie uznawane za karalne.

W ciągu kilku ostatnich lat sąd paryski wypowiedział się o wykonalności wyroków sądów polubownych, które mogły nadawać lub nadawały skuteczność umowom uzyskanym w wyniku korupcji (prywatnej – sprawa *Indagro*⁴, a także

publicznej – sprawa *Republiki Demokratycznej Kongo*⁵), umowom stanowiącym w rzeczywistości porozumienia korupcyjne powoływania się na wpływy i dotyczącym wręczania korzyści korupcyjnych (omawiana sprawa *Alstom*) lub umowom pozwalającym na uzyskanie korzyści z działalności przestępczej (np. prania pieniędzy – sprawa *Belokon*)⁶. W wyrokach tych sąd apelacyjny

Izbie Gospodarczej (International Chamber of Commerce). Właściwość sądów powszechnych dla rozstrzygnięcia co do wykonalności wyroków sądów polubownych wynika z art. 1516 ust. 1, art. 1523 ust. 1, art. 1525 francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego (*Code de procédure civile*) wprowadzonego w wersji jednolitej dekretem z 5 grudnia 1975. Sędem właściwym w przedmiocie stwierdzenia wyroku sądu polubownego jest sąd wielkiej instancji (*tribunal de grande instance*) w okręgu, w którym został wydany wyrok sądu polubownego, a w przypadku wyroków wydanych za granicą – Sąd Wielkiej Instancji w Paryżu; sądami odwoławczymi są odpowiednio – sąd apelacyjny w okręgu, w którym znajduje się sąd wielkiej instancji orzekający w przedmiocie stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego, lub Sąd Apelacyjny w Paryżu. Właściwość sądów powszechnych do rozstrzygnięcia skarg o uchylenie wyroków sądów polubownych wynika z art. 1518 i 1519 fr. k.p.c. – sądem powszechnym właściwym dla rozpoznania skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego we Francji jest sąd apelacyjny, w którego okręgu został wydany wyrok sądu polubownego; https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A389BFFE8D63B-17692C8BF8D06BF51AF.tplgfr28s_2?idSectionTA=LEGISCTA000023427652&cidTexte=LEGITEXT00006070716&dateTexte=20200609 (dostęp: 6.06.2020).

⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 27 września 2016 r., Wydział I, Izba 1, sygn. (fr.: RG – *répertoire général*) 15/12614, w sprawie spółki Ancienne Marcel Bauche („Bauche”) przeciwko spółce Indagro („Indagro”) o uchylenie postanowienia Sądu Wielkiej Instancji

w Paryżu o stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego 6 maja 2016 r. w Londynie, na mocy którego na rzecz Indagro została zasądzona kwota 1 400 000 USD jako odszkodowanie z tytułu przestoju towaru w doku wskutek braku odbioru towaru przez kupującego. W ocenie Sądu Apelacyjnego w Paryżu zawarcie umowy na warunkach niekorzystnych dla Bauche nastąpiło wskutek wręczenia korzyści majątkowej przez Indagro pracownikowi spółki Bauche uprawnionemu do zawierania umów w jej imieniu. Wyrok niepublikowany, jego fragmenty dostępne są w komentarzu E. Gaillarda opublikowanym w *Journal du Droit International* (Dziennik Prawa Międzynarodowego), 2017, nr 4 (dostęp: 6.06.2020).

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 16 maja 2017 r., Wydział I, Izba 1, sygn. (fr.: RG) 15/17442, w sprawie Republiki Demokratycznej Kongo („RDK”) przeciwko spółce Customs and Tax Consultancy LLC („CTC”) o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego 22 lipca 2015 r. w Paryżu, na mocy którego zasądzono na rzecz CTC od RDK wynagrodzenie należne na podstawie zawartej między stronami umowy dotyczącej usprawnienia krajowego systemu celnego oraz środowiska prawnego dla wsparcia rozwoju ekonomicznego. Wybór wykonawcy (CTC) do realizacji projektu z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów krajowych o zamówieniach publicznych nie świadczy sam w sobie o tym, że doszło do korupcji. Wyrok niepublikowany, jego fragmenty dostępne są w komentarzu E. Gaillarda, idem (dostęp: 6.06.2020).

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 21 lutego 2017 r., Wydział I, Izba 1, sygn. (fr.: RG) 15/01650 w sprawie Republiki Kirgistanu przeciwko Valeriemu Belokonowi o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego w Paryżu 14 października 2014 r., na mocy którego zasądzono na rzecz V. Belokona od Republiki Kirgistanu kwotę 15,2 mln USD tytułem naprawienia szkody spowodowanej utratą inwestycji. Sąd Apelacyjny w Paryżu doszedł do wniosku, że w ramach Manas Bank dochodziło do prania pieniędzy i że w rzeczywistości bank

uznał, że sądy powszechne orzekające w sprawach arbitrażowych występują w roli strażników międzynarodowego porządku publicznego. W ocenie sądu paryskiego rola ta realizowana jest w ramach obowiązku sądu powszechnego do dokonania własnych ustaleń faktyczno-prawnych, jeżeli wykonanie wyroku sądu polubownego mogłoby w rzeczywistości prowadzić do nadania skuteczności uprawnieniom do korzyści pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa⁷. Dokonując własnych ustaleń, sąd powszechny nie jest ograniczony zakresem materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu przed sądem polubownym ani ustaleniami i ocenami poczynionymi przez arbitrów.

Jednocześnie sąd apelacyjny określił ramy roli sądu powszechnego i tym samym kontroli, jakiej może on poddawać rzeszone rozstrzygnięcie. Odmowa wykonalności wyroku sądu polubownego z powodu przestępczego charakteru stosunków pomiędzy stronami sporu arbitrażowego nie może być więc dowolna. Musi być ona dokonywana na podstawie elementów faktycznych – istotnych, konkretnych i współistnie-

ten został nabyty przez V. Belokona dokładnie w tym celu. Zajęcie aktywów Manas Banku przez organ prokuratorski w związku z toczącym się postępowaniem karnym było uzasadnione przez wzgląd na walkę i ściganie przestępstw prania pieniędzy, co jest objęte międzynarodowym konsensusem. Dlatego też niemożliwe było nadanie skuteczności roszczeniu dochodzonym z tytułu naruszenia dwustronnej umowy między Łotwą a Republiką Kirgistanu o promocji i ochronie inwestycji („TBI”). Wyrok niepublikowany, jego fragmenty dostępne są w komentarzu E. Gaillarda opublikowanym w *Journal du Droit International* (Dziennik Prawa Międzynarodowego), 2017, nr 4 (dostęp: 6.06.2020).

⁷ Sprawa *Indagro*, op.cit.

jących, które tworzą łańcuch poszlak wskazujących na zaistnienie zachowania zabronionego⁸. Sąd apelacyjny wskazał również, że ochrona międzynarodowego porządku publicznego przed nadawaniem skuteczności roszczeniom pozostającym w związku z czynem zabronionym nie wymaga ustalenia przez sąd powszechny, czy doszło do popełnienia przestępstwa. Innymi słowy – czy wypełnione zostały zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe znamiona czynu zabronionego zdefiniowane w przepisach ustawy karnej. Tym bardziej nie jest konieczne, aby w tym zakresie został wydany prawomocny wyrok skazujący⁹.

Orzeczenia te są wyrazem francuskiej koncepcji emancypacji oceny faktyczno-prawnej sądów powszechnych przy badaniu zgodności wyroków sądów polubownych z międzynarodowym porządkiem publicznym.

Omawiane postanowienie, wpisując się w przyjmowaną koncepcję, stanowi praktyczny przykład zastosowania wykształconych w orzecznictwie zasad kontroli wyroków sądów polubownych przez sądy powszechne, prowadząc w danym stanie faktycznym do konkretnego rezultatu. Jego szczególne znaczenie dla praktyki przejawia się także w tym, że sąd apelacyjny precyzyjnie określił, jakie elementy stanu faktycznego składają się na łańcuch poszlak (fr.: *faisceau d'indices*, ang. *red flags*) wskazujących na korupcyjny charakter stosunków umownych, co do których rozstrzygał sąd polubowny.

⁸ Sprawa *Demokratycznej Republiki Kongo*, op. cit.

⁹ Sprawa *Belokon*, op.cit.

Stan faktyczny sprawy

Stan faktyczny sprawy, w której zapadł powołany powyżej wyrok, ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia omówienia postanowienia. Był on ustalany dwukrotnie – najpierw przez sąd polubowny, a następnie przez sąd powszechny – w ramach postępowania w przedmiocie stwierdzenia wykonalności wyroku.

W 2004 r. Alstom Transport SA (z siedzibą we Francji) i Alstom Network (z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie) (dalej łącznie jako „Alstom”) zawarły z Alexander Brothers LTD („ABL”), spółką specjalnego regionu administracyjnego Hongkong, trzy umowy konsultingowe. Na ich podstawie ABL miała doradzać Alstomowi i reprezentować go w toku trzech przetargów publicznych na realizację projektów komunikacyjnych w Chinach (sieć kolejowa i metro). W ramach przyjętego w grupie Alstom programu *compliance* przed zawarciem umów ABL została poddana audytowi, w szczególności w związku ze zidentyfikowanymi powiązaniem z chińskimi funkcjonariuszami publicznymi. Nadto, także w ramach programu zgodności, w podpisanych umowach zawarte zostały postanowienia zobowiązujące ABL do należytego dokumentowania wszystkich czynności realizowanych w ramach umów i objętych fakturami stanowiącymi podstawę do wypłaty poszczególnych rat wynagrodzenia, ustalonego przez strony jako procent wartości projektów stanowiących przedmiot przetargów publicznych. W umowach zawarto także postanowienie zobowiązujące ABL do powstrzymania się od praktyk korupcyjnych.

Alstom uzyskał kontrakty we wszystkich trzech przetargach. Wypłata wynagrodzenia objęła jednak faktury wystawione przez ABL jedynie w ramach dwóch projektów i tylko w części. Początkowo Alstom nie kwestionował wiarygodności i kompletności dokumentacji. Gdy jednak amerykańskie i brytyjskie organy ścigania wszczęły przeciwko Alstomowi postępowania dotyczące korumpowania zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w ramach innych projektów, Alstom odmówił wypłaty dalszego wynagrodzenia, wskazując na ryzyko dalszych postępowań karnych. W wyniku przeprowadzonych w ABL audytów księgowych Alstom zakwestionował zasadność dalszych płatności, twierdząc, że istnieją podstawy do przypuszczenia, że ABL mogła być zaangażowana w praktyki korupcyjne mające na celu pozyskanie projektów dla Alstomu. Mogła za tym także przemawiać okoliczność, że dokumentacja przedstawiona przez ABL wraz z fakturami nie odpowiadała wymogom sformułowanym w umowach.

W tych okolicznościach ABL zgodnie z zapisem na sąd polubowny zawartym we wszystkich trzech umowach wystąpiła z powództwem przeciwko Alstomowi do sądu polubownego z siedzibą w Genewie. Sąd uwzględnił częściowo roszczenie ABL co do dwóch projektów, w których doszło do częściowej wypłaty wynagrodzenia. Podstawą rozstrzygnięcia sądu polubownego były postanowienia szwajcarskiego prawa cywilnego, zgodnie z którymi praktyka realizacji umowy zawartej między stronami, która odbiega od jej treści, skutkuje dorozumianą zmianą postanowień zawartej umowy. Tym samym, skoro na etapie realizacji umowy Alstom nie

zakwestionował dokumentacji przedłożonej przez ABL wraz z fakturami, i na tej podstawie dokonał płatności, to należało stąd wywodzić, że godzi się na zmianę zawartych umów przez złagodzenie wymogów dotyczących dokumentacji potwierdzającej zrealizowanie świadczenia.

W odniesieniu do trzeciej umowy, która zawierała bardziej rygorystyczne postanowienia dotyczące dokumentacji i w ramach której nie nastąpiła żadna płatność, sąd polubowny nie mógł dojść do tego samego wniosku. W konsekwencji oddalił roszczenie ABL.

Sąd Wielkiej Instancji w Paryżu stwierdził wykonalność wyroku sądu polubownego. Alstom zaskarżył zapadłe rozstrzygnięcie, powołując jako podstawę apelacji naruszenie art. 1525 i 1520 pkt 5 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego przez stwierdzenie wykonalności wyroku, którego wykonanie we francuskim porządku prawnym będzie skutkowało naruszeniem międzynarodowego porządku publicznego. Podstawą faktyczną zarzutu była w ocenie Alstomu okoliczność, że ABL nie wywiązała się z obowiązków umownych dotyczących należytego dokumentowania zrealizowanych świadczeń. Obowiązki te wpiły się w przyjętą w grupie Alstom politykę przeciwdziałania korupcji, uznaną na arenie międzynarodowej za cel, jaki powinien być realizowany także w ramach ponadnarodowych stosunków handlowych. Tym samym wyrok zasądzający wynagrodzenie dla ABL, która nie wywiązała się z rzeczonych obowiązków, naruszał już tylko z tego powodu międzynarodowy porządek publiczny. W swojej apelacji Alstom jedynie na zasadzie supozycji wskazał,

że rudymenarność dokumentacji przedkładanej przez ABL może wskazywać na jej potencjalne uwikłanie w praktyki korupcyjne.

Poważne, precyzyjne i komplementarne poszlaki praktyk korupcyjnych

Uznając konieczność zbadania, czy w sprawie nie zachodzą okoliczności wskazujące na korupcyjny charakter umów zawartych między Alstomem a ABL, Sąd Apelacyjny w Paryżu postanowieniem z 10 kwietnia 2018 r. wznowił przewod sądowy. Celem tej decyzji procesowej było umożliwienie stronom przedstawienia ich argumentacji oraz dowodów¹⁰ z perspektywy kryteriów, które sąd apelacyjny w swoim postanowieniu przyjął jako kryteria umowy korupcyjnej. Do kryteriów tych zaliczył:

- brak wymaganej, a przy tym precyzyjnej i wiarygodnej dokumentacji dotyczącej realizacji świadczeń przez konsultanta,
- brak po stronie kontrahenta zaplecza materialnego i osobowego niezbędnego z punktu widzenia zakresu i natury zakontraktowanych świadczeń,
- dysproporcję między zrealizowanymi usługami a umówionym lub wypłaconym wynagrodzeniem,
- wynagrodzenie określone jako procent wartości kontraktu, przy

¹⁰ Zgodnie z art. 1516 ust. 2 fr. k.p.c. stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego przez sąd powszechny rozpoznający sprawę w pierwszej instancji (sąd wielkiej instancji) następuje bez udziału stron – zasada kontradiktoryjności nie ma zastosowania na tym etapie <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSection-TA=LEGISCTA000023427486&cidTexte=LEGI-TEXT000006070716&dateTexte=20200609> (dostęp: 6.06.2020).

którego pozyskaniu konsultant jest obowiązany doradzać i reprezentować stronę,

- nierzetelnie prowadzoną księgowość,
- brak uzasadnienia dla przyznania stronie realizacji projektu w sytuacji, kiedy złożona przez stronę oferta była mniej korzystna niż oferty podmiotów konkurencyjnych,
- podwyższony poziom ryzyka korupcji w obszarze geograficznym, w którym konsultant działa, lub w obszarze gospodarki, w której przetarg publiczny jest ogłaszany.

Na podstawie przedłożonych przez Alstom dokumentów oraz w wyniku dyskusji między stronami w toku wznowionej rozprawy Sąd Apelacyjny w Paryżu doszedł do wniosku, że z okoliczności faktycznych sprawy wynikają poważne, precyzyjne i komplementarne poszlaki, że kwoty wpłacone przez Alstom na rzecz ABL stanowiły źródło finansowania praktyk korupcyjnych lub wynagrodzenia za te praktyki. Podstawą dla tych wniosków były wnikliwie ustalenia faktyczne Sądu Apelacyjnego w Paryżu dotyczące kryteriów badania potencjalnej korupcji, które zostały wskazane w postanowieniu o wznowieniu przewodu sądowego.

Szczegółowo analizując dokumentację, która miała świadczyć o realizacji usług przez ABL, sąd doszedł do wniosku, że rola ABL sprowadzała się w rzeczywistości do funkcji „skrzynki pocztowej”, gdyż zaangażowanie ABL w realizację świadczeń nie wynikało z przedkładanej wraz z fakturami dokumentacji. Potwierdzeniem tej okoliczności był także fakt, że ABL, spółka, której współnikami były jedynie trzy

osoby powiązane ze sobą więzami rodzinnymi, w rzeczywistości była spółką wirtualną, która nie posiadała siedziby, zaplecza materialnego ani osobowego, niezbędnego do realizowania usług konsultingu przy poważnych projektach infrastrukturalnych. Co więcej, przed podpisaniem umów z Alstomem spółka ABL była uszpienia, a głównym przedmiotem jej działalności było czarterowanie kontenerów. Nadto od momentu jej reaktywacji Alstom był jedynym jej kontrahentem. Istotną była także analiza audytów księgowych przeprowadzonych w ABL. Na ich podstawie sąd apelacyjny ustalił, że właściwie wszystkie koszty operacyjne ABL były pokrywane ze środków wpłacanych do spółki przez Alstom, a następnie wypłacanych kontrahentom za pośrednictwem współników w związku z otrzymywanymi przez nich dywidendami. Ten mechanizm płatności powodował niejasność przepływów finansowych i realizowanych przez ABL transakcji. Dalej, w zapisach księgowych widniał szereg wydatków na wartościowe przedmioty, które jednak nie zostały wpisane do inwentarza środków trwałych ABL.

Szczególnie istotnym ogniwem łańcucha poszlak była okoliczność przekazania spółce Alstom poufnego dokumentu dotyczącego strategii rozwoju grupy Siemens w Chinach, który ABL mogła uzyskać jedynie wskutek naruszenia przepisów o ścisłej poufności przedkładanych przez oferentów dokumentów przez urzędników odpowiedzialnych za przeprowadzanie przetargu publicznego. Ogniwem zamykającym łańcuch było uzyskanie przez Alstom projektu w ramach trzeciego przetargu, choć spółka Alstom przedłożyła ofertę mniej korzystną niż konkurenci.

W wyniku tych ustaleń Sąd Apelacyjny w Paryżu doszedł do wniosku, że umowy między Alstomem a ABL miały charakter korupcyjny i tym samym odmówił stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego, gdyż jego wykonanie we Francji naruszałoby międzynarodowy porządek prawny¹¹. Ustalenia te i wpływający z nich wniosek sądu stały się możliwe dzięki przyjętej koncepcji kontroli wyroków sądów polubownych przez sąd powszechny pod względem ich zgodności z międzynarodowym porządkiem prawnym. Istota tej koncepcji wyrażona jest w tezach omawianego postanowienia.

Istota i granice kontroli sądu powszechnego

Warunkiem stwierdzenia przez francuskie sądy powszechne wykonalności wyroków sądów polubownych jest zgodność ich skutków z międzynarodowym porządkiem prawnym¹². Kontrola w tym zakresie jest realizowana przez sądy powszechne z urzędu, a więc niezależnie od tego, czy strony podnosiły argument naruszenia międzynarodowego porządku publicznego w toku postępowania arbitrażowego¹³.

Kryterium kontroli jest kompatybilność z francuską koncepcją między-

narodowego porządku publicznego. Pojęcie to kształtowane jest przez ogół wartości i podstawowych zasad leżących u podstaw francuskiego porządku prawnego. Ich przestrzeganie i ochrona są konieczne nie tylko w relacjach wewnętrznych, lecz także w kontekście międzynarodowym – zwłaszcza kiedy społeczność międzynarodowa dochodzi do konsensusu dotyczącego konieczności ochrony określonych wartości i walki z zagrażającymi im zjawiskami. Takim konsensusem została objęta m.in. walka z korupcją, czego wyrazem jest szereg międzynarodowych instrumentów prawnych:

- Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzona w Paryżu 17 grudnia 1997 r.
- Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31 października 2003 r.
- Prawnikarna konwencja o korupcji, sporządzona w Strasburgu 27 stycznia 1999 r.

Na tej podstawie walka z korupcją stała się elementem międzynarodowego porządku publicznego¹⁴. Tym samym zjawisko korupcji podlega ocenie dokonywanej przez sąd powszechny rozpatrujący wykonalność wyroków sądów polubownych, na co zwraca uwagę Sąd Apelacyjny w Paryżu w omawianym postanowieniu.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 28 maja 2019 r., Wydział I, Izba 1, sygn. (fr.: RG) 16/11182 [dalsza sygnatura: nr Portalis 35L7-V-B7A], wyrok niepublikowany, dostępny: <https://www.dalloz-actualite.fr/document/paris-28-mai-2019-n-1611182> (dostęp: 6.06.2020).

¹² Art. 1514 ust. 1 fr. k.p.c.: *Wyroki sądów polubownych są uznawane lub wykonywane we Francji [...], jeżeli ich uznanie lub wykonanie nie jest w sposób oczywisty sprzeczny z międzynarodowym porządkiem prawnym.*

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 14 czerwca 2001 r., dostępny w „Revue de l'arbitrage” 2001, poz. 773.

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 16 maja 2017 r., Wydział I, Izba 1, sygn. 15/17442, w sprawie Republiki Demokratycznej Kongo przeciwko spółce Customs and Tax Consultancy LLC, op. cit.

Badaniu z punktu widzenia zgodności z międzynarodowym porządkiem prawnym podlegają więc nie tylko skutki wynikające z zastosowania norm prawa materialnego i procesowego bezpośrednio właściwych dla danego sporu; istotne są także skutki, jakie wykonanie wyroku wywoła z punktu widzenia obowiązywania przepisów innych gałęzi prawa, np. karnego.

Sąd powszechny nie jest związany ustaleniami poczynionymi przez sąd polubowny i tym samym może dokonywać własnych ustaleń faktycznych oraz prawnych. Implikuje to również możliwość przeprowadzania dowodów, także tych, które nie zostały zgromadzone w toku postępowania arbitrażowego.

Ustalenia faktyczne sądu powszechnego mogą odnosić się do tych samych elementów stanu faktycznego sprawy, które były przedmiotem ustaleń sądu polubownego. Wniosek ten znajduje odzwierciedlenie w szczególności w realiach sprawy Alstomu, w której sąd powszechny badał m.in. treść i charakter dokumentacji, którą ABL przedkładała w ramach realizowanych umów. Chociaż przedmiot ustaleń sądu powszechnego i polubownego może się pokrywać, to cel tych ustaleń jest odmienny. Sąd powszechny rozstrzygający o wykonalności wyroku sądu polubownego nie zmierza do ponownej oceny zasadności roszczeń sformułowanych przez strony z punktu widzenia wiążącego je stosunku prawnego, lecz do zbadania zgodności wyroku sądu polubownego z międzynarodowym porządkiem publicznym. To z kolei kryterium implikuje, że ustalenia sądu powszechnego mogą wychodzić ponad ustalenia sądu polubownego.

Intensywność kontroli zgodności z międzynarodowym porządkiem publicznym w przypadku podejrzenia praktyk korupcyjnych nie jest wymagana na poziomie właściwym dla sfery odpowiedzialności karnej. Zadaniem sądu powszechnego rozpoznającego te kwestie nie jest bowiem ustalenie, komu może zostać przypisana na podstawie przepisów prawa krajowego odpowiedzialność karna za czyn korupcji popełniony w konkretnym czasie i miejscu. Jednak skoro przedmiotem badania jest ustalenie, czy wykonanie wyroku sądu polubownego będzie prowadziło do ostatecznego sfinansowania lub refinansowania praktyk korupcyjnych, konieczne jest ustalenie, czy do takich praktyk rzeczywiście doszło.

Ustalenia te mogą być poczynione na podstawie zestawienia okoliczności faktycznych, które rozpatrywane pojedynczo nie wskazują bezpośrednio na praktyki korupcyjne, aczkolwiek łącznie o takich zachowaniach świadczą. To podejście wynika także z samej natury czynów korupcyjnych, co do których podejmowane są działania w celu ich ukrycia.

Badanie w tym zakresie nie może być jednak powierzchowne, na co wskazuje utrwalone orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Paryżu. Musi ono uwzględniać dwa kryteria, których spełnienie jest także obwarowane realizacją warunków natury merytorycznej.

Po pierwsze – badanie, jakie sąd powszechny musi przeprowadzić w ramach postępowania o stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego w przypadku ryzyka naruszenia międzynarodowego porządku publicz-

nego, musi objąć ocenę, czy spełnione zostało kryterium łańcucha poszlak wskazującego na zaistnienie praktyk korupcyjnych lub innych – o przestępczym charakterze. Poszlaki te – aby ich łańcuch można było uznać za domknięty i omawiane kryterium za spełnione – muszą nosić cechy istotności, precyzji i komplementarności¹⁵.

Drugim czynnikiem determinującym zakres badania jest oczywistość naruszenia międzynarodowego porządku publicznego. To, czy naruszenie miało charakter oczywisty, oceniane jest przy zastosowaniu kryterium naruszenia rzeczywistego i konkretnego.

Wskazane kryteria określają intensywność kontroli, jaką sąd powszechny jest uprawniony i obowiązany przeprowadzić przy ocenie skutków wyroku sądu polubownego dla międzynarodowego porządku publicznego. Wraz więc z przyjętą koncepcją przedmiotu kontroli, kryteria te stanowią dla sądów powszechnych źródło upoważnienia do dokonania wnikliwych ustaleń faktycznych, które następnie umożliwią sądowi ocenę stopnia kompatybilności skutków wyroku z międzynarodowym porządkiem publicznym w realiach konkretnego stanu faktycznego.

Stosując powyżej opisane rozumowanie dotyczące przedmiotu i zakresu kontroli zgodności wyroku sądu polubownego z międzynarodowym porządkiem publicznym, Sąd Apelacyjny w Paryżu wydał omawiane postanowienie, zawie-

rając w nim wskazania co do dalszego rozpoznania sprawy, które sam miał zastosować, i co w okolicznościach sprawy uczynił.

Argumenty za emancypacją kontroli sądów powszechnych

Opowiedzenie się za lub przeciw rozwiązaniom przyjętym w omawianym postanowieniu stanowi w rzeczywistości opowiedzenie się za lub przeciw przyjmowanej przez francuskie orzecznictwo koncepcji kontroli przez sądy powszechne wyroków sądów polubownych pod kątem kompatybilności ich skutków z międzynarodowym porządkiem publicznym, gdy istnieje podejrzenie, że wykonanie wyroku może w rzeczywistości legitymizować działania przestępcze.

Osobiście oceniam pozytywnie kierunek podejścia sądów francuskich. Podstawą dla tej oceny są argumenty tak prawne, jak i pragmatyczne.

Sądy powszechne są zobowiązane do poszanowania powagi rozstrzygnięć sądów polubownych, a z istoty sądownictwa polubownego wynika ograniczoność kontroli wyroków sądów polubownych w ramach sądownictwa powszechnego. Jednocześnie zasadą jest, że nadanie waloru przymusu państwowego wyrokom sądów polubownych jest uzależnione od kontroli sądów powszechnych. W większości przypadków jest to kontrola formalna. Klauzula porządku publicznego nadaje jednak sądom powszechnym uprawnienia i kompetencje pozwalające zweryfikować pod kątem merytorycznym, czy uznanie lub wykonanie wyroku sądu polubownego nie naruszy zasad i wartości powszech-

¹⁵ Wyrok Sadu Apelacyjnego w Paryżu z 21 lutego 2017 r., Wydział I, Izba 1, sygn. 15/01650 w sprawie *Republika Kirgistanu przeciwko Valeriemu Belokonowi*, op. cit.

nie uznawanych za podstawowe¹⁶. Ich katalog w ramach pojęcia międzynarodowego porządku prawnego ewoluuje wraz ze zmianami w otoczeniu społeczno-ekonomicznym. Wraz z nasilającym się zjawiskiem korupcji, prania pieniędzy oraz innych form przestępczości ich zwalczanie staje się – w wyniku międzynarodowego konsensusu – elementem międzynarodowego porządku publicznego. Na jego straży powinny stać nie tylko sądy powszechne, lecz także sądy polubowne. Internalizacja tej właśnie roli przez sądy polubowne jest warunkiem zapewnienia wykonalności wydawanych wyroków.

Teoretycy oraz praktycy starają się wypracować zbiór dobrych praktyk, których stosowanie ułatwi arbitrom ocenę, czy w sprawie zachodzą okoliczności wskazujące na jej przestępczy kontekst lub naturę oraz podjęcie właściwej decyzji¹⁷.

W orzecznictwie sądów polubownych widoczna jest linia orzecznicza, w ramach której arbitrzy, w związku z okolicznościami sprawy, na wniosek stron, a nawet z własnej inicjatywy badali kwestie m.in. korupcji jako potencjalnego stanu faktycznego sprawy i na podstawie czynionych ustaleń wydawali rozstrzygnięcia dotyczące ważności lub

wykonania umowy będącej przedmiotem sporu. Jednakże nie jest to powszechna praktyka¹⁸.

Dlatego też remedium w tym obszarze powinno być przeprowadzanie przez sądy powszechne kontroli skutków wyroków sądów polubownych z punktu widzenia wszystkich istotnych faktów, jakie odnoszą się do umowy będącej przedmiotem rozstrzygnięcia sądu polubownego, bez ograniczania oceny do faktów odnoszących się jedynie do roszczeń stron. Jest to postulat znajdujący umocowanie w przepisach uzależniających stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego od zgodności jego skutków z międzynarodowym porządkiem publicznym¹⁹. Daje więc to sądom powszechnym uprawnienia kontrolne, dzięki którym rozstrzygnięcia umożliwiające realizację korzyści z działalności przestępczej nie będą przedostawały się do porządku prawnego i korzystały z mechanizmów przymusu państwowego.

¹⁸ Newralgicznym punktem dyskusji pozostaje w szczególności uprawnienie arbitrów do badania okoliczności faktycznych, które mogą świadczyć o praktykach korupcyjnych lub innych przestępczych – z własnej inicjatywy, czemu przeciwstawiana jest sama istota arbitrażu wynikająca z woli stron, która warunkuje umocowanie sądu polubownego oraz zakres jego kognicji. Kwestia istnienia po stronie arbitrów uprawnienia i obowiązku badania okoliczności mogących świadczyć o korupcji, praniu pieniędzy lub innych zjawiskach uznawanych za przestępcze została szeroko opisana z perspektywy karnej – przez D. Chilsteina w artykule *Droit pénal et arbitrage* (Prawo karne i arbitraż), „*Revue de l’arbitrage*” 2009, nr 4, s. 3 i nast., a z perspektywy bardziej arbitrażowej – przez D. Baizeau i T. Hayes w artykule *The Arbitral Tribunal Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte*, *Kluwer Arbitration*, 2017, dostępne pod: https://www.lalive.law/data/publications/Duty_and_Power_to_Address_Corruption.pdf (dostęp: 6.06.2020).

¹⁹ Przepis art. 1514 ust. 1 fr. k.p.c.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 14 czerwca 2001 r. dostępny w „*Revue de l’arbitrage*” 2001, poz. 773.

¹⁷ Zbiór praktycznych zasad dotyczący korupcji i prania pieniędzy dla arbitrów rozstrzygających w ramach arbitrażu międzynarodowego (*Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators*), opracowany w 2019 r. pod auspicjami Competence Centre Arbitration and Crime oraz Basel Institute of Governance: <https://arbcrime.org/a-toolkit-for-arbitrators> (dostęp: 6.06.2020).

Należy więc uznać za słuszną koncepcję szerokiej kontroli, która w rzeczywistości implikuje po stronie sądu powszechnego uprawnienie do dokonywania własnych ustaleń faktycznych i prawnych.

Celem, jaki przyświeca francuskim sądom powszechnym przy ponownym badaniu faktów, nie jest ocena dokonanej przez sąd polubowny oceny faktów odnoszących się do roszczeń stron, lecz ustalenie, czy rozstrzygnięcie będące wynikiem tej oceny nie naruszy międzynarodowego porządku publicznego.

Niezależnie od semantyki wykorzystanej do kwalifikacji ponownego badania stanu faktycznego jest oczywiste, że w rzeczywistości badanie to skutkuje oceną oceny dokonanej przez sąd arbitrażowy i to także w odniesieniu do okoliczności stanowiących podstawę roszczeń i przemawiających za ich zasadnością. Ocena sądów powszechnych polega właściwie na ocenie wnikliwości ustaleń i oceny dokonanej przez sąd polubowny. Jak wskazuje E. Gaillard, to podejście pośrednio wynika z powołanych w niniejszym omówieniu rozstrzygnięć Sądu Apelacyjnego w Paryżu. Przyjęta koncepcja kontroli ma z jednej strony zachęcić sądy polubowne do badania faktów pod kątem ich zgodności z międzynarodowym porządkiem publicznym i wywodzenia właściwych skutków cywilnoprawnych, jeśli zostaną stwierdzone praktyki korupcyjne lub inne praktyki przestępcze. Z drugiej strony jest sygnałem, że sądy powszechne będą kontrolować wypełnianie przez sądy polubowne roli strażnika międzynarodowego porządku publicznego i odmawiać wykonalności rozstrzygnięć arbitrażowych w przypadku jej nie-

wystarczającej realizacji²⁰. Idąc dalej – pozycja francuskiego orzecznictwa zdaje się pośrednio definiować w sposób abstrakcyjny element kompetencji jurysdykcyjnej sądów polubownych.

Powyższy wniosek co do natury kontroli sprawowanej przez sądy powszechne w ramach przesłanki zgodności z międzynarodowym porządkiem publicznym nie przekreśla w mojej ocenie jej legalności ani zasadności. Oczywiście – kontrola sądów powszechnych w zakresie kompatybilności wyroków sądów polubownych z międzynarodowym porządkiem publicznym nie może skutkować rozstrzygnięciami automatycznymi, ani tym bardziej arbitralnymi. Musi być realizowana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy i oceną skutków wykonania wyroku dla porządku prawnego przy zastosowaniu kryteriów oczywistego, rzeczywistego i konkretnego jego naruszenia. Francuskie sądy powszechne zdają się stać na straży tak zdefiniowanych ram kontroli wyroków sądów polubownych, o czym świadczą także przywołane w niniejszym omówieniu wyroki.

Krótkiego odniesienia wymaga także kwestia standardu dowodu przy ocenie, czy w konkretnej sprawie, która była przedmiotem rozstrzygnięcia sądu polubownego, zaistniały zdarzenia kwalifikowane jako korupcja lub pranie pieniędzy. Choć materia ta ma naturalnie konotację prawnokarną, zgadzam się z podejściem wypracowanym przez Sąd Apelacyjny w Paryżu, że podstawą

²⁰ E. Gaillard w: „Revue du Droit International”, ibidem, s. 1370, oraz w: „Revue de l’arbitrage”, ibidem, s. 586.

ustaleń, iż w ramach realizacji umowy lub inwestycji doszło do korupcji lub prania pieniędzy, mogą być wykazane okoliczności faktyczne tworzące zamykający się łańcuch poszlak wskazujący w kontekście logiki i doświadczenia życiowego, że do takich działań doszło. Nie jest natomiast konieczne udowodnienie realizacji wszystkich znamion czynu zabronionego i osiągnięcie poziomu dowodowego określanego formułą „ponad wszelką wątpliwość”. Celem rozstrzygnięcia sądu powszechnego orzekającego w sprawie arbitrażowej (a wcześniej – sądu polubownego) nie jest bowiem ustalenie winy i przypisanie odpowiedzialności karnej, a następnie wyegzekwowanie kary.

Na zakończenie można przywołać potencjalny dodatkowy argument natury pragmatycznej przemawiający za podzieleniem koncepcji szerokiej kontroli zgodności skutków wyroków sądów polubownych z międzynarodowym porządkiem publicznym obejmującym także cel walki z korupcją i praniem pieniędzy (innymi zjawiskami przestępczymi). Otóż urzeczywistnienie tej kontroli i tym samym uniemożliwienie – tam, gdzie jest to uzasadnione okolicznościami sprawy – realizacji zasądzonych wyrokami sądów polubownych roszczeń, które są wynikiem praktyk korupcyjnych lub prania pieniędzy, może mieć efekt prewencyjny. Strony, poddając potencjalne spory ze stosunków umownych kognicji sądów arbitrażowych, powinny zdawać sobie sprawę, że kontrola wyroków sądów polubownych przez sądy powszechne nie będzie już kontrolą pobieżną.

Patrząc natomiast od strony praktyki obrończej, kierunek aktywności strony

postępowania w przedmiocie uchylecia lub odmowy wykonania wyroku sądu polubownego może wpływać na strategię obrony w postępowaniu karnym lub stanowić jej element. Należy bowiem zaznaczyć, że w sprawach, w których okazuje się, że rozstrzygnięcie sądu polubownego mogło być wydane w stanie faktycznym, w którym doszło do zachowań zabronionych, a zwłaszcza korupcyjnych, prędzej czy później wszczynane jest postępowanie karne. Bez dokonywania oceny można jedynie zwrócić uwagę na zmianę natężenia argumentacji Alstomu w sprawie, w której zostało wydane omawiane postanowienie, od supozycji do twierdzenia o praktykach korupcyjnych ABL.

Perspektywa polska

Niniejsze omówienie nie aspiruje do wyrażania definitywnych konkluzji ogólnych. Być może będzie asumptem do dalszej refleksji z uwzględnieniem kontekstu polskiego w zakresie kontroli przez sądy powszechne wyroków sądów polubownych pod względem ich zgodności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej²¹ w sytuacji podejrzenia przestępczego tła przedmiotu sporu. Klauzula porządku publicznego daje – jak wskazuje doktryna i orzecznictwo – sądowi powszechnemu uprawnienie do ograniczonej kontroli merytorycznej wyroku sądu polubownego. Kontrola ta w praktyce sprowadza się do analizy treści wyroku, i nie może rozciągać się na fakty i dowody sądo-

²¹ Art. 1206 § 2 pkt 2 i art. 1214 § 2 pkt 2 k.p.c.

wi nieznane²². Jednocześnie Sąd Najwyższy dopuszcza możliwość odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego, jeżeli *na podstawie faktów notoryjnych (powszechnie znanych) lub znanych mu urzędowo dojdzie do wniosku, że wyrok zmierza do naruszenia chronionych przez prawo interesów osób trzecich lub ma służyć innym celom niż te, którym – zgodnie ze swą istotą – [służyć] powinien* (postanowienie Sądu Najwyższego z 28 października 1993 r., II CRN 70/93)²³.

Orzecznictwo sądów polskich nie obfituje w orzeczenia dotyczące ochrony podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej w kontekście podejrzenia korupcyjnej lub w inny sposób przestępczej konotacji wyroku sądu polubownego i zasądzonych tym wyrokiem roszczeń. Powołane powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego z 1993 r. daje podstawy do przypuszczenia, że w sytuacji podejrzenia istnienia takiej konotacji klauzula porządku publicznego będzie uzasadnieniem dla odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego, jeżeli taka konotacja zostanie ustalona. Pojawić się jednak może pytanie, jak daleko będzie sięgać ochrona wynikająca z powołanej klauzuli i na ile będzie ona efektywna na etapie postępowania przed sądem powszechnym, jeżeli ma on polegać jedynie na faktach notoryjnych i znanych z urzędu.

Pytanie to nasuwa się m.in. w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w War-

szawie z 14 czerwca 2012 r. wydanym w sprawie, w której sąd rozstrzygał w drugiej instancji w przedmiocie skargi na uchylenie wyroku sądu polubownego (I ACa 1241/11)²⁴. Podstawą skargi była klauzula porządku publicznego, jako że według twierdzeń strony skarżącej wyrok został uzyskany w wyniku przestępstwa podrobienia dokumentu. Korygując wykładnię przepisu art. 1206 § 1 pkt 5 k.p.c. dokonaną przez sąd pierwszej instancji, sąd apelacyjny wskazał, że stwierdzenie zaistnienia przesłanki ochrony porządku publicznego nie wymaga uprzedniego stwierdzenia popełnienia przestępstwa ostatecznym wyrokiem sądu karnego, a sąd powszechny może dokonać samodzielnych ustaleń w tym zakresie. Jednocześnie sąd przywołał ugruntowane w orzecznictwie argumenty dotyczące szerokiej autonomii postępowania polubownego, *wydatnie ograniczającej możliwości kontrolne sądu powszechnego*, oraz celu tej regulacji prawnej, jakim jest szybkość postępowania w załatwianiu sporów cywilnoprawnych, a nie tworzenie dodatkowej fazy postępowania przed sądownego. Argumenty te posłużyły sądowi apelacyjnemu jako podstawa wniosku, że *prowadzenie przez sąd powszechny postępowania na okoliczność podrabiania dokumentów, której wykazania skarżący nie podjął w postępowaniu arbitrażowym, w istocie zmierzałaby do zastąpienia przez sąd powszechny sądu polubownego w jego działalności jurysdykcyjnej, czego przepisy procedury cywilnej nie przewidują*. W konsekwencji sąd apelacyjny oddalił skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego. Sprowadził tym samym kwestię podejrzenia uzyskania wyroku sądu polubownego na podstawie dokumentu podrobionego

²² Postanowienie Sądu Najwyższego z 9 lipca 2008 r., V CZ 42/08, Lex nr 465913 (dostęp: 6.06.2020).

²³ OSNCP 1994, nr 5, poz. 115, Lex nr 409 (dostęp: 6.06.2020).

²⁴ Lex nr 1298991 (dostęp: 6.06.2020).

lub przerobionego, a więc w wyniku przestępstwa, do kwestii procesowej i autonomii sądownictwa polubownego.

Gdyby powyższe podejście miało być rozciągnięte także na inne sytuacje, w których roszczenie zasądzone wyrokiem sądu polubownego ma konotacje karnoprawne (np. umowa o charakterze korupcyjnym)²⁵, jak na przykład miało to miejsce w sprawie Alstom, w sposób oczywisty odbiegałoby ono od koncepcji francuskiej. Ubezszytowanie legitymizacji zasądzonych przez sąd polubowny roszczeń będących owocem lub wręcz elementem czynów zabronionych byłoby uzależnione od skonkretyzowania i dowodzenia w postępowaniu arbitrażowym konkretnej okoliczności uzasadniającej oddalenie roszczenia z uwagi na sprzeczność z międzynarodowym porządkiem prawnym.

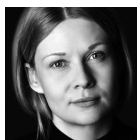
W świetle jednak obowiązującej normy nakazującej sądom powszechnym badanie zgodności wyroku sądu polubownego z porządkiem prawnym Rzeczypospolitej

²⁵ Poza rozważaniami pozostają sytuacje przestępczej konotacji wyroku sądu polubownego, o jakiej mowa w przepisie art. 1206 § 1 pkt 5 k.p.c. *in principio*, a więc sytuacje, w których wyrok sądu polubownego został uzyskany wskutek popełnienia przestępstwa innego niż podrobienie lub przerobienie dokumentu. Dla ubezszytowania takiego wyroku sądu polubownego konieczny jest prejudykat, w którym sąd karny prawomocnie stwierdza, że doszło do popełnienia przestępstwa, nawet jeżeli finalnie nie dochodzi do przypisania w wyroku winy (tak: K. Weitz [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom III. *Postępowanie rozpoznawcze*, wyd. V., 2016) Nadto hipotezy objęte zakresem wskazanej normy dotyczą tych przestępstw, które pozostają w bezpośrednim związku z wydaniem wyroku sądu polubownego (miały na niego wpływ, służyły jego uzyskaniu), nie zaś sytuacji, kiedy do czynu zabronionego doszło lub mogło dojść w związku z zawarciem lub wykonaniem umowy, będącej przedmiotem oceny i rozstrzygnięcia sądu polubownego.

Polskiej uwarunkowania, które zdają się wynikać z orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie, nie mają uzasadnienia, i nie jest nim także argument szybkości postępowania arbitrażowego.

Wobec tego wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie nie może stanowić podstawy dla wniosków generalnych w zakresie praktyki ochrony podstawowych zasad porządku prawnego w obliczu stanów faktycznych wskazujących na przestępczy kontekst przedmiotu rozstrzygnięcia sądu polubownego, zwłaszcza mając na względzie koncepcję porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z orzecznictwem, na treść klauzuli porządku publicznego składają się *fundamentalne zasady konstytucyjne dotyczące ustroju społeczno-gospodarczego oraz naczelnne zasady rządzące poszczególnymi dziedzinami prawa materialnego i procesowego*²⁶. Tak sformułowana definicja klauzuli porządku publicznego daje asumpt do twierdzenia, że kontrola zgodności skutków płynących z treści wyroku sądu polubownego nie musi odnosić się jedynie do przepisów istotnych z punktu widzenia dziedziny prawa bezpośrednio regulującego stosunki między stronami sporu i może być także dokonywana z punktu widzenia przepisów prawa karnego. Przyjęcie stanowiska odmiennego byłoby trudne do zaakceptowania nawet na gruncie przyjmowanej w polskim systemie koncepcji ograniczonej kontroli wyroków sądów polubownych. Pozostaje jednak otwarte pytanie, jak kontrola ta powinna być realizowana.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 23 marca 2017 r., V ACa 415/16, Lex nr 2317649 (dostęp: 6.06.2020).



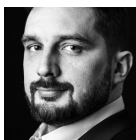
Aleksandra STĘPNIEWSKA, LL.M.

[adwokat, avocat à la Cour, WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr]

Corrupt practices in contracts and the enforceability of arbitration awards: Comment on the order of the Paris Court of Appeal of 10 April 2018 in *Alstom Transport SA v Alexander Brothers Ltd* (case no. 16/11182)

This comment presents the French conception of review of arbitration awards by the state courts. They examine the effects of enforceability of awards for international public policy in cases in which practices have occurred which are prosecuted under criminal law, in particular corrupt practices. The essence of this conception is the autonomy of the factual and legal assessment by the state courts ruling on the enforceability of arbitration awards. But this assessment cannot be arbitrary. The order in this case is an example of the functioning in practice of the conception adopted in France. The comment presents arguments supporting this conception and its importance for the institution of arbitration. It also juxtaposes the French conception with the practice adopted in Poland.

ARBITRATION | CORRUPTION | CORRUPT PRACTICES IN CONCLUSION
OR PERFORMANCE OF CONTRACTS | ENFORCEABILITY OF ARBITRATION AWARD |
INTERNATIONAL PUBLIC POLICY CLAUSE | COMPLIANCE



Stanisław DROZD

[adwokat, solicitor Anglii i Walii (non practising), kancelaria Wardyński i Wspólnicy]

„Ważne powody” rozwiązania umowy. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22 sierpnia 2012 r.

Wypowiedzenie z „ważnych powodów” umowy zlecenia lub nienazwanej umowy o świadczenie usług, do której przepisy o zleceniu stosuje się odpowiednio, nie zawsze będzie zwalniać stronę dokonującą wypowiedzenia z odpowiedzialności odszkodowawczej wobec drugiej strony. Powołanie się na „ważne powody” nie może być sposobem na przerzucenie na kontrahenta całego ryzyka gospodarczego związanego z wystąpieniem niezależnych od niego okoliczności uzasadniających wypowiedzenie umowy. Okoliczności te mogą uzasadniać rozwiązanie wężła obligacyjnego. Zasady rozliczeń stron w takim wypadku muszą jednak uwzględniać ich słuszne interesy oraz sens gospodarczy umowy.

ZLECENIE | NIENAZWANA UMOWA O ŚWIADCZENIE USŁUG | WAŻNE POWODY |
WYPOWIEDZENIE | WYPOWIEDZENIE UMOWY Z WAŻNYCH POWODÓW |
ODSZKODOWANIE

[P]owoływanie się pozwanej na kryzys gospodarczy nie może usprawiedliwiać jej zachowań godzących w interes kontrahenta. Zachowaniem takim jest nie tylko dążenie do pozbawienia powoda znacznej części wynagrodzenia, na które liczył zawierając i realizując sporną umowę, ale także sprzeczne z dobrymi obyczajami przejęcie pracowników powoda i powierzenie im obowiązków należących do powoda na mocy spornej umowy. [...]

Działanie pozwanej w celu zwiększenia w ten sposób jej efektywności dochodowej nie może być żadną miarą uznane za „ważny powód” rozwiązania umowy.

Komentowany wyrok

Komentowany wyrok dotyczy skomplikowanej, bo nieuregulowanej jasno w polskim prawie kwestii rozliczeń stron w przypadku wypowiedzenia umowy

zlecenia z tzw. „ważnych powodów”. Kwestia ta w wyroku poruszona jest jedynie „na marginesie”. Sąd stwierdza bowiem ostatecznie, że sprawa nie dotyczyła umowy zlecenia ani umowy, do której przepisy o zleceniu można by stosować odpowiednio. O ważnych powodach, które mogą uzasadniać wypowiedzenie zlecenia bez obowiązku wypłaty drugiej stronie odszkodowania, sąd wypowiada się jedynie mimochodem (*obiter dictum*). Zagadnienie to ma jednak wielkie znaczenie praktyczne. Dlatego nawet taka wypowiedź sądu, która ostatecznie nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia omawianej sprawy, zasługuje na omówienie.

Wypowiedź sądu jest tym ważniejsza i bardziej aktualna, że dotyczy próby wypowiedzenia umowy bez zapłaty drugiej stronie odszkodowania z powołaniem się na przepisy dotyczące zlecenia i ważne powody w postaci zewnętrznego i niedającego się przewidzieć zdarzenia, tj. kryzysu gospodarczego. W dobie kryzysu spowodowanego pandemią COVID-19 próby takiego uwolnienia się od obowiązków umownych, bez należytego względu na słuszne interesy kontrahenta, mogą być szczególnie częste.

- **Stan faktyczny**

Pozwany – deweloper – zawarł z powodem umowę, w której zlecił mu na zasadzie wyłączności pośrednictwo w sprzedaży lokali w budowanym przez siebie kompleksie budynków mieszkalnych. Powód poza pośrednictwem w sprzedaży lokali miał także świadczyć na rzecz dewelopera różne dodatkowe usługi, w tym m.in. doradzać mu w różnych kwestiach dotyczących marketingu, wyceny i sprzedaży lokali.

Wynagrodzenie powoda miało charakter prowizyjny – miało stanowić ułamek wartości sprzedanych lokali. Umowa miała obowiązywać do czasu zakończenia sprzedaży wszystkich lokali, nie dłużej jednak niż do upływu 6 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na ich użytkowanie. Wcześniejsze rozwiązanie umowy mocą oświadczenia tylko jednej ze stron miało być możliwe wyłącznie w razie poważnego naruszenia jej postanowień przez drugą stronę.

Pozwany wypowiedział jednak umowę przedwcześnie – zanim doszło do sprzedaży któregośkolwiek z lokali – mimo że powód jej nie naruszył. Pozwany powołał się na ważne powody, które z mocy art. 746 k.c. pozwalają wypowiedzieć umowę zlecenia w każdym czasie, nawet jeśli została ona zawarta na czas oznaczony. Zdaniem pozwanego te ważne powody polegały na załamaniu rynku finansowego i mieszkaniowego, przewidywanych trudnościach w sprzedaży lokali oraz opóźnieniu i spadku zyskowności całej inwestycji.

Pozwany nie zamierzał jednak rezygnować ze sprzedaży lokali i nie miał zamiaru zaniechać czynności sprzedażowo-marketingowych, które na podstawie umowy należeć miały do zadań powoda i w zamian za które powód otrzymać miał wynagrodzenie. Pozwany zatrudnił do wykonywania tych czynności pracowników pracujących dotychczas dla powoda, a powodowi i jego nowemu zespołowi odmówił wstępu do biura sprzedaży lokali, twierdząc, że sporna umowa została skutecznie wypowiedziana.

Powód wytoczył powództwo przed Sąd Okręgowy we Wrocławiu, argumentu-

jąc, że umowa nie została skutecznie wypowiedziana przez dewelopera, i domagając się przewidzianego umową wynagrodzenia. Powód wskazywał, że pozwany sprzedał ostatecznie objęte umową lokale. Zrobił to co prawda już bez pośrednictwa powoda, jednak – zdaniem powoda – przewidziane umową wynagrodzenie powinno mu zostać wypłacone mimo to.

- **Wyrok sądu pierwszej instancji**

Sąd pierwszej instancji uznał, że umowa rzeczywiście nie została skutecznie wypowiedziana. Orzekł, że pozwany nie udowodnił, że rzeczywiście wystąpiły ważne powody uzasadniające wypowiedzenie. Sąd stwierdził jednak, że skoro ostatecznie lokale zostały sprzedane bez pośrednictwa powoda, żądane wynagrodzenie nie mogło się powodowi należeć. Powód mógł co najwyżej domagać się odszkodowania za naruszenie wyłączności zagwarantowanej mu umową. Samo wskazanie wysokości prowizji, którą powód otrzymałby, gdyby do sprzedaży lokali doszło za jego pośrednictwem, nie stanowiło zaś – zdaniem sądu I instancji – wykazania wysokości szkody poniesionej przez powoda. Obliczając tę szkodę, należało bowiem m.in. uwzględnić koszty, które powód zaoszczędził dzięki temu, że ostatecznie nie pośredniczył w sprzedaży lokali.

- **Wyrok sądu apelacyjnego**

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu uchylił to rozstrzygnięcie. Również uznał, że umowa nie została skutecznie wypowiedziana. Inaczej niż sąd pierwszej instancji stwierdził jednak, że powodowi należało się przewidziane umową wy-

nagrodzenie. Zostało mu ono bowiem przyznane na wypadek sprzedaży lokali. Fakt, że do sprzedaży doszło bez pośrednictwa powoda, nie pozbawiał go – zdaniem sądu apelacyjnego – prawa do tego wynagrodzenia.

W uzasadnieniu wyroku sądu apelacyjnego na szczególną uwagę zasługuje wywód na temat tego, dlaczego umowa nie została skutecznie wypowiedziana. Sąd zmierzył się tam bowiem z trudną kwestią definicji „ważnych powodów” uzasadniających wypowiedzenie umowy zlecenia w każdym czasie. Sąd stwierdził co prawda, że sporna umowa nie była umową zlecenia ani nienazwaną umową o świadczenie usług, do której przepisy o zleceniu można by stosować odpowiednio. Jest ona bowiem uregulowana w ustawie o obrocie nieruchomościami. Orzekł jednak – niejako *obiter dictum* – że przytoczone przez pozwanego okoliczności nie mogłyby uzasadniać wypowiedzenia umowy, nawet gdyby uznać ją za zlecenie. Zdaniem sądu apelacyjnego pozwany nie miał bowiem prawa powoływać się na własne – choćby niezawinione i wynikające z obiektywnych okoliczności – kłopoty finansowe, by zerwać współpracę z prawidłowo realizującym swoje obowiązki powodem, pozbawić w ten sposób powoda wynagrodzenia, na które liczył on zawierając umowę, oraz zrealizować powierzone powodowi zadania tańszym kosztem i dzięki temu uzyskać efektywność dochodową.

Istotne zagadnienie poruszone w komentowanym wyroku

Wyrok stanowi ważny głos w dyskusji o naturze „ważnych powodów”, o których mowa w art. 746 k.c.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że „ważnymi powodami”, o których mowa w art. 746 k.c., mogą być okoliczności dotyczące drugiej strony i powodujące utratę zaufania do niej. Wynika to z natury stosunku prawnego zlecenia, który oparty jest o szczególne zaufanie. Spowodowana działaniami drugiej strony utrata zaufania do niej podaje w wątpliwość sens dalszego trwania stosunku zlecenia i uzasadnia jego jednostronne natychmiastowe zerwanie.

Jak dotąd w orzecznictwie dość jednolicie prezentowany był jednak pogląd, że natychmiastowe wypowiedzenie umowy zlecenia, także zawartej na czas oznaczony, możliwe jest również z takich „ważnych powodów”, które nie dotyczą w żaden sposób drugiej strony, lub wręcz dotyczą wyłącznie strony dokonującej wypowiedzenia (np. choroba, nieopłacalność dalszego korzystania z usług zleceńbiorki). Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 30 grudnia 2015 r.: *Ważne powody uzasadniające wypowiedzenie mogą mieć charakter obiektywny w postaci okoliczności nie dotyczących żadnej ze stron, jak i charakter subiektywny, czyli dotyczyć strony umowy. W tym drugim przypadku mogą to być okoliczności zarówno zawinione przez stronę, jak i niezawinione. Mogą dotyczyć strony, która wypowiada umowę (choroba uniemożliwiająca dalsze wykonywanie zlecenia, trudna sytuacja rodzinna, utrata uprawnień wymaganych do dokonania zleconej czynności, utrata zaufania do przyjmującego zlecenie), jak i drugiej strony (nieuzasadniona odmowa udzielenia zaliczki przez dającego zlecenie, nieudzielanie potrzebnych wiadomości przez przyjmującego zlecenie).*

Zważywszy, że w takiej sytuacji druga strona nie ma prawa do odszkodowania za przedwczesne zerwanie zawartej z nią umowy, a jedynie prawo do wynagrodzenia odpowiadającego wykonywanej dotychczas pracy, pogląd ten może budzić wątpliwości natury aksjologicznej. Przedwczesne zerwanie umowy może bowiem powodować u drugiej strony znaczne szkody. Jeśli strona ta w niczym nie zawiniła i nie spowodowała wystąpienia „ważnych powodów”, trudno uzasadnić kategorię regułę, że nie powinna należeć się jej w takiej sytuacji żadna rekompensata za szkodę poniesioną w wyniku zerwania umowy przez kontrahenta. Zastrzeżenia te znalazły wyraz w komentowanym wyroku.

Dwie różne funkcje klauzuli „ważnych powodów”

Omawiając zarysowany powyżej problem, należy przede wszystkim odnotować, że klauzula „ważnych powodów” pełni w art. 746 k.c. dwie różne funkcje.

- **Gwarancja skuteczności wypowiedzenia umowy, której dalsze trwanie nie ma już sensu**

Po pierwsze „ważne powody” pozwalają na zakończenie stosunku zlecenia w każdym czasie, niezależnie od tego, czy upłynął czas albo ziścił się cel, dla którego stosunek ten został zawiązany, i niezależnie od tego, kto ponosi winę za wystąpienie „ważnych powodów”. W tym kontekście „ważne powody” to okoliczności, które pozbawiają sensu dalsze trwanie umowy zlecenia ze względu na jej szczególny charakter, oparty o wzajemne zaufanie i dobrą wolę. Jeśli tylko takie okoliczności

wystąpią, to niezależnie od tego, kto ponosi za to winę, uzasadnione i skuteczne jest zerwanie umowy, nawet przez stronę, którą te „ważne powody” „obciążają” – gdyż wynikają z ryzyk obciążających tę stronę lub zostały przez nią spowodowane. Uprawnienia tego nie można z góry się zrzec.

W istocie chodzi więc o to, by żadna ze stron nie była zmuszana do pozostawania w relacji wymagającej wzajemnego zaufania i dobrej woli, gdy na takie zaufanie i nastawienie nie można już liczyć, chociażby z powodów dotyczących tej właśnie strony. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 23 kwietnia 2015 r. (VI ACa 1021/14), *[s]toseunek zlecenia - bazujący na zaufaniu stron jest na tyle trwały, na ile istnieje po obu stronach potrzeba współpracy stron i wzajemne zaufanie. Stron nie można zmuszać do współpracy [...]*. O tym, czy taka sytuacja rzeczywiście zachodzi (czy mamy do czynienia z „ważnymi powodami” uzasadniającymi zerwanie wężła obligacyjnego), orzekać trzeba, uwzględniając indywidualne okoliczności sprawy i charakter konkretnej umowy. Umowy zlecenia, a zwłaszcza nienazwane umowy o świadczenie usług, do których przepisy o zleceniu stosuje się odpowiednio, mają bowiem bardzo zróżnicowany charakter.

Dobrą ilustracją działania tej zasady jest sprawa rozstrzygnięta niedawno przez Sąd Apelacyjny w Warszawie (V ACa 78/19). W sprawie tej instytucja państwowa zawarła umowę doradztwa z profesjonalnym konsultantem. Umowa została zawarta na czas oznaczony. Jednak gdy we władzach instytucji doszło do zmian osobowych, umowa została wypowiedziana z powołaniem

się na ważne powody. Doradca skierował sprawę do sądu, twierdząc, że nie dał żadnych powodów do wypowiedzenia umowy. Twierdził też, że zleceniodawca, sugerując, iż utracił do niego zaufanie, naruszył jego dobre imię. Sąd Apelacyjny w Warszawie, do którego sprawa trafiła, słusznie zauważył jednak, że wypowiedzenie zlecenia z „ważnych powodów”, w tym z powodu „utruty zaufania”, nie musi wcale mieć charakteru „dyscyplinarnego” i nie musi oznaczać negatywnej oceny zleceniobiorcy. Niemożność i brak sensu kontynuowania współpracy może bowiem wynikać z przyczyn leżących całkowicie po stronie zleceniodawcy. Zleceniodawca – zwłaszcza będący osobą prawną – może przestać darzyć zleceniobiorcę szczególnym zaufaniem potrzebnym do korzystania z jego rad i nie chceć z nich już korzystać, z przyczyn zupełnie niezależnych od zleceniobiorcy. Nowe władze zleceniodawcy mogą np. mieć zupełnie inną wizję działalności, której dotyczy doradztwo, albo kierować się w niej innymi wartościami. Zleceniobiorca nie może wówczas domagać się, by zleceniodawca w dalszym ciągu korzystał z jego rad (domagać się dalszego wykonywania umowy).

- **Regulacja rozliczeń stron**

Pojęcie „ważnych powodów” pełni jednak także drugą funkcję – determinuje zasady rozliczeń stron z tytułu przedwczesnego zakończenia współpracy. Strona, która wypowiedzi zlecenie z ważnych powodów, nie odpowiada za szkodę spowodowaną zerwaniem współpracy u drugiej strony, choćby wypowiedziana umowa zlecenia była umową zawartą na czas określony, który jeszcze nie upłynął.

W tym kontekście zastrzeżenia budzi zaliczenie do „ważnych powodów” okoliczności obiektywnych, niezależnych od stron, w żaden sposób niezawinionych przez drugą stronę lub wręcz spowodowanych przez stronę dokonującą wypowiedzenia lub dotyczących wyłącznie tej strony. Przedwczesne zerwanie umowy może się bowiem wiązać z poważną szkodą dla drugiej strony. Strona ta – z reguły zleceniobiorca – często ponosi bowiem koszty i dokonuje nakładów w ramach współpracy z drugą stroną, licząc na to, że umowa będzie wykonywana przez cały okres, na jaki została zawarta, i że koszty i nakłady zwrócą jej się w tym okresie. Zdarza się również, że zleceniobiorca rezygnuje ze współpracy z innym zleceniodawcą, by zawrzeć umowę, a po jej przedwczesnym wypowiedzeniu nie jest już w stanie nawiązać współpracy z niedoszłym kontrahentem lub występuje wobec niego z gorszej pozycji negocjacyjnej.

O ile zatem przy ocenie, czy konkretne „ważne powody” uzasadniają zakończenie współpracy (czynią przedwczesne wypowiedzenie zlecenia skutecznym), nie ma znaczenia, czy dotyczą one drugiej strony, czy też mają charakter obiektywny lub wręcz obciążają stronę dokonującą wypowiedzenia, o tyle ma to znaczenie przy ocenie, czy uzasadniają one zwolnienie strony dokonującej wypowiedzenia z odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu szkody spowodowanej zerwaniem współpracy. Zasady rozliczeń z tytułu przedwczesnego zakończenia współpracy muszą bowiem wyważać słuszne prawa i interesy obu stron i nie mogą podważać bezpieczeństwa obrotu.

W istocie właśnie na to zwrócił uwagę sąd w komentowanym wyroku.

Sposób podejścia do problemu w komentowanym wyroku

W sprawie rozstrzygniętej komentowanym wyrokiem deweloper powołał się wobec pośrednika na okoliczności, które w świetle przytaczanego powyżej orzecznictwa z pewnością można by uznać za „ważne powody”. Były to obiektywne okoliczności zewnętrzne istotnie wpływające na warunki realizacji spornej umowy i czyniące korzystanie z usług pośrednika nieopłacalnym dla dewelopera. Sąd stwierdził jednak słusznie, że deweloper nie miał prawa przerzucić na pośrednika ryzyka wystąpienia tych okoliczności. Taki skutek miałyby zaś uznanie powołanych przez dewelopera okoliczności za „ważne powody” w rozumieniu art. 746 k.c.

Wydaje się, że właśnie aby uniknąć takiego rezultatu, sąd uznał, że do umowy o pośrednictwo w sprzedaży nieruchomości, jako uregulowanej w ustawie o obrocie nieruchomościami, nie można stosować odpowiednio przepisów o zleceniu. Dopiero z tej „bezpiecznej” perspektywy, i niejako „na marginesie” sąd apelacyjny stwierdził, że stanowisko dewelopera byłoby nieuzasadnione, nawet gdyby do spornej umowy stosować przepisy o zleceniu.

Rozstrzygnięcie wydane przez sąd zasługuje na aprobatę, gdyż jest zwyczajnie sprawiedliwe. Szkoda jednak, że sąd nie zmierzył się z istotą rysującego się przed nim problemu na gruncie przepisów regulujących umowę zlecenia. Umowa pośrednictwa, zwłaszcza zawierająca elementy umowy o doradztwo, z całą pewnością jest bowiem umową zlecenia, lub przynajmniej nienazwaną umową o świadczenie usług, do której

przepisy o zleceniu należy stosować odpowiednio. Fakt, że tego typu umowa, gdy dotyczy nieruchomości, regulowana jest przepisami ustawy o obrocie nieruchomościami, niczego w tym zakresie nie zmienia. Zasady rozliczeń z tytułu wypowiedzenia zlecenia z „ważnych powodów” wymagają zaś mądrego, sądowego uporządkowania. Tym bardziej że dotyczą one bardzo szerokiej kategorii umów – poza zleceniem także nienazwanych umów o świadczenie usług, do których przepisy o zleceniu stosuje się odpowiednio.

Proponowane podejście do wykładni pojęcia „ważnych powodów”

Pojęcie „ważnych powodów” należy rozumieć inaczej przy ocenie, czy wypowiedzenie umowy o świadczenie usług było skuteczne (np. mimo że umowa została zawarta na czas oznaczony, albo mimo że strony restrykcyjnie określiły możliwości jej wypowiedzenia), a inaczej oceniając, czy strona, która dokonała wypowiedzenia, powinna ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą względem drugiej strony za zerwanie współpracy.

Należy przyjąć, że niezależnie od zawartych w niej ograniczeń, wypowiedzenie umowy o świadczenie usług będzie skuteczne zawsze wtedy, gdy upieranie się przy jej dalszym obowiązywaniu i wykonywaniu byłoby bezcelowe i sprzeczne z jej naturą i gospodarczym sensem – tzn. tam, gdzie trwanie umowy ma sens tylko wtedy, gdy strony chcą współpracować i darzą się niezbędnym do tego zaufaniem. Ważne powody uzasadniające wypowiedzenie umowy o świadczenie usług mimo zawartych

w umowie ograniczeń w tym zakresie nie będą jednak konieczne takimi powodami, które będą uzasadniać zwolnienie strony dokonującej wypowiedzenia z odpowiedzialności odszkodowawczej. Innymi słowy strona, która skutecznie wypowiedziała umowę ze względu na „ważne powody”, może nadal być zobligowana do tego, by zrekompensować drugiej stronie wynikającą z tego szkodę. Przytoczone przez nią okoliczności mogą być bowiem tego typu „ważnymi powodami”, które każą uznać wypowiedzenie umowy za skuteczne mimo zawartych w umowie ograniczeń, ale nie takimi „ważnymi powodami”, które uzasadniałyby zwolnienie strony dokonującej wypowiedzenia z odpowiedzialności odszkodowawczej względem drugiej strony.

Ten sam efekt niektórzy komentatorzy starają się osiągnąć, postulując korzystanie ze znanej dawnemu Kodeksowi zobowiązań koncepcji wypowiedzenia umowy „w czasie nieodpowiednim”. Zgodnie z tą koncepcją strona, która wypowiada zlecenie z ważnych powodów, może mimo to odpowiadać za szkodę wyrządzoną tym wypowiedzeniem drugiej stronie, jeśli dokonuje wypowiedzenia „w czasie nieodpowiednim”. Jak wyjaśnia L. Ogiegło: *Wypowiedzenie odpłatnego zlecenia z „ważnych powodów” (tj. choroba strony wypowiadającej, zmiana sytuacji życiowej, zmiana miejsca zamieszkania, nieotrzymanie zaliczki, uargumentowana utrata zaufania itp.) nie rodzi odpowiedzialności za zaistniałą wskutek wygaśnięcia zlecenia szkodę. [...] Pomimo braku wyraźnego przepisu (w rodzaju art. 513 KZ) odpowiedzialność odszkodowawcza może powstać w razie wypowiedzenia zlecenia w „czasie nieodpowiednim” (zob. J. Szczerski, w:*

*Komentarz 1972, t. II, s. 1552; A. Szpunar, w: System, t. III, cz. 2, s. 403; M. Nestorowicz, w: Komentarz 1989, t. II, s. 690*¹.

W istocie w koncepcji tej chodzi więc również o to, że choć określone ważne powody mogą uzasadniać lub wręcz czynić koniecznym wypowiedzenie zlecenia, mogą nie uzasadniać wcale zwolnienia strony dokonującej wypowiedzenia z odpowiedzialności odszkodowawczej. W takiej sytuacji umowę należy uznać za skutecznie wypowiedzianą, lecz stronę dokonującą wypowiedzenia należy obciążyć odpowiedzialnością za spowodowaną kontrahentowi szkodę. Koncepcja ta jest jak najbardziej słuszna. Ma jednak swoje ograniczenia. Wypowiedzenie umowy uzasadnione ważnymi powodami może bowiem wyrządzać drugiej stronie szkodę zasługującą na rekompensatę nie tylko dlatego, że dokonane zostało w niewłaściwym czasie. Może być również tak, że „ważne powody” uzasadniające wypowiedzenie umowy wynikają np. z ryzyka, które powinno obciążać obie strony.

Ważne powody, które uzasadniają wypowiedzenie umowy ze skutkiem natychmiastowym, nawet jeśli została ona zawarta na czas określony lub gdy strony restrykcyjnie określiły w niej dopuszczalne przypadki wypowiedzenia, to zatem wszystkie okoliczności, które czynią dalsze trwanie umowy bezcelowym i powodują, że naleganie na jej dalsze wykonywanie kłóciłoby się z jej naturą i sensem gospodarczym. Umowne wyłączenie możliwości wypowiedzenia

kontraktu w takich sytuacjach musi być bezskuteczne.

Te „ważne powody” dzielą się jednak na trzy rodzaje. Pierwsze z nich obciążają stronę przeciwną i w związku z tym zwalniają stronę dokonującą wypowiedzenia z odpowiedzialności odszkodowawczej za zerwanie kontraktu i mogą wręcz dawać jej samej roszczenie odszkodowawcze wobec drugiej strony.

Drugie obciążają stronę dokonującą wypowiedzenia (np. są przez nią zwinione lub wynikają z ryzyka, które obciążają ją zgodnie z sensem gospodarczym umowy). W razie wypowiedzenia zlecenia z takich powodów strona dokonująca wypowiedzenia nie może zostać zwolniona z odpowiedzialności odszkodowawczej i powinna zrekompensować drugiej stronie poniesioną szkodę, przy czym ta druga strona ma oczywiście obowiązek lojalnie starać się zapobiec szkodzie lub przynajmniej zmniejszać jej rozmiary. Będzie to dotyczyło zwłaszcza sytuacji, w której dokonujący wypowiedzenia robi to bez należytego względu na słuszne interesy drugiej strony, np. mimo że wypowiedzenie umowy w danym momencie („w czasie nieodpowiednim”) wiąże się dla drugiej strony ze szczególnie negatywnymi konsekwencjami.

Trzecim rodzajem ważnych powodów będą okoliczności obiektywne, niezależne i niezawinione przez żadną ze stron, czyniące jednak dalsze trwanie umowy ekonomicznie nieuzasadnionym lub nadmiernie uciążliwym dla jednej z nich. W takim wypadku dotknięta skutkami tych okoliczności strona nie może unikać ryzyka związanego z ich wystąpieniem, przerzucając to ryzyko

¹ Komentarz do art. 746, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, 2018.

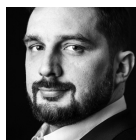
w całości na drugą stronę. Strona ta powinna mieć możliwość wypowiedzieć umowę, jeżeli okoliczności rzeczywiście czynią dalsze trwanie umowy bezcelowym i sprzecznym z jej naturą. Rozliczenia stron z tytułu zakończenia współpracy powinny jednak w takim wypadku uwzględniać słuszne prawa i interesy obu stron i *de facto* przypominać rozliczenia dokonywane w przypadku rozwiązania umowy w oparciu o klauzulę *rebus sic stantibus*. Cel ten można osiągnąć albo przyznając jednak drugiej stronie prawo do odpowiedniego odszkodowania (do czego zmierza koncepcja odpowiedzialności odszkodowawczej w razie wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, lecz w czasie nieodpowiednim), albo w drodze właściwej, odpowiednio szerokiej interpretacji pojęcia „wynagrodzenia odpowiadającego dotychczasowym czynnościom”. Wynagrodzenie to w takiej interpretacji mogłoby odpowiadać nie tylko prostym czynnościom wykonanym przez zleceniobiorcę, ale też podjętym przez niego ryzykom i poniesionym nakładom, które miały mu się zwrócić z wynagrodzenia za czynności przyszłe.

Występowanie podobnych trudności przy stosowaniu instytucji niemożliwości świadczenia

Warto zauważyć, że podobne problemy występują przy zastosowaniu instytucji następczej niemożliwości świadczenia.

W pewnym sensie ważne powody, skutkujące utratą zaufania i woli współpracy stron, powodują niemożliwość dalszego wykonywania umowy zlecenia (niemożliwość świadczenia).

Strona może tymczasem skutecznie zwolnić się z odpowiedzialności umownej, powołując się na niemożliwość świadczenia, tylko jeśli dalsze wykonywanie umowy (przynajmniej jedno ze świadczeń wzajemnych) stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które sama nie ponosi odpowiedzialności (tzn. gdy odpowiedzialność za te okoliczności ponosi druga strona, albo gdy nie ponosi jej żadna ze stron). Przy czym jeśli świadczenie drugiej strony stało się niemożliwe tylko w części, zachowuje ona prawa do odpowiedniej części wynagrodzenia (świadczenia wzajemnego). Oceniając, jaka będzie odpowiednia część należnego takiej stronie wynagrodzenia, sąd może wważyć interesy obu stron i wziąć pod uwagę nie tylko proste wykonane już czynności składające się na świadczenie strony, ale także poniesione przez tę stronę nakłady i ryzyka oraz korzyści, z których strona ta zrezygnowała, podejmując się wykonywania umowy i licząc na obiecane jej za to świadczenie wzajemne.



Stanisław DROZD

[adwokat, solicitor of England and Wales (non-practising), Wardyński & Partners]

“Serious cause” for contract termination: Comment on Wrocław Court of Appeal judgment of 22 August 2012

Termination for “serious cause” of a contract of mandate or a miscellaneous service contract governed as relevant by the provisions on mandate will not always release the terminating party from liability in damages to the other party. Reliance on “serious cause” may not serve as a method for shifting to the other party the entire economic risk associated with the occurrence of circumstances beyond the other party’s control but justifying termination of the contract. Such circumstances may warrant dissolution of the contractual bond, but in such case the rules for settling the accounts between the parties must reflect their legitimate interests and the economic purpose of the contract.

MANDATE | MISCELLANEOUS SERVICE CONTRACT | SERIOUS CAUSE | TERMINATION |
TERMINATION OF CONTRACT FOR SERIOUS CAUSE | DAMAGES



Rozmowa z prof. dr. Alexandrem J. BĚLOHLÁVKIEM

[profesor prawa i ekonomii, *advokát*, Law Offices Prof. Dr. Alexander Bělohlávek]

Trendy w arbitrażu międzynarodowym

Redakcja: Czy dostrzega Pan jakieś trendy w międzynarodowym arbitrażu, dotyczące np. rodzajów spraw lub związanych z nimi problemów?

Alexander J. Bělohlávek: Rzeczywiście różne statystyki wskazują, że wiele sporów w arbitrażu dotyczy np. branży budowlanej czy projektów rozwojowych. Nie można jednak stwierdzić, że jakiś konkretny rodzaj spraw lub problemów jest tradycyjnie związany z arbitrażem jako metodą rozwiązywania sporów wynikających z relacji między stronami. Zależy to również od koncepcji rzeczowej właściwości arbitrażu nie tylko w miejscu lub siedzibie arbitrażu (tj. w miejscu, w którym sąd arbitrażowy ma siedzibę prawną), ale także w państwie, w którym miałyby dojść do egzekwowania wyroku i w którym można by podważyć jego wykonalność ze względu na brak rzeczowej właściwości arbitrażu. Można jednak ogólnie stwierdzić, że arbitraż jest coraz częściej stosowany przede wszystkim w sporach wynikających ze skomplikowanych stosunków prawnych (zwłaszcza handlowych i inwestycyjnych).

Uważam jednak za wysoce niepokojący fakt, że arbitraż jest coraz rzadziej stosowany w rozwiązywaniu bardzo prostych sporów. Przecież arbitraż został pierwotnie stworzony jako szybka, niedroga i nieformalna metoda rozwiązywania tego typu sporów cywilnoprawnych. Często pozwalałam sobie cytować profesora Jerne-
ra Sekoleca, który w styczniu 2010 roku na seminarium w Salzburgu dał przykład z początków swojej kariery zawodowej, kiedy to arbitraż służył do rozwiązywania sporów z targowisk i portu w Mariborze. Handlowcy stawiali się przed sąd arbitrażowy ze swoim sporem dotyczącym wadliwych towarów i już następnego dnia otrzymywali orzeczenie arbitrażowe. Obecnie właściwie nie prowadzi się takich postępowań, być może z wyjątkiem sporów rozstrzyganych przez giełdowe sądy arbitrażowe. Zmiany te wiążą się z rosnącą liczbą skomplikowanych procedur, które, co logiczne, odzwierciedlają też rosnące wymagania sądów w zakresie formalizacji standardów proceduralnych w arbitrażu, jak również, niestety, wymagania stron i ich doradców prawnych.

Niepokojąca jest rosnąca liczba wniosków stron i wymogów dotyczących rygorystycznych procedur formalnych. Pomimo że sądy arbitrażowe, a przede wszystkim stałe instytucje arbitrażowe, starają się stosować różne środki w celu przyspieszenia postępowania i obniżenia kosztów, wzrasta sformalizowanie procedur i złożoność arbitrażu. Powodem nie musi być wcale dążenie adwokatów do maksymalizacji kosztów, a co za tym idzie, wysokości ich wynagrodzenia. Często są oni zmuszeni do przestrzegania tych procedur w obawie przed własną potencjalną odpowiedzialnością, jeśli nie skorzystają w wystarczającym stopniu ze wszystkich środków lub nie wykorzystają wszystkich możliwości proceduralnych. Jest to błędne koło, a raczej spirala obracająca się z wciąż rosnącą prędkością. Wprawdzie podobne tendencje można zaobserwować również w postępowaniu sądowym, ale w arbitrażu są one szczególnie widoczne. Obawiam się, że jeżeli radykalna zmiana nie odwróci obecnych tendencji w tym zakresie, to rzeczywiście możemy doprowadzić do tego, że początkowo bardzo prosta i tania metoda rozwiązywania sporów stanie się procedurą wyjątkową i ekskluzywną.

W rzeczywistości strony chcą czegoś dokładnie odwrotnego, chcą wrócić do źródeł. Jest to jednak coś, co wszyscy muszą zrozumieć – strony sporu, ich doradcy prawni i arbitrzy, ale także w znacznej mierze sędziowie, którzy są zajęci działaniami mającymi na celu uchylenie orzeczeń arbitrażowych. Kraje Europy Wschodniej i Środkowej nadal mają tu pewną przewagę. Wiele sporów wciąż wykazuje elementy nieformalności i prostoty typowe dla arbitrażu sprzed około trzydziestu, a nawet pięćdziesięciu lat. Obawiam się jednak, że możemy szybko tę przewagę stracić.

Nieco niedorzecznie brzmi dziś twierdzenie, że strony w umowie o arbitraż wyrażają wolę dobrowolnego poddania się arbitrażowi i natychmiastowego wykonania wszelkich orzeczeń arbitrażowych. Obecnie powszechną praktyką jest to, że natychmiast po wydaniu orzeczenia arbitrażowego strona przegrywająca szuka wszelkich możliwości uniknięcia wykonania orzeczenia arbitrażowego. Nie ma ona żadnego poważania dla faktu, że orzeczenie jest decyzją organu, który sama wyznaczyła, lub na którego utworzenie sama mogła mieć wpływ. Powszechne stały się powództwa o uchylenie orzeczenia arbitrażowego lub skomplikowane postępowania, w których strony kwestionują wykonanie orzeczenia. Czynniki te znacznie opóźniają również stosowanie prawa przez arbitrow.

W związku z tym za bardzo interesującą uważam procedurę wdrożoną już przez niektóre państwa europejskie, a mianowicie postępowanie o uchylenie orzeczeń arbitrażowych lub postępowanie o uznanie i wykonanie orzeczeń arbitrażowych, w których nie przysługuje odwołanie ani żaden inny środek prawny (Szwajcaria wdrożyła to rozwiązanie 35 lat temu, potem w jej ślady poszły Bułgaria, Austria i inne kraje; niektóre inne państwa również rozważają obecnie wdrożenie tego rozwiązania). Pomocne byłyby z pewnością dodatkowe elementy, takie jak ustalenie terminów podejmowania decyzji lub ograniczenie kosztów postępowania. Ważne jest jednak, aby wszystkie składowe całego procesu były uwzględniane w poszukiwaniu właściwych rozwiązań tych problemów.

Czy dla klientów korzystniejsze jest rozwiązywanie sporów przed sądami powszechnymi czy w postępowaniu arbitrażowym?

Nie da się tu sformułować żadnych ogólnych zaleceń co do przewagi jednej metody nad drugą. Ja sam co do zasady wolę arbitraż. Ale musi to być prosta procedura arbitrażowa.

Można powiedzieć, że prawnicy są obecnie stosunkowo dobrze zaznajomieni z klauzulami arbitrażowymi. Rzeczywiście, są one powszechnie stosowane w praktyce, chociaż większość praktykujących prawników nie ma pojęcia, jak je właściwie stosować, i ma tendencję do zapominania o wielu głównych aspektach. Jak już wspomniałem powyżej, arbitraż powinien być prostą, tanią i elastyczną metodą rozwiązywania sporów. Jednak w końcu często okazuje się on bardzo skomplikowanym, długotrwałym i kosztownym postępowaniem.

Prawnicy, którzy mają doświadczenie z arbitrażem w swojej codziennej praktyce, z pewnością potwierdzą, że coraz częściej spotykane są błędne, a nawet patologiczne klauzule arbitrażowe. Na przykład strony błędnie wyznaczają instytucję arbitrażową albo odwołują się do reguł, których stosowanie jest niezgodne z miejscem arbitrażu lub instytucją arbitrażową, która powinna zarządzać arbitrażem. Strony bardzo często uzgadniają w swoich klauzulach arbitrażowych warunki, które dla nich samych są uciążliwe i powodują wiele problemów w przyszłości. Na przykład wiele klauzul arbitrażowych stanowi, że „arbitrator musi być osobą cieszącą się doskonałą opinią wśród specjalistów i w swojej społeczności zawodowej”. Kim jest *osoba ciesząca się doskonałą reputacją wśród specjalistów i w swoim środowisku zawodowym*? Takie sformułowania to błaganie o zakwestionowanie osoby arbitra z powodu niespełnienia określonych wymagań.

Z drugiej strony, formułując swoje klauzule arbitrażowe, strony całkowicie ignorują kwestie, które mogłyby znacznie uprościć niektóre procedury w przypadku sporu. Przykładem może być umowa, zgodnie z którą dokumenty składane przez strony nie będą tłumaczone na język arbitrażu i będą odczytywane jako dowody w ich oryginalnej wersji. W takim przypadku strony muszą zadbać jedynie o dobór odpowiednich arbitrów, żeby mieć pewność, że trybunał arbitrażowy będzie w stanie pracować z dokumentami w danym języku.

Takie przykłady są niezliczone. Można tu wymienić chociażby *document production* (wystąpienie do drugiej strony z żądaniem przekazania dokumentów mogących stanowić dowody w sprawie), ograniczenie zakresu i liczby rund składania wniosków przez strony, ograniczenie dotyczące oświadczeń biegłych (na przykład jeżeli pewne okoliczności wymagają udowodnienia przez biegłego, zostanie on wyznaczony wyłącznie przez trybunał arbitrażowy), jak również porozumienie dotyczące możliwości przesłuchiwanie świadków przy użyciu środków porozumiewania się na odległość. Bardzo ważna może być również zgoda stron na ograniczenie kosztów arbitrażu, ponieważ coraz bardziej krytykowany jest rosnący jego koszt.

Jednak to przede wszystkim strony są odpowiedzialne za uwzględnienie tych kwestii i włączenie odpowiednich mechanizmów do umów o arbitraż. Co prawda regulaminy stałych instytucji arbitrażowych dążą do wdrażania odpowiednich mechanizmów w coraz większym stopniu. Jednak regulaminy te są i pozostaną jedynie standardem ogólnym i nie mogą uwzględniać specyfiki poszczególnych sporów (potencjalnych sporów, sytuacji wynikających z poszczególnych umów). Nie są także w stanie uwzględnić tak istotnych aspektów jak prowadzenie sporu w konkretnym regionie o określonych zwyczajach albo prowadzenie sporu związanego z kolizją kultur prawnych, a w konsekwencji z różnymi oczekiwaniami stron co do stosowanych procedur.

Ogólnie rzecz biorąc, uważam, że arbitraż jest często bardziej odpowiedni niż postępowanie sądowe. Jeśli chodzi o spory o wymiarze międzynarodowym (transgranicznym), gdy strony mają wątpliwości, co powinny wybrać, tj. czy zawrzeć umowę o arbitraż, czy poddać się jurysdykcji sądów powszechnych, prawdopodobnie preferowanym rozwiązaniem powinien być arbitraż. Wykonywanie orzeczeń arbitrażowych jest nadal znacznie mniej skomplikowane niż wykonywanie orzeczeń sądów powszechnych. Jest tak pomimo wzmocnionej i zaawansowanej współpracy sądowej w UE oraz uproszczenia procedur przez nowoczesne międzynarodowe traktaty o pomocy prawnej. Nadal prawdą jest, że Konwencja nowojorska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych (1958 r.) jest prawdopodobnie jednym z najważniejszych filarów handlu międzynarodowego, a wszelkie dążenia do zmiany, rewizji lub zastąpienia konwencji nowojorskiej innym instrumentem są bardzo ryzykowne. Przede wszystkim jednak wszelkie rozważania dotyczące tego, czy należy zawrzeć umowę o arbitraż, czy też nie, muszą być poparte profesjonalnym opracowaniem umowy o arbitraż, która odzwierciedlałaby specyfikę konkretnych stosunków prawnych (umów).

Czy z Pana perspektywy znajomość więcej niż jednego systemu prawnego jest przydatna dla prawników i korzystna dla ich klientów?

Znajomość więcej niż jednego systemu prawnego (prawa więcej niż jednego państwa) z pewnością nie zaszkodzi, ale nie można jej automatycznie uznać za zaletę. Spory o wymiarze międzynarodowym wymagają, aby prawnik miał *świadomość* znaczenia różnych aspektów obcych systemów prawnych i obcych kultur prawnych. Prawniki powinni umieć uwzględnić fakt, że dany stosunek prawny ma wymiar transgraniczny, niezależnie od jego zakresu. Jednakże ten wymiar, ta *świadomość*, jest czymś zupełnie innym niż znajomość innego systemu prawnego.

Trzeba zdawać sobie sprawę, że dane pojęcie, z pozoru identyczne, może mieć inny zakres znaczeniowy w prawie obcym, a nawet może oznaczać coś zupełnie innego. Istnieje wiele przykładów, w których jedno i to samo pojęcie (np. ograniczenie czynności, jurysdykcja) w jednej kulturze prawnej podlega prawu materialnemu, a w innej jest wyłączną domeną prawa procesowego. Ale też dane pojęcie w ramach jednego i tego samego systemu prawnego może być różnie postrzegane przez sędziów lub arbitrów z różnych państw, mimo że prawo to musi być zasadniczo

stosowane w sposób jednolity, przy należyтым uwzględnieniu orzecznictwa dotyczącego takiego prawa w państwie pochodzenia. W związku z tym chodzi o coś innego niż znajomość dwóch lub więcej systemów prawnych. Chodzi w istocie o *świadomość* wymiaru międzynarodowego i zdolność do uwzględnienia wymiaru międzynarodowego przy sporządzaniu konkretnej umowy lub przy reprezentowaniu strony w konkretnym sporze. Mogę mieć pełne kwalifikacje w zakresie dwóch, pięciu lub więcej systemów prawnych, ale jeśli nie mam żadnej *świadomości* w powyższym znaczeniu, znajomość tak wielu systemów prawnych nadal mi nie pomoże, nie mówiąc już o moim kliencie.

Ale każdy prawnik musi przede wszystkim umieć określić granice swojej wiedzy i umiejętności, które wcale nie ograniczają się do granic danego systemu prawnego.

Czy perspektywa akademicka w praktykowaniu prawa przynosi korzyść klientowi?

Akademickie spojrzenie na sprawę jest zdecydowanie korzystne dla klientów. Jednak klienci, a nawet praktykujący prawnicy, nie zawsze są w stanie docenić i zaakceptować tę przewagę. Wielu moich kolegów (praktykujących prawników) spogląda na prawników z doświadczeniem akademickim z pewnym wyrzutem, mówiąc, że „akademyki zbyt komplikują sprawy”. Z drugiej strony wielu z moich kolegów ze świata akademickiego jest skłonnych do postrzegania mnie jako „renegata”, który „zdradził” czystą akademicką linię. Jest to ciekawy, ale bardzo smutny paradoks. Można z powodzeniem łączyć działalność akademicką z praktyką prawniczą i na odwrót, a oba rodzaje działalności mogą być realizowane z wystarczającą intensywnością i perfekcją.

W niektórych profesjach, na przykład w ochronie zdrowia, takie podejście jest uważane za warunek *sine qua non* wykonywania zawodu. Jednak konieczność łączenia teorii i praktyki w prawie nie jest w pełni popierana. Naturalnie nikt nie będzie otwarcie twierdził, że takie połączenie jest niepożądane. Nikt nie ma odwagi, by sformułować i wyrazić tę tezę. Ale rzeczywistość jest często inna, nawet jeśli nie można generalizować. Niestety, oddzielenie teorii prawa od praktyki jest stosunkowo częste – przynajmniej w Europie Środkowej. Praktykujący prawnicy sięgają po teorię prawa jako swoją wymaginowaną *podporę lub kulę* dopiero wtedy, gdy zabraknie im innych argumentów. Procedura ta powinna być jednak odwrócona. Rozumowanie praktyczne powinno być oparte na fundamencie teoretycznym. Prawo jest bardzo skomplikowaną dziedziną, w rzeczywistości coraz bardziej skomplikowaną. Łączenie teorii i praktyki jest niezbędne. Ja sam uważam, że łączenie działalności akademickiej i praktyki jest dobre, szczególnie dla klienta. Pytanie polega na tym, czy klient jest w stanie to docenić.

Nie ma znaczenia, czy opinię lub pismo procesowe podpisuje osoba, która ma więcej *tytułów przed i po nazwisku*. W praktyce jest to coraz mniej ważne. Problem polega na tym, że osoba z doświadczeniem akademickim często nie chce powiedzieć klientowi tego, co faktycznie chce on usłyszeć, tzn. że jego roszczenie jest uza-

sadnione lub, mówiąc wprost, że klient ma rację i może odnieść sukces. Niestety, prawnicy bez doświadczenia akademickiego są często bardziej skłonni do wspierania klientów w ich przekonaniach. I odwrotnie, ludzie z doświadczeniem akademickim mają tendencję do zachowania większej ostrożności i są w stanie zobaczyć sprawę z różnych perspektyw. Pomaga to otworzyć klientowi oczy. Prawo i sprawiedliwość to czasem zupełnie różne kategorie. Taka jest surowa prawda. Pytanie polega na tym, czy klient jest rzeczywiście gotów, by oczy otworzyć. Uważam, że praktykujący prawnicy, którzy mają duże doświadczenie akademickie, są bardziej otwarci na takie podejście. Ale jest to, oczywiście, tylko jeden z wielu możliwych poglądów na ten problem.

„Akademy” nie muszą koniecznie mieć lepszych kwalifikacji. Ich przewaga wynika raczej ze znacznie szerszej analizy sprawy, która stanowi istotę sporu. Łatwo to dostrzec na przykład w publikacjach. Publikacje, czy to monografie, czy to artykuły prawnicze, przygotowane przez praktykującego prawnika bez wykształcenia akademickiego, bardzo często prezentują jednostronne spojrzenie na analizowane zagadnienia. Praktykujący prawnicy z dużym doświadczeniem akademickim lepiej identyfikują wszystkie *za i przeciw* oraz trafniej zalecają określoną strategię na podstawie tej oceny. Miałem okazję obserwować to wielokrotnie, zarówno w praktyce, jak i na arenie akademickiej, a także jako redaktor lub recenzent wielu publikacji.

Rozmawiał Maciej Kiełbowski

Tłumaczyła Joanna Gonczarow

